



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU***  
**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**MARCELO DURVAL SOBRAL FEITOSA**

**TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE SAÚDE**

**FORTALEZA**

**2020**

MARCELO DURVAL SOBRAL FEITOSA

A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Me. Damião Tenório Soares

FORTALEZA  
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará  
Biblioteca Juiz Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

---

D968t

Feitosa, Marcelo Durval Sobral

Tutela provisória de urgência nas demandas individuais de saúde  
/ Marcelo Durval Sobral Feitosa. – 2020.  
60 f.

Monografia (Especialização) – Tribunal de Justiça do Estado do  
Ceará, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará,  
Especialização em Direito Processual Civil, Fortaleza, 2020.  
Orientação: Prof. Me. Damião Tenório Soares.

1. Direito Processual Civil. 2. Tutela provisória de urgência.  
3. Direito à saúde. 4. Medicina baseada em evidências. I. Título.

CDDIR 341.465

---

Bibliotecária: Hivana Evelly Serpa de Mesquita CRB-3/1568

MARCELO DURVAL SOBRAL FEITOSA

A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em: 22/06/2020.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Damião Tenório Soares (Orientador)  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

---

Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Antônio de Moura Cavalcanti Neto  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

## RESUMO

O presente trabalho analisa a dificuldade hermenêutica concreta que o magistrado possui para decidir demandas urgentes que envolvam direito constitucional a saúde. Sob o pressuposto que o direito material que envolve o tema necessita ser compatível com a urgência na apreciação do pedido, com a complexidade de efetivação do direito diante da realidade finita do Estado em satisfação da pretensão e com as diretrizes normativas para uma decisão racional, analisa-se como o direito rege as tutelas provisórias de urgência, bem como o direito material no âmbito constitucional e legal, a fim de que se expor as particularidades que envolvem o tema. Para tanto, debruça-se no capítulo inaugural sobre o regramento das tutelas provisórias de urgência no atual Código de Processo Civil. Em sequência, através de pesquisa bibliográfica, analisa-se o conceito jurídico de direito à saúde e como este vem sendo interpretado pelos atores jurídicos. Por derradeiro, trata-se do convencimento judicial a partir de elementos científicos baseados em medicina de evidência, esclarecendo como o respeito as diretrizes médicas deve servir de norte e base para as decisões. Feita essa análise, é permitida uma conclusão clara no sentido da plena possibilidade de se proferir decisão judicial em tutela provisória de urgência que simultaneamente proteja o cidadão de forma célere, bem como respeite a Constituição Federal e a ciência médica, evitando-se, no âmbito judicial, decisões dadas exclusivamente com substrato na opinião médica ou no sentimento dívida moral para com o doente, já que insuficientes para respaldo efetivo do direito fundamental.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Tutela provisória de urgência. Direito à saúde. Medicina baseada em evidências.

## ABSTRACT

The paper analyzes the concrete hermeneutic difficulty that the judge has to decide urgent demands that involve constitutional right to health. Under the assumption that the material law that involves the theme needs to be compatible with the urgency in the appreciation of the request, with the complexity of realizing the law in view of the finite reality of the State in satisfying the claim and with the normative guidelines for a rational decision, it analyzes how the law provisional urgent relief, as well as material law in the constitutional and legal scope, in order to expose the particularities surrounding the topic. To this end, it focuses on the inaugural chapter on the regulation of provisional emergency measures in the current Code of Civil Procedure. In sequence, through bibliographic research, the legal concept of the right to health is analyzed and how it has been interpreted by legal actors. Ultimately, it is analyzed the conviction reasoned on scientific elements based on evidence medicine, clarifying how respect for medical guidelines should serve as a basis for decisions. Having made this analysis, a clear conclusion is allowed to reach, it's full the possibility of making a judicial decision in urgent provisional tutelage that simultaneously protects the citizen quickly, as well as respects the Federal Constitution and medical science, avoiding, within the scope judicial, decisions made exclusively with substratum in medical opinion or in the feeling of moral debt towards the patient, since they are insufficient to effectively support the fundamental right.

**Keywords:** Civil Procedural Law. Provisional emergency relief. Right to health. Evidence-based medicine.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b>   | <b>07</b> |
| <b>2 TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA NO ATUAL CPC</b>                       | <b>13</b> |
| <b>2.1 O Tempo para a Prestação Jurisdicional</b>                           | <b>13</b> |
| <b>2.2 O Regime Geral das Tutelas Provisórias</b>                           | <b>14</b> |
| <b>2.3 Da Tutela Provisória de Urgência – Pressupostos Legais</b>           | <b>16</b> |
| <b>2.4 Da Tutela Cautelar</b>   | <b>18</b> |
| <b>2.5 Da Tutela Provisória de Urgência Satisfativa - Tutela Antecipada</b> | <b>20</b> |
| <b>2.6 Da Tutela Provisória Contra do Poder Público</b>                     | <b>27</b> |
| <b>3 A SAÚDE COMO DIREITO</b>   | <b>32</b> |
| <b>3.1 Introdução</b>   | <b>32</b> |
| <b>3.2 Conceito Jurídico de Saúde</b>                                       | <b>33</b> |
| <b>3.2 A Saúde na Constituição Federal de 1988</b>                          | <b>36</b> |
| <b>3.3 O Regime Legal do Sistema Único De Saúde</b>                         | <b>39</b> |
| <b>4 O CONVENCIMENTO JUDICIAL BASEADO EM MEDICINA DE EVIDÊNCIAS</b>         | <b>42</b> |
| <b>4.1 A Medicina de Evidência</b>  | <b>42</b> |
| <b>4.2 Há Soberania do Saber Médico?</b>                                    | <b>44</b> |
| <b>4.3 Instrumentos que Auxiliam a Decisão Judicial</b>                     | <b>46</b> |
| <b>4.4 Precedentes quanto ao Tema</b>                                       | <b>51</b> |
| <b>5 CONCLUSÃO</b>  | <b>54</b> |
| <b>REFERÊNCIAS</b>  | <b>57</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário encontra-se assoberbado de demandas individuais e coletivas que discutem o direito à saúde, não sendo estranho nesta realidade processual que tais pedidos venham acompanhados de pleitos de tutela provisória, especialmente de urgência.

A tutela provisória dogmaticamente foi sistematizada no atual Código de Processo Civil.

A partir da vigência desta norma, quedaram unificadas no mesmo corpo legislativo as diferentes espécies de tutela provisória, quais sejam: a de urgência (antecipada ou cautelar) e de evidência.

É certo que no âmbito teórico já há uma gama de estudos aprofundados sobre os requisitos legais para concessão da tutela provisória, mas poucos se debruçam pragmaticamente sobre o instituto, ainda mais quando inserto na complexidade da demanda de saúde, o que torna tormentosa a atividade do jurista.

O estudo da dogmática, embora relevante para ciência dos pressupostos legais, não é suficiente para explicar no mundo fático a necessidade de efetividade das demandas de saúde, tendo em vista a magnitude do valor social cancelado e a celeridade exacerbada que demanda.

São ações em que o perigo do dano ou resultado útil do processo podem gerar consequências irreversíveis para o jurisdicionado e, por vezes, consequências relevantes para o Estado e comunidade.

Embora hoje pareça bem claro que o problema da judicialização da saúde em sua perspectiva macroscópica exige técnicas decisórias dialogais entre os poderes constituídos, fato é que enquanto não implementada corretamente a política pública estatal, transbordará em todos os fóruns deste país demandas de saúde que necessitam que os operadores do direito (advogados, defensores públicos, procuradores, promotores de justiça e juízes) saibam como lidar de forma racional, coerente e justa com o cidadão envolvido nesses processos, sem se afastar da política pública de alcance amplo da saúde.

Diante da perspectiva apontada, malgrado não haja dúvida do ponto de vista doutrinário que a probabilidade de direito e o perigo da demora são requisitos cumulativos em tutelas provisórias de urgência, há um direito vivo no qual se insere o jurista que limita o enquadramento analítico destes institutos na realidade, mormente diante de um perigo de demora extremado.

Esses pressupostos processuais (probabilidade do direito e perigo da demora) possuem uma abertura semântica ampla para as especificidades do direito material discutido que demanda uma análise cautelosa e específica, mormente por ser a tutela provisória de urgência uma resposta

processual à impossibilidade prática de adequação do tempo processual com o da prestação processual necessária (MITIDIERO, 2017).

Ou seja, a inviabilidade da espera torna-se elemento processual ímpar para a correta aplicação do direito.

Isso se torna ainda mais explícito no direito à saúde. Partindo da classificação proposta por Costa (2011), é natural que em demandas de saúde haja tutelas de urgência extremadas pura, ou seja, aquelas que o perigo de dano é de tal monta exacerbado que sua intensidade acaba por absorver a atenção do Juiz, especialmente diante da iminência da irreversibilidade (risco de vida do jurisdicionado).

Até em razão disso a doutrina aponta que nestas hipóteses haverá um abrandamento na análise do requisito da probabilidade do direito (GAJARDONI et al., 2017).

Some-se o risco da demora com a relevância ímpar que o direito à saúde alcançou no atual *status* constitucional, bem como a complexidade fática para correta aplicação da norma, temos uma realidade extremamente espinhosa para decisão.

Quanto ao relevante *status* constitucional, não faltam estudos que explicitam que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde veio positivado como direito social e a partir da mudança de paradigma normativo trazido pela força normativa da Constituição Federal verifica-se que a efetividade do conteúdo material e axiológico da Constituição exerce influência direta no tema. (BARROSO, 2017)

Não há dúvida que a força constitucional expansiva que ganhou o direito à saúde resultou numa judicialização exponencial do tema, findando, como bem explicita Farias (2018), numa influência decisiva do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas que *a priori* deveriam estar a cargo do Poder Executivo.

Aqui já vemos um dos primeiros elementos de complexidade do direito à saúde, isso porque o juiz em seu ofício deverá (por dever constitucional) observar de um lado o direito à saúde do jurisdicionado, composto por cuidados relativos à proteção, à promoção e à recuperação, acessíveis universalmente e em qualquer nível de atenção – primária, secundária e terciária –, inclusive atenção integral e de outro, os limites intrínsecos da organização de recursos orçamentários e financeiros para a realização da política. (BRASIL, 2015).

Como bem aponta Cardoso (2017) essa situação gera um inevitável paradoxo, qual seja: uma judicialização sem preocupação com as diretrizes normativas de efetivação da política pública de saúde possui alta probabilidade de gerar uma injustiça social maior que Justiça individual que almeja.

Finda o Juiz por realizar escolhas trágicas, que não raras vezes chancelam a vida daquele

que individualmente busca guarida junto ao Poder Judiciário, o que em si é positivo, mas por vezes geram danos enormes na política pública já consolidada, impactando coletivamente. Nas didáticas palavras do Ministro Celso de Mello na ADPF 45:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro. Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Por outro lado, embora haja farta discussão acadêmica e jurisprudencial explicitando o dano inverso destas medidas, inclusive a partir de dados estatísticos da repercussão orçamentária da judicialização da saúde, poucos estudos se aprofundam na solução pragmática a ser dado pelo juiz que conhece da demanda individual.

Ou seja, nessa miscelânea de dificuldade profissional do julgador, pouco se discute quais critérios metodológicos devem adotar o juiz para adequar os pressupostos da tutela provisória de urgência a realidade jurídica hoje imposta.

Nesse ponto cabe reviver, como bem explicita Gotti (2017), que esse tipo de tutela exige do operador do direito não apenas conhecimento dos padrões legais, mas especialmente da conjuntura técnica que envolve o processo.

A bem da verdade, o Judiciário ainda resolve o problema individual das ações de saúde em sede de tutela provisória de urgência, invocando simplesmente os preceitos constitucionais e a urgência extremada.

Há ainda aquilo que Júnior (2017) explicita como *rule of rescue*, ou seja, uma espécie de sentimento de dívida moral que o julgador se avoca, que lhe obriga a deferir a medida pleiteada numa tentativa de salvar a vida de alguém, independentemente do custo da medida pleiteada.

Malgrado tenha havido esforço jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup> e do Superior

---

1 A título de exemplo o Ministro Roberto Barroso, em seu voto-vista no Recurso Extraordinário 566.471/RN, ainda pendente de julgamento, que discute a possibilidade de fornecimento de medicamento de alto custo não incorporado na relação nacional de medicamento do SUS a observância cumulativa de cinco requisitos: a) a comprovação da incapacidade financeira de o autor da demanda arcar com o custo correspondente; b) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; c) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; d) a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na assim chamada medicina baseada

Tribunal de Justiça<sup>2</sup>, bem como normativo do Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup> para garantir uma prestação jurisdicional mais consentânea com a patologia apresentada e com as diretrizes do SUS, estudos revelam que os magistrados ainda decidem com fundamentos que se resumem no caráter constitucional das normas sobre direito à saúde, sem maiores análises das questões econômicas envolvendo a temática (MOTA, 2017).

E não só sob a perspectiva econômica do dano inverso da medida deve o magistrado ponderar. Ao operador do direito, obviamente sem adentrar nas atribuições médicas, cabe a análise do problema apresentado, ainda que em cognição sumária, sob a perspectiva científica adequada.

No âmbito de direito à saúde podemos racionalmente dizer que a probabilidade do direito do autor estará demonstrada quando a pretensão vier embasada em elementos científicos concretos que denotam que o pedido é seguro e adequado para resguardo da saúde de quem o requer, respeitando, quando possível, as diretrizes e protocolos do SUS.

Poder-se-ia argumentar que o conhecimento médico é de sua exclusiva atribuição. Não há dúvida, mas tal assertiva não prescinde de demonstração pelo profissional de saúde das evidências científicas ao operador do direito, especialmente o juiz.

Ainda que em tutela provisória de urgência, o Juiz exerce corretamente seu ofício quando fundamenta (inclusive com prova baseada em evidência científica) que aquele pedido respalda a saúde do requerente, bem como que respeita as diretrizes do SUS<sup>4</sup>.

Portanto, vê-se que as nuances apresentadas, sem prejuízos de outras análises, por si mostram como direito à saúde é multifacetário e complexo e, sob esta ótica de política pública complexa, que também deve ser analisada ao se decidir a ação individual a cargo do Juiz de primeiro grau. (BARCELOS et al., 2017).

