

CONASS

para entender a gestão do SUS

2015

DIREITO À SAÚDE

Artigo

DA URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – A MÁ UTILIZAÇÃO
DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA AÇÕES QUE
ENVOLVAM DIREITO À 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

DA URGÊNCIA E EMERGÊNCIA – A MÁ UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA AÇÕES QUE ENVOLVAM DIREITO À SAÚDE

Raquel França Silva¹
Simone Sousa Nicolau Pires²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal esclarecer os conceitos técnicos de urgência e emergência na saúde e sua utilização nas decisões judiciais, bem como discutir a impropriedade do instrumento Mandado de Segurança nas ações que envolvam direito à saúde. Procura sensibilizar os operadores do Direito para que analisem as demandas judiciais que buscam o direito à saúde dentro da sua individualidade, ponderando a necessidade real de uma tutela antecipada ou liminar.

INTRODUÇÃO

Comumente são proferidas liminares ou antecipações de tutela em ações judiciais que envolvam direito à saúde, fundamentando na urgência ou na emergência do caso particular, sem, no entanto, especificar qual seria a alegada urgência ou emergência.

É bem verdade que não raras vezes estas decisões estão envoltas de apelo sentimental, com fundamentações generalizadas na Constituição Federal (BRASIL, 1988), que prescreve em seu art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

De um lado, o paciente que procura a justiça para ter seu Direito Constitucional atendido, do outro o Estado com suas conhecidas deficiências no atendimento e tratamento da saúde da população.

É nesta hora que o magistrado decide de forma geral, sem analisar a individualidade de cada caso, baseando sua decisão na urgência ou emergência que aflige o requerente, que é visto sempre como o paciente sem atendimento.

Ocorre que muitas vezes não está diante de um caso de urgência ou emergência e, mesmo assim, a liminar ou tutela antecipada é deferida, sem a oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde, conforme preconiza o Enunciado n. 13 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³.

Mas o que é urgência e emergência?

1 Conceito de Urgência e Emergência

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1451/1995, define-se por urgência a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. A emergência, por sua vez, constitui-se na constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

Ou seja, para que haja uma situação de emergência há necessidade de configurar ameaça iminente à vida, sofrimento intenso ou risco de lesão permanente, enquanto na urgência há

1 Advogada, especialista em Direito Penal – UFG, gestora Jurídica/Advocacia Setorial/SES/GO, Secretaria de Estado da Saúde – Rua SC1, n. 299, Parque Santa Cruz, Goiânia-GO, Brasil, CEP 74.860-270, e-mail: raquel.silva@saude.go.gov.br.

2 Advogada, especialista em Direito Processual Civil, executora Administrativa/Advocacia Setorial/SES/GO, Secretaria de Estado da Saúde – Rua SC1, n. 299, Parque Santa Cruz, Goiânia-GO, Brasil, CEP 74.860-270, e-mail: simone.pires@saude.go.gov.br.

3 ENUNCIADO n. 13 Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

necessidade de uma assistência rápida, no menor tempo possível, a fim de evitar complicações e sofrimentos.

Percebe-se, pois, que muitas decisões judiciais, apesar de invocarem estas duas situações isolada ou conjuntamente, retratam uma realidade bem diversa do alegado. Apesar disto, são deferidas liminares freneticamente, sem a oitiva do gestor público de saúde, sempre com a alegação de perigo de morte.

O mais interessante e trágico é que diversas vezes, a ação demora dias e até meses até se conseguir uma decisão preliminar, quer seja pelo andamento processual no Judiciário, quer seja pelo próprio atraso na proposição da ação pela parte autora, no entanto, nesta define-se um prazo exíguo de cumprimento pelo Poder Público, às vezes até mesmo de poucas horas, salientando a urgência do caso.

Ora, se a pessoa esperou meses até a decisão preliminar, de repente a situação se tornou tão desesperadora que o cumprimento deve se dar em 24 horas?

São prazos inexecutáveis para a Administração Pública, cujo cumprimento está subordinado a processos administrativos que demandam certo tempo para conclusão, os quais não podem ser relegados a segundo plano, sob pena de o Gestor responder por improbidade administrativa.

