

CONASS

para entender a gestão do SUS

2015

DIREITO À SAÚDE

Artigo

TUTELAS DE URGÊNCIA E DEMANDAS DE SAÚDE

© 2015 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total deste artigo, desde que citadas a fonte e a autoria.

Este artigo faz parte da publicação *Direito à Saúde*, da coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015*.

A coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015* está disponível gratuitamente para *download* no site www.conass.org.br.

**Os artigos publicados traduzem a opinião dos seus autores. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate e refletir as diversas opiniões e pensamentos.
Direitos de reprodução cedidos ao CONASS.**

Organização da Coleção

René Santos

Coordenação do Livro

Alethele de Oliveira Santos

Edição

Adriane Cruz

Tatiana Rosa

Revisão Ortográfica

Sem Fronteira Idiomas

Projeto Gráfico e Diagramação

Marcus Carvalho

TUTELAS DE URGÊNCIA E DEMANDAS DE SAÚDE

Flávio Marcelo Gomes¹

Resumo

As demandas judiciais de saúde pública são pródigas em sensibilizar os magistrados, que, constantemente, deferem liminarmente medidas contra o Poder Público para o fornecimento de medicamentos, órteses, próteses, *stents*, cirurgias e implantação de serviços dos mais diversos tipos. O contexto massificado das ações judiciais de saúde pública tem deixado os juízes à vontade para determinar o fornecimento, em prazos exíguos e sob pena de aplicação de multa diária, sequestro de verba pública e responsabilização por crime de desobediência, não apenas de medicamentos e procedimentos cirúrgicos de natureza verdadeiramente urgente, como o bevacizumabe, para o tratamento de câncer, mas toda a sorte de produtos farmacológicos, em que se incluem fraldas descartáveis (TJSP – Ag. de Inst. n. 2095771-83.2014.8.26.0000) e medicamentos para impotência sexual (TJSP – Ag. de Inst. n. 0587200-42.2010.8.26.0000). O presente estudo tem o escopo de suscitar a reflexão acerca dos requisitos legais para concessão de tutelas de urgência (antecipação de tutela, tutela cautelar e liminar em mandado de segurança) e da influência exercida por conceitos técnicos extrajurídicos, próprios da área da saúde pública.

1. Urgência e emergência

Muito embora a rotina instalada nos tribunais possa parecer dizer o contrário, a concessão liminar do pedido formulado em qualquer ação deveria ser exceção à regra geral, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O devido processo legal é premissa fundamental da adoção de qualquer medida judicial contra o réu. Ele permite a formulação de alto grau de convicção do magistrado no julgamento da ação, pois a sentença judicial é precedida da discussão da causa pelas partes e, muitas vezes, pela ampla produção de prova. A cognição judicial é exauriente, pois o debate se esgota em primeiro grau de jurisdição, com ampla produção de prova.

Apenas em casos especiais, caracterizados pela urgência da medida ou pela evidência do direito, justificariam a inversão do processo, com a concessão liminar dos pedidos do autor. Nesses casos, a concessão liminar da medida judicial não é precedida pelo aprofundamento do exame da causa. A cognição judicial é sumária e provisória, de modo que a tutela de urgência pode ser a qualquer tempo revogada ou modificada pelo próprio juiz que a deferiu (MARINONI, 2010, p. 34-36).

A urgência da medida decorre dos riscos inerentes à demora da prestação judicial. A demora do processo pode provocar sua ineficácia ou o risco de dano ao autor, pois, durante seu trâmite, ele pode vir a óbito ou ter seu quadro de saúde agravado. O Poder Judiciário tem a responsabilidade de evitar a perda do direito ou a ineficácia do processo, pois a todos é garantido o acesso à Justiça, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, garante ao autor o fornecimento de uma tutela jurisdicional útil, adequada e eficaz (SPADONI, 2002, p. 20). E o acesso à justiça implica na atuação eficiente do Poder Judiciário, responsável pela exata concessão a todos do que têm direito.

Nesses casos especiais, a legislação autoriza a adoção de medidas de proteção e conservação do direito antes da própria sentença, e, muitas vezes, antes mesmo do réu ser citado, afastando-se os riscos e assegurando o resultado útil do processo. É evidente que a possibilidade de erro judicial aumenta exponencialmente na adoção de medidas de urgência, pois o contato que o magistrado tem com a causa é superficial e a formação de seu convencimento depende ainda de maior dilação probatória.

1 Procurador do Estado de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1998) e mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba (2007). É professor de Processo Civil do Centro Universitário Toledo de Araçatuba, desde o ano 2000, e Procurador do Estado de São Paulo desde 2004. Escreveu, entre outros, o livro *Coisa Julgada e Estado de Filiação – O DNA e o Desafio à Estabilidade da Sentença*, pela Editora Sergio Antonio Fabris, citado pelo Ministro Luiz Fux em seu voto no RE 363889/DF, *leading case* sobre o assunto. Currículo Lattes disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4282203D2>>.