Ainda que se adote como premissa que a solução da judicialização da saúde está numa postura dialogal entre Poderes, mormente numa visão macroscópica, indene de dúvida que ainda há

---

em evidências; e e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a ela cabe a decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS.

2 Já o STJ, em julgamento proferido em recurso especial de nº 1657156, julgado em 25/04/2018, sob o rito dos recursos repetitivos, decidiu que a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos 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 do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

3 Por fim, também o CNJ realizou duas jornadas de direito a saúde que findaram na elaboração de 68 enunciados que auxiliam na interpretação dos operadores do direito.

4 Não se pode olvidar que o SUS tal qual formulado na tessitura normativa da Constituição Federal tem verdadeiro *status* de direito fundamental da coletividade. Como bem aponta, Sarlet e Figueiredo (2008), tendo sido regulamentado pela Constituição Federal de 1988 e ter sido fruto de uma reforma sanitária que precedeu a elaboração da Constituição, não haveria dúvida de ser o SUS uma garantia institucional fundamental.

uma gama de ações individuais que interferem diuturnamente na realidade forense<sup>5</sup>, sendo imprescindível um estudo pragmático, “vivo<sup>6</sup>”, sobre essas tutelas, não mais limitado ao reconhecimento do direito subjetivo a saúde diante da Carta Magna, mas sim com foco na forma de efetivação deste direito, de forma sensível a urgência que se apresenta, os desarranjos sociais vivenciados pelo jurisdicionado, as diretrizes normativas pertinentes e ao desapego a hegemonias profissionais.

É o que se propõe neste trabalho, sistematizar os pressupostos específicos da tutela de urgência nas demandas de saúde, com o escopo de restringir a postura solipsista do magistrado para garantir decisões racionais e sistematizadas com os direitos fundamentais da Constituição Federal e diretrizes do Sistema Único de Saúde (STRECK, 2013).

Para tanto, buscaremos em três capítulos expor aquilo que entende ser primordial e minimamente necessário para uma decisão judicial no tema. No primeiro capítulo trataremos do regramento dado pelo atual Código de Processo Civil às tutelas provisórias de urgência, enfatizando, no corte metodológico, pontos do Livro V do Código de Processo Civil que mais pertinência acreditamos ter com o direito à saúde.

Já no segundo capítulo teceremos uma análise sobre o direito a saúde, em seu aspecto material. Analisaremos o conceito de direito à saúde, seu aspecto constitucional, bem como, de forma geral, a regulamentação do sistema único de Saúde - SUS pelo legislador federal.

No terceiro capítulo, a partir dos conceitos explicitados, buscaremos demonstrar que a fundamentação judicial não pode se limitar a aspectos dogmáticos, devendo o juiz fundamentar sua decisão em critérios que demonstrem a cientificidade do tratamento que eventualmente se defere. O escopo é expor diretrizes de forma pragmática para que a decisão judicial seja baseada em medicina de evidências, focando nos meios que permitam aos operadores do direito atribuir critérios técnico-científicos aos pressupostos da tutela provisória de urgência.

Ainda neste último capítulo, buscar-se-á demonstrar como vem direcionando a Jurisprudência nacional sobre o tema, num olhar mais aguçado para os casos que já foram objeto de precedentes vinculantes pelos Tribunais Superiores.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o tema, buscaremos através de uma visão crítica e problematizada, demonstrar que é possível ter *standarts* seguros para uma decisão no tema, buscando

---

5 Conforme notícia extraída do sítio do CNJ, entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”.

6 O uso do conceito de direito vivo tem como referência estudo produzido por Costa (2009) que conceitua tal direito como a análise na vida prática de como os pressupostos legais são utilizados pelos operadores do direito, explicitando, que por não raras vezes há um direito “morto” previsto em texto de lei que não condiz com o praticado no dia-a-dia forense.

sempre o equilíbrio entre a pretensão individual e a justiça coletiva, pois como bem acentua Barroso (2014), nessa área o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, devendo cancelar os direitos fundamentais, como exige a Constituição Federal, mas também não pode ser além do que é, ou seja, se tornar um outorgador de direitos sem preocupação com a consequência de suas decisões.

## 2. TUTELAS PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO ATUAL CPC

### 2.1 O Tempo para a Prestação Jurisdicional

O atual Código de Processo civil regulamenta as tutelas de cognição sumária no Livro V. A normativa vem sistematizar estudos que remontam ao Código de Processo Civil de 1939<sup>7</sup> e alterações<sup>8</sup> que permearam o Código Buzaid, com novidades típicas do atual Código de Processo Civil.

Antes de adentrar nas tutelas provisórias de urgências como positivadas no nosso ordenamento jurídico, são necessárias breves considerações sobre o tempo no processo.

Claramente, a previsão legal de tutela provisória permite que o ônus do tempo seja minimizado. Não se pode olvidar, e aqui não estamos a tratar da demora patológica do processo, que um processo que busca efetivo respeito as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art, 5º, LV da Constituição Federal) não prescinde de respeito a uma série de atos concatenados.

Como bem destacam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, o processo tem uma demora que é de sua própria fisiologia, ou seja, inerente a própria realidade da dialética de aplicação de garantias fundamentais (BUENO et al., 2018).

Ocorre que por vezes o tempo necessário se torna um obstáculo a efetividade do direito material que se busca com o processo. Ciente de tal, especialmente para aquele que tem o direito material em seu favor, houve evolução legislativa que possibilitou a distribuição do ônus do tempo entre as partes, a partir de juízos de cognição sumária.

Aqui é importante registrar que a Constituição Federal de 1988 ao garantir direitos fundamentais, não se olvidou de que a tutela jurisdicional deve ter os meios necessários para que o Poder Judiciário dê efetividade em suas manifestações (CAVALCANTI NETO, 2016).

Isso se torna bastante claro no objeto deste trabalho. Pouca relevância acadêmica e prática teria uma discussão sobre direito à saúde se não houvesse as tutelas provisórias de urgência no ordenamento jurídico. Pouca efetividade teria o artigo 196 da Constituição Federal, pois diante da particularidade do tema e da não rara necessidade de celeridade na análise do direito material, remota seria a possibilidade de se discutir e, especialmente, garantir tal direito de forma individual ao cidadão.

---

7 O Código de Processo Civil de 1939 não se constitui em simples repetição de doutrina estrangeira, o seu art. 675, de forma original, positivou o poder geral de cautela, dentro daquilo que nomeou como “processos acessórios”

8 A Lei nº 8.952 de 1993 introduziu o artigo 273 do CPC/79 sendo este artigo o marco normativo para as tutelas antecipadas no último código revogado.

Logo, como bem destacam Didier Junior, Braga e Oliveira (2016) a principal finalidade da tutela provisória é mitigar os males do tempo do processo, pois se inexorável a demora no processo, é preciso que o tempo seja repartido entre as partes e não somente que o demandante arque com a tramitação processual.

Em outras palavras, a repartição do tempo no processo nada mais é que a busca da tutela célere e efetiva, que hoje se realiza através da técnica processual de sumarização do processo que garante a satisfação daquilo que busca com o processo.

## 2.2 O Regime Geral das Tutelas Provisórias

O Código de Processo Civil de 2015 já no primeiro artigo do Livro V traz aquelas que considera as formas de tutelas prestadas a partir de uma decisão provisória. O artigo 294<sup>9</sup> prevê as duas espécies de tutela provisória: a de urgência e a de evidência.

Como marca inicial da tutela provisória está a técnica de sumarização do processo. A cognição sumária trata-se de uma limitação da cognição no plano vertical que conduz a decisões que derivam de uma convicção de probabilidade, que nada declara o direito, mas afirma a probabilidade de existência da pretensão. (MARINONI, 2017).

A sumarização da cognição não significa o conhecimento pelo magistrado de apenas parte do processo, mas apenas que seu conhecimento é superficial, verossimilhante, já que o exauriente apenas ocorrerá ao cabo do processo (ALVIM, 2017).

Ou seja, são juízos formados em verossimilhança ou probabilidade.

Registro que aqui adoto integralmente os apontamentos adotados por Costa (2011) de considerar similares todos os pressupostos que se amoldem ao conceito de *fumus bonus iuris*. O juízo formando por verossimilhança será neste trabalho denominado de probabilidade do direito, primeiro por ser a expressão adotada pelo atual Código de Processo Civil e segundo por entender que as divergências semânticas de termos em diferentes legislações acerca do juízo de verossimilhança são de pouca relevância prática. Diz o citado autor:

sem embargo de todo o esforço em sentido inverso, as expressões “demonstração sumária do direito alegado”, “prova inequívoca da verossimilhança das alegações” e “relevância do fundamento alegado” podem serenamente converter-se à expressão *fumus boni iuris*. Da mesma maneira, “receio da lesão”, “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “risco de que o ato impugnado resulte a ineficácia da medida” são expressões redutíveis, sem pudor, à expressão *periculum in mora*. Isso implica dizer que, na prática cotidiana do foro, as diversas espécies de medida de urgência acabam concedidas à luz dos mesmos pressupostos (o *fumus boni iuris* + o *periculum in mora*), embora as expressões

---

9 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.

linguístico-normativas que os designam não sejam idênticas nos diversos dispositivos legais.” (COSTA, 2011, p. 40/41).

Além da técnica de cognição sumária, Didier Junior, Braga e Oliveira (2016) apontam outras duas características da tutela provisória: a) a precariedade; b) a inaptidão de gerar coisa julgada material.

A precariedade se extrai claramente do artigo do 296 do Código de Processo Civil<sup>10</sup> perfazendo a regra que a tutela provisória é eficaz durante o processo ou até posterior revogação. Obviamente, a revogação apenas se dará quando não mais persistirem as situações que justificaram a concessão da medida.

Sendo julgado o pedido em cognição exauriente improcedente, ocorrerá a perda da eficácia da tutela provisória. Nesse sentido, o Enunciado nº 140 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que diz: “*A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda da eficácia da tutela antecipada*”.

Embora precária, a tutela provisória possui certo grau de estabilidade. Deferida a medida, sua revogação necessita de alteração das circunstâncias fático-jurídicas que a justificaram. Ou seja, apenas novas circunstâncias alteram a tutela provisória e, obviamente, nelas não se incluem o simples reexame ou reconsideração da questão pelo órgão jurisdicional que proferiu a decisão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015)

Aqui merece referência a pertinente análise de Marinoni (2017) quando explicita que a revogação da tutela provisória não se dá apenas quando fato novo altera os juízo de probabilidade inicialmente realizado, mas também quando novas provas surgem ao debate do processo.

Essa característica finda por gerar como consequência inexorável inaptidão da tutela provisória gerar imutabilidade. Se o limite eficaz da tutela provisória é o provimento final, obviamente neste se encontra seu termo.

Ainda que o provimento final venha a ratificar a tutela provisória, esta não ganha caráter de definitividade, pois o referencial de eficácia deixa de ser o provimento dado de forma antecipada, para ser o provimento final dado em caráter de definitividade (MITIDIERO, 2017).

Por consequência, decorre daí a possibilidade de exigência de caução prevista no artigo 300, §1<sup>o</sup><sup>11</sup> do Código de Processo de Civil, já que revogada a tutela provisória, devem as partes regressarem ao *status quo*. Outra consequência da precariedade das tutelas provisórias é a

---

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

11 § 1<sup>o</sup> Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la .

responsabilidade objetiva<sup>12</sup> à parte adversa pelos danos causados pela efetivação da tutela provisória, tal qual previsto no art. 302<sup>13</sup> do Código de Processo Civil.

Embora as características citadas se refiram a todas as espécies de tutela provisória, apenas as tutelas provisórias de urgências serão objeto deste trabalho de conclusão de curso, e, por consequência, passamos a indicar seus pressupostos específicos.

### 2.3 Da Tutela Provisória de Urgência – Pressupostos Legais

O regramento básico das tutelas provisórias de urgência encontra-se na cabeça do artigo 300<sup>14</sup> do Código de Processo Civil que explicita a necessária a presença de pressupostos concorrentes e hábeis a ensejar o benefício pretendido. Dizem-se concorrentes, pois, a presença de um somente não é suficiente.

São eles: Probabilidade do Direito e Perigo da Demora.

Verifica-se que a norma unificou os requisitos para concessões de tutelares cautelares e tutelas antecipadas, superando a dicotomia de conceitos doutrinários sobre graus de probabilidade de direito.

Nesse sentido, inclusive, o Fórum Permanente de Processualista Cíveis publicou enunciado de nº 143 que afirma: “*A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas*”.<sup>15</sup>

Essa unificação também é relevante, pois cessou o regramento em livro específico do processo cautelar e as medidas cautelares específicas. Hoje, não há mais processo autônomo cautelar, estando toda matéria concentrada no Livro V do Código de Processo Civil.

---

12 Nesse sentido, firme o posicionamento do STF, vide: (AgInt no REsp 1601267/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017)

13 Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

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

15 Registramos aqui crítica feita por Fernando Gajardoni que considerou prematuro o enunciado, pois ainda considera este autor que permanece necessário um maior grau de probabilidade do direito para concessão da tutela de urgência antecipada quando em contraponto a tutela cautelar (GAJARDONI et al., 2015).

Já nos debruçamos sobre a probabilidade do direito em tópico anterior, razão pela qual aqui entendemos por bem limitarmos o debate sobre o pressuposto do perigo da demora no provimento jurisdicional.

A tutela jurisdicional urgente pode ser definida como aquela que trata de situações jurisdicionais que devem ser analisadas em pequeno espaço de tempo, por meio de cognição sumária, sob pena de perecimento do direito material discutido (LAMY, 2018).

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve ser concreto, atual e iminente, de forma a explicitar o risco do ônus do tempo ao requerente.

Não basta a mera alegação de prejuízo na demora do provimento jurisdicional, mas efetiva demonstração que a medida antecipatória é fundamental para guarida do bem jurídico tutelado.

Ademais, o parágrafo 1º do artigo 300 do Código de Processo Civil demonstra o momento e a forma que pode ser deferida a tutela provisória. Diz o preceito que a tutela de urgência de pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia<sup>16</sup>.

