



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Suspensão de Tutela Antecipada nos casos
envolvendo Fornecimento de Medicamentos pelo Poder Público

Bárbara Caroline Mendes de Carvalho

Rio de Janeiro
2012

BÁRBARA CAROLINE MENDES DE CARVALHO

**Da Suspensão da Tutela Antecipada nos casos
envolvendo Fornecimento de Medicamentos pelo Poder Público**

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

DA SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NOS CASOS ENVOLVENDO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

Bárbara Caroline Mendes de Carvalho.

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – IBMEC. Advogada. Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.

Resumo: Trata-se de uma reflexão crítica acerca da utilização do pedido de Suspensão da Tutela Antecipada pelo Poder Público nos casos envolvendo fornecimento de medicamentos, considerando-se o direito à saúde como direito fundamental. Analisa a questão do controle judicial de políticas públicas, abordando o princípio da reserva do possível e a transformação do papel do juiz.

Palavras-chave: Suspensão de Tutela Antecipada. Direito à saúde. Fornecimento de Medicamentos. Responsabilidade dos entes. Decisões judiciais.

Sumário: Introdução. 1. Direito à saúde como Direito Fundamental. 2. Controle Judicial da Política Pública. 2.1. Do Princípio da Reserva do Possível. 2.2. A Transformação do Papel do Juiz. 3. Do Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada. 4. Análise de jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática das ações envolvendo fornecimento de medicamentos em face do Poder Público e a utilização de instrumentos processuais como o pedido de Suspensão da Tutela Antecipada, de forma a comprometer a eficácia de direitos.

A Constituição Brasileira de 1988 garante a todos os cidadãos o direito à saúde, asseverando que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, consoante o disposto no

artigo 196, dentre outros dispositivos constitucionais. É possível se depreender a enorme proteção que é atribuída a referido direito, bem como sua enorme abrangência, de modo que se mostra absolutamente pertinente sua efetivação. Destaca-se que embora se trate de um dever do Estado, constata-se que este tem se utilizado do instrumento processual da Suspensão da Tutela Antecipada para negar efetividade ao direito supracitado.

Neste viés, convém colacionar que o Supremo Tribunal Federal, em sede de contracautela, quando do julgamento do Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, interposto pela União, tratou a respeito da questão do obrigatório fornecimento de medicamentos e da responsabilidade solidária dos entes em matéria de saúde nesta excepcional via processual.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, reveste-se como fundamental e inigualável instrumento de atuação no que diz respeito à defesa da dignidade da pessoa humana, da promoção do bem-estar e, assim, do Estado Democrático de Direito (leia-se, do direito do cidadão enfermo à melhoria de sua qualidade de vida e da busca do tratamento para o aumento de sua sobrevida).

Cumprе salientar que o tema encontra discussões de peso na seara jurisprudencial, sendo certo que implica em trazer à baila discussões a respeito da violação do Princípio da Separação de Poderes, na medida em que ao Poder Judiciário caberia (ou não) garantir o direito à saúde, por meio de fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida de determinado paciente, condenando assim os entes de forma solidária. Questiona-se, assim, o papel que o Poder Judiciário vem a desempenhar no tocante à efetivação de direitos sociais, mais precisamente o direito à saúde. Ademais, é possível discutir a questão da invasão de competência da União, em âmbito administração, quando se trata de implementação de políticas públicas.

Cumprе registrar que, dada a relevância da questão, está em trâmite no E. STF

proposta de Súmula Vinculante (nº 04), que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos Entes de Federação no atendimento das ações de saúde, o que demonstra cabalmente a relevância do tema.

1. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente, convém esclarecer a dificuldade encontrada pela doutrina jurídica acerca de um conceito de direito fundamental. Nos dizeres José Afonso da Silva¹:

As dificuldades para definir um conceito sintético dos direitos fundamentais do homem, decorrem, principalmente, da circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Assevera-se que são normas jurídicas intimamente ligadas à noção de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal, positivadas no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito, que, em decorrência da importância axiológica que assumem, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Cumprir observar que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção – direito de defesa –, mas também como postulado de proteção. Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho²:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos

1 SILVA, José A. *Manual da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p.541.

poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A doutrina jurídica apresenta uma classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões como preferem outros, considerando-se o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Como destaca Celso de Mello³:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentua, o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizado enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

No que tange ao direito à saúde, vale dizer, que as ideias de vida, dignidade, condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, sendo desnecessário dizer que sem saúde tudo resta prejudicado. Em suma, o direito à saúde deve ser considerado o direito fundamental de vital importância dentro do ordenamento jurídico.

