



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

PRISCILA PAES FERREIRA COELHO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E
TRATAMENTO CLÍNICOS MEDIANTE TUTELA JUDICIAL.**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

PRISCILA PAES FERREIRA COELHO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E
TRATAMENTO CLÍNICOS MEDIANTE TUTELA JUDICIAL.**

Trabalho de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientanda: Priscila Paes Ferreira Coelho
Orientadora: Dra. Elizete Mello Da Silva

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

C672j	<p>COELHO, Priscila Paes Ferreira. A Judicialização da Saúde: fornecimento de medicamentos e tratamento clínicos mediante tutela judicial / Priscila Paes Ferreira Coelho.</p> <p>32p.</p> <p>Trabalho de conclusão do curso (Direito). Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA</p> <p>Orientadora: Dra. Elizete Mello da Silva</p> <p>1. Estado-direito 2. Tutela-saúde 3. Medicamento-judicial</p> <p>CDD341.234 Biblioteca da FEMA</p>
-------	---

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTO CLÍNICOS, MEDIANTE TUTELA JUDICIAL.

PRISCILA PAES FERREIRA COELHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: Dra. Elizete Mello da Silva

Examinador:

Assis/SP
2020

DEDICATÓRIA

Dedico o trabalho à minha família: meus pais,
esposo e filha.

O amor de vocês, é meu estímulo diário para lutar
e vencer!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu força e energia para realizar o sonho de concluir a faculdade de Direito.

Agradeço em especial minha amada mãe **Maria do Carmo Paes Ferreira Coelho**, por suas orações diárias, por seu amor, apoio e carinho, que foram fundamentais nessa etapa decisiva da minha formação acadêmica. Agradeço meu amigo, meu pai **Luiz Ferreira Coelho** por sempre acreditar em mim.

Agradeço meu companheiro **Guilherme Roumanos Lopes Dib**, que ao longo desses anos me deu força, apoio, conselhos e até mesmo consultoria jurídica nos momentos de dúvidas, sendo indispensáveis para a conclusão do curso com louvor. Obrigada, meu amor, por cuidar com amor e paciência de nossa filha **Laura Paes Coelho Lopes Dib** e por suportar minhas crises de estresses e minha ausência nesses anos.

Agradeço meu sogro(a), cunhados(as), por todas as energias positivas e apoios.

Agradeço à minha querida orientadora professora **Dra. Elizete Mello da Silva** pela paciência e engajamento a este trabalho por estar sempre disposta a esclarecer dúvidas e ajudar-me a concluir mais esta etapa com sucesso. Também agradeço a todo o corpo docente do Curso de Direito, por todos os ensinamentos, vocês foram parte fundamental nesta caminhada. A vitória não é somente minha, é nossa!

Sou grata as amigas e colegas funcionárias da FEMA, que não mediram esforços para me fazer retornar ao banco acadêmico, estando todas na torcida para me ver concluir o curso de Direito. Muito Obrigada!

Minha Gratidão a todos!

*“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda parte.”
Martin Luther King*

RESUMO

O presente trabalho se propõe a investigar sobre o viés científico a consequência do aumento gradual e expressivo das demandas de saúde. Neste contexto, aprofundamos as nossas buscas sobre uma perspectiva histórica, e as verdadeiras raízes deste grave problema social. Passando por uma abordagem jurídica da questão, inserindo a pesquisa dentro da nova proposta da Constituição Federal de 1988, a nossa constituição cidadão; e dos instrumentos processuais a partir do novo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, concluímos pela aproximação dos valores sociais e direitos, aos princípios que sempre os fundamentou.

Palavras-chave: 1. Judicialização da Saúde. 2. Medicamentos. 3. Estado – direitos e deveres.

ABSTRACT

This work has the purpose of investigating about a scientific way the consequence of gradual and expressive increasing health demand. In this context, we deep in seek about a perspective historical and true root cause of this serious social problem. We passed through legal approach of this question, inserting a searching in this new proposal of Federal Constitution of 1988, our constitution and procedural instruments from Code of Civil Procedure of 2015. Finally, we conclude through approach of social and rights values, to principles that reason them out.

Key-words: Judicialisation. Health. Medicines. States – rights and duties

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. CONCEITO / DEFINIÇÃO DO TEMA.....	13
3. EFICÁCIA DA TUTELA JUDICIAL	19
4. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	23
5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	25
6. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO.....	27
7. CUSTO DA SAÚDE	29
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS.....	32

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como proposta analisar a questão do aumento gradual e significativo da judicialização da saúde em busca de tratamentos ambulatoriais e medicamentos de baixo e alto custo; bem como até que ponto as alterações constitucionais e legislativa; especialmente no nosso Diploma Processual Civil, contribuíram para este fato.

Em linhas gerais, o primeiro capítulo nos ocupamos de conceituar a judicialização da saúde, bem como a tutela de urgência, destacando os melhores exemplos da doutrina sobre estes dois institutos. Depois, excursionamos pelo início da história contemporânea do homem: desde os primeiros agrupamentos nômades até o surgimento das sociedades rudimentares, culminando com o surgimento dos conflitos judiciais e suas consequências.

No segundo capítulo nos atrevemos a conceituar a eficácia da tutela judicial. Neste capítulo a ideia foi avaliar se todas as decisões exibidas nos Tribunais em forma de tutela judicial provisória / definitiva de fato reverberaram de forma positiva na sociedade, curando e melhorando a vida das pessoas.