Claramente se extrai que a medida pode ser deferida sem oitiva da parte contrária, de forma *inaudita altera pars* ou após o efetivo contraditório<sup>17</sup>.

Aqui uma cautela deve ser registrada, a medida concedida *in limine litis*, isto é, no momento em que o processo se instaura não deve ser uma regra, mas verdadeira exceção, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório.

E como bem destacam Silva e Silva (2016) para que o contraditório seja postergado, a decisão judicial deve ter uma fundamentação analítica, nos moldes do artigo 489, §1º<sup>18</sup> do Código Processo Civil, permitindo que a parte contrária possa compreender e, ao ser ouvida, analisar a correção da medida excepcional que se tomou.

---

16 A justificação prévia deve ocorrer quando o magistrado não se convencer de plano sobre a existência dos requisitos legais para exigidos no art. 300 do Código de Processo Civil. Nesse caso, lhe é dada a faculdade de designar audiência para que o autor alinhe novas provas a garantir o deferimento da medida (ARRUDA ALVIM, 2017)

17 Ainda há divergência doutrinária sobre o conceito de medida liminar. Autores como Didier Junior, Braga e Oliveira (2016) apontam que é a decisão dada sem que tenha havido a citação e oitiva da parte contrária, ou seja, aquelas concedidas *inaudita altera pars*. Já Costa (2011) afirma que os provimentos liminares são aqueles concedidos no início do processo, sendo no despacho inicial ou após oitiva da parte contrária. Para o autor os provimentos liminares se confundem com as decisões dadas em cognição sumária vertical, sendo as liminares, então, as decisões concedidas sob juízo de probabilidade ou verossimilhança da pretensão afirmada pelo requerente.

18 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Logo, para concessão da tutela provisória de urgência de forma liminar deve o magistrado sempre perquirir se a oitiva do réu causa perigo de dano ao autor ou ao resultado útil do processo.

Caso inexista, a oitiva é cogente. Lembremos apenas, como bem destacam Didier Junior, Braga e Oliveira (2016) que caso se estabeleça necessidade de contato prévio, também deve o Juiz sempre fundamentar a medida, permitindo ao autor, caso vislumbre risco acentuado no postergar da decisão, o uso do sucedâneo recursal pertinente.

Nesse sentido inclusive o Enunciado n. 30 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que diz: *“O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela antecipada de urgência sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio”*.

## 2.4 Da Tutela Cautelar

Perpassada as generalidades ínsitas as espécies de tutela provisória de urgência e seus pressupostos necessários, passamos a análise de suas espécies.

Embora não nos afastemos da doutrina, especialmente quando este trabalho de conclusão de curso se refere a uma especialização em processo civil, como já destacado na introdução, nossos olhos aqui são pragmáticos e voltados diretamente para a previsão normativa e suas consequências cotidianas.

Pois bem. Parece inexistir dissenso na doutrina ao se afirmar que a tutela cautelar tem por características específicas: a) referibilidade e b) temporariedade.

Quanto a sua referibilidade, já famosa a frase de Marinoni (2017) que a tutela cautelar é a tutela da segurança do direito. A emblemática frase deixa claro que a tutela cautelar busca resguardar outros direitos. Ou seja, busca a tutela cautelar garantir o resultado útil do processo, sendo nítido seu caráter instrumental.

Do Código Processo Civil extrai-se do art. 301<sup>19</sup> a característica da referibilidade, pois ao se enumerar as formas de efetivação da tutela cautelar (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem) e afirmar que a cautelar pode se refletir que qualquer medida idônea que assegure o direito, claramente explicitou seu caráter instrumental a tutela satisfativa.

Quanto a temporariedade, conforme afirma Calamandrei (apud, FABRI, 2007) o provimento cautelar tem efeitos provisórios porque a relação por ele constituída é por sua natureza

---

19 Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

destinada a esgotar-se, quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que for emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia.

Logo, a temporariedade nada mais é que reconhecer que este só existe o tempo necessário para preservar aquilo que busca garantir.

Forte no pensamento trazido por Piero Calamandrei, parte da doutrina tem afirmado que a provisoriedade é o elemento que distingue o provimento cautelar. Aqui, aderimos ao posicionamento de Mitidiero (2017) que bem explicita que essa característica é típico de toda técnica de sumariedade, seja cautelar seja satisfativa, já que ambas duram enquanto permanecer o quadro fático-jurídico que justificou o deferimento. Como bem explana o citado doutrinador:

A tutela cautelar é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas as cláusulas *rebus sic stantibus* – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos. Mesmo quando a tutela cautelar não se segue a tutela satisfativa e aquela perde a sua eficácia, não se pode falar em temporariedade ou em provisoriedade, já que a não propositura da demanda para realização do direito constitui condição resolutiva que, não concretizada, apaga ex tunc a eficácia da tutela cautelar. Do ponto de vista da estrutura do provimento, portanto, ambos são definitivos. A diferença entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa sob esse ângulo de apreciação está em que as situações fático-jurídicas submetidas à primeira são naturalmente mais instáveis do que aquelas submetidas à segunda (p. 55).

Além da possibilidade de tutela cautelar de forma incidental, no atual Código de Processo Civil a tutela provisória de urgência de cautelar teve previsão do procedimento antecedente, regulamentação que muito se remete, embora mantenha sua natureza procedimental, a ação cautelar preparatória do Código de Processo Civil de 1973 (CABRAL; CRAMER, 2016).

Não obstante o Código de Processo Civil tenha adotado um panorama de unificação dos pressupostos da tutela provisórias de urgência, especialmente diante da fungibilidade reconhecida entre as medidas, o pedido de cautelar requerido de forma antecedente não tem o condão de gerar a estabilização de sua decisão.

Ao menos essa é a conclusão alcançada pelo Fórum Permanente de Processualista Civis que no enunciado nº 420 estabeleceu que “Não cabe estabilização de tutela cautelar” e no enunciado 520 expressou que “Caso o juiz entenda que o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente tenha natureza cautelar, observará o disposto no art. 305 e seguintes”.

O artigo 308<sup>20</sup> do Código de Processo Civil corrobora a natureza instrumental da medida cautelar, pois caso deferida a medida, a ação principal deve ser ingressada no prazo de 30 (trinta) dias.

---

<sup>20</sup> Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

Não sendo ingressada a ação, deve o juiz tornar sem efeito a tutela cautelar, mas não extinguir o procedimento, que deverá ter seu julgamento.

Embora haja campo fértil para esmiuçar outros aspectos doutrinários das características da tutela cautelar, bem como os aspectos procedimentais trazidos pelo atual Código Processo Civil, aqui se traz aquilo que mais proximidade possui com o tema proposto, mormente quando as características apresentadas são as premissas para um maior aprofundamento do direito à saúde nas tutelas provisórias.

Passamos então a análise das características das tutelas provisórias satisfativas.

## **2.5 Da Tutela Provisória de Urgência Satisfativa - Tutela Antecipada**

A previsão de uma técnica de decisão provisória que apenas acautele outros direitos não é suficiente para garantia da tutela jurisdicional justa e efetiva, com duração razoável, tal qual exige a Constituição Federal.

Em verdade, pode-se dizer que a tutela provisória satisfativa é fruto da Constituição Federal de 1988, especialmente quando trouxe uma maior relevância para garantia pelo Poder Judiciário não só de lesão, mas também da ameaça a lesão de direito.

Nessa linha, verificou-se em nosso ordenamento que antes do aporte da Lei nº 8.925/94, a única forma de se conseguir uma tutela satisfativa de forma antecipada era através de um processo cautelar, com a utilização das cautelares denominadas satisfativas, algo paradoxal por natureza, o que sempre gerou desconforto dos estudiosos.

Essa legislação deu início a reforma no revogado Código de Processo Civil de 1973, posteriormente ampliada com a Lei nº 10.444/02, que findou na regulamentação do instituto de forma concentrada pelo atual *Codex*, com novidades nunca antes normatizadas.

O atual Código de Processo Civil inicia o tratamento específico da tutela provisória antecipada de urgência no artigo 300, §3º<sup>21</sup> que estipula que a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Inicialmente, há de se registrar que a reversibilidade exigida norma é obviamente a fática, já que a reversibilidade jurídica sempre é possível, através do sucedâneo recursais pertinentes.

Com bem pontuam Didier Junior, Braga e Oliveira (2016, p. 599/600) “exige-se que os efeitos da tutela provisória satisfativa (ou antecipada) sejam reversíveis, que seja possível retornar ao status quo ante caso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada”.

---

21 § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Parece claro que o fundamento constitucional da norma é garantir princípios constitucionais do processo, mesmo dando-se uma medida antecipatória. Se já garantida ao autor sua pretensão de forma irreversível, sem possibilidade de regresso ao estado anterior, parece inócuo a apresentação de defesa pelo réu.

Garantir o acesso à justiça de forma efetiva não pode redundar num esvaziamento do princípio da ampla defesa.

Aqui merece registro o pensamento particular apresentado por Luiz Guilherme Marinoni que expressamente afirma que não há sentido denegar a tutela provisória que possa efeitos fáticos irreversíveis, pois a irreversibilidade dos efeitos práticos é uma consequência inerente a tutela antecipada. Diz expressamente o autor que:

Ora, se o autor, além de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o perigo de dano de ter que demonstrar a probabilidade do direito, deve frisar o perigo de dano, não há como deixar de tutelar o direito mais provável. Não só a lógica, mas também o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, exigem a possibilidade de sacrifício, ainda de que forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado. Portanto, a ética da tutela de urgência consiste no sacrifício do improvável em benefício do provável (MARINONI, 2017, p. 124)

Num equilíbrio entre a previsão normativa e posicionamento citado, parece haver consenso entre os doutrinadores que a irreversibilidade fática não é uma regra absoluta. Nesse sentido, o enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que diz: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

A doutrina tem apontado como fundamento para tanto o fato que a depender do caso concreto o perigo do dano é tão relevante que se justificaria o deferimento a fim de evitar um dano maior que a irreversibilidade do efeito prático da decisão provisória.

É comum aduzir que nessas situações há um verdadeiro choque entre princípios fundamentais (efetividade da tutela jurisdicional e contraditório), devendo o magistrado nestas situações fazer uso do postulado<sup>22</sup> da proporcionalidade para verificar se é hipótese de se afastar a determinação legal (ALVIM, 2017).

Por todos, trago a palavra de Daniel Mitidiero que bem sintetiza quando deve o magistrado afastar a norma-regra prevista no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil:

a superação da proibição de concessão de antecipação de tutela cujos efeitos são irreversíveis pressupõe a demonstração de que a vedação, acaso observada no caso

---

<sup>22</sup> Aqui se adota o conceito de postulado normativo aplicativo trazido por Ávila (2015), que considera a proporcionalidade com tal, por ser uma norma que institui critérios de aplicação em caso de conflito de normas-princípios.

concreto, frustrará o direito a tutela adequada, efetiva e tempestiva do direito do autor. A resistência à superação deve ser tanto menor quanto maior for o perigo de o direito do autor ser violado igualmente de maneira irreversível sem a antecipação da tutela e quanto mais importante foi constitucionalmente o bem jurídico que se pretende proteger com a técnica antecipatória. Presentes e devidamente justificados esses pressupostos, não é razoável não antecipar a tutela (art. 8º do CPC). Nesse caso, deve prevalecer a lógica da tutela do direito provável em detrimento do direito improvável, sob pena de a ordem jurídica confessar-se impotente diante da ameaça ou da efetiva violação dos direitos. (MITIDIERO, 2017, p. 151)

Aqui apresento ponto de vista divergente quanto ao critério hermenêutico para afastar a aplicação do artigo 300, parágrafo 3º do Código de Processo Civil quando presente forte risco de garantia da efetividade da tutela jurisdicional.

Inicialmente, parece não haver dúvida que a norma citada institui uma regra<sup>23</sup> comportamental ao vedar a tutela antecipatória em determinada situação. Atualmente, não mais se tolera um modelo positivista que se utiliza apenas de método de subsunção na aplicação do direito, já que fadado a incompletude diante da complexidade fática.

A partir de ensinamentos de Herbert Hart em renomado artigo denominado *The Ascription of Responsibility and Rights* publicado em 1948, a doutrina trouxe à baila o conceito de derrotabilidade das normas. Samuel Sales Fonteles conceitua a derrotabilidade das regras da seguinte forma:

Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (defeasibility), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justifiquem seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga seu conteúdo (FONTELES, 2019, p. 112).

Ao tratar da superação da norma-regra Ávila (2015, p. 143) aponta como limite hermenêutico que “A tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo que benefício”.

Ou seja, diante da amplitude fática, que muito supera as previsões normativas, não é difícil de se imaginar hipóteses que a aplicação da regra finda por gerar o inconveniente conflito com os valores que são protegidos pelo próprio sistema jurídico.

Parece esse ser o caso da possibilidade de conceder tutela provisória satisfativa em casos de efeitos práticos irreversíveis. Por vezes, a mitigação por completa da concessão da tutela provisória

---

23 Apenas como marco referencial teórico, aqui também se utiliza do pensamento de Ávila (2015, p.104) quando este conceitua as regras como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decibilidade e abrangência para cuja aplicação exigem a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a a construção conceitual dos fatos”. (p. 104)

diante da vedação do §3º do artigo 300 do Código de Processo Civil pode danificar todo o instituto e até os valores constitucionais que o embasa, mormente a garantia a uma tutela jurisdicional que cesse toda lesão ou ameaça de lesão a direito.

A bem de proteger o valor previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal deve ser dado ao Juiz o poder de afastar a regra no caso concreto e conceder a tutela provisória de urgência, quando demonstrado que a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora no provimento jurisdicional são de tal forma presentes, que sem a medida antecipatória, a própria jurisdição perderia seu sentido.

Não faltam hipóteses num tema como direito à saúde, bastemos imaginar pleitos de concessão de vagas de UTI, procedimentos cirúrgicos emergenciais, dentre outros.