A urgência na prestação da tutela jurisdicional é definida em lei como perigo da demora (*periculum in mora*) e risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Há uma clássica distinção entre duas formas de tutela de urgência, a antecipação de tutela e a cautelar.

Antecipação de tutela é a concessão do pedido da parte antes do fim do processo (MARINONI, 2010, p. 43-46), sempre presente nas ações relativas à saúde. Sob o argumento de que, por exemplo, o autor sofre de transtornos das artérias dos membros inferiores (CID10: I79), requer a imediata determinação judicial dirigida ao réu para que forneça o medicamento Prostavasin 20mg (Alprostadil Alfaciclodextrina). Sustenta que não pode aguardar o fim do processo para início do tratamento, sob pena de danos à saúde. Em casos como esse, o juiz antecipa a concessão do medicamento, antes do julgamento final (liminarmente) (TJSP, Ap. 941-22.2010.8.26.0382).

Já as ações cautelares têm por objetivo garantir a eficácia do processo e da sentença, protegendo o direito da parte até que a ação principal seja julgada (MESQUITA, 2002, p. 197). Exige a presença de fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e perigo da demora (*periculum in mora*). Para que seja manejada, a medida judicial não pode satisfazer a necessidade do autor, pois as cautelares não tem cunho satisfativo (MARINONI, 2010, p. 143-145). Isso é raro nas ações de medicamentos, em que o propósito dos pacientes é receber, o mais rápido possível, os fármacos, próteses, órteses, *stents*, procedimentos cirúrgicos ou exames médicos de que afirma necessitar.

O pressuposto fundamental das tutelas de urgência, como o próprio nome diz, é a necessidade de que sua concessão seja célere. Defere-se a medida liminarmente, ou seja, antes do fim do processo, porque há risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC) (BRASIL, 1973), ou, então, o processo corre o risco de se tornar ineficaz, com a perda do direito.

Para quem milita na área da saúde, é facilmente constatável que o Poder Judiciário normalmente não analisa criteriosamente a real existência de situação de urgência. Pelo contrário, vê-se a concessão de liminares sempre que a palavra mágica “saúde” está presente na primeira folha da petição inicial. “Saúde” tornou-se sinônimo de “urgência”.

Não haverá dificuldade em questionar a real urgência na concessão de medicamentos para impotência sexual, de cirurgia de correção de miopia e astigmatismo (TJSP – Ap. 2105863-23.2014.8.26.0000) ou cadeira de rodas motorizada (TJSP – Ap. 1000349-32.2014.8.26.0604), em que não se vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Para evitar abusos, é importante que se utilizem critérios técnicos para aferição na verdadeira urgência no tratamento requerido pelo autor. Não basta o uso do bom senso do magistrado, pois, em matéria de saúde, ele é substituído pelo medo de que o paciente morra em razão de sua inação e pelo simples desconhecimento da área da saúde pública.

Para auxiliar no exato delineamento da necessidade das tutelas de urgência, são úteis os conceitos de urgência e emergência são dados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), em sua Resolução n. 1451/1995. Urgência implica a “ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” (art. 1º, parágrafo 1º). Emergência, a seu turno, exige “constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato” (art. 1º, parágrafo 2º).

Não é qualquer incômodo que caracteriza a urgência autorizadora da antecipação de tutela. É importante que a demora na concessão do tratamento implique agravo à saúde, com ou sem risco potencial de vida, risco iminente de vida ou sofrimento intenso.

Há uma quantidade imensa de ações em que a saúde do paciente permanecerá inalterada, mesmo que a concessão do tratamento aguarde o julgamento definitivo da ação. É o que ocorre com o sulfato de glicosamina e o sulfato de condroitina, bastante prescritos para o tratamento de artrose. Estudos mostram que os medicamentos não melhoram a inflamação da artrose nem retardam a progressão da doença. Porém, como não têm efeitos colaterais importantes, são indicados para servirem como placebo. Essa constatação consta da Nota Técnica n. 34/2012 do Ministério da Saúde (Consultoria Jurídica/Advocacia-Geral da União) e começa a ser considerada, mesmo que timidamente, pelos tribunais (TJRS – 0185806-16.2014.8.21.7000). Esse não é um caso isolado. Pelo contrário, é representativo de uma quantidade importante de ações de medicamentos em que a liminar é dada levemente, sem que haja qualquer evidência de risco de dano irreparável ou de

difícil reparação nem risco de ineficácia da sentença.