A saúde é tratada pela Constituição Federal como um direito social, conforme reza o artigo 6º⁴, *verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O artigo 196⁵ por seu turno traz em seu bojo 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 sua promoção, proteção e

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça. Seção I. 17 de novembro de 1995.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em 22/03/2012

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.> Acesso em 22/03/2012

recuperação.

Destaca-se que os direitos sociais exigem do Estado uma prestação, uma atuação concreta. Em outros termos, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no artigo 196 da Constituição, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano da organização federativa.

Dentro deste contexto, discorre Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi⁶, acrescentando que a saúde por estar umbilicalmente ligada à vida é um direito superior aos demais.

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos.

Ainda acerca do tema, o jurista Ingo Sarlet⁷ destaca que:

Ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece à solução mais adequada.

Desta feita, a saúde é de ser considerada como direito público subjetivo, tornando possível ao cidadão (considerado credor) exigir do Estado (considerado devedor) a devida prestação, seja por meio judicial ou administrativo, desde que o Estado não cumpra com o

6 SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. *Direito fundamental à saúde: Tutela de urgência*. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf> Acesso em 21/06/2011.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *In Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº 1, 2001, p. 147.

dever a ele imposto.

Deve ser destacado que quando houver conflito entre a efetivação do direito à saúde de cidadãos considerados individualmente e o dever-poder do Estado de gerenciar os escassos recursos disponíveis, o Supremo Tribunal Federal⁸ tem decidido que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados. Neste sentido, o artigo 23, inciso II da Constituição Federal estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Em observância ao regramento constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Cabe destacar que o entendimento jurisprudencial como o doutrinário acerca do tema é no sentido de que a responsabilidade é solidária entre os entes federativos no que tange ao direito à saúde. A título de ilustração, transcreve-se a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro⁹:

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Em sede de

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 50/PA, DJ 14/11/2005.

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apel. Cív. Nº 2002.001.02662. 12ª Câmara Cível. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgado em: 04/06/2002.

tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade *ad causam* do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

A solidariedade, vale dizer, permite que o credor possa escolher qual dos devedores deseja acionar, sendo assim, poderá acionar a União, o Estado ou o Município. Com efeito, a jurisprudência, incluindo a do Supremo Tribunal Federal¹⁰, entende que existe a solidariedade.

Neste contexto, destaca-se a súmula 115 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹¹: "A solidariedade dos entes públicos, no dever de assegurar o direito à saúde, não implica na admissão do chamamento do processo".

Desse modo, não são cabíveis as teses de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. É de suma importância destacar o disposto na Súmula 65 do TJRJ¹²:

Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.

Salienta-se que o fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes hipossuficientes é obrigação do poder público, seja federal, estadual ou municipal, afirmando-se inclusive a responsabilidade solidária entre todos os entes políticos na busca da concretização dos comandos constitucionais pertinentes.

10 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000*). Confirmação da sentença que condenou a Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis a fornecer os medicamentos necessários conforme ordem médica (Apel. Cív. nº 2002.001.08324, TJRJ, 5ª Câmara Cív., Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

11 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 115.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 65.

É possível, portanto, perceber que existe uma grande preocupação com a efetivação do direito à saúde, seja impedindo que o Poder Público se utilize de meios processuais para retardar tal direito, seja através da determinação da implementação de políticas públicas.

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, convém esclarecer que o cerne este capítulo gira em torno da questão do controle judicial da política pública, mais precisamente, do controle judicial das questões relacionadas à saúde.

É importante observar a controvérsia jurídica crescente em torno da possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos.

As políticas públicas, cabe destacar, devem ser entendidas como o conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição. Neste sentido, é possível definir políticas públicas como sendo programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como acima mencionado, o direito à saúde demanda prestações positivas do Estado, o que acarreta a alocação de recursos materiais e humanos para sua devida implementação. Faz-se necessária a abordagem do princípio da reserva do possível e suas implicações nas demandas ligadas ao fornecimento de medicamentos.