Mesmo sendo o caso de concessão da tutela provisória de urgência, vale a ponderável advertência de Alvim (2017) que ao magistrado nestas hipóteses deve se valer de forma mais efusiva da cautela prevista no artigo 300, §1º do Código de processo Civil, permitindo, quando possível, a devida indenização, caso revertida a decisão provisória.

Historicamente a medida de tutela antecipada teve seu caráter incidental ao processo principal, embora pudesse ser concedida tanto no início, quando durante e ao cabo (nesse caso em sentença ou Acórdão).

O atual Código Processo Civil trouxe novidade no Capítulo II do Livro V ao regram o procedimento da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

A exemplo do dito da tutela provisória cautelar de caráter antecedente, não se busca neste instante descer em minúcias o rito procedimental, mas expor algumas diretrizes que de muito valem para o estudo das demandas de saúde.

E aqui, tem-se destaque para a estabilização dos efeitos, conforme previsão legal do artigo 304<sup>24</sup> do Código de Processo Civil.

A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido inicial.

Vê-se que o legislador trouxe procedimento simplificado para requerimento de tutela quando a urgência for contemporânea a propositura da ação e de tal forma extremada que se permite o pedido mesmo que ainda que inexistam todos os requisitos necessários para ingresso de uma ação.

Câmara (2017) traz pertinente advertência quanto ao instituto. Diz o autor, com razão, que a técnica processual prevista no art. 303 do Código de Processo Civil serve para casos os quais a

---

24 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.

situação de urgência é de tão monta relevante que exige o ingresso imediato de um pedido, mesmo se ainda incompleta a ação. Porém, não serve o instituto para retificar a petição inicial mal feita, tanto que o Código expressamente exige do autor que além de explicitar seu pedido final, o dever de expressar que almeja usar deste tipo de procedimento simplificado.

Caso deferida a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, deve o autor aditar a petição inicial, complementando a causa de pedir, confirmando seu pedido de tutela definitiva e apresentar os documentos necessários para conhecimento da petição inicial.

Caso não o faça no prazo de 15 dias ou em outro dado pelo juiz, é expresso o artigo 303, §2º<sup>25</sup> do Código de Processo Civil em dizer que o processo será extinto sem julgamento do mérito.

Já se indeferido o pedido de tutela antecipada, deverá o requerer aditar sua petição inicial no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito (artigo 303, 6º)<sup>26</sup>.

Aditada a petição inicial, será o réu citado para comparecer a audiência de conciliação ou de medição e, caso não haja, inicia seu prazo defesa. Caso o réu não apresente recurso e sendo deferida a tutela antecipada em caráter antecedente haverá estabilização do conteúdo decisório, na forma que rege o artigo 304 do Código de Processo Civil.

Destacamos que a estabilização não se confunde com a imutabilidade, apta a gerar a coisa julgada material.

A decisão estabilizada embora possua o efeito negativo da coisa julgada material (impede nova judicialização do litígio decidido) não possui o efeito positivo da coisa julgada, já que a decisão pode ser objeto de questionamento em processos futuros entre as mesmas partes, mormente diante da redação do §2º do art. 304 do Código de Processo Civil.

Como bem aduz Fernando Gajardoni a ultratividade gerada pela estabilização perdura enquanto não proferida decisão em cognição exauriente. Ou seja, embora dotada de força jurígena para regular as situações fáticas, a decisão estabilizada não perde o caráter de provisória e de dada em cognição sumária (GAJARDONI et al., 2015)

Outrossim, para que reste configura a estabilização, alguns pressupostos são necessários. Primeiro, o instituto é exclusivo da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, não se ajustando a medidas de natureza cautelar, por expressa opção legislativa. Segundo, necessária a ausência de impugnação recursal pelo demandado.

---

25 § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

26 § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Tem gerado celeuma doutrinária e jurisprudencial se apenas a interposição do recurso de agravo de instrumento seria o instrumento apto a afastar o efeito da estabilização na tutela provisória de urgência.

Bueno (2019) defende que a cabeça do artigo 304 deve ser interpretado de forma ampliativa, de forma que qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário a pretensão autor, seja via recurso de agravo, embargos de declaração ou apresentação de contestação deve ser apta a afastar a estabilização da tutela provisória de urgência. Esse pensamento também é seguido por Carlos Augusto de Assis que expressa:

Entendemos que a simples manifestação de discordância seria suficiente para justificar a continuidade do processo. Afinal, a ideia de extinguir o processo e estabilizar a demanda vem do fato de que, em diversas situações, concedida a antecipação da tutela, ambas as partes se desinteressam da discussão” (BUENO et al., 2018, p. 42)

Todavia, há aqueles os quais entendem que apenas a apresentação do recurso pertinente, por expressa redação legal, tem o condão de afastar a estabilização prevista na norma. Nesse sentido, diante da literalidade, cito expresso trecho de artigo escrito por Cavalcanti Neto (2016) intitulado Estabilização da tutela antecipada antecedente : tentativa de sistematização.

A apresentação de contestação pelo autor representa erro grosseiro, pois não há o que contestar. Quando o autor é citado para contestar no Procedimento Comum tem o dever de atacar os fatos e fundamentos da petição inicial. No caso de tutela antecedente, ele, se não se conformar, deve impugnar a decisão provisória. Ademais, nem há pedido final a ser contraditado, uma vez que o prazo para resposta apenas começará a correr na forma do art. 303, §31º, II e III, que remetem aos arts. 334 e 335, todos do CPC.

A contestação dirige-se ao juiz, no caso de tutela antecipada antecedente concedida em primeiro grau, já o agravo de instrumento seguirá para o tribunal. O juiz, uma vez proferida a decisão, não pode alterá-la, salvo na hipótese do art. 304, §2º, do CPC, para extinguir o processo sem resolução do mérito. Admitir o cabimento da contestação como apta a obstar a estabilização importa, em último caso, em usurpação de competência do tribunal, que é órgão competente para julgar o agravo de instrumento. Se a impugnação deve voltar-se ao combate da decisão provisória não é peça de defesa um instrumento hábil para isso, eis que tem finalidade completamente diversa (COSTA; PEREIRA; GOUVEIA FILHO, 2016. p.209/210).

No âmbito da jurisprudência, em um primeiro julgamento sobre o tema, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no recurso Especial de nº 1760699<sup>27</sup> de relatoria do Ministro Marco

---

27 RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos

Aurélio Bellizze assentou que embora o *caput* do art. 304 do Código de Processo Civil determine que a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além de ajuizamento de ações autônomas, previstas no art. 304, § 2º<sup>28</sup>, do Código de Processo Civil, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Parecia então claro que o Tribunal se encaminhava a dar interpretação ampliativa ao artigo 304 do Código Processo Civil.

Todavia, entrando em rota de colisão, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado em 03 de outubro de 2019<sup>29</sup> assentou que a apresentação de contestação não

---

arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. 2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. 2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual. 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. 3.2. É de se observar, porém, que, embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

28 § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

29 PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos

tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento, de forma a não afastar a estabilização prevista no Código de Processo Civil.

Nesse julgado verificamos que o Ministro Sergio Kukina ficou vencido, sendo consagrado vencedor voto capitaneado pela Ministra Regina Helena Costa que assentou a incapacidade de a contestação afastar a preclusão da decisão proferida em cognição sumária, já que a forma para tanto foi expressa a previsão legal do Código de Processo Civil.

Embora ainda não esteja pacificado o tema no âmbito do Tribunal da Cidadania, para nós parecer acertado o posicionamento adotado pela 1ª turma do Superior Tribunal de Justiça, pois bastante clara a redação do artigo 304 do Código de processo Civil.

O fato de não gostarmos da opção legislativa, não dá azo para ampliar e incluir hipóteses não previstas.

Aqui cabe um argumento relevante a reforçar essa tese. De fato, foi uma opção legislativa a limitação ao recurso pertinente como sucedâneo para afastar a estabilização.

Ao tempo do trâmite do projeto de lei no Senado (166/2010) havia previsão que a estabilização ocorreria se não impugnada a decisão ou medida liminar eventual concedida. Ocorre que durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, apresentou-se substitutivo, afastando da redação qualquer impugnação e exigindo apenas recurso para afastar a estabilização

Ou seja, claramente foi uma deliberada opção legislativa a limitação e, não sendo uma opção inconstitucional ou inconveniente, deve ser plenamente aplicada pelos operadores do direito.

Estabilizada a decisão, permite o artigo 304, parágrafo 2º do Código de Processo Civil que qualquer das partes demande a outro com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Todavia, há um prazo decadencial de 02 anos para tanto, que findo cessa a possibilidade de revisão da tutela antecipada estabilizada, existindo aqui sim a formação de coisa julgada sobre a decisão provisória estabilizada, já que seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis (GAJARDONI et al. 2015).

## **2.6 Da tutela provisória contra do poder público**

---

termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido. (REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019)

Em último ponto deste capítulo, de pertinência tratar das especificidades da tutela provisória contra o Poder Público, especialmente quando Municípios, Estados e União, individual ou solidariamente, são os grandes demandados nas ações de saúde.

Historicamente o nosso legislador vem trazendo regras restritivas para a concessão de tutela provisória contra o Poder Público. O atual Código de Processo Civil optou em livro complementar por regulamentar as hipóteses de vedação, expondo no artigo 1.059 que “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”.

Assim, mister uma análise, ainda que breve, sobre as Lei nº 8.437/92 e art. 7, §2º da Lei nº 12.016/2009, perquirindo se alguma dessas limitações interferem nas ações de saúde.

A cabeça do artigo 1º da Lei nº 8.437/92 dispõe que: “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.”.

Verifica-se que o Código de Processo Civil reiterou literalmente tal regra no artigo 1.059 citado, pois ali também se veda a concessão de tutela provisória de urgência nas hipóteses que veda a lei de mandado de segurança (Lei nº 12.1016/2009).

O §1º do artigo 1º da Lei nº 8.437/92 expressa que não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Embora aplicável as ações individuais, esta norma não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública, conforme redação do §2º.

Para nosso trabalho, de extrema pertinência o §3º da Lei nº 8.437/92 que diz que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Em demandas a saúde, não raro encontramos situações que o deferimento da tutela de urgência esgota por completo o objeto da ação. Basta pensarmos em demandas que buscam determinado procedimento cirúrgico.

Realizado o ato médico por força de decisão judicial dada em tutela provisória de urgência, indene de dúvida que estaria por esgotado o almejado com a demanda.

De forma pertinente Bueno (2016) aponta que a leitura deste preceito deve ser a mesma dada ao artigo 300, §3º do Código de Processo Civil. Ou seja, a regra pode ser afastada quando o fato for provável e houve um risco concreto no acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Diz o autor:

Trata-se de regra que merece receber a mesma interpretação do §3º do art. 300 do CPC de 2015. A depender da relevância dos interesses envolvidos no caso concreto, o direito mais evidente e mais carente de tutela deve ser tutelado ainda que de maneira satisfativa, isto é, ainda que “ esgotando o objeto da ação (p. 70).

Também a jurisprudência vem perfilhando este posicionamento. De longa data firmou o Superior Tribunal de Justiça precedente que em demandas de saúde o deferimento de liminar não viola a Lei nº 8.427/92, diante da possibilidade de graves danos ao requerente, especialmente diante de tratamento médico urgente (*STJ; REsp 860.840*).<sup>30</sup>

É certo que o Supremo Tribunal Federal, por outro lado, reconheceu a constitucionalidade<sup>31</sup> das limitações de concessão de medidas liminares contra o Poder Público ao julgar a Ação Direta de constitucionalidade nº 4. Todavia, o próprio Tribunal tem assentado que embora não reconhecida a inconstitucionalidade da norma, pode ela ser afastada no caso concreto, diante dos valores em conflito (Didier et al, 2015).

---

30 Também nesse sentido tem sido o posicionamento do TJCE, cito ementa do julgado proferido: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESERVA DO POSSÍVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RENAME. TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. Na espécie, o embargante indica pontos que entende terem sido omitidos, sobre os quais este egrégio tribunal de justiça deveria ter se pronunciado no acórdão embargado. 2. Acresça-se, ainda, ser o entendimento dominante do STF e do STJ que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da união, estados-membros, Distrito Federal e municípios, de maneira que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. 3. A regulamentação da Lei nº 6.360/76 se dá pela portaria nº 3.916/98, do ministério da saúde, que trata sobre a política nacional de medicamentos, sobre esta questão, resalto que a divisão de atribuições no âmbito da saúde entre os entes federativos, realizada por portarias, resoluções ou qualquer outra norma infraconstitucional, não está apta a se sobrepor à previsão constitucional de solidariedade, prevista no [art. 23, II da CF/88](#). 4. O disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 e na Lei Federal nº 9.494/97 (art. 1º), no sentido da proibição do deferimento de medida liminar que seja satisfativa ou esgote o objeto do processo, no todo ou em parte, não importa na proibição do deferimento de antecipação da tutela em demandas onde postulado o fornecimento de prestações de saúde, consoante precedentes jurisprudenciais. 5. Não há o município de pacajus se aventar no argumento da reserva do possível, bem como do [art. 167 da CF/88](#) e [art. 77 do ADCT](#), as limitações orçamentárias e dificuldades da mesma natureza não fornecem pretexto idôneo para negar o direito à saúde, corolário do direito à vida, ou seja, não pode o estado alegar as vedações do [art. 167, II da CF/88](#), para eximir-se de cumprir seu dever imposto constitucionalmente. 6. Recurso conhecido e não provido. (*TJCE; EDcl 0625011-81.2016.8.06.0000/50000; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes; Julg. 06/03/2017; DJCE 14/03/2017; Pág. 63*

31 Aqui merece registro que na doutrina há forte pensamento quanto a inconstitucionalidade de normas que limitem a concessão de tutela provisória de urgência. Por todos, cito posicionamento de Daniel Mitideiero que bem delinea a tese defendida por essa corrente: “o direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e tem foro constitucional entre nós. Pensar de modo diverso importa grava ofensa à adequação da tutela jurisdicional e à paridade de armas no processo civil (arts. 5º, I, CF e 7º CPC) sobre admitir-se que, quando a re a Fazenda Pública em processo judicial, pouco interesse à ordem jurídica a lesão ou ameaça de lesão dos direitos particulares, lógica essa que é evidentemente contrária ao Estado Constitucional, fundadona dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e preocupado com efetiva tutela dos direitos (art. 5º, XXXV, CF). (p. 192/193)

No que pertinente ainda a Lei nº 8.437/92, já que as demais hipóteses tratam de intimação e do incidente de suspensão da eficácia de decisões contrárias ao Poder Público, de interesse a análise do artigo 2º da Lei nº 8.437/92.