2. Aparência do direito nas demandas de saúde

2.1 A polêmica graduação da verossimilhança

A urgência da medida, por si só, não justifica a adoção da tutela de urgência. É necessário que as alegações do autor sejam verossimilhantes, ou seja, aparentemente verdadeiras. Ocorre, porém, que se discute a respeito de qual seria o grau de verossimilhança ou aparência do direito para justificar a medida de urgência.

Os vários instrumentos processuais regulamentados na legislação exigem diferentes graus de verossimilhança.

O mandado de segurança é o que exige maior grau de certeza para concessão liminar da medida judicial. O artigo 7º da Lei n. 12.016 (BRASIL, 2009) exige “fundamentos relevantes”, conceito esse que deve ser interpretado à luz da estrutura do procedimento do mandado de segurança. É que o impetrante somente tem uma oportunidade para demonstrar seu direito, que é o momento da propositura do *writ* (ALVIM, 2009, p. 72). Não há fase instrutória, com produção de perícia ou oitiva de testemunhas em audiência de instrução. A única diferença entre a decisão liminar e o julgamento final da ação reside na manifestação da autoridade impetrada e na intervenção do ente público ao qual ela pertença. Mas o quadro probatório trazido pelo impetrante permanece inalterado. Assim, os “fundamentos relevantes” estão muito próximos do conceito de direito líquido e certo.

Em seguida, pode-se identificar um segundo patamar de exigência para concessão de medidas de urgência, no instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Segundo o dispositivo legal, o juiz pode conceder o próprio pedido do autor quando houver prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Verossimilhança é a aparência do direito, que deve ser demonstrada por provas cuja interpretação apontem no único sentido de sua existência (ALVIM, 2009, p. 75).

Em um terceiro patamar de graduação de verossimilhança, há as medidas cautelares, cuja concessão exige a presença da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*). Aqui também se exige a aparência da verdade, como ocorre com a antecipação de tutela. Porém, o grau de exigência da prova é menor (DIDIER, 2013, p. 522). Isso porque a legislação não faz referência à prova inequívoca ou qualquer atividade probatória. A aparência do direito poderia ser demonstrada, portanto, por atividade instrutória mais singela do que na hipótese anterior.

Essa distinção é alvo de extensa polêmica na doutrina, pois não falta quem defenda a absoluta identidade entre *fumus boni iuris* e prova inequívoca da verossimilhança (ALVIM, 2009, p. 185). É nesse sentido que o art. 273, §, 7º, do CPC aponta que as tutelas de urgência são fungíveis entre si. Seguindo essa linha, o Projeto de Lei n. 6.025/2005 do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Senado Federal, unificou os institutos da tutela cautelar e da antecipação de tutela e seus requisitos. Consta de seu art. 301 que a medida de urgência será deferida “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional”.

2.2 Grau de verossimilhança exigida nas ações de saúde pública

Nas demandas de saúde, a alegação de urgência normalmente fulmina qualquer iniciativa judicial de sopesar a aparência do direito do autor. O Poder Judiciário normalmente se satisfaz com a mera prescrição do tratamento, que, normalmente, não é acompanhada por relatório médico. A lacônica indicação do medicamento tem se mostrado suficiente para que liminares sejam dadas para cumprimento em prazos inexecutáveis de 24 horas, cinco dias, ou, até mesmo, “imediatamente”.

Essa prática é equivocada. É fundamental que seja feita análise criteriosa da prescrição médica, mesmo que em sede de cognição sumária. Nos autos da STA-AgR n. 175, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes sistematizou a discussão em torno da intervenção judicial no seio das políticas públicas na área da saúde. Decidiu-se o Poder Judiciário pode apreciar e decidir demandas dessa natureza, notadamente no caso de fornecimento de medicamentos. No entanto, ressaltou-se o amplo direito de defesa do Poder Público, para evitar fraudes e desperdício de dinheiro público.

A concessão da tutela de urgência (tutela antecipada, cautelar ou liminar em mandado de segurança) não depende do esgotamento da prova e dos debates entre as partes, pois, do contrário, ela seria inviabilizada. A exaustão da discussão judicial somente é imprescindível para o julgamento definitivo da ação, momento no qual o juiz da causa formulou sua convicção e passou a ter considerável grau de certeza.

No entanto, a urgência da medida não deve afastar a análise da aparência do direito, sob pena de concessão liminar de medidas absolutamente equivocadas. Qualquer que seja a espécie de tutela de urgência, mostra-se necessária a demonstração da aparência do direito.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou o seguinte enunciado, como resultado dos trabalhos da Jornada de Direito da Saúde, realizada em maio de 2014:

12 – A inefetividade do tratamento oferecido pelo 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 Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Em adição aos elementos que deveriam constar desse relatório médico, é importante mencionar a Recomendação Administrativa n. 3/2006 do Ministério Público do Estado de São Paulo. Dela constam elementos de informação imprescindíveis para avaliar a aparência do direito do autor.