2.1. DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

É certo que sendo os recursos públicos escassos, existem limites naturais decorrentes da reserva do possível, para a implementação dos direitos sociais. A par disso, aqueles que defendem a aplicação do princípio da reserva do possível sustentam que é necessário ter presente tais recursos, pois se destinam a atender toda coletividade e não apenas um direito individualmente. O particular, nesse sentido, deverá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável, pois a Constituição não obriga o Estado a prestar tratamento de excelência somente a uma pessoa, olvidando o direito de todos os demais cidadãos.

Nesse sentido, impositivo conciliar dois objetivos: o atendimento ao necessitado e a economia de meios. E isso porque as prestações de saúde envolvem não só o fornecimento de medicamentos a pessoas carentes, como exames específicos, fornecimento de aparelhos auditivos, implante de prótese, internação na UTI neo-natal em hospital particular, tratamento psiquiátrico ou psicológico, custeio de transporte para tratamento médico em outra localidade, transplante etc.

Ora, nesse contexto, conclui-se que a efetivação do direito à saúde implica gastos públicos, ou melhor, depende da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação. É imperioso o uso de cautela ao efetivar um direito fundamental que implique intimamente em grandes gastos financeiros aos cofres públicos. No entanto, quando tratar-se de obrigação de fazer, que está inserida dentro da reserva do possível, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob afirmação de que a reserva do possível estaria estritamente dentro da esfera da conveniência do administrador.

Em razão da reserva do possível, cumpre ressaltar, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso que se verifique até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde, principalmente em momentos de crise econômicas.

É necessário, portanto, fazer uma advertência quanto às alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível, pois não basta apenas alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é indispensável que seja efetivamente demonstrado.

Por conseguinte, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido uma vez que o Poder Público demonstre satisfatoriamente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo. Por isso, verifica-se que a realidade social vem exigindo da doutrina, assim como da jurisprudência, uma ruptura do paradigma, haja vista a necessidade imperiosa de se efetivar os direitos dos cidadãos.

2.2. DA TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO JUIZ

A ruptura do paradigma representará, por exemplo, um questionamento a respeito da possibilidade de o Judiciário determinar gastos à Administração, considerando o princípio da separação dos poderes. Ocorre que tal princípio deve ser revisado, levando-se em conta a realidade da sociedade brasileira atualmente. Em outros termos, o mencionado princípio deve ser adequado a uma nova leitura, tendo em vista que a Constituição Federal não apenas garante direitos já assegurados, mas também realiza promessas constitucionais de direitos, cuja implementação demanda a atuação positiva do poder público.

Destaca-se que a tutela inibitória dos direitos sociais não impõe meramente um gasto à Administração, mas sim um fazer, um *præstare* a que está ela obrigada e que implica gastos, como, aliás, todas as ações estatais, inclusive as destinadas à preservação das liberdades. Assim, o Poder Judiciário, ultimamente, vem sendo chamado a responder aos anseios sociais, que antes competia tão-somente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

É sabido que o juiz não pode se eximir de julgar e dar o direito a quem o busca, mesmo que para isso, tenha que preencher lacunas, utilizando para tanto dos princípios fundamentais do direito¹³. Porém, mesmo sob a égide mandamental da Constituição, muito se discute, ainda hoje, sobre os limites e interferências do Poder Judiciário na esfera de outros poderes mesmo que exista uma omissão, inaceitável, dos poderes em questão. A respeito do fenômeno da judicialização, o jurista Luís Roberto Barroso¹⁴ nos ensina que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Sendo assim, a Justiça precisa agir quando o Poder Público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição. Por força dessa necessária reorganização da teoria constitucional, frente à posição de fundamentalidade dada aos princípios pela Constituição, ao analisar casos nos quais o judiciário impõe uma decisão contrária ao posicionamento do legislativo ou do executivo, remete-se à tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Questiona-se até que ponto o Supremo Tribunal Federal, ao proteger os princípios constitucionais, poderia tomar decisões políticas diferentes das decisões tomadas pelos órgãos legislativo e executivo.

No que toca ao direito à saúde, vale dizer que representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o

13 Neste sentido, o artigo 126 do Código de Processo Civil dispõe que: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”.