No terceiro capítulo nos enveredamos pela análise dos princípios constitucionais que ilustram e fundamentam a maior parte das ações de saúde, bem como os princípios constitucionais que esboçam a ideia de coletivo, ambos baseados na política de estado para a saúde.

Dedicamos o quarto capítulo a questão da judicialização da saúde e do poder judiciário no Brasil. Aqui abordamos essa temática por dois lados: em primeiro o problema do cidadão que precisa do medicamento e não tem como pagar por ele; e também a questão do estado brasileiro que não raras vezes é instado a desembolsar altas cifras para custear esses medicamentos gerando impactos orçamentários significativos.

No quinto capítulo conceituamos e analisamos a questão dos medicamentos de alto custo. O conceito do venha a ser medicamentos de alto custo, bem como o seu impacto nada desprezível no orçamento público.

Por fim, terminamos nosso trabalho, deixando uma mensagem de otimismo, posto que, ficou evidente que o Poder Judiciário avançou de forma perspicaz e definitiva para aproximar os tratamentos de saúde / ambulatorial e medicamentos dos mais necessitados.

É claro que isto tem um impacto orçamentário nada desprezível, porém, não pode deixar de ser considerado um avanço.

2. CONCEITO / DEFINIÇÃO DO TEMA.

É cediço, que antes de traçarmos a pesquisa acadêmica em nosso trabalho devemos buscar na doutrina o melhor conceito de judicialização da saúde e depois de tutela judicial. De acordo com BUCCI; DUARTE (2017, p.34-35) este conceito significa o seguinte:

No campo das análises jurídicas, a judicialização, como expediente de efetivação do direito à saúde, tem sido um tema trabalhado em grande volume. Há mais de dez anos, uma vertente nova se abriu aos estudos empíricos, que se debruçaram sobre os acórdãos a formularem perguntas centrais: quem são os proponentes das ações? Os médicos são do SUS ou particulares? Quais os argumentos dos juízes? Quais os perfis das demandas? Não obstante a riqueza analítica dessa abordagem, resta espaço para um trabalho de outro tipo, voltado ao futuro, com olhos para a proposição de caminhos e soluções para o problema.

Igualmente, necessário se faz compreender o significado e a extensão do conceito de tutela judicial e tutela provisória. Aqui devemos nos valer o conceito do Professor Eduardo Lamy (2018, p.16), em seu livro Tutela Provisória:

TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA A estrutura arquitetada pelo CPC de 2015 divide a tutela jurisdicional civil em tutela definitiva e tutela provisória. A tutela jurisdicional definitiva é aquela prestada pela execução da decisão jurisdicional final de mérito, portanto após o seu trânsito em julgado com resolução versando sobre os temas de mérito (art. 487). Por sua vez, a atual tutela provisória é aquela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 e segs.), tutela de evidência (art. 311) ou cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538). Trata-se de uma nova definição para o termo tutela provisória. Isso porque a doutrina anterior ao CPC de 2015 entendia que a tutela provisória não era gênero de tutela jurisdicional, mas sim uma espécie classificatória inerente à tutela de urgência.

Pertinente observar os ensinamentos da doutrina sobre a exata diferença entre tutela provisória e tutela definitiva. Neste caso a tutela definitiva é a própria entrega do bem jurídico ao final do processo. Enquanto que, a tutela provisória é a entrega antecipada do bem jurídico, mediante algumas condições, antes de finir o processo.

É cediço ainda que o instituto da tutela antecipada, hoje tutela de urgência, é relativamente recente em nosso ordenamento jurídico, apresentando previsão processual a partir de 1994. Antes, a tutela cautelar fazia as vezes da tutela antecipada de mérito, o que tecnicamente não era o mais adequado. De acordo com Lamy (2018, p.16), em seu livro Tutela Provisória, a:

EVOLUÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA Antes do advento do CPC de 2015, a tutela provisória era classificada como a tutela de caráter satisfativo e antecipatório, que poderia vir a se confirmar; que poderia vir a se tornar definitiva, como, por exemplo: (i) a liminar de alimentos que pode ser confirmada pela sentença dessa ação de alimentos; (ii) a liminar de reintegração de posse que pode ser confirmada pela sentença dessa ação de reintegração de posse. A doutrina, então, opunha à tutela provisória a denominada tutela temporária, de caráter referível e cautelar, tutela esta cuja liminar necessariamente seria substituída por decisão final de eficácia diversa, de modo que a sua eficácia não poderia se tornar definitiva, como, por exemplo: (i) uma liminar de arresto em relação ao feito executivo; (ii) uma liminar de reserva de quinhão em relação a um inventário. Essa distinção de nomenclatura entre tutela provisória e tutela temporária efetuada pela doutrina não foi, portanto, considerada pelo CPC de 2015.