Outro ponto preocupante é o fato de algumas pessoas estarem utilizando a justiça para “*furarem fila*”, como no caso de cirurgias eletivas. Quando a justiça determina que o Estado realize a cirurgia eletiva no paciente imediatamente ou em determinado prazo, na realidade está permitindo que ele passe à frente de outros pacientes, na mesma situação ou em situação até pior, que aguardam aquela mesma cirurgia.

Na verdade, é preciso que o magistrado analise cada caso minuciosamente, para que, ao beneficiar o demandante, não prejudique toda uma coletividade com sua decisão.

2 Mandado de Segurança nas ações que envolvam matéria de saúde

Lado a lado com a conceituação de urgência e emergência e, em decorrência destes conceitos, caminha o rito processual do Mandado de Segurança, que se justifica na celeridade do andamento processual, para atender ao demandante.

Por não conhecer a realidade dos outros estados, este trabalho enfatiza as ações judiciais em matéria de saúde no estado de Goiás, em que o Mandado de Segurança é a forma mais utilizada, especialmente na justiça estadual.

Mandado de Segurança, como se sabe, é o remédio constitucional para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF/1988) (BRASIL, 1988).

Atualmente, é regido pela Lei n. 12.016 de 7/8/2009 (BRASIL, 2009), cujo art. 1º praticamente reproduz o artigo constitucional acima mencionado⁴.

De acordo com Pedro Lenza (2011, p. 945): “o direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória”.

Greco Filho (2010, p.19) salienta que:

pressuposto do mandado de segurança, portanto, é ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Acrescenta que “qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão por meio do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos por meio de ação que comporte a dilação probatória.

Muito embora nas contestações do Estado existam tópicos que tratam acerca da inadequação das ações mandamentais, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás apresentam, rechaçando esta tese, as mesmas fundamentações:

4 Lei n. 12.016/2009 – Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

É obrigação das autoridades públicas assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, conforme preconizado no art. 196 da CF. (DJ-e 1657 de 27/10/2014 Processo n. 201492371980 – TJGO)

A omissão da Administração Pública Estadual em fornecer medicamentos necessários para evitar agravamento do estado de saúde do paciente, viola direito líquido e certo amparável por Mandado de Segurança, sendo que o relatório e receituário emitidos pelo médico responsável são suficientes para o deslinde da controvérsia, prescindindo a produção de demais provas. Consoante dispõe o artigo 196, da CF/1988, constitui direito líquido e certo de toda pessoa a percepção de condições de tratamento de saúde, cuja omissão da autoridade pode ser combatida por meio do presente *writ* constitucional. (DJ-e 1651 de 16/10/2014 Processo n. 201492222615 – TJGO)

Por constituir uma obrigação da Administração Pública Estadual a prestação de assistência médica à população, o descumprimento desse dever ofende direito líquido e certo amparável por mandado de segurança, motivo pelo qual se afasta a arguição de inadequação da via eleita. O direito líquido e certo resta demonstrado diante da apresentação do relatório/receituário médico, cujo documento é suficiente para comprovar a enfermidade da paciente, revelando-se desnecessária qualquer ilação probatória e, de consectário, insubsistente a tese de ausência da prova pré-constituída. (DJ-e 1651 de 16/10/2014 Processo n. 201194683835 – TJGO)

Desnecessária a dilação probatória quando for possível extrair da prova pré-constituída do Impetrante o verdadeiro estado de saúde dos Substituídos e a menção expressa da medicação necessária ao combate da doença que acomete o paciente. Ademais, somente o Médico, profissional da saúde, é que detém competência para dizer se o remédio indicado ao paciente é o mais adequado para combater a sua doença. (No mesmo sentido: AgRg no AgRg no AREsp233016/CE, REsp 1115417/MG, RMS 30746/MG e AgRg no RMS 34545/MG)