14 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf> Acesso em: 20 maio de 2011.

direito à saúde e à prestação de serviços de saúde.

Dentro deste contexto, após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública¹⁵ convocada pela Presidência do Supremo Tribunal Federal para a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema, o ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão.

Portanto, faz-se necessário uma leitura principiológica do direito, que recoloca o Poder Judiciário em cena não somente como aplicador do direito, mas como realizador de direitos. Saliendo-se que o STF, como corte constitucional, assumiu o papel de garantidor dos princípios constitucionais. Para muitas dessas concretizações de direitos ocorrerem, o Judiciário precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais poderes, como o executivo e o legislativo. No entanto, cabe ressaltar que isso não transforma (e nem pode) o STF em uma espécie de legislador delegado ou algo que o valha.

Pode-se dizer que o papel dos juízes foi redimensionado pelas próprias tarefas postas pelo Direito, mormente pelos direitos sociais, e, com isto, as próprias ideias de neutralidade e de imparcialidade ganharam novos contornos, enfraquecendo-se a primeira e fortalecendo-se a segunda. O papel do juiz frente à proposta de hierarquização das tutelas dos direitos sociais, entretanto, é de outra monta, o que equivale dizer, que atualmente se exige uma nova postura do Poder Judiciário frente à implementação dos direitos dos cidadãos.

15 “A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência”. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>
Acessado em: 11/03/2012.

3. DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Primeiramente, deve ser ressaltada a relação entre a Constituição e o processo, de maneira que este representa um importante mecanismo de afirmação dos direitos reconhecidos constitucionalmente. Em outros termos, significa dizer que o processo tem que ser voltado à efetividade, de forma a se evitar, sempre que possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo.

Registre-se que, com a proibição da autotutela privada, o Estado assumiu o compromisso de tutelar de forma adequada e efetiva os diversos conflitos que venham a surgir na sociedade. Neste viés, o processo é considerado o instrumento de prestação da tutela jurisdicional.

É certo que o autor possui o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, sendo evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Em outros termos, “o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio direito material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) garantido pelo art. 5º, XXXV da CF¹⁶”

Frisa-se que a preocupação que ocupa os processualistas com os efeitos do tempo e a efetividade é verificada com a implementação de diversos instrumentos que o processo civil se utiliza¹⁷.

Para Ovídio A. Baptista da Silva¹⁸:

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

17 Para Humberto Theodoro Júnior, são exemplos: criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução de procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc). JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 47. Ed. Ed. Forense.2012, p. 668.

18 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, Volume 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 19.

Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente após ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter ao final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada em juízo de veracidade do mais elevado grau, que, no entanto, poderia ser inútil sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado. O que ganhássemos em segurança teríamos perdido em efetividade.

Nota-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face às situações de urgência.

3.1. TUTELA DE URGÊNCIA

A doutrina de forma geral, utiliza a expressão “tutela de urgência” como gênero, de que são espécies: as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela¹⁹. Vale registrar que a tutela de urgência possui o condão de garantir a utilidade da prestação jurisdicional, bem como dos direitos violados ou ameaçados. A tutela antecipada, cabe dizer, é decisão provisória, sendo sumária e precária, que antecipa os efeitos da tutela definitiva, permitindo o gozo imediato.

Assim, de acordo com Fredie Didier²⁰, a tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações e fundada na cognição

19 A respeito da diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar, Humberto Theodoro Júnior assevera que: “Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas de um mesmo gênero – a tutela de urgência – porque ambas têm em comum a força de quebrar a sequência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte. Subordinam-se, todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos.” JÚNIOR, op. cit., p. 677

20 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v.2. 6.ed. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 264.

sumária. Basicamente, satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigiando os valores da efetividade e da celeridade. Neste viés, destaca-se que o entendimento doutrinário é no sentido de se antecipar os efeitos da Tutela e não a tutela em si. Destaca Didier²¹ que:

Assim, não se antecipa a própria tutela (DECLARATÓRIA, CONSTITUTIVA OU CONDENATÓRIA), mas, sim, os efeitos delas provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente – só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através de decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial.