Até o novo Código de Processo Civil de 2015, havia o instituto da tutela antecipada de mérito, prevista geograficamente a partir do artigo 273 do antigo Código de processo Civil. Esta só poderia ser deferida mediante prova inequívoca e verossimilhança das alegações, além dos requisitos cautelares de fumaça do bom direito e perigo na demora. Com a chegada do novo diploma processual civil em 2015, o legislador passou a disciplinar no artigo 300 do novo CPC a tutela de urgência, e o seu deferimento passou a ser mais simples, mediante a mera probabilidade do direito e os demais requisitos cautelares. Ou seja, se antes era necessário prova inequívoca e verossimilhança das alegações, agora, basta que o direito seja provável. São estas as lições de Lamy (2018, p.16-17), em seu livro Tutela Provisória. Nele o conceito atual de tutela provisória é

(...) o CPC de 2015 a tutela provisória é gênero de tutela jurisdicional e consiste na tutela jurisdicional não definitiva, seja ela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 a 310), de tutela de evidência (art. 311) ou de cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538). Seguindo a nova diretriz legal, esta obra se dedica à tutela provisória geograficamente disciplinada pelo livro de mesma denominação previsto junto aos arts. 294 a 311 do CPC de 2015. Não versa, portanto, sobre o cumprimento da sentença provisório,

que embora também constitua espécie de tutela provisória, pelas suas peculiaridades procedimentais preponderantemente afeitas à cultura executiva, decidimos tratar em obras diversas. Assim, a tutela provisória que é tema deste livro consiste no conjunto formado pelas disposições gerais à tutela provisória (arts. 294 a 299), pela tutela de evidência essencialmente regulada pelo art. 311 do CPC de 2015, e pela tutela de urgência prevista nos arts. 300 a 310 do mesmo diploma legal, seja ela antecipada ou acautelatória, antecedente ou incidental ao procedimento.

Nesta postura, o novo Diploma Processual Civil de 2015 não só melhorou a questão da tutela provisória, que deve ser concedida antes do trânsito em julgado, como expandiu o seu mérito. Deixando registrado que a mesma pode ser deferida mediante a urgência do caso ou mesmo a evidencia consumada, em acordo com o artigo 294 do CPC. Outra compreensão de tutela provisória posta por Lamy (2018, p.17) diz que há:

LIBERDADE DAS FORMAS NA TUTELA PROVISÓRIA A tutela provisória estruturada pelo CPC de 2015 é proporcionada de maneira formalmente livre. Conforme aqui já se explicitou, o CPC de 2015 dividiu a tutela provisória em tutela urgente e tutela evidente (CPC, art. 294). Isso significa que o sistema aceita expressamente a existência de mais de um meio previsto para a prestação de uma mesma tutela provisória. Em razão do regime de liberdade das formas adotado pelo código, esse modelo global formal atípico aceita que também a tutela provisória urgente seja prestada tanto de forma antecedente ao processo quanto de forma incidental a esse processo, o que é explicitado pelo parágrafo único do art. 294.

Devemos partir do princípio que onde houver qualquer tipo de agrupamento social, por mais rudimentar que seja, demandas irão surgir. No princípio o homem se organizou em agrupamentos nômades. Com o decorrer da longa trajetória histórica uma instituição política plenamente constituída fazia-se necessária para a organização da sociedade. Os homens passam a se submeter ao poder de um soberano para alcançar a pacificação social. No entanto, no chamado período medieval, as forças do poder do governante passam para as mãos da Igreja. Séculos mais tarde, com esforço de reconstruir um modelo de poder mais racional e absoluto, o inglês Thomas Hobbes, em seu livro *Leviatã*, em 1651, criou a ideia do contrato social que guiou a criação do Estado Moderno meio do contrato social. Por este pacto social o homem abriu mão do seu poder de auto defesa em prol de um ente maior que deveria promover a sua segurança, que seja: Estado / *Leviatã*. Ainda caberia a este Estado julgar as demandas dos cidadãos.

Ocorre que o Estado se descortinou em vários tipos de segmentos. Podemos citar os Estados totalitários / policiais; as ditaduras, tanto de direito quanto de esquerda; e os Estados Democráticos. Neste trabalho iremos nos ocupar do Estado Democrático. Já dizia o grande estadista e ex premier inglês Winston Churchill: *“A democracia é a pior forma de governo, exceto todas as outras que foram tentadas.”*

Definido que queremos nos debruçar sobre o regime democrático, devemos compreender ainda que até o final da década de oitenta do século passado, o mundo se dividia entre os capitalistas americanos, liberais por excelência- cuja tutela judicial para o fornecimento de medicamentos / tratamentos clínicos seria impensável- e a União República Socialista Soviética – URSS de viés comunista que impunha a compreensão de que tudo era do Estado, não só todos os meios de produção, assim como o fornecimento aos cidadãos dos tratamentos clínicos / ambulatórias. Perceba o dilema, na América feita pelos americanos, a democracia pujante e liberal impedia o fornecimento de qualquer tipo de medicamento. Competia assim ao cidadão o dever de promover a sua segurança alimentar / médica / ambulatorial. Já na URSS o Estado deveria promover, com eficácia, a segurança médica / ambulatorial de seus cidadãos.

No meio desta contradição, até metade do século passado, ou melhor até o final da era Vargas (Getúlio Vargas – 1882 /1954) temos o Brasil acenando para ambos os lados. Apesar de nunca se declarar abertamente comunista, tivemos sim episódicos emblemáticos em nossa história: como a Intentona comunista, depois a condecoração do revolucionário Che Guevara pelo Presidente Jânio Quadros, etc. Porém, o Brasil optou pela democracia americana, especialmente após a concessão da siderúrgica nacional - CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, em 1940, em Volta Redonda/RJ.

Acontece que a simples opção pela democracia não bastava ao Brasil. Em países em desenvolvimento como nosso, a necessidade médica / tratamento ambulatorial, para a população de baixa renda se impõe como uma necessidade gritante e não pode ser sonogada pelo Estado. É nessa medida que se surge quase que uma democracia híbrida, chamada: Estado do Bem Estar Social. Ou seja, o Estado continua a ser democrático, sendo composto por imprensa livre, propriedade e meios de produção em sua maioria privados, etc. Porém, o Estado alberga uma rede de proteção maior ao cidadão, composto por serviços públicos essenciais: saúde, educação, assistência social, regime geral de previdência pública e obrigatória, além de uma legislação trabalhista muito particular e até

mesmo uma Justiça Especialista em Direito do Trabalho. Esta última uma inovação no mundo contemporâneo.