Diz o preceito que “no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

Inicialmente, há de se registrar que a aplicação do preceito, a exemplo do aduzido supra, apenas se justifica quando o perigo da demora não seja de tão forma intenso a ponto de a intimação macular o devido acesso à justiça. Em outras palavras, se a medida requerida for de tal forma urgente que inviabilize a intimação, deve ser afastada a norma e protegido o direito mais provável.

Exemplo muito claro de tal hipótese se dá nas demandas que se busca vaga em leito de UTI. Parece óbvio que intimar o Poder Público para que em 72 horas se manifeste sobre a pretensão é o mesmo que indeferir a tutela provisória de urgência, já que, se efetivamente for caso de encaminhamento para a unidade de tratamento intenso, dificilmente o paciente permanecerá vivo aguardando a manifestação da parte e a decisão judicial.

De outra monta, em que pese o preceito normativo apenas mencione mandado de segurança coletiva e ação civil pública, compartilhamos novamente os ensinamentos de Bueno (2017) para quem a norma deve ter interpretação ampliativa, devendo a intimação prévia ser realizada sempre que possível em processos contra o Poder Público, já que o contraditório postergado é medida excepcional.

No que pertine a aplicação do §2º do artigo 7º Lei nº 12.016/2019 verifica-se que as hipóteses legais ali mencionadas<sup>32</sup> não possuem pertinência com o tema ora proposto.

Ainda resta-nos analisar o cabimento das medidas cautelares e do procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente contra o poder Público.

Quanto as tutelas provisórias de urgência cautelares parece não existir dúvida que são plenamente aplicáveis contra o Poder Público. Especificamente em demandas de saúde, a corroborar o cabimento há precedente firmado em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça que permite o sequestro (bloqueio) de bens para garantir aquisição de medicamento concedido em tutela provisória de urgência<sup>33</sup>.

---

32 § 2º—Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

33 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO

Há certa polêmica quanto a aplicação do instituto da estabilização da decisão dada em tutela antecipada em caráter antecedente.

Inicialmente, mister registrar que nas ações de saúde, embora parece ter uso ainda incipiente, a tutela antecipada em caráter antecipada e a estabilização são interessantes afogadilhos para a excessiva demanda.

Há inúmeras ações, por exemplo, que buscam medicamentos que já constam da lista da RENAME (relação nacional de medicamentos essenciais) e que não são outorgados pelo Poder Público ao paciente que comprovadamente se encaixa no protocolo clínico e diretriz terapêutica. Ao autor a estabilização satisfaria, pois garantia, por força judicial, a continuidade de seu tratamento, e ao Poder Público também soa interesse, pois desoneraria seus advogados públicos de atuarem em demandas com pouquíssimas chances de êxito.

Em que pese formalmente seja institutos que se amoldariam ao tema, há divergência doutrinária quanto a efetiva aplicação.

Rodrigues (2016) ao tratar do tema advoga a tese que incabível a estabilização, pois o Poder Público não sofre os efeitos materiais da revelia, já que estas não incidem quando presentes interesses individuais, nos termos do art. 345, II, do Código de Processo Civil<sup>34</sup>. Logo, entende o autor que admitir a estabilização seria admitir indiretamente a produção de efeitos de veracidade às afirmativas do reque, ofendendo-se, por consequência, a regra citada.

Acreditamos que a razão está com aqueles que entendem ser possível a estabilização contra o Poder Público. Como bem destaca Cunha (2016), não sendo vedada a tutela de urgência não há limitação ao deferimento do procedimento simplificado previsto no artigo 303 do Código de processo Civil. Outrossim, não gerando a estabilização coisa julgada (artigo 304, §6º do Código de Processo Civil) também não passível a decisão sumária de remessa necessária, já que esta apenas imprescindível para produção de coisa julgada.

Nesse sentido, o enunciado 582 do Fórum Permanente de Processualista Civis que diz: *“Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública”*.

---

RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. 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.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

34 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no [art. 344](#), se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Assentadas as premissas processuais, há necessidade de nos debruçarmos sobre o direito material, especialmente quando a instrumentalidade do processo exige conhecimento da complexidade do direito que se busca tutelar. É o que passaremos a fazer no capítulo seguinte.

### **3. A SAÚDE COMO DIREITO.**

#### **3.1.Introdução**

Partindo-se da premissa de que o direito é uma construção social, a análise do reconhecimento da saúde enquanto direito é indissociável do estudo da importância dada pela sociedade à saúde.

Poder-se-ia estatuir que a saúde é direito natural à condição humana e por si só oponível contra o Estado, mas percorrer esta trilha evidencia ser esforço desnecessário quando o objeto deste trabalho é a demanda judicial brasileira, país cujo ordenamento jurídico reconhece expressamente a saúde como direito fundamental.

Isso deve ser dito também tomando como pressuposto o direito enquanto fato valorado e normatizado (REALE, 1994). Se há proteção da saúde no ordenamento jurídico, certo é que houve valoração positiva desse aspecto da vida pela sociedade.

Se assente que o ordenamento jurídico brasileiro optou por normatizar o direito à saúde, não é suficiente afirmar que houve tal normatização, mas necessário em certa medida explicar o porquê dessa valoração do fato. Embora não seja apropriado detalhar no presente trabalho a evolução histórica da saúde como direito, entendemos fundamental explicitar a correlação entre saúde e direito para que se compreenda o contexto da temática, ainda que não se tenha a pretensão de estabelecer prescrições científicas de forma a esgotar o assunto.

Além da evolução do modelo de constitucionalismo liberal-burguês ao atual modelo de Estado social de direito (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014), visualiza-se pragmaticamente a responsabilidade - aqui em sentido amplo - do Estado em relação à saúde.

Há correlação direta entre o ambiente em que se vive e determinadas doenças, por exemplo. Hipócrates (460-377 a.C.) já observava que certas moléstias somente acometiam frequentadores de determinada região, sendo evidente a causa e efeito entre ambiente e saúde (MANN, 1950). Já séculos depois, e em uma realidade mais próxima da atual sociedade brasileira, Engels (1986) também traçou a correlação entre ambiente e saúde, dessa vez especificamente em relação ao ambiente de trabalho.

Há exemplo mais direto entre saúde e a construção de um Estado de Direito ainda na antiguidade. Na cultura grega antiga, os médicos eram eleitos pelos cidadãos de Atenas em assembleia e com pagamento de tributos:

Em Atenas, a Assembléia (sic) dos Cidadãos elegiam os médicos públicos, ao qual apresentavam os seus títulos. Se eleitos, a cidade lhes retribuía, disponibilizavam-lhes um local para consultar, operar ou hospitalizar os doentes, e o Estado pagava os medicamentos. Essas despesas eram cobertas por um imposto especial chamado iatrikon.(RODRÍGUEZ, 1999, p. 37) tradução livre.

Assim sendo, em uma perspectiva macro, justifica-se a positivação do direito à saúde diante da relação de causa e efeito existente entre a sociedade e a saúde do indivíduo. Especificamente em áreas como direito do trabalho e direito previdenciário a relação entre meio e saúde é imprescindível para a própria aplicação da legislação.

Estando superada a perspectiva do modelo liberal de Estado, em que a proteção dos direitos fundamentais se limitava a restringir dos poderes do Estado (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014), tem-se como certo o caráter de direito fundamental da saúde no direito brasileiro.

Parte-se, portanto, do paradigma indiscutível de que abstratamente pensado, o Estado brasileiro é obrigado a prover saúde. Resta, como pretende o presente estudo, concatenar qual o tratamento dado pelo ordenamento jurídico, de forma constitucional, convencional ou legal, na regulamentação do que seja o bem jurídico em questão e como se dá exatamente a prestação pelo Sistema Único de Saúde, modelo adotado pela Constituição Federal.

### 3.1 O Conceito Jurídico de Saúde

Não há conceito normativo de saúde no ordenamento jurídico. Há aí uma virtude na omissão, pois desaconselhável que a legislação disponha sobre um conceito deveras mutável e necessariamente dinâmico. Pertinente a conclusão de Scliar (2017) ao explicitar que o conceito de saúde verdadeiramente é reflexo da realidade social, econômica, cultural e política de seu tempo, variando a partir de concepções subjetivas individuais e coletivas dos membros que compõe a sociedade.

Nesse sentido, acerta nossa Constituição Brasileira ao não dispor sobre o conceito de saúde, prevendo apenas em seu art. 196 que: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”*.

Embora tenha trazido a saúde como direito fundamental, cabe a doutrina delinear o que significa saúde, atualizando-se o conceito a partir das contingências e mutações da vida social. Por

outro lado, como bem destaca Júnior (2007) qualquer conceito que se busque jurídico deve beber na fonte do texto constitucional. Diz o autor:

O propósito do legislador constitucional, que não se aventurou em uma definição legal de saúde, não é tão indecifrável assim, pois a saúde foi classificada como direito social, isto é, direito da população que pode ser exigido judicialmente se for desrespeitado (art. 6º), mas que se efetiva, já que todos dele devem usufruir, por meio de políticas públicas do Estado, que respeitem o acesso universal e igualitário (art. 196) e que estejam articuladas e organizadas pelos entes da federação de forma a constituir um sistema único (art. 198, caput). (JÚNIOR, 2017, p. 42).

Inicialmente, o conceito de saúde esteve umbilicalmente intrincado com a ideia de ausência de doenças. A partir da evolução da forma de pensar social, especialmente após o fim das duas grandes guerras, a Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1947 expressou que saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

Essa chamada evolução não necessariamente diz respeito a decurso de lapso temporal, já que a chamada era terapêutica (JÚNIOR, 2017) que tratava saúde como ausência de doenças, ocorreu na década de 1970, enquanto o conceito abrangente proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) foi elaborado em 1947.

A evolução do conceito se relaciona claramente com a efetiva utilização da definição na prática jurídica, sob a ótica de chancela de um direito fundamental. Em verdade, observado pelo aspecto temporal, tem-se em verdade que o conceito abrangente da ONU de estado de bem estar psicossocial deu origem (SCLIAR, 2007) ao conceito da era terapêutica, após críticas de que o conceito amplo seria de difícil alcance pelo Estado.

A saúde enquanto ausência de doença ganhou voz no âmbito jurídico como crítica ao anseio inicial da OMS em propagar a prestação do serviço de saúde de forma abrangente, na perspectiva liberal de que essa prestação não deve ser feita pelo Estado, ou, caso feita, não fosse feita de forma tão abrangente (SCLIAR, 2007).

Ocorre que houve mudança paradigmática mundial nessa ótica que fez com que o conceito de bem-estar psicossocial fosse aceito como correspondente ao de saúde. No Brasil, essa mudança é estruturada pela força normativa da Constituição, que será melhor explanada no tópico seguinte.

Embora não exista propriamente conceito legal de saúde na Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro optou por trazer em vários pontos da legislação infraconstitucional disposições sobre o conteúdo do bem jurídico saúde.

Dessas disposições é possível extrair conceito útil para se compreender o que hoje se entende juridicamente como saúde. Já dito que a Constituição Federal estabeleceu em 1988 o direito

fundamental à saúde, porém somente em 1990 houve promulgação da Lei n.º 8.080/90, chamada Lei Orgânica da Saúde, que dispôs especificamente sobre o Sistema Único de Saúde.

Em seu artigo 2º, a Lei n.º 8.080/90, reforça o comando normativo constitucional de saúde como dever de prestação estatal, sem excluir a participação da família, das empresas e da sociedade:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Embora já explicitado que não existe propriamente um conceito legal de saúde, e que o conceito jurídico deve existir a partir da valoração dos fatores sociais, o art. 3º da Lei n.º 8.080/90 dispunha até 2013 de forma programática a saúde enquanto direito, estabelecendo fatores determinantes e condicionantes na aplicação do direito:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Não havia até então expressa adesão na ordem legal ao conceito amplo proposto pela Organização Mundial da Saúde, contudo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992, já obrigava o Estado Brasileiro a fornecer o mais elevado nível possível de saúde física e mental, dando ênfase à limitação fática com o termo "possível", sem deixar de lado o pragmatismo, conforme artigo 12:

ARTIGO 12. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Embora atualmente já assente o caráter supralegal dos pactos internacionais que tratem sobre direitos humanos, fato que até o efetivo reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de tal natureza jurídica, pouca efetividade prática foi dada por nossos julgadores. É seguro admitir o fim de

dúvida de adoção do conceito proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS) pelo nosso ordenamento apenas com a vinda da Lei nº 12.864, de 2013, que utilizou o termo bem-estar físico, mental e social, na Lei nº 8.808/90:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013). Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A subjetividade do conceito de bem-estar físico, mental e social requer a participação da sociedade nas ações de prestação de saúde pelo Estado no Sistema Único adotado pela Constituição Federal. Por este motivo, houve a promulgação da Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS.

Mais recente, a Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011 alguns pontos da Lei n. 8.080/90 criando a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), dispoendo sobre assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde.

Observa-se com essas modificações legislativas a tendência de ampliação do conceito jurídico de saúde, de forma compatível com o conceito inicialmente proposto pela Organização Mundial de Saúde.

O paradoxo entre o caráter programático e normativo dessa legislação será melhor analisado no tópico seguinte, contudo é inegável que esses fatores explícitos em legislação esparsa envolvem o equilíbrio entre o indivíduo por si só e em relação ao ambiente em que se insere. É possível concluir, sem fugir aos textos normativos, que o conceito de saúde enquanto bem jurídico a ser tutelado abrange circunstâncias psicossociais do indivíduo e da sociedade - considerados individualmente ou em relação entre si -, sem negligenciar atenção ao meio ambiente, economia e cultura, sendo a definição dada pela Organização Mundial de Saúde aquela pertinente para entender o conceito de saúde.