A respeito da relevância da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância destacar que: “exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do acesso à justiça e a assegurar a efetividade jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo²²”. A antecipação da tutela (ou dos seus efeitos) será admissível tão-somente quando estiver em risco a frustração da efetividade da jurisdição. Neste contexto, o legislador estabeleceu os pressupostos no artigo 273 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994)

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 2002)

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a

21 *Apud*, p. 490.

22 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 47. Ed. Forense. 2012, p. 668.

medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Para a concessão da tutela antecipatória, seja pelo fundamento no inciso II, seja pelo fundamento no inciso I, ou até mesmo por ambos, é imprescindível a existência da prova inequívoca para o convencimento do juiz sobre a alegação da verossimilhança, bem como o requerimento da parte interessada.

No que toca à tutela antecipada contra o poder público, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência o cabimento de tutelas antecipatórias em face dos entes estatais, desde que atendidos os requisitos legais para a sua concessão.

Destaca-se que as pessoas jurídicas de direitos público possuem tratamento diferenciado no que tange às normas processuais, tais como: prazos dilatados (artigo 188 do CPC); eficácia das decisões desfavoráveis dependerá do duplo exame (remessa *ex officio*, nos termos do artigo 475 do CPC); isenção de preparo para a interposição de recursos (artigo 511, § 1º do CPC); desnecessidade de defesa específica; assim como, um sistema diferenciado de execução (artigo 730 do CPC). Tais prerrogativas, vale dizer, são consubstanciadas na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Neste viés, a Lei 8.437/92 no art. 1º dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, estabelecendo que não será cabível medida liminar “toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal”.

Convém salientar a crescente crítica doutrinária no sentido de que tais benefícios têm ocasionado “mais do que um simples desconforto entre os litigantes, mas uma verdadeira

disparidade de armas entre eles²³”.

No que se refere ao artigo 1º da Lei 8.437/1992, a doutrina chegou ao entendimento de que tal dispositivo não traduziria vedação a todas as hipóteses de tutela antecipatória. Entretanto, foi editada a Medida Provisória 1.570/1997, que tinha por finalidade impedir – ao menos em algumas hipóteses – a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

O texto da referida medida provisória foi reproduzido na Lei 9.494/1997, que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo tribunal Federal. O STF decidiu, por maioria de votos, em sede de liminar e com efeito vinculante, pela constitucionalidade da referida norma.

Porém, Marinoni e outros autores, consideram inconstitucional qualquer tentativa de vedar a concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda pública, considerando que a tutela antecipatória é corolário do direito do direito à adequada tutela jurisdicional. A tutela antecipatória, cabe dizer, é garantida pelo princípio da inafastabilidade.

De qualquer forma, deve ser ressaltado que o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, não significa apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Assim sendo, o princípio da efetividade não foi observado pelo legislador, pois veio a editar normas que visam obstar a antecipação de tutela em face do Poder Público. Não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela antecipada para a obrigação de fazer, não

23 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, 5.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 832. O autor vai além afirmando que “ (...) o que se vê, na realidade, é justamente um espraiamento dessas e outras prerrogativas em benefício dessas pessoas em casos em que o que está em jogo é mero interesse secundário da Administração Pública. Contrário *sensu*, não se compreende por que não se estendem essas mesmas ‘prerrogativas’ quando o interesse primário é defendido em juízo por uma pessoa jurídica de direito privado (ação civil pública e a associação civil, por exemplo). É por isso que há mais do que suspeitas de que muitos dos casos denominados de prerrogativas são na verdade privilégios para a Fazenda Pública, ou, se preferirem, ‘preconceitos’ contra aqueles que ousam ser seus adversários, em clara afronta ao princípio da isonomia”.

fazer entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório.

As tutelas de urgência, modalidades de prestação jurisdicional para casos específicos e que demandam pronto atendimento, são amiúde utilizadas para exigir-se do Estado um *facere*, especialmente nas questões relacionadas à área da saúde.