É claro que esta configuração muito singular do Estado Brasileiro aumentou o tamanho do Estado em todos os níveis de poder político. Impôs ao serviço público a necessidade de atender as demandas dos cidadãos. A presente pesquisa se propõe a investigar até que momento o Estado está compelido a promover o serviço médico ou o medicamento de alto custo ao cidadão.

Em uma hermenêutica simplista diríamos que o Estado sempre estará obrigado a atender todas as demandas dos cidadãos, se este não puder pagar por elas. E o fundamento é constitucional, nos artigos 196 e 197 do Texto Constitucional:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Este entendimento foi alcançado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar os artigos 5º, caput, e 196 da CF/88, consagrando o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida, assegurado a todas as pessoas (STF. 2ª Turma. ARE 685.230 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 25/03/2013).

Vale destacar ainda, o brilhante voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da ADPF 45 MC/DF:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no

processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Portanto, há respaldo constitucional e jurisprudencial, inclusive da Suprema Corte Brasileira, para o fornecimento do medicamento e tratamento ambulatorial.

Verificamos que, em uma perspectiva coletiva, deveríamos aventar se o Estado pode assim demandar para o fornecimento de medicamentos / tratamentos clínicos, em todos os casos. Hipoteticamente, imaginemos um medicamento / tratamento capaz de onerar o orçamento da saúde em alguns milhões, para um único cidadão, enquanto que toda a coletiva pode ser prejudicada; mesmo assim seria permissivo a eficácia da tutela jurisdicional? Poderíamos exemplificar colhendo como base o orçamento de 10 milhões anuais de uma cidade pequena de 30 mil habitantes, seria possível destinar 15% deste orçamento, ou 1,5 milhão anual, para o tratamento de um único cidadão? Podemos ir além, e se este mesmo tratamento fosse apenas paliativo? Ou pior, se o compromisso de atender a está demanda judicial, importasse na ausência de recursos financeiros para o pagamento de salário do corpo médico / enfermeiros desta mesma cidade. Ainda sim seria devido o fornecimento do medicamento / tratamento ambulatorial? Noutro lado, é possível deixar qualquer pessoa sem um tratamento eficaz, mesmo com tal proteção social. E esta questão que se encontra pautada.

Assim, em um país de densidade continental como o Brasil e de profunda desigualdade social, a intervenção do Poder Judiciário, especialmente para preservar vidas, será sempre necessária, como iremos demonstrar aqui.

3. EFICÁCIA DA TUTELA JUDICIAL

Em linhas gerais, o conceito de tutela antecipada era empregado no Código de Processo Civil de 1973, especialmente com fulcro no artigo 273 daquele CPC, pelo qual, se houver prova inequívoca, verossimilhança das alegações e fumaça do bom direito, além de perigo na demora a tutela deveria ser imediatamente entregue ao autor. O conceito de tutela de urgência aparece com o novo Código de Processo Civil de 2015, estampado no artigo 300 da nova lei; além do nome a tutela de urgência passou a ser passível de deferimento mediante a mera probabilidade do direito; e claro se houver risco de dano e não haja perigo para o resultado útil do processo. Importante é fixar a noção de abrangência de ambos os institutos, se antes era necessário prova inequívoca e verossimilhança das alegações; agora com a nova disciplina legal assevera a probabilidade do direito. Ou seja, basta ao magistrado julgar provável o direito para que a medida seja deferida.

Necessário compreender a extensão do conteúdo: tutela de antecipatória de mérito e tutela de urgência. Inicialmente, não havia nenhum tipo de antecipação de mérito no direito processual brasileiro até 1994. A urgência em processos judiciais era realizada por meio de tutelas cautelares, não se falava em antecipação de mérito.

Ocorre que tecnicamente é expressiva a diferença entre as tutelas cautelares e as tutelas satisfativas. Nas tutelas cautelares o que se pretende é salvaguardar os instrumentos probatórios do processo, ou seja, adiantar uma perícia que não poderá ser feita depois, ouvir uma testemunha que esteja na eminência de um risco de vida ou mesmo morte, etc. Noutro lado na tutela satisfativa o que se pretende é a antecipação do próprio objeto da ação.

Assim, até 1994, não era possível adiantar o objeto da ação em hipótese alguma antes do trânsito em julgado da ação. Dessa forma, imagine a situação de uma pessoa com a necessidade peremptória de uma cirurgia. Antes de 1994, se o autor não pudesse aguardar o trânsito em julgado, morreria esperando a cirurgia. Nunca é demais lembrar que estamos falando na última década do século passado, onde o próprio computador e impressora era um luxo não disponível para todos os advogados, comarcas ou mesmos juízos. Naqueles idos era bastante incomum uma pessoa que tinham familiaridade com a informática. Todos os autos eram atuados e certificados em papel,

com carimbos e máquinas de escrever. Ou seja, tudo era mais lento. Atualmente uma tutela urgência, com tudo informatizado, não demora mais que uma semana para a concessão da medida, naquela época, com sorte, levava três meses.