### **3.2 A Saúde na Constituição Federal de 1988**

Porém, saber o que significa saúde é de pouca valia prática, se não entendermos a normatividade do tema explicitada pela nossa atual Constituição Federal.

Na história mundial somente após a segunda grande guerra as Constituições adquiriram status de relevância quando da análise das normas de um ordenamento jurídico, à exceção dos Estados Unidos, que há muito tinham a Constituição como fonte normativa. No Brasil, o reconhecimento da

força normativa da Constituição na prática jurídica é fenômeno bastante recente. A Constituição de 1988 foi elaborada sob o paradigma de ser instrumento programático, com previsões de objetivos a serem alcançados pela nova ordem política que surgia após a queda do regime ditatorial (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

Surgiu em contexto semelhante ao de Portugal após a revolução dos cravos (1974). Naquele país, resultou-se em uma Constituição declaradamente programática, que dispunha mais sobre o norte da nação e menos sobre fontes diretas de normas para aplicação do direito. Nesse sentido dispõe Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

As maiores influências externas sobre a Carta de 88 foram as constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978. Tanto Portugal como a Espanha haviam atravessado, cerca de uma década antes, processos de redemocratização, com a superação do autoritarismo - pela via revolucionária, no caso de Portugal, ou por meio de um processo de transição pactuada, no caso da Espanha. Ambos os países tinham optado pela reorganização estatal em bases democráticas, com a manifestação do poder constituinte originário, da qual resultaram constituições que priorizaram os direitos fundamentais, revestidas de forte teor social. (Souza Neto; Sarmento; 2014, p. 170).

Aqui cabe destacar que coadunamos com Canotilho (2003) quando expõe que as normas programáticas possuem positividade jurídica constitucional, pois sua normatividade vincula tanto os legisladores ao conformar a Constituição, como de forma positiva os órgão concretizadores, especialmente o Poder Judiciário no exercício da jurisdição e de forma negativa aos citados órgãos, quando impõe limite material a ato que afronte o preceito constitucional.

Também assim parecer entender Paulo Bonavides ao concluir sobre a juricidade das normas programáticas que:

Urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou simples página de retórica política e literária. (BONAVIDES, p. 254).

No âmbito interno este pensamento, como bem explica Barroso (2007) ganhou relevante aderência a partir de um movimento acadêmico denominado de doutrina brasileira da efetividade, que defende que as normas constitucionais que chancelam direitos fundamentais (inclusive sociais) devem ser aplicadas de forma direta e imediata, no maior grau de possibilidade de sua densidade normativa.

Parece não existir dúvida que o direito à saúde é um direito fundamental, mesmo que positivo fora do rol não taxativo do artigo 5º da Constituição Federal e, como tal, diante da previsão do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal tem aplicação imediata.

Quanto a aplicação imediata da norma que chancela direito fundamental, nos parecem acertadas as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet quando expõe que a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais (aqui incluídos os direitos sociais) independem de medida concretizadora, sendo a Constituição Federal fonte suficiente para garantir o exercício. Diz o autor:

Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídica-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora (SARLET, 2015, p.280).

Essa evolução paradigmática pode ser creditada ao desenvolvimento da concepção de estado, de neoliberal em conformidade com a ordem internacional da década de 1980, até o modelo atual de estado social de direito.

O estado definitivamente assume o compromisso de atuar diretamente na construção de uma sociedade nos moldes da Constituição Federal. Diz Luis Roberto Barroso quanto ao tema:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania".(BARROSO, 2006, p. 437):

Claramente influenciado por tais construções doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal há pelo menos 20 anos vem reiteradamente afirmando que há eficácia imediata e a força normativa do artigo 196 da Constituição Federal. Nossa Corte Suprema por diversas vezes já expressou que a Constituição Federal é fonte imediata do direito e parâmetro de juridicidade das normas infraconstitucionais, sendo até mesmo fonte de obrigação de prestação de serviço pelo Estado.

À guisa de exemplo, cito trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS<sup>35</sup>, para muitos o primeiro caso emblemático decidido pelo Supremo Tribunal Federal no tema direito à saúde, fundamento que ainda hoje direciona o posicionamento da Corte quanto ao tema. Disse o Ministro:

---

35 Nesta julgado, reconheceu o Supremo Tribunal Federal o caráter solidário de todos os entes públicos quanto ao tema, bem como reconheceu o direito subjetivo de pacientes portadores do vírus HIV em receber os medicamentos de forma gratuita pelo Estado.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4332, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determinam a própria lei Fundamental do Estado.

Embora transpareça a perspectiva apresentada que efetivamente há uma integralidade do direito, não passa despercebido no embate o relevante argumento de limitação de recursos públicos. Precisamente na perspectiva do presente estudo, adotamos o pensamento que a saúde enquanto direito à prestação jurisdicional pelo Estado social de Direito não é imune a limitações fáticas ou legais.

Até porque o preceito constitucional, demanda necessária conformação pelo legislador ordinário. Como bem destaca Ramos (2018, p. 187) *“por meio da atuação do legislador se promove a densificação do conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em foco, razão pela qual se estabelece uma relação instrumental entre a legislação editada e as normas superiores a que se reporta.”*

E aqui não se quer criar o argumento que os inexoráveis custos de um direito social prestacional são integrantes do direito social, razão pela qual estes só deveriam ser deferidos quando inseridos no que se denomina “reserva do possível”. Acompanhamos Sarlet (2014) quando explicita que não é do núcleo essencial do direito fundamental, mesmo o social prestacional, os custos de sua implementação, todavia, este direito é assegurado na Constituição Federal numa forma que permite uma conformação legislativa, especialmente quanto a abrangência do tratamento a ser ofertado. Diz o autor:

o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde” (SARLET, 2014, p.338)

Logo, embora integral, a esmerada aplicação do valor constitucional exige uma conformação com as regras do Sistema Único de Saúde, de forma que ao magistrado quando da aplicação do preceito constitucional devendo aplicá-lo em consonância com a regulamentação infraconstitucional.

### 3.3 O Regime Legal do Sistema Único de Saúde

Se no tópico anterior, ainda que em rápidas linhas, debruçamo-nos sobre o direito no âmbito constitucional, importante neste instante falarmos das leis federais mais importantes quanto ao tema.

De antemão registramos que optamos por breves comentários apenas sobre a legislação no âmbito federal, pois embora haja competência comum de todos os entes para legislar sobre direito à saúde, na forma do artigo 23, II, da Constituição Federal, inviável para o limite deste trabalho um estudo mais profundo sobre as demais legislações.

Importa mencionar também que a complexidade do tema se deve em boa parte pelo extenso rol normativo. Não só no âmbito legal há vasto material já normatizado, o direito à saúde também é regulamentado em diversos atos infralegais, especialmente oriundos do Poder Executivo.

Não faltam portarias e decretos a regulamentar e direcionar o profissional da saúde, bem como o operador do direito no trato do assunto.

Embora de ciência obrigatória para uma esmerada decisão, limitamo-nos pois a tratar das legislações federais que tratam do tema.

A primeira legislação federal indispensável é a Lei nº 8.080/90. Essa Lei institui o SUS e regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Antes do advento desta lei, o acesso ao sistema público de saúde era restrito aos trabalhadores com vínculo formal e acobertados pelo regime da Previdência Social. A partir deste momento, normativamente, garante-se no Brasil a integralidade, refletida no acesso integral da população a um sistema de saúde.

Em que pese seja uma lei de vasta normatização, passando por formas de realização dos tratamentos até o planejamento orçamentário do Sistema, parece imprescindível como regra que o magistrado tenha ciência dos princípios que regem o SUS.

O artigo 7º da Lei n 8.080/90 em rol exemplificativo os citam, quais sejam: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII -

participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.

Como bem destaca Júnior (2017) esses princípios devem ser tratados de forma interligados pelo operador do direito, já que serão eles que darão integridade e coerência as decisões judiciais.

Outra lei federal de relevância para o tema é a já citada Lei nº 8.142/90. Esta norma dispõe sobre a participação comunitária na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde.

Como detalharemos em tópico subsequente, hoje o Supremo Tribunal tem precedente impondo ao magistrado o dever de delinear em sua decisão qual ente público é diretamente competente para prestar o serviço público, diante das regras de competência.

Essa legislação é a que traz os órgãos colegiados que estabelecerão as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Ou seja, daí advém os Conselhos que estabelecerão os critérios normativos para responsabilização direta pelo magistrado.

Também trataremos em tópico posterior do órgão colegiado denominado CONITEC. A Lei nº 12.401/11 criou este órgão ao tratar sobre assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Ademais, essa legislação acresceu diversos dispositivos a Lei nº 8.080/90, estabelecendo a forma de atuar na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (PCDT), bem como normatizando a regra que a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos referentes aos Sistema único de Saúde será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

A exemplo do dito sobre a Lei nº 8.142/90, a norma é imprescindível para efetivamente se direcionar o mandamento de cumprimento judicial ao ente público competente.

Como última lei federal de relevância, há a Lei Complementar de nº 141/12 que regulamenta o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal ao dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, além de estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

Ademais, os artigos 3º e 4º desta norma são importantes vetores interpretativos para se auferir ações ou demandas que se referem ao serviço público de saúde<sup>36</sup>. Por exemplo, ainda de

---

36 Art. 3º-Observadas as disposições do [art. 200 da Constituição Federal](#), do [art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990](#), e do art. 2º-desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I - vigilância em saúde, incluindo a

maneira atécnica vê-se que diversas demandas inerentes a assistência social (fornecimento de fraldas) são tratadas pelo Poder Judiciário como demanda de saúde, quando o artigo 4º, VIII, desta Lei expressa afasta essa demanda deste serviço público.<sup>37</sup>

## 4.0 CONVENCIMENTO JUDICIAL BASEADO EM MEDICINA DE EVIDÊNCIAS

### 4.1 A Medicina de Evidência

Perpassada a análise sobre o direito processual, bem como o direito material, resta-nos neste último momento analisar aspectos, além dos princípios e regras da tutela provisória e de

---

epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

37 A Título de exemplo, cito julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reconheceu o direito a fralda por um idoso como direito a saúde, acarretando, por consequência, na solidariedade de todos os entes estatais: **“REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. TEMA DECLARADO DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PELO STF. FORNECIMENTO DE FRALDA GERIÁTRICA. NECESSIDADE COMPROVADA.** 1. O STF reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência do Tribunal Superior pela responsabilidade solidária dos entes federados, que, isolada ou conjuntamente, podem ser acionados para prestar o tratamento médico adequado (REExt nº 855.178 RG/SE). 2. O fornecimento de fraldas geriátricas à pessoa octogenária, hipossuficiente, deve ser determinado, tendo em vista o princípio constitucional da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. 3. Nos termos do [art. 5º, caput, da CR/88](#) todo cidadão faz jus à assistência do Poder Público para prover os meios necessários a uma vida digna, de qualidade, com resguardo de seu bem-estar físico, mental e social. (TJMG; APCV 1.0477.12.000104-5/001; Rel. Des. Rogério Coutinho; Julg. 25/09/2015; DJEMG 19/10/2015)

urgência e do direito material à saúde, que se desconsiderados, entendemos que obstaculiza uma eskorreita decisão judicial.

Para tanto, como primeiro ponto debruçaremos sobre o conceito de medicina baseada em evidência. De introito, relevante apontar que o magistrado ao analisar as provas juntadas com a petição inicial tem o dever legal de ponderar se efetivamente a pretensão almejada é apta para a satisfação do direito fundamental, qual seja, a garantia da saúde do requerente. Em outras palavras, é necessário obviamente que a prova judicializada traga conclusões necessárias que a prática médica requerida tem evidência científica para garantir a integridade física do paciente.

E aqui nem se adentra na especificidade se o tratamento é aquele previsto no protocolo e diretrizes do Sistema único de Saúde, mas efetivamente se é o mais adequado (ponto de vista científico) para a patologia.

Hoje parece existir um consenso no âmbito judicial que há necessidade de demonstração de que o tratamento seja baseado em medicina de evidência. À guisa de exemplo, o CNJ, através de Fórum de Saúde, possui enunciado que expressamente exige a fundamentação do tratamento com base em medicina de evidências<sup>38</sup>.

Resta então o questionamento, o que seria medicina baseada em evidência?

No âmbito das ciências médicas, o tema começou a ser debatido de forma mais aprofundada a partir da década de 80 do século passado, especialmente a partir dos estudos do médico canadense David Lawrence Sackett (1934-2015), fundador do primeiro departamento de epidemiologia no Canadá na Universidade de McMaster.

A partir de referências trazidas por tal médico, Pereira e Silva (2016) trazem o conceito da medicina baseada em evidência como sendo aquela que faz uso criteriosos e meticoloso das melhores evidências na tomada de decisões para cada paciente. Em outras palavras, Regina Paolucci El Dib diz que:

a MBE utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica. Quando abordamos o tratamento e falamos em evidências, referimo-nos a efetividade, eficiência, eficácia e segurança. A efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real. A eficiência diz respeito ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir. Referimo-nos à eficácia quando o tratamento funciona em condições de mundo ideal. E, por último, a segurança significa que uma intervenção possui características confiáveis que tornam

---

38 ENUNCIADO Nº 12 A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça 4 Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106).

improvável a ocorrência de algum efeito indesejável para o paciente. Portanto, um estudo com boa validade interna deverá apresentar os componentes descritos acima. (DIB, Regina Paolucci El. Como praticar a medicina baseada em evidências. **Jornal Vascular Brasileiro**, [s.l.], v. 6, n. 1, p.1-4, mar. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1677-54492007000100001>)

De tais conceitos, extrai-se de forma bastante efusiva que atualmente já não se toleram tratamentos baseados apenas em opiniões e na credibilidade da autoridade médica, mas apenas tratamentos que tenham sido comprovados a partir de provas científicas realizados através de estudos randomizados.

Embora parece óbvia a assertiva, a história da medicina demonstra que nem sempre foi assim. Como exemplo mais reiterado do uso da medicina a partir de crenças destoantes da cientificidade, por séculos a medicina fez uso das sangrias como tratamento médico, algo que a evolução humana demonstrou ineficaz para a saúde humana.