Ao aceitar o Relatório/Receituário médico como prova inequívoca e absoluta, sem direito à confrontação pela parte contrária, os Eméritos Julgadores desprezam o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, que declara que o laudo médico particular, sem o crivo do contraditório, não evidencia direito líquido e certo para impetração de Mandado de Segurança, conforme transcrição a seguir:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. CONFIGURAÇÃO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO À OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS. LAUDO MÉDICO PARTICULAR. A instrução de MS somente com laudo médico particular não configura prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito do impetrante de obter do Poder Público determinados medicamentos e insumos para o tratamento de enfermidade acometida por ele. O laudo de médico particular, embora aceito como elemento de prova, não pode ser imposto ao magistrado como se a matéria fosse, exclusivamente, de direito. Esse parecer não é espécie de prova suprema ou irrefutável, ainda mais quando a solução da controvérsia, de natureza complexa, depende de conhecimento técnico-científico, necessário para saber a respeito da possibilidade de substituição do medicamento ou sobre sua imprescindibilidade. Além do mais, o laudo médico, como elemento de prova, deve submeter-se ao contraditório, à luz do que dispõe o art. 333, II, do CPC, principalmente quando, para o tratamento da enfermidade, o Sistema Único de Saúde ofereça tratamento adequado, regular e contínuo. Nesse contexto, o laudo médico particular, não submetido ao crivo do contraditório, é apenas mais um elemento de prova, que pode ser ratificado ou infirmado por outras provas a serem produzidas no processo instrutório, dilação probatória incabível no MS. **Desse modo, as vias ordinárias, e não a via do MS, representam o meio adequado ao reconhecimento do direito à obtenção de medicamentos do Poder Público, uma vez que, como foi dito, apenas o laudo médico atestado por profissional particular sem o crivo do contraditório não evidencia direito líquido e certo para impetração de MS.** RMS 30.746-MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27/11/2012. (grifo nosso)

Ressalta-se que as liminares neste tipo de ação são quase sempre deferidas, valendo a máxima: “pediu em saúde pública, ganhou”. Os juízes encaram esta demanda como a luta do bem (paciente demandante) contra o mal (Estado ineficiente) e por vezes, não se preocupam em ouvir a autoridade indicada como coatora antes de decidir, como orienta o já mencionado Enunciado n. 13 do CNJ.

Em diversas ocasiões se está diante de demandas que buscam medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – todavia, não na marca desejada –, medicamentos sem registro na Anvisa, medicamentos com alternativas terapêuticas já dispensadas pelo SUS, cirurgias eletivas já realizadas pelo SUS, ou por não se desejar submeter-se aos fluxos e filas do SUS. Ou seja, apresentam-se várias situações em que seria necessário ponderar, mitigar o pedido, para que a decisão não cause um mal maior às políticas públicas de saúde.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 953), com muita propriedade, ao discorrer sobre a medida liminar, atenta para:

em determinadas situações, o juiz, antes de decidir sobre a liminar, poderá aguardar as informações do impetrado. Assevera que “a cautela nesse caso decorre de alguma situação de risco quanto à concessão imediata, gerando o que a doutrina denomina de ‘periculum in mora in rem verso’, ou seja a probabilidade de que a concessão imediata possa trazer efeitos extremamente danosos para o Poder Público”.

É o que acontece! Em detrimento de um indivíduo, que obtém decisão judicial favorável, o orçamento – de forma desorganizada, sem planejamento, sem o cumprimento da lei de compras públicas – fica comprometido com a judicialização, podendo causar prejuízos irreparáveis à coletividade. As políticas públicas devem ser respeitadas, para que a população não sofra com a escassez de programas.

Deve-se buscar evitar as demandas de massa, de conteúdo considerado padrão e repetitivo, com decisões genéricas e unilaterais, sem análise de cada caso.

Na análise de cada caso, deve-se ponderar a possibilidade de que em casos específicos seja plenamente justificável o uso do Mandado de Segurança.

3 CONCLUSÃO

Em conclusão, observa-se que da forma como vem sendo utilizado o Mandado de Segurança e, da forma como as decisões judiciais vêm sendo proferidas – de maneira generalizada, sem análise individual de cada caso – pode ser entendido como atentado jurídico, e, desta feita, a justiça está longe de ser alcançada.

Todavia, entende-se que, diante de situações reais de emergência – conforme o conceito anteriormente exposto: quando envolver o risco de morrer – e o paciente/impetrante se encontrar desamparado administrativamente, há de se avaliar o uso do Mandado de Segurança para ações judiciais que envolvam saúde pública. No fornecimento de medicamentos ou correlatos, entende-se que esta via só poderá ser utilizada quando se tratar de pacientes cadastrados no SUS, que não estejam recebendo o medicamento, por falha da Administração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção e recuperação da saúde, a organização, o financiamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 20 set. 1990.

_____. 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.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2.ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** – 24.ed. revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **O novo mandado de segurança** – Comentários à Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15.ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2011.