É claro que a legislação processual ultrapassada obrigou a jurisprudência a autorizar o deferimento da tutela cautelar no lugar da tutela satisfativa, vez em que, esta última não tinha previsão legal. Mas, tecnicamente, estava errado. Pois bem, a Lei nº 8952 de 13 de dezembro de 1994, resolveu este problema, alterando o artigo nº 273 do Código de Processo Civil, que passou a dispor da seguinte maneira:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

A partir de dezembro de 1994, se houvesse prova inequívoca e verossimilhança das alegações a tutela antecipada poderia ser deferida. O § 2º do mesmo artigo assevera a impossibilidade de concessão do provimento caso houvesse qualquer perigo de irreversibilidade do mesmo, gradativamente a experiência mostrou que este requisito foi sendo abrandado, especialmente em ações alimentares, depois com risco de vida e por fim nas próprias ações de saúde. Ao final não é crível que se antecipe a tutela de mérito para um paciente carente contra o Estado, independente da esfera, se está cirurgia estiver orçada em quinhentos mil reais, é clarividente que não se pode pensar em reversibilidade deste provimento após consumado o procedimento cirúrgico.

No entanto, a Lei 8.952/94 resolveu uma grande questão processual que imperava no Brasil, reservando para o escrutino correto os procedimentos cautelares quando fosse o caso e a concessão da tutela satisfativa quando a antecipação do próprio mérito se mostrasse mais adequado.

Em 2015, entra em vigor o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. A tutela satisfativa mudou de nome, passou a se chamar tutela de urgência e

também mudou de capitulação do artigo, sendo fixado no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil. Por fim, o mais importante, a tutela satisfativa mudou de requisitos, antes de 2015 se fala em prova inequívoca e verossimilhança das alegações, após o novo Código de Processo Civil passou-se aos requisitos de probabilidade de direito e perigo de dano.

Reparemos que há um sensível diferença entre os requisitos anteriores - prova inequívoca e verossimilhança das alegações - e os requisito deste novo Código de Processo Civil de 2015: probabilidade do direito e perigo dano. Ou seja, se antes a exigência é que o direito fosse inequívoco, agora basta que ele seja provável. É claro que isto teve uma repercussão processual, invariavelmente facilitando as concessões da tutela de mérito. Posto que, não cabe mais o Juiz afirmar que deixou de deferir a tutela de mérito por ausência de provas. O legislador possibilitou ao r. Julgador “*a quo*” se basear na mera probabilidade do direito.

Feito este panorama da evolução da legislação processual no que tange ao deferimento da tutela satisfativa, é necessário ainda verificar a eficácia da tutela antecipada. Perceba, é ilustrativo que a história do direito processual brasileiro nos apresente uma evolução natural que culminou na facilidade de deferimento da satisfativa. Se antes de 1994, não havia sequer uma legislação capaz de permitir o deferimento da medida, agora basta a probabilidade do direito e o perigo de dano – *periculum in mora* – para o a concessão do direito.

É notório que a facilitação processual ajudou a aumentar o número de demandas ajuizadas. Por conseguinte, com mais demanda ajuizada e uma maior facilidade legislativa, o número de tutelas satisfativas aumentou exponencialmente.

Além de um deferimento maior da tutela satisfativas, a maior parte delas vem acompanhada das *astreintes* ou multa diária. Dessa forma, após o prazo definido pelo r. Julgador, se a medida não for cumprida pelo réu passa a correr uma multa diária, que pode ser majorada se o intimado para cumprir a decisão permanecer inerte.

É cediço que a demanda pelos serviços médicos / clínicos e medicamentos aumentaram. Entretanto, nem sempre o Estado ou mesmo os planos de saúde conseguem cumprir o deferimento da medida.

Nessa vereda, a legislação processual e os seus mecanismos evoluíram. O processo judicial, agora eletrônico, tornou-se mais eficiente e capaz de atender as demandas dos cidadãos em um tempo muito menor. Por outro lado, a oferta de serviços médicos continua

reprimida. Esta equação não fecha, cria-se, portanto, um problema gigantesco que ceifa milhares e milhares de vidas.

É evidente que em uma perspectiva técnica-jurídica a última preocupação do julgador deve ser a realização do procedimento nas possibilidades econômicas dos réus. É dever do Poder Executivo promover os meios necessários para a realização da medida. Esta apreciação meritocrática deve ser divorciada de qualquer tipo de paixão / vontade política-administrativa.

Entretanto, não podemos fechar os olhos para o distanciamento entre o deferimento das decisões judiciais e o atendimento que, de fato, é prestado nos hospitais públicos do Brasil. A conta é muito simples, se a medida judicial, qualquer que seja ela, não é cumprida, ela não é eficaz. Talvez a figura mais ilustrativa desta medida seja o grande número de pacientes que morreram na fila do tratamento de saúde, tendo nas mãos uma medida judicial não cumprida. Neste caso, tecnicamente os mecanismos da jurisdição funcionaram com primazia, porém, os de Estado não. Para a família das milhares de vítimas que morreram nessas condições a liminar judicial é apenas mais um papel e o retrato perverso de um país profundamente desigual.

Por tudo isso cabe ao operador do direito elaborar muito mais que um procedimento correto. É preciso, ter a consciência que todos os mecanismos de Estado devem ser utilizados para se aproximar o máximo possível da eficácia pretendida quando se distribuiu a ação de obrigação de fazer. Apenas dessa maneira o direito poderá transfigurar-se para muito além de uma letra fria no papel, revelando assim o verdadeiro significado da justiça.

4. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com efeito, já ficou claro que o Texto Constitucional impõe ao Estado o dever de fornecer ao cidadão os medicamentos / tratamentos clínicos e ambulatoriais que for necessário. Esta obrigação nasceu do Estado do Bem Estar Social, que apesar de adotar um sistema democrata / capitalista, imprime como dever do Estado a obrigação de fornecer a saúde os insumos que forem necessários.

Ocorre que, o orçamento da saúde contempla as despesas de manutenção / custeio nas diversas esferas do Estado, mas não contempla despesas extraordinárias. Dessa forma quando uma determinada liminar defere o fornecimento de medicamento / tratamento clínico no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão reais), não existe dotação orçamentária para este tipo de despesas. Diferente disso, sendo uma ordem judicial, a mesma deverá ser observada.

O que deve ser mensurado aqui é como contemplar as despesas extraordinárias da saúde realizadas em face do aumento das demandas judiciais e as liminares deferidas em diferentes lugares do Brasil. É certo que observamos um aumento expressivo em todas as demandas judiciais. Algumas, sem sombra de dúvida, são de extrema importância para a saúde. De outro lado, algumas se confundem com procedimentos estéticos ou mesmo cirurgias seletivas, que sem um grau de zelo, podem ganhar uma importância que simplesmente não tem.

Além disso, temos alguns casos controversos, sem a devida comprovação científica, ou mesmo medicamentos sem a devida averbação / registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que estão tendo a sua liminar deferida. Talvez o caso mais emblemático seja da famosa pílula do câncer – fastoetolonamina. Tal medicamento, após uma reportagem em um telejornal de grande repercussão na maior televisão do país experimentou uma enxurrada de liminares de todos os lugares do país. O problema é que este medicamento ainda estava em testes na USP - São Carlos/SP e não havia registro na ANVISA. Se não havia registro na ANVISA não era um fármaco registrado, portanto, não poderia ser receitado.

A despeito de tudo isso, inúmeras liminares de diferentes lugares do país foram pedidas. Tal acontecimento obrigou o STF a editar uma medida cautelar na ADIN 5.501/2016 de

Relatoria do Ministro Marco Aurélio proibindo a edição de novas liminares até que o medicamento fosse testado e registrado na ANVISA. Após isso, os testes com o medicamento comprovaram que o mesmo seria apenas placebo, sem nenhum tipo de eficácia comprovada.

Outra situação inquietante, são os medicamentos à base de maconha. Apesar de não existir, ainda, o registro na ANVISA, estudos comprovam a eficácia do medicamento. Especialmente para amenizar ou mesmo suspender surtos esquizofrênico ou de outras síndromes. Por outro lado, até pouco tempo atrás este medicamento além de não ter registro nos órgãos competentes era proibido desde o seu cultivo / produção / comercialização / distribuição. De outra parte, mesmo assim, tinham liminares obrigando o próprio Estado a comprar e distribuir o medicamento, liminares evidentemente *contra legem* (contra a lei). Neste caso o deferimento deste tipo de liminar chamou a atenção das autoridades e obrigou um estudo melhor sobre o tema.

Atualmente já temos, além da autorização da ANVISA para a importação do medicamento, a venda em farmácias mediante receituário médico. Por outro enfoque, ainda falta a autorização para o cultivo da planta em solo brasileiro, o que iria baratear o medicamento, que deixaria de ser importado.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.

A publicação *Judicialização da Saúde: Causas e Consequências* de Andréia Souto Martins Monteiro e Larissa de Paula Gonzaga e Castro, apresentou a comunidade acadêmica um estudo ilustrativo sobre a densidade e consequências das tutelas liminares deferidas pela Justiça Brasileira.¹

Neste estudo fica claro que praticamente todos os processos de obrigação de fazer contra o Estado tiveram a liminar deferida. Em praticamente todos estes os autores tiveram a concessão da justiça gratuita. Em mais de 95% desta decisão o r. Julgador não fez nenhum tipo de condicionamento para o deferimento da liminar.

De efeito, as ações de saúde contêm providências de urgências (liminares / antecipação de tutela / urgência), que dispensam qualquer tipo de instrução probatória, especialmente perícia técnica prévio ao deferimento da medida. Uma análise minuciosa demonstra ainda que metade dos medicamentos solicitados tinha registro na ANVISA.

Em um exame desnudo de qualquer tipo de paixão, chama a atenção ainda que mais de 70% dos processos no Estado de Minas Gerais são provenientes do atendimento médico na rede particular; e outros 25,8% pelo SUS. Mais da metade dos litigantes neste tipo de processo optaram por contratar advogados particulares, enquanto a Defensoria Pública atuou em apenas 23,1% dos casos analisados pelo Estudo. (MONTEIRO; CASTRO,2013)

É conhecido ainda que o SUS e o próprio Estado contém uma lista de medicamentos homologados e fornecidos pelos Estados. Por outro enfoque, em mais da metade dos casos o medicamento solicitado judicialmente não está na lista dos medicamentos fornecidos pelo SUS ou pelo próprio Estado. Entretanto, 79% dos medicamentos possui uma alternativa terapêutica dentro dos medicamentos fornecidos pelo SUS. É certo que se apenas este último item fosse observado, até mesmo pelo próprio Judiciário na hora de deferir o medicamento, as demandas judiciais teriam uma redução de 80%, fornecendo saúde de qualidade a população e deixando de onerar os cofres públicos.