3.2. DA SUSPENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A Lei 9.494/1997 disciplina o instituto da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Neste viés, cumpre destacar ainda a Lei 8.437/1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. Tais legislações permitem a utilização por parte da pessoa jurídica de direito público interessada, do requerimento de suspensão de execução da medida antecipatória, sob alegação de que a efetivação da referida medida implicaria em potencial risco de grave lesão ao interesse público (saúde, economia, ordem e segurança públicas). O artigo 4º da Lei 8.437/1992 dispõe o seguinte:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, **suspender**, em despacho fundamentado, a execução da **liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes**, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de **manifesto interesse público** ou **de flagrante ilegitimidade**, e para evitar **grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**. (*grifos nossos*)

Ressalta-se que foram realizadas diversas modificações na Lei 8.437/1992 através de medidas provisórias, de modo a conceder de uma força descomunal a suspensão de segurança de tutela antecipada. Dentro deste contexto, é amplamente criticável tal postura, como se percebe dos dizeres de Marcelo Abelha Rodrigues²⁴: “(...) é uma força oriunda da arbitrariedade, vergonhosa, matreira, ardilosa, vil, pulha, que torna ilegítima a utilização do

remédio da suspensão de segurança, no seu âmago de finalidade tão nobre”.

A respeito das hipóteses de cabimento da suspensão da tutela antecipada, nos termos do dispositivo acima mencionado, a suspensão poderá se dar quando houver manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e ainda para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifica-se que os termos utilizados pelo legislador são abrangentes, com conteúdo indeterminado.

Desta feita, deve o interessado na suspensão demonstrar cabalmente qual seria efetivamente a lesão que se pretende evitar com a decisão, não bastando a mera alegação superficial, genérica destas hipóteses. A sustação da eficácia da tutela antecipada, vale dizer, possui natureza de incidente processual, de competência originária do presidente do Tribunal, nos termos do artigo 4º da referida lei. Neste sentido, Lucia Valle Figueiredo²⁵ assevera que:

Portanto, verifica-se que, para a suspensão da liminar ou da sentença, o pedido deverá ser feito com a prova inequívoca de que esses valores encontram-se fortemente ameaçados. Não bastará, como é obvio a mera alegação. Far-se-á mister, sem sombra de qualquer dúvida a demonstração cabal da possível violação a esses valores.

Com efeito, salienta-se que é preciso demonstrar e comprovar ao Presidente do tribunal o que será afetado, além de qual o dano, ou melhor, qual prejuízo que acarretará caso a execução da medida liminar venha a ser concretizada. Oportuno observar ainda que o prejuízo deve ser de magnitude expressiva, isto é, capaz de causar grave lesão mencionada na lei, sob pena de não ser suficiente para justificar o deferimento da suspensão.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal já decidiu que, em âmbito de suspensão de segurança, não é possível presumir a potencialidade danosa da decisão concessiva da liminar pretendida²⁶. Tratando-se incidente de competência do Tribunal e que tem por finalidade a

25 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 150.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 1.278/AP. "(...) 7. Face o caráter excepcional da suspensão de segurança, deve o requerente, necessariamente, demonstrar, de forma inequívoca e segura, a efetiva potencialidade danosa do ato decisório (STF, SS nº 1.887-PA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, in DJ de

proteção ao interesse público, será necessária a participação do Ministério Público, como *custos legis* ou na qualidade de parte.

Ademais, deve ser ressaltado que deve ser garantido o princípio do contraditório²⁷. Ou seja, a observância do princípio do contraditório na suspensão de segurança é essencial para que não seja o incidente taxado de inconstitucional, devendo-se ouvir a parte contrária²⁸ e o Ministério Público.

Vale destacar que, embora haja posição contrária no sentido de que não há contraditório no pedido de suspensão, deve ser ressaltado que as particularidades que envolvem o incidente processual da suspensão da tutela antecipada, não se justifica de forma alguma o afastamento da garantia do contraditório e da ampla defesa, sendo imprescindível a oitiva da parte contrária.

Cabe ressaltar que a decisão do Presidente, suspendendo ou não a eficácia da antecipação de tutela, pode ser desafiada pelo recurso de agravo regimental (também denominado de agravo inominado)²⁹, que possui prazo de cinco dias contados da decisão do Presidente, consoante o disposto no artigo 4º da Lei 8437. Sendo concedida a suspensão, apenas a eficácia da tutela antecipada será neutralizada, não cabendo ao Presidente funcionar como órgão de competência derivada, haja vista não se tratar de recurso e sim de incidente processual.