Em verdade, não raras vezes hoje a medicina ainda é praticada por profissionais que aplicam o ofício em expertises baseadas em opiniões e experiências pessoais, olvidando-se da devida atualização científica. Tanto assim o é que no recente no ano de 2014, o Ministério de Saúde publicou um Manual de graduação da qualidade da evidência e força de recomendação (Sistema GRADE) para tomada de decisão em saúde para servir de norte para atuação médica.

Deixa-se claro neste manual que a opinião de especialistas é considerada como nível de evidência científica muito baixo<sup>39</sup>. Daí o acerto de Godim (2019) quando explicita que ao se utilizar prescrição o tratamento para fins de prova em ações de saúde deve-se apresentar não uma mera prescrição médica, mas efetivamente um relatório circunstanciado, com a explicitação minuciosa do caso concreto e das particularidades que justificam o tratamento requerido, juntando-se estudos científicos que explicitam que o requerido não é fruto de mera opinião pessoal do médico, mas efetivamente algo que seja comprovadamente recomendado<sup>40</sup>.

## 4.2 Há Soberania do Saber Médico?

---

39 O sistema GRADE citado é expresso o Ministério da Saúde em aduzir que recomendações oriundas de opiniões de especialistas são classificadas como nível de evidência “muito baixo”. Opiniões de especialista não é caracterizada formalmente como evidência, devendo preferencialmente buscar outras fontes de informação, como, por exemplo estudos, observacionais não comparados (séries e relatos de casos).

40 Nessa perspectiva, é também explícito Enunciado do CNJ do Fórum de Saúde: ENUNCIADO Nº 32 A petição inicial nas demandas de saúde deve estar instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Se claro no tópico anterior que para o magistrado efetivamente garantir uma decisão que proteja o direito à saúde, seu convencimento judicial deve ser lastreado por provas que explicitam que o diagnóstico foi realizado a partir da medicina baseada em evidência, torna-se intuitiva a resposta do presente tópico.

Não há uma soberania do saber médico a limitar a atuação jurisdicional. Como isso não defendemos neste trabalho que o magistrado substitua o médico em sua decisão judicial, indicando qual a forma de tratamento seria a adequada para o caso concreto. Pelo contrário, o papel do magistrado é judicial e se limita a tanto. Noutros termos, a função do magistrado em analisar em sede de cognição sumária limita-se a analisar se há a probabilidade do direito no que pertine ao tratamento requerido, voltando-se os olhos para a verificação nos autos se a prescrição médica está devidamente comprovada como um diagnóstico que foi alcançado a partir dos conceitos da medicina baseada em evidência.

Ao magistrado não é dada a função de prescrever o tratamento, mas a partir do instante que é obrigado a decidir, deve sim auferir a viabilidade científica do requerido.

Assim, deixamos claro que prescrições médicas sem os devidos documentos e fundamentos da cientificidade do tratamento não são aptas a demonstrar a existência da probabilidade do direito, conforme exige o artigo 300 do Código de Processo Civil.

Ao requerente é dado o ônus de mostrar ao juízo a efetividade do requerido e o juiz deve auferir se de fato as informações médicas apresentadas respeitam as diretrizes da ciência médica.

E aqui reforçamos que essa perspectiva não pode ser minimizada na aplicação concreta da norma. Não podemos esquecer que num passado muito recente, ao se escantear sobre tais nuances, foram deferidas milhares de liminares (obviamente todas baseadas em prescrição médica) de uma substância denominada fosfoetanolamina (FEA) para fins de tratamento oncológico, substância que até a presente data sequer foi reconhecida pela ANVISA.

A repercussão social de tal substância, atrelada a balbúrdia jurisprudencial gerada pelos pedidos de tal substância, findou na edição na Lei Federal nº 13.269/2016 que autorizou a produção, prescrição e consumo da fosfoetanolamina (FEA) como medicamento oncológico<sup>41</sup>.

Atualmente, por decisão plenária<sup>42</sup> do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de inconstitucionalidade de nº 5501, ingressada pela Associação Médica Brasileira, citada lei encontra-

---

41 Conforme reportagem extraída do sítio Globo.com a relatos que há época havia mais de 14 mil ações requerendo o medicamento fosfoetanolamina. <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2016/04/com-14-mil-aco-es-pedindo-pilula-do-cancer-usp-alega-nao-poder-produzir.html>, acesso em 15/03/2020 às 14:00 horas

42 Eis a Ementa do Acórdão: SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral. (ADI 5501 MC, Relator(a): Min. MARCO

se suspensão, registrando o Ministro Marco Aurélio em seu voto enquanto relator que a ausência de avaliação clínica sobre a eficácia ou toxicidade da substância é incompatível com o direito à saúde garantido na Constituição Federal.

Interessante também trazer a baila o parecer da então Procuradora Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, que nesta ação manifestou:

O direito à saúde constitucionalmente assegurado não se estende à garantia de acesso indiferenciado a qualquer substância que esteja sob investigação científica. A vigilância sanitária é parte indispensável de um sistema no qual o Estado age com responsabilidade em relação à saúde de seus cidadãos. A atuação regulatória e os procedimentos a ela correlatos não podem ser dispensados pelo legislador casuisticamente, sem que existam justificativas racionais para tanto. Decisões políticas incorporadas em normas jurídicas devem ser passíveis de justificação racional.

A conclusão da Procuradora Geral da República neste arrazoado parece ser o norte para todas as demandas de saúde. Sem uma justificação racional (o referencial teórico que defendemos é a medicina baseada em evidência) não há soberania no saber médico. O saber médico apresentado em prova judicial só possui pertinência constitucional, convencional e legal quando explícita a eficácia do tratamento prescrito.

Tal exigência acaba por trazer um ônus ao magistrado, qual seja, ao se decidir um pedido de urgência, mesmo sem a devida formação médica e tempo hábil para tanto, deve adentrar em fundamentos da medicina para auferir a viabilidade da prova judicializada.

Felizmente hoje há uma gama de ferramentas que auxiliam nesta tarefa e tornam possível e racional a decisão a ser proferida.

#### **4.3 Instrumentos que auxiliam a Decisão Judicial**

Aqui chamaremos de ferramentas as técnicas que o magistrado poderá utilizar para auferir a cientificidade do requerimento em ações de saúde.

A primeira ferramenta a ser utilizada é verificar se há protocolo clínico e diretriz terapêutica emitida pelo Poder Executivo Federal para o caso apresentado.

A Lei nº8.080/90 define protocolo clínico e diretriz terapêutica (PCDT) como sendo o documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Por exigência legal, tal tratamento deve ser baseado em evidência científica e deve considerar os critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.

É certo que tais protocolos obviamente têm os olhos voltados para o Sistema público de saúde e, como seu próprio conceito explicita, não necessariamente trazem a baila o melhor tratamento para a patologia do ponto de vista do paciente, mas aquele que possui uma maior efetividade e custo-benefício.

Por vezes, um tratamento com menor efeito colateral para o paciente não é aquele que possui o menor custo-benefício na cura da doença.

E aqui reiteramos que a integralidade prevista no artigo 196 da Constituição Federal não significa que não há limitações ao requerimento. Novamente citamos Júnior (2017) para expor que a integralidade garantida é a sistêmica, qual seja, aquela inserida nos programas públicos do Sistema único de Saúde e não aquela que garante de forma mais ampla possível todos os tratamentos existentes.

Se assim o é, obviamente cabe ao Juiz analisar (medida que se faz com rápido acesso ao sítio do Ministério da Saúde) se há Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica expedido para a patologia, e existindo, se o requerimento apresentado é consentâneo com a conclusão apontada pelo poder público.

Caso inexista Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica, a própria Lei nº 8.080/90 traz a forma de agir. Diz o artigo 19-P de citada norma que se inexistente o PCDT, o tratamento deve ser buscado com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

De forma suplementar, deve-se buscar no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite.

E finalmente, no âmbito de cada Município, também de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Logo, para análise da tutela de urgência, numa decisão que respeite a norma federal, parece-nos bastante claro que o magistrado deve consultar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e Relação Estadual de Medicamentos Essenciais.

Pretensões embasadas em requerimentos de medicamentos já incorporados nas citadas relações possuem uma probabilidade maior e, por consequência, uma garantia mais efetiva no deferimento da tutela provisória de urgência.

E aqui apresento ressalva para explicitar nosso entendimento que não apenas medicamentos previstos nas citadas listas podem ser deferidos judicialmente. Aqueles fora de tais listas também podem ser deferidos, todavia demandam um ônus argumentativo e probatório mais intenso para deferimento judicial.

Há enunciado do Fórum de Saúde realizado pelo CNJ que expressamente recomenda, antes de se deferir a medida judicial de medicamento fora da lista da RENAME, que se notifique o médico proscritor para que preste informações sobre a pertinência e necessidade da prescrição<sup>43</sup>.

Ou seja, para se ter a probabilidade do direito em tais requerimentos, há necessidade de uma comprovação clara e evidente que o medicamento almejado tem evidência científica comprovada e distinta daquele presente na lista da RENAME.

Hoje inclusive tal entendimento é vinculante aos magistrados, pois o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de julgamento de recurso repetitivo que a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: 1) 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; 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)<sup>44</sup>.

A tese ora apresentada também muito recentemente ficou consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o Recurso Especial nº 566.471/RN no último dia 11 de março de 2010 reconheceu a Corte que o Poder Público não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo que não conste na listagem oficial do Estado. Apenas excepcionalmente cabe deferimento quando comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente.

Logo, a consulta do magistrado às relações de medicamentos e aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticos é imprescindível para auferir o preenchimento do ônus argumentativo pelo requerente para deferimento de uma tutela provisória de urgência.

Mas há outras informações estatais que podem auxiliar o magistrado nessa empreitada decisória. A Lei nº 12.401/11 alterou a Lei nº 8.808/90 criando um órgão essencial no estabelecimento de critérios científicos para incorporação de terapias no Sistema único de Saúde.

---

43 ENUNCIADO Nº 58 Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME ou na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES ou nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

44 STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo).

Como bem define Godim (2019) a CONITEC é um órgão colegiado permanente que nasce com o escopo de assessorar do Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como à constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica.

Embora suas conclusões não possuam caráter vinculante para o Executivo, já que há liberdade para que o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde incorpore tecnologias não recomendados pelo órgão colegiado, seus estudos e conclusões são fontes seguras para o magistrado.

Registre-se que é de fácil acesso em sítio na internet os estudos realizados pela CONITEC, permitindo consulta rápida pela autoridade judicial.

A relevância dos estudos para a decisão judicial é tanta que há dois Enunciados do Fórum de Saúde do CNJ que recomendam ao magistrado em processo judicial verificar se a questão posta foi apreciada pela CONITEC<sup>45</sup>.

Ademais, há outro interessante enunciado que explicita o maior ônus argumentativo do juiz ao deferir medida não recomendada pela CONITEC, havendo verdadeiro dever legal de se apresentar fundamentação explícita sobre a evidência científica presente no caso concreto que justificou o afastamento do órgão técnico<sup>46</sup>.

Ao operador do direito também é dado acesso a diversos sítios especializados no tema, que mesmo não sendo oficiais, auxiliam na compreensão da matéria. A título de exemplo, no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará há um link dentro da aba “cidadão” que trata especificamente do direito à saúde.

Lá, como exemplo ofertado pelo próprio Tribunal, há acesso direito a Cochrane Library (Para pesquisar a Evidência Científica de medicamento e/ou tratamento) e [NICE- National Institute for Health and Care Excellence \(Pesquisar Evidência Científica de medicamento e/ou tratamento\)](#), institutos internacionais e colaborativos dedicados a pesquisar evidência científica de tratamentos e medicamentos.

---

45 ENUNCIADO Nº 33 - Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - Conitec para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação. ENUNCIADO Nº 57 - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

46 ENUNCIADO Nº 103 - Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC pela não incorporação de tecnologia, a determinação judicial de fornecimento deve apontar o fundamento e a evidência científica que afaste a conclusão do órgão técnico, em razão da condição do paciente.

Adotamos como premissa neste trabalho ser ideal que o magistrado busque inicialmente por si tais informações, já que são medidas acessíveis pela internet, garantindo celeridade na decisão de tutela provisória de urgência.

Ocorre que nem todos os documentos que envolvem o tema são de interpretação linear e permitem uma pronta solução pelo magistrado. Obviamente não se ignora a complexidade da ciência médica e que, não raras vezes, o magistrado necessitará de profissionais da área para que profira uma decisão escorreita.

Como já explanado, o debate judicial da saúde vem permeando a doutrina e jurisprudência nos últimos 20 anos. No ano de 2009, diante do crescimento exponencial de ações de saúde, o Supremo Tribunal Federal, à época presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, em despacho proferido nos Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nº 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36, 185, 211 e 278, além da Suspensão de Segurança nºs 2361, 3345 e 3355, entendeu por bem realizar uma audiência pública para melhor debater com especialistas e sociedade a agouras do tema.

Fruto da audiência pública nº 04/2009 feita pelo Supremo Tribunal Federal, o CNJ criou um grupo de trabalho, que findou na Recomendação nº 31/2010. Essa recomendação já no artigo I, a) traz como orientação para que aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais.

Daí surgiram os Núcleos de Apoio Técnico (NATJUS), em regra, criados pelos Tribunais por meio de convênios com médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na compreensão das questões médicas.

Caso o magistrado não se sinta seguro na interpretação das informações médicas apresentadas pelo requerente, torna imperioso a requisição de auxílio aos respectivos NATJUS. Inclusive, tal diretriz foi explicitada em Fórum de Saúde do CNJ destacando a necessidade de nota de evidência por estes Núcleos, sempre que possível a consulta<sup>47</sup>.

Infelizmente, embora a recomendação do CNJ de criação do NATJUS tenha sido dada há 10 anos, ainda hoje nem todas as Varas do Brasil que tratam o tema possuem acesso a um núcleo de

---

47 ENUNCIADO Nº 18 Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

apoio. No estado do Ceará, embora criado um NATJUS, este possui demanda restritiva para a Capital e região metropolitana, com avanço atualmente para a região de Juazeiro do Norte.