É claro que em uma perspectiva humanizada todos os dados acima relatados podem ser questionados. A exigência do medicamento padronizado na lista do SUS ou dos Estados,

¹ Pesquisa de Pós Graduação: Judicialização da Saúde: Causas e Consequências. Realizada com artigos publicados entre os anos de 2005 e 2012.

poderia não ser a melhor alternativa em um caso de um medicamento novo e comprovadamente eficaz.

A presença de escritórios de advocacia privados deve ser vista com muito cuidado, especialmente no Estado de São Paulo, onde muitos advogados atuam pela assistência judiciária gratuita em convênio entre a própria Defensoria Pública e a OAB/SP. Além dos casos onde o advogado particular atua de forma *pro bono*, ou de forma gratuita, ou ainda apenas trabalha pelos honorários de sucumbência.

O próprio número de atestados médicos particulares não significa muita coisa, posto que o número crescente de planos de saúde em empresas particulares possibilita a pessoa de baixa renda o acesso a rede particular médica, sem que isto signifique necessariamente maiores possibilidades financeiras ao cliente do poder judiciário.

Por fim, em raros casos, o medicamento receitado não poderá ser receitado por um fármaco similar ou mesmo genérico.

6. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO

Dessa forma, em um trabalho que se propõe a investigar as consequências do aumento das interposições das demandas judiciais, é criterioso que possamos investigar os desdobramentos das mesmas, quando o medicamento reivindicado é de alto custo.

Em primeiro, devemos entender o conceito do medicamento de alto custo, esta definição se traduz na necessidade de alta tecnologia para a produção destes medicamentos. Por consequência da alta tecnologia empregada na produção dos fármacos, evidentemente, os preços dos mesmos são mais altos.

Nos capítulos anteriores fizemos algumas ponderações a respeito do Estado. Ficou nítido que a partir de 1988, a democracia brasileira, por meio da constituinte, adotou o Estado do Bem Estar Social, por via de consequência o Estado brasileiro se obrigou a fornecer saúde de qualidade, universal e gratuita a qualquer cidadão brasileiro e até mesmo estrangeiros que residia no país, ou seja a qualquer pessoa. E claro, isto inclui os medicamentos de alto custo.

A partir do momento que o Brasil assumiu a obrigação de fornecer saúde, atendimento ambulatorial e médico, bem como medicamentos, neste último incluindo os medicamentos de alto custo o Brasil, um país subdesenvolvido, de dimensões continentais e profundas mazelas sociais, entrou para um seleto grupo de países na vanguarda de uma robusta proteção social, especialmente no que tange a saúde. Poucos países do mundo congregam elementos de proteção social tão significativos como no Brasil, talvez apenas a Inglaterra, hoje, tenha um sistema de proteção à saúde nos moldes realizados aqui pelo SUS. Por isso, embora muito criticado pelas suas imperfeições, o conceito deve sempre ser elogiado.

Mas quando se fala em medicamentos de alto custo, uma única ampola pode custar centenas de dezenas de dólares. E, se toda a população pode ter acesso ao medicamento, cabe ao Estado Brasileiro, em seus diferentes níveis de poder, custeá-lo.

Isto representa um pêndulo econômico de proporções geométricas em qualquer orçamento. Embora seja significativo no orçamento da própria União e dos Estados, a mesma assertiva já não é verdadeira para municípios muito pequenos, onde o dinheiro é verdadeiramente contado. Mesmo sendo esta questão um tema delicado, a própria Constituição Federal de 1988, propôs um caminho para viabilizá-lo: trata-se da responsabilidade solidária entre

União, Estados e Municípios para o fomento / fornecimento de todos os preceitos constitucionais da saúde. Por isso, compete ao próprio operador do direito, quando demandar uma ação de saúde, especialmente se invocar medicamentos de alto custo, elegeer de forma criteriosa o sujeito passivo da demanda. É factível que envolvendo medicamentos de alto custo, talvez uma demanda com pluralidade passiva entre os três entes da união seja muito mais proveitosa para o autor, do que a demanda contra um município pequeno, embora, tecnicamente as duas formas estão corretas.

No entanto, é graças excelência / expertise no fornecimento de tratamento / medicamentos da saúde que o Estado brasileiro se diferencia dos demais.

No início da década de 1990, tivemos a pandemia da AIDS (HIV), que ceifou milhares de vida em todo o mundo. Devido a esta doença o Brasil ficou órfão dos seus maiores e melhores talentos: Cazuzza, Renato Russo, etc. Foi neste contexto que surgiu uma nova e revolucionaria droga para combater a epidemia, nomeada de coquetel antirretroviral. No começo, as pessoas infectadas, se valendo da Constituição de 1988 e do seu garantismo a saúde conseguiram na justiça o direito ao fornecimento do coquetel. A demanda por este tipo de medicamento cresceu exponencialmente, a tal ponto que a partir de 1996 este insumo começou a ser disponibilizado gratuitamente pelo SUS, na lista de alto custo. A disponibilização do fármaco era feita pela simples comprovação do diagnóstico, sendo dispensável critérios de renda e disponibilidade social. Por esta inovação o Brasil foi pioneiro no combate a AIDS. Em verdade, a questão da AIDS e de outros medicamentos é emblemática, deixa nítido que o atendimento / fomento a saúde de qualquer cidadão, por maior custosa que possa ser ao Estado, é fundamental. Sem isso, talvez o Brasil estivesse em uma situação como o continente Africano, onde a doença assola países ainda hoje de forma grave.