É essencial que se esclareça:

- Fundamentação técnica consistente, indicando quais os motivos da exclusão dos medicamentos previstos nos Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde;
- Exposição detalhada de quais os benefícios do medicamento prescrito no caso concreto;
- Estudos científicos, eticamente isentos e comprobatórios dessa eficácia (revistas indexadas e com conselho editorial);
- Declaração quanto menção à eventual utilização anterior, pela usuária, dos fármacos protocolizados, sem resposta adequada;
- Manifestação sobre possíveis vínculos, formais ou informais, do prescritor com o laboratório fabricante do remédio em comento, justificando, assim, essa excepcional orientação clínica.

A mera prescrição médica não responde a indagações fundamentais. Afinal, é essencial para demonstração da verossimilhança das alegações dos autos que o médico aponte (i) quais serão os benefícios do medicamento prescrito; (ii) se o paciente vem recebendo tratamento convencional, reconhecido pela literatura especializada como primeira linha terapêutica, e qual tem sido seu resultado; (iii) as razões pelas quais abandonou-se o tratamento convencional oferecido pelo SUS; (iv) eventual urgência ou emergência no uso do tratamento, justificadamente.

Sem essas respostas, não se tem por demonstrada a aparência do direito. O relatório médico é essencial para que juiz forme sua convicção para deferimento da tutela de urgência, em sede de cognição sumária.

Uma avaliação mais aprofundada da causa será feita posteriormente. Esse relatório precisa constar da própria petição inicial e será objeto de estudo do perito judicial e de objeções do ente público. Somente após o término dos debates e da instrução processual é que o juiz poderá formar sua convicção para o julgamento propriamente dito, na chamada cognição exauriente.

Considerar que a mera prescrição médica tem a natureza absoluta de um julgamento divino leva a situações de extrema complexidade, em que a decisão judicial pode acarretar danos a terceiros e ao próprio paciente. Foi o que ocorreu em ação de obrigação de fazer promovida por portador de cirrose hepática e hepatocarcinoma, requerendo sua inclusão em lista especial de espera para transplante. Ele, inicialmente, havia figurado na lista especial pela central de transplantes, em razão da gravidade da doença. Posteriormente, foi excluído da lista especial, em razão das condições dos nódulos existentes em seu fígado, nos moldes da Portaria n. 1.160/2006 do Ministério da Saúde e critério de Milão.

A ação foi proposta sem relatório técnico que discutisse os critérios para inclusão em lista especial. O juiz da causa, porém, tocado pela gravidade das alegações do autor, deferiu a antecipação de tutela, determinando a imediata recondução do paciente à mesma posição que ocupara da fila especial. Esse é um caso entre dezenas em que as implicações práticas de um tema da mais alta complexidade são absolutamente desconsideradas em sede de cognição sumária.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento interposto dessa liminar (Ag. Inst. 789.546-5/4-00), revogou a decisão, reconhecendo que “substituir a avaliação médica pela avaliação jurídica não é razoável, porque o conhecimento exigido para a definição daquelas prioridades não é jurídico”. E mais, “por mais doloroso que seja realizar opções desta natureza, delas não podemos fugir, assumindo cada profissional suas responsabilidades em suas respectivas áreas de atuação”.

4. Conclusão

A concessão liminar de medicamentos, exames, cirurgias, órteses, próteses, *stents* e outros insumos para fins terapêuticos depende de criteriosa análise de sua necessidade e da real urgência ou emergência.

Exige-se a demonstração de que a demora do processo possa acarretar agravo à saúde, com ou sem risco potencial de vida, risco iminente de vida ou sofrimento intenso. Não será qualquer incômodo que caracterizará a urgência autorizadora da tutela de urgência.

Tal urgência e a necessidade da terapêutica solicitada na ação devem ser demonstradas desde a propositura da ação, mediante relatório médico fundamentado de forma consistente, nos moldes do Enunciado 12 do Conselho Nacional de Justiça e da Recomendação Administrativa n. 3/2006 do Conselho do Ministério Público do Estado de São Paulo.

A prescrição médica, isoladamente, é imprestável para formar no juiz a convicção sobre a aparência da necessidade da terapêutica pretendida na ação e demonstrar a urgência em sua concessão. A atuação judicial não deve ser refém de argumentos de natureza emocional, em muitas situações repetidos à exaustão até se tornarem vazios de sentido, mas pautar-se, sobretudo, na técnica processual, utilizando critérios objetivos adotados nas políticas de saúde pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. _____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 17 jan.1973.

_____. Lei n.12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 10 ago. 2009.

_____. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 6.025, de 2005**. Altera o art. 666 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para dispor acerca da penhora sobre máquinas, instrumentos e implementos agrícolas. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação da tutela**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.