Às demais Varas do interior do Estado do Ceará ainda não foi dada a devida autorização para requisição de notas técnicas.

Todavia, aos magistrados do interior do Ceará e daquelas Varas que não possuem acesso só sistema NATJUS, é possível a visualização de todos os bancos de dados produzidos por estes núcleos de apoio.

De forma nacional, o Conselho Nacional de Justiça possui um vasto banco de dados de notas técnicas emitidos por NATJUS de diversos Tribunais no país, garantindo um acesso à informação eficaz na temática. Ademais, o NATJUS instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em ambiente local, também mantém um banco de dados aberto ao público, permitindo consulta as notas técnicas requisitadas e já emitidas.

É de extrema valia esse banco de dados, pois as demandas, especialmente em âmbito local, tendem a se repetir, não sendo raro encontrar nota técnica de ações na capital que se amolda perfeitamente aos pedidos feitos em Varas do interior, especialmente em pedidos de medicamentos.

Logo se vê que embora haja o costumeiro argumento de especificidade da matéria a criar resistência na análise pelo magistrado do conteúdo do relatório médico apresentado, além de dever legal, entendemos que hoje não há sequer factualidade em eventual argumento de incapacidade técnica do magistrado para tanto.

Não faltam meios ao operador do direito que permitam, mesmo quando o tempo é elemento-chave na decisão, uma decisão que possua cientificidade e tenha motivação não só escorada na Constituição Federal, mas especialmente na garantia de efetividade do direito à Saúde.

#### **4.4. Precedentes quanto ao tema**

Como último ponto neste percurso trilhado pelo magistrado, mister explicitar precedentes recentes e atrelados ao direito a saúde.

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, não faltam argumentos para enaltecer a relevância dos julgamentos proferidos pelos Tribunais. O caput do artigo 926 parece ser a norma diretriz do atual sistema de precedentes. Diz o preceito: “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

Ademais, o artigo 927 deste Código explicita quais decisões de forma vincular aos juízes e Tribunais. Para nós, há de se destacar precipuamente o inciso IV quando aponta que são vinculantes

acórdãos de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se debruçar sobre diversos temas do direito à saúde, especialmente em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e recursos especiais repetitivos.

Tais decisões devem permear o ofício do magistrado ao receber uma demanda e deliberar sobre a concessão da tutela de urgência, pois, como bem destaca Cardoso (2017) o respeito ao precedente firmado para além de reduzir na excessiva judicialização, apura a qualidade das decisões, já que estruturadas em decisões que tiverem ampla debate em Cortes Superiores.

Cronologicamente, o primeiro julgado com objetivo de objetivação a aportar sobre o tema saúde com tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal foi o Recurso Extraordinário nº 566471 citado em tópico anterior e julgado no último dia 11 de março de 2020.

Ainda pende de publicação o Acórdão do julgamento, bem como da tese fixada no julgamento deste recurso.

Como explanado, deliberava esse processo sobre o fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado, sendo desprovido o recurso para assentar que não há obrigação de fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo que não esteja inserido na listagem oficial do Sistema Único do Saúde.

Ressalvou-se a excepcionalidade de o Estado fornecer os medicamentos, desde que comprovada a extrema necessidade e a incapacidade financeira de aquisição.

Outro Recurso Extraordinário de relevante repercussão e já julgado é o de nº 657.718. Neste recurso discutia-se a obrigação de o Estado fornecer medicamentos ainda não registrados na ANVISA.

Em julgamento proferido em 22 de maio de 2019, acatou a Suprema Corte o entendimento de não ser obrigação do Estado fornecer tais medicamentos. Apenas excepcionalmente poderia ser dado o medicamento, desde que comprovado judicialmente que há demora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de regulamentação, bem como que não exista substituto terapêutico com registro no Brasil e que haja devida regulação em órgãos internacionais<sup>48</sup>.

---

48 Assim ficou redigida a tese firmada neste Recurso Extraordinário: "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"

Esses dois primeiros julgados são importantes pois já dão um grande norte para o magistrado em ações de saúde. Pedidos de medicamentos não registrados na ANVISA ou de alto custo que não sejam adotados pelo SUS, em princípio, não possui a probabilidade do direito necessária para deferimento da tutela de urgência.

De importante menção também para esse trabalho o Recurso Extraordinário de nº 855178. Nesse julgado se discutia precipuamente a solidariedade dos entes da Federação em demandas da saúde. O Tribunal ratificou posicionamento firmando desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, mantendo-se a solidariedade entre os entes públicos.

Doutro giro, trouxe importante ressalva. Expressou o Supremo Tribunal Federal que a autoridade judicial deve direcionar, embora solidária a obrigação, ao ente público competente para o cumprimento da medida, além de determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro<sup>49</sup>.

Embora entendamos prematuro ainda em sede de tutela provisória de urgência o magistrado estabelecer o ressarcimento de quem arcou o ônus financeiro, por ser matéria que demanda necessariamente tempo processual, vimos a partir do precedente que é dever do magistrado sim delinear na decisão de concessão de tutela de urgência o ente público diretamente competente, diante das regras de competência.

Em palavras singelas, não é dada autorização ao magistrado, sob a proteção da solidariedade, para não deliberar sobre a repartição de competências, devendo já claramente expressar qual ente deverá cumprir a decisão que profere em tutela provisória de urgência, obviamente no caso em que a parte ingressa contra diversos entes estatais de forma solidária.

Cabe apontar ainda quanto ao tema que há uma proposta de súmula vinculante de nº 4 ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal buscando transformar em Súmula Vinculante, ou seja, com caráter vinculante os demais órgãos do Poder Judiciário, a tese da solidariedade dos entes estatais em demandas de saúde.

Por fim, ainda no tema de precedentes que devem nortear o magistrado ao decidir tutela provisória de urgência em demandas de saúde, importe mencionar o Recurso Especial de nº 1.657.156/RJ já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Esse recurso é especialmente relevante pois foi julgado enquanto repetitivo, sendo precedente vinculante, conforme regra expressa já citada do atual Código de Processo Civil. Neste processo se discutia precipuamente o fornecimento de remédios fora da lista do SUS. A primeira

---

49 A tese ficou assim estabelecida: "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"

Seção do STJ fixou tese no sentido de apenas excepcionalmente é dada a obrigação ao Poder Público de fornecer medicamentos fora das listas devidas. Para tanto, a excepcionalidade apenas ocorrerá se presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1 - 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; 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)<sup>50</sup>.

Imprescindível pois tal precedente, pois estabelecido que se não apresentados tais requisitos quando do requerimento inicial de fornecimento de medicamentos fora da RENAME, ao magistrado apenas caberá indeferir o pedido de tutela provisória por ausência de probabilidade do direito.

## 5. CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho é analisar a especificidade do tema direito à saúde quando atrelado ao pedido de tutela provisória de urgência, a partir da visão da decisão judicial. Para isso foi imprescindível demonstrar de maneira introdutória a complexidade do tema, especialmente do caro valor que protege.

A multiplicidade de demandas, valores constitucionais impregnados no debate, a urgência exacerbada na análise e a necessidade de respeito as diretrizes sistêmicas do SUS tornam o tema intrigante e multifacetado, especialmente para nós que lemos a integralidade do direito à saúde de forma distinta a concessão indiscriminada dos pedidos.

Ao magistrado não é dado o poder de proferir decisão judicial de forma atécnica e não judicial. Nossa ordem jurídica constitucional e legal não permite que magistrados ajam sob o sentimento de dívida moral para com o doente, deferindo medidas apenas sob a premissa argumentativa abstrata de proteção do direito fundamental.

É necessário que a decisão sobre o tema entenda todo o emaranhado normativo que evolue o direito fundamental à saúde e respeite integralmente a política pública já implementada.

---

<sup>50</sup> Assim ficou definida a tese nesse recurso especial: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Para tanto, construímos os capítulos buscando demonstrar conhecimentos jurídicos básicos e necessários para a juricidade da decisão.

Assim e por obviedade, já que nos propusemos a tratar apenas das tutelas provisórias de urgência, tentamos fazer uma leitura do regramento previsto no atual Código de Processo Civil. Para tanto, tratamos dos pressupostos legais da tutela provisória de urgência, além de suas espécies. Permeamos também a discussão sobre a tutela provisória contra o Poder Público, já que os entes estatais são os sujeitos passivos da obrigação.

Avançamos para explicitar conceitos de direito material que são imprescindíveis na análise da decisão judicial. Sem um conceito firmado de saúde, bem como os parâmetros constitucionais, queda esvaziada qualquer tentativa de racionalidade no tema.

Outrossim, focamos em demonstrar como a Constituição Federal foi conformada pelo legislador ordinário, especialmente para que políticas públicas já implementadas não sejam mitigadas por uma atuação equivocada do Poder Judiciário.

Por fim, no trilhar desenhado para a decisão judicial de tutela provisória de urgência, esclarecemos que inviável uma decisão neste tema sem uma capacidade cognitiva do magistrado de corretamente interpretar os documentos médicos apresentados.

O convencimento judicial deve ser baseado em evidência científica e o magistrado tem a capacidade de traduzir em sua decisão se o requerido e eventualmente deferido é baseado naquilo que a doutrina denomina medicina de evidências.

Não cabe mais no tema decisões judiciais dadas exclusivamente com substrato na opinião médica, por mais gabaritado que seja o profissional da saúde, já que apenas tratamentos baseados em medicina de evidência possuem respaldo clínico para a ciência médica.

Em razão disso, defendemos que o magistrado deve perquirir se o tratamento buscado é aquele que encontra respaldo na ciência médica, devendo sim analisar, a partir de critérios científicos, com auxílio técnico, se necessário, a pertinência médica do pedido.

Só há probabilidade do direito se demonstrado com segurança que o tratamento respeita as diretrizes normativas, mas especialmente se o tratamento é o adequado para o requerente, a partir de critérios científicos advindos da própria ciência médica.

Por fim, sem a óbvia pretensão de esgotar o tema, já que há múltiplos precedentes de diversos Tribunais nacionais sobre o direito à saúde, ao magistrado é exigido o dever legal de o juiz respeitar as decisões recentes que tem força jurídica para se qualificar como precedente, já que as teses já fixadas são importantes facilitadores na árdua tarefa de decidir tutela provisória de urgência de ação individual de saúde.

Como exposto na introdução do trabalho, não temos dúvidas que as soluções efetivas para a judicialização da saúde numa perspectiva macroscópica exigem técnicas decisórias dialogais entre os poderes constituídos. Doutra giro, fato é que enquanto não implementada corretamente a política pública estatal de saúde, transbordarão ações individuais de saúde que devem ter juridicidade e racionalidade com a Constituição Federal, e essas características somente serão alcançadas se as decisões judiciais efetivamente se preocuparem com a integralidade do Sistema Único de Saúde.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 13, n. 2, p.457-483, ago. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201718>. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0457.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Juris Plenum: Direito Administrativo**, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p.25-50, mar. 2014. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32271-38570-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. **Direito à Saúde: CONASS para entender a gestão do SUS**. Brasília: Conass, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari et al (Org.). **Judicialização da Saúde: A visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella et al (Org.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 567 p.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. **A aplicação da teoria do fato consumado às tutelas sumárias concedidas contra o Poder Público**. 2016. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Org.). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodvim, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. Evidence-Based Medicine in judicial decisions concerning right to healthcare. **Einstein (São Paulo)**, [s.l.], v. 14, n. 1, p.1-5, mar. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1679-45082016ao3363>.

DIB, Regina Paolucci El. Como praticar a medicina baseada em evidências. **Jornal Vascular Brasileiro**, [s.l.], v. 6, n. 1, p.1-4, mar. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1677-54492007000100001>.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016. 2 v.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo : Global Ed., 1986

FABRI, José Carlos. **A prova do periculum in mora e algumas peculiaridades em direito processual público**. 2007. 74 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015 Parte Geral**. São Paulo: Forense, 2015.

GONDIM, Caroline Moreira. **PLATAFORMA DIGITAL COMO FERRAMENTA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E OTIMIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE: UM INSTRUMENTO DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR**. 2019. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Vice-reitoria de Pós-graduação – VpPg, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 5. p. 174-202.

HIPOCRATES. The medical works of Hipocrates; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collabotarian of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, III. Thomas, 1950. p.90-111).

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde: regime jurídico do sus e intervenção na administração pública**. Regime Jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. Interface direito medicina baseada em evidência saúde mental. **Revistas de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 4, p.251-276, abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e Tutela da Evidência**: Soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 380 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Onofre Ricardo de Almeida; MELO, Marilene Barros de; SANTOS, Alessandra Patrícia de Souza. Ações judiciais no âmbito do sistema único de saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da Região Sudeste. **Revista de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 12, n. 1, p.41-66, 1 jun. 2011. Universidade de Sao Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i1p41-66>. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13236/15051>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOTA, Beatriz Randal Pompeu. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DAS PERCEPÇÕES DE JUÍZES FEDERAIS E ESTADUAIS ATUANTES EM FORTALEZA-CE**. 2017. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas - Ccj, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8205025>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO) – 1946. Nova Iorque: OMS, 1946, s. p. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 05 de março de 2020.

PEREIRA, Maurício Gomes; SILVA, Marcus Tolentino. **Saúde baseada em evidência**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.<sup>a</sup> ed.

RIOS-SANTOS, Fabrício; FEITOSA, Marcelo Durval Sobral. **Direito Médico: Medicina de Evidências e o Direito à Saúde - A Justiça e os Avanços para a Efetivação da Prestação Jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2017.

RODRÍGUEZ, Pilar Darriba. **Mitología, medicina y enfermería en la grecia antigua.** Em Cultura de Los Cuidados. 1º Semestre 1999 • Año III - NQ. Disponível em . [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5164/1/CC\\_05\\_06.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5164/1/CC_05_06.pdf). Acesso em: 18 fev. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 19881. **Revista de Direito do Consumidor:** RDC, S.i., v. 17, n. 67, p.125-172, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007, p. 30. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 05 mar. 2020.

---