20.11.2000), o que não foi feito, na espécie, pelo Estado.

27 Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República estabelece que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

28 Cabe observar que os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça cogitam, respectivamente, da possibilidade de oitiva da parte contrária, em seus artigos 297, § 1º e 271, § 1º, respectivamente.

29 Releva notar que prevalecia o entendimento de que não era admissível o agravo da decisão do presidente que denegasse o incidente de suspensão, tendo sido, inclusive, sido objeto de enunciado nº 506 do Supremo Tribunal Federal (*O agravo a que se refere o Art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.1964, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança, não do que a denega*). Tal verbete foi revogado pelo Acórdão da SS 1945 AgR-AgR-AgR-QO-RTJ 186/112, do Tribunal Pleno. Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 217 (*Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança*). No entanto, no julgamento do AgRg na SS n. 1.204-AM - 23/10/2003, o Superior Tribunal de Justiça também cancelou o referido enunciado.

Acerca da duração da suspensão, cumpre destacar que fica condicionada à vigência da liminar, o que equivale dizer no caso de a antecipação ser cassada pelo julgamento do agravo contra interposto ou se for substituída (ainda que para a procedência do pedido) pela sentença ou pelo acórdão, cairá a sustação da eficácia da tutela antecipada. Registre-se, por oportuno, que uma vez concedida a suspensão, a decisão deixa de surtir efeitos a partir da publicação de tal decisão, permanecendo válidos, contudo, os atos praticados anteriormente, não se admitindo que o autor/requerente venha a ser penalizado pelos mesmos.

Assim, cumpre ressaltar que a suspensão da antecipação de tutela é medida extremamente excepcional, não se devendo admitir a sua utilização como sucedâneo recursal, de forma a impedir ou até mesmo retardar a efetividade de direito. Outrossim, deve o magistrado, ao analisar o pedido de suspensão da antecipação de tutela, verificar se de fato existe ameaça ou poderá sobrevir ameaça ao interesse público.

4. DA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

No que se refere à proteção ao direito à saúde e a utilização da Suspensão da tutela Antecipada pelo Poder Público é mister a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Destaca-se que a Corte Suprema defende que, ante a inércia do Poder Público em oferecer uma vida digna aos cidadãos, cabe ao Poder Judiciário, constranger a Administração

a fazê-lo³⁰.

Com relação a jurisprudência de nossos tribunais, nota-se quão frequente é o uso das tutelas de urgência pelas pessoas que buscam saúde, concebida esta nos seus mais variados matizes. No agravo regimental relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça³¹, concedeu-se tutela antecipada à parte, consistente no fornecimento de medicamentos pelo SUS, vez que presente severo risco de morte. Ou seja, vislumbrou-se a presença da verossimilhança das alegações e necessidade de urgência na concessão do provimento.

Merece destaque um julgado do Superior Tribunal de Justiça³², relatado pelo Ministro Luiz Fux, no qual se determinou o bloqueio de verbas públicas, diante do descumprimento da decisão judicial de antecipação de tutela. Assentou-se prevalecer o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana em detrimento de princípios de direito financeiro e administrativo. Afirmou-se que “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas”. Desse modo, verifica-se que a jurisprudência vem se posicionando no sentido de buscar a efetividade aos direitos sociais.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em sede de contracautela, quando do julgamento do Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,

30 Na ADPF 45, de Relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo entendeu possível a a intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1072934 / MG. Relator Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 05/03/2009.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1002335 / RS. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 21/08/2008

interposto pela União, pacificou a questão a respeito do obrigatório fornecimento de medicamentos e da responsabilidade solidária dos entes em matéria de saúde nesta excepcional via processual.

Pela orientação traçada no STA 175 AgR/CE o Plenário da Suprema Corte brasileira, em última análise, rechaça o manejo desta estreita via de irresignação para a discussão a respeito do fornecimento de medicamentos de alto custo e da responsabilidade solidária dos entes em matéria de saúde em cotejo com as elementares do artigo 4º da Lei 8.437/92, por força do artigo 1º da Lei 9.494/97.

Com efeito, os tribunais superiores têm demonstrado grande sensibilidade nas causas envolvendo o direito fundamental à saúde, manifestando entendimento que deve prevalecer o direito à saúde, quando em conflito com os interesses financeiros do Estado.