7. CUSTO DA SAÚDE

Embora com erros é inegável que conceitualmente o sistema único de saúde – SUS - é fantástico. Saúde pública, de qualidade e gratuita a todos os cidadãos do país. Mas, formalmente / processualmente, como isso é possível? Quem a final paga, e de qual forma paga a conta? Pois bem, tecnicamente somos obrigados a uma fuga do lugar comum. Devemos compreender em primeiro que o constituinte de 1988 elaborou o que depois foi complementado pela Lei nº 8212/8213-1991, e devemos chamar de seguridade social. O escopo da seguridade social alberga três institutos próximos, porém distintos: assistência social, saúde e previdência social. Portanto, a saúde é uma ramificação da seguridade social, e claro com o financiamento interdepende deste último.

Dessa forma, todas as vezes que pagamos a previdência social parte deste dinheiro é utilizado para custear a seguridade social, entre eles a saúde. No trabalho autônomo, quando que se desconta a parcela da previdência, parte desse dinheiro tem dotação própria para a saúde pública. Outra situação é do empregado privado que aposenta e volta a trabalhar, bem como continua a recolher a previdência social de forma obrigatório. Este dinheiro retido pelo governo fomenta a seguridade social, entre eles a saúde. Esta foi uma das razões do indeferimento da desaposentação pelo STF em 2016. Naquela ocasião, um dos princípios amplamente debatido na mais alta Corte de Justiça do país foi o princípio da solidariedade / universalidade, pelo qual, cada contribuição social alimenta um sistema universal, ou seja, é a contribuição de todos que faz tudo funcionar. Dessa forma, é por isso que se garante a saúde de todas as pessoas, ainda que parte deles não contribuía de forma alguma para o sistema. Assim como se garante a aposentadoria de acidentado no trabalho, ainda que sem carência e as contribuições mínimas, estas garantias sociais só são possíveis graças ao princípio da universalidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que toda a pesquisa acadêmica deve melhor espelhar o nosso tecido social e as suas variáveis. Não é de hoje que as ações de medicamentos merecem destaques em nossos Tribunais, assim como as suas consequências, boas e más. E nesta perspectiva que trilharemos o nosso trabalho.

Após uma árdua pesquisa acadêmica, tivemos a impressão que para o bem ou para o mal, as ações afirmativas de saúde ainda serão necessárias por muito tempo. Isto porque, embora o Brasil tenha uma legislação constitucional muito avançada correlata a saúde e a própria dignidade da pessoa humana, os instrumentos e a própria engenharia de governo ainda é muito incipiente, precário e atrasado. O Brasil ainda tem dificuldade de atuar de forma mais expansiva na medicina preventiva, mais barata e fácil. Todos os níveis de governo ainda não propuseram os contornos de uma política clara para o saneamento básico, aqui compreendido como a coleta de esgoto e o seu encaminhamento, bem como o fornecimento de água tratada de qualidade.

É consenso entre os especialistas que a maior e melhor distribuição do saneamento básico, aqui compreendido como o fornecimento de água potável e esgoto para toda a população, deverá diminuir a pressão sobre o sistema público de saúde. No Brasil, é cediço que ainda estamos longe de indicadores aceitáveis. Ainda falta água encanada e tratada para todos os brasileiros. Ainda piores são os indicadores sobre a coleta e tratamento de esgoto. Enquanto esses números não melhorarem, a própria saúde pública com eficácia para todos continuará a ser uma utopia. É claro que todos estes dados são piores nas regiões Norte e Nordeste, embora haja também pobreza e escassez destes recursos no Sul e Sudeste deste país. É importante frisar estes dados já que os especialistas afirmam que o problema da saúde pública começa com o saneamento básico. Quanto melhor for a distribuição da água e coleta de esgoto, menor será a pressão sobre o sistema pública de saúde, de tal sorte que a saúde poderá ser ofertada de maneira mais eficaz e saudável.

Contudo, a lógica inversa do sistema, duramente adotada no Brasil, importa em mais pessoas doentes, o que demanda maior exigência dos medicamentos e tratamentos ambulatoriais, tanto de alto como de baixo custo. E claro, se os recursos não estiverem disponíveis para toda a população, grande parte destas demandas baterão às portas do judiciário invariavelmente.

Neste contexto, qualquer experiência que melhore as condições sociais do Brasil, especialmente no que tange ao saneamento básico, firmemente irá refletir nas melhorias das condições de saúde, e, portanto, na diminuição do ajuizamento de ações.

Porém, é claro, que enquanto não houver melhorias nas condições sociais e estruturais no Brasil, o Poder Judiciário continuará cumprindo o seu papel, garantindo a população o direito a saúde e aos medicamentos, sempre que for acessado para este fim.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **AGRAVO RECURSO ESPECIAL 685.230 AgR/MS**, Relator Ministro Celso de Mello, **DJe** de 25 de mar 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A VISÃO DO PODER EXECUTIVO**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **VADE MECUM TRADICIONAL** / Obra coletiva. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ OU MATÉRIA, FORMA E PODER DE UM ESTADO ECLESIASTICO E CIVIL**. Tradução Alex Martins. Editora Martin Claret. São Paulo, 2007.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO Larissa de Paula Gonzaga. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Programa de Pós-Graduação em Vigilância Sanitária.2013.Disponível em:<<http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/8mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20SA%C3%9ADE%20CAUSAS%20E%20CONSEQU%C3%8ANCIAS%20ANDR%C3%89A%20SOUTO%20MARTINS%20MONTEIRO.pdf>> Acesso em 13 de jul. de 2020.