CONCLUSÃO

É certo que o artigo 5º da Constituição da República elenca uma série de direitos fundamentais, entre eles o direito à tutela jurisdicional efetiva, com efeito o artigo 5º, inciso XXXV, afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse modo, entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, o que inclui a tutela antecipada.

Dentro de uma perspectiva do direito processual mais próxima ao direito material, deve se ter em mente que o jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um ‘bem jurídico’ ou a ‘tutela’ do direito que afirma possuir.

Com o passar dos anos, percebeu-se que seria necessário conferir ao juiz uma ampla latitude de poderes destinada a permitir a efetiva proteção aos direitos nos variados casos concretos a ele apresentados. Assim sendo, constata-se que os tempos contemporâneos exigem do julgador atenção para a efetividade dos direitos fundamentais. Em outras palavras,

significa dizer o papel do juiz, dentro da ordem contemporânea, não pode mais se resumir à “boca da lei”, como apregoado por Montesquieu.

Neste contexto, é importante ressaltar que a dimensão conquistada pelo direito constitucional abrange todas as áreas jurídicas e também o direito processual civil. Vale dizer que o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional.

No que se refere ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, destaca-se que embora se trate de um dever do Estado, este tem se utilizado do instrumento processual da Suspensão da Tutela Antecipada para negar efetividade ao direito supracitado, o que se mostra inadmissível dentro de uma ótica constitucional.

Verifica-se que a União, os Estados e os Municípios, através de suas procuradorias, nas ações envolvendo fornecimentos de medicamentos de alto custo pelo Poder Público e responsabilização solidária dos entes em matéria de saúde, somente poderão atacar pronunciamentos jurisdicionais favoráveis aos cidadãos através da interposição dos recursos próprios taxativamente previstos na legislação processual civil vigente, com discussão de mérito da matéria, vedando-se, destarte, a utilização dos sucedâneos recursais e demais contracautelas de conteúdo político pelos entes.

As tutelas de urgência, em suas mais diversas modalidades, são meios assecuratórios da pronta prestação jurisdicional àqueles que têm necessidade urgente de receber o bem da vida que peticionam. Desta forma, a demora na prestação jurisdicional que suspende a tutela antecipatória significa negar efetividade aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Levando em conta aqueles que necessitam o fornecimento de medicamentos e que pugnam aos poderes instituídos, resta à esperança na sensibilidade humana dos administradores públicos, e ausente esta, buscar amparo no Poder Judiciário através das

tutelas de urgência, derradeira batalha na luta para manter acesa a chama da vida. Portanto, não se deve admitir a utilização de qualquer instrumento processual como forma de inviabilizar os direitos fundamentais, especialmente o direito à vida e a saúde.

REFÊRENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

Disponível em:

<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>

Acesso em: 20 maio de 2011.

_____. *Temas de direito constitucional*. V.3. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial da União, 2011.

BRASIL. *Código de processo civil*. Vade Mecum. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Lei n. 8.437, de 15 de outubro de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 out. 1992.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 12 de março de 1997. Disciplina o instituto da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 mar. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1072934 / MG. Relator Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 05/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1002335 / RS. Relator Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 21/08/2008

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p.541.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.3, 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9.ed. Editora: Dialética, 2011.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v.4. 6.ed. Bahia: Juspodivm, 2011.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v.2. 6.ed. Bahia: Juspodivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Recursos cíveis e outros temas*. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. v.5. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. In *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº 1, 2001.
- SCARPINELLA, Cassio Bueno. *Execução provisória e antecipação da tutela: dinâmica do efeito suspensivo da apelação e da execução provisória: conserto para a efetividade do processo*.1.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- _____. *Tutela Antecipada*.2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007
- _____.*Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v.5. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SILVA, Edward Carlyle. *Direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.
- SILVA, José A. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, Volume 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direito fundamental à saúde – Tutela de urgência*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19409/os-danos-morais-e-o-judiciario-a-problematica-do-quantum-indenizatorio>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. O Mandado de Segurança à luz da Lei n. 12.016, de 2009. In:

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial contra o poder público*. 3.ed, 2010.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e reserva do possível*. 2. ed., rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2011.