

## A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EFEITO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NA GARANTIA AO DIREITO À SAÚDE

### THE JUDICIALIZATION OF HEALTH: EFFECT OF PROVISIONAL URGENT PROTECTION IN GUARANTEEING THE RIGHT TO HEALTH

Natasha Mira Barros<sup>1</sup>  
Adriano de Oliveira Resende<sup>2</sup>

**RESUMO:** A saúde é um direito fundamental e que exige total cautela e rapidez, principalmente em situações complexas que necessitam de soluções rápidas e urgentes. Diante desse cenário, tem-se observado que em casos onde a saúde necessita de uma decisão judicial de urgência adentra-se o instituto da tutela provisória de urgência. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência tem entendido que esse mecanismo jurídico é o mais apropriado para esses casos. Frente a esse cenário, este estudo teve a finalidade de discutir a efetividade da tutela de urgência na judicialização da saúde. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura, baseada em livros, doutrinas jurídicas, artigos científicos, dissertações, legislação e jurisprudência. A coleta de dados se deu na busca em banco de dados, tais como Google Acadêmico, Scielo, dentre outros; entre os meses de abril e maio de 2023. Nos critérios de inclusão buscou-se encontrar trabalhos científicos que discorressem sobre o respectivo tema. Nos resultados, é forçoso destacar que tutela antecipada se mostra eficaz na judicialização da saúde, especialmente nas ações que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o paciente não pode aguardar até o final do processo, tendo em vista que a moléstia que lhe acomete pode ser agravada, ou em muitos casos, levá-lo a óbito.

2798

**Palavras-chave:** Tutela. Urgência. Direito à Saúde. Jurisprudência brasileira.

**ABSTRACT:** Health is a fundamental right that requires total caution and speed, especially in complex situations that need rapid and urgent solutions. Given this scenario, it has been observed that in cases where health needs an urgent court decision to enter the institute of provisional urgent protection. In this sense, doctrine and jurisprudence has understood that this legal mechanism is the most appropriate for these cases. Faced with this scenario, this study was intended to discuss the effectiveness of urgent protection in the judicialization of health. In the methodology, it was a literature review, based on books, legal doctrines, scientific articles, dissertations, legislation and jurisprudence. Data collection took place in the search for database, such as Google Academic, Scielo, among others; Between April and May 2023. In the inclusion criteria we sought to find scientific works that would discuss the respective theme. In the results, it is necessary to note that early protection is effective in the judicialization of health, especially in actions that deal with the granting of medicines or medical treatments, since the patient cannot wait until the end of the process, given that the A disease that affects you can be aggravated, or in many cases, leading you to death.

**Keywords:** Guardianship. Urgency. Right to health. Brazilian jurisprudence.

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

## 1. INTRODUÇÃO

A saúde é um direito de todo cidadão e que o Estado tem o dever de prestar o melhor serviço possível para os seus cidadãos. Sendo um direito inerente a todo brasileiro, o que ocorre na prática é uma série de obstáculos enfrentados pela comunidade em ter esse direito efetivado.

Um dos principais é a dificuldade de acesso que a sociedade possui para ter seus direitos realizados no âmbito da saúde. Apesar de também ser um direito, o acesso que o indivíduo tem em ter algum serviço prestado pela área da saúde ou quando tem de ser ele de qualidade e eficaz ainda representa um muro de dificuldade.

O acesso à justiça é um dos pilares da democracia. Cunha (2017) explica que o acesso à justiça é um dos pilares para preservação das garantias constitucionais dos cidadãos. Trata-se, portanto, de um direito de todos.

Sem adentrar profundamente na questão da judicialização, trata-se mais objetivamente nesse estudo a sua ligação com o Direito à saúde. Esse fenômeno acabou por ajudar algumas pessoas no acesso à Justiça e na efetivação da saúde.

2799

É sabido que o Poder Judiciário está atolado de processos judiciais de toda espécie. É muita demanda para pouco aparato humano. No entanto, sendo a saúde um direito fundamental e que exige total cautela e rapidez, assuntos relacionados a sua matéria acabam por receber maior atenção.

Nesse cenário, tem-se observado que em casos onde a saúde necessite de uma decisão judicial de urgência adentra-se o instituto da tutela provisória de urgência. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência tem entendido que esse mecanismo jurídico é o mais apropriado para esses casos.

No decorrer da análise desse tema procurou-se responder a seguinte indagação: é possível aplicar o instituto da tutela provisória de urgência para garantir direitos e obrigações na área da saúde?

Desse modo, o presente estudo teve o objetivo de discutir a efetividade da tutela de urgência na judicialização da saúde. Busca-se com esse tema, analisar o papel da tutela de urgência (que representa um avanço legislativo), na capacidade de antecipação à concretização do direito à saúde.

## 2. O DIREITO À SAÚDE: SÍNTESE GERAL

Antes de se adentrar no tema proposto por esse estudo é preciso discorrer a respeito de um dos direitos fundamentais da sociedade: a saúde. Essencial para a vida (seja ela humana, animal ou vegetal), os assuntos relacionados à saúde são de grande importância, pois atinge a toda a comunidade, sem distinção.

Devido a sua importância, a saúde é amplamente protegida e normatizada pelas normas brasileiras. A jurisprudência brasileira deixa claro a sua relevância, inclusive sobressaindo sobre contratos entre particulares; a saber:

AGRAVO INSTRUMENTO. **DIREITO À SAÚDE**. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PARTO PREMATURO GEMELAR. PRAZO DE CARÊNCIA. **URGÊNCIA. EMERGÊNCIA. CONFIGURADAS**. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. ILÍCITA. MULTA COMINATÓRIA. VALOR. PROPORCIONAL. MANUTENÇÃO. 1. **A vida e a saúde são direitos fundamentais de envergadura constitucional e que se sobrelevam às questões contratuais postas.** 2. [...]. 5. No caso dos autos, entendo que o valor fixado se configura proporcional a proteção dos bens jurídicos tutelados (direitos à vida e à saúde), **foi arbitrado com fundamentação suficiente para justificá-lo, adequado ao valor da obrigação e à importância do bem jurídico tutelado (vida da agravada e dos nascituros)**, bem como se revela apto a intimidar a operadora do plano de saúde a cumprir a decisão agravada. 6. O valor das astreintes deve ser mantido quando se mostrar razoável e proporcional diante da gravidade que constitui, em tese, o descumprimento da obrigação imposta. 7. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (Acórdão 1340062, 07051553920218070000, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 19/5/2021, publicado no DJE: 28/5/2021). (grifo meu)

Nesse campo, encontra-se a base do direito à saúde, a seguridade social. Esse instituto agrupa além da saúde, a previdência e a assistência social. Ambos estão centrados no art. 194 do texto constitucional. No art. 195 traz que ela deva ser custeada por toda a sociedade, seja de maneira direta e/ou indireta, por meio de recursos advindos dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e de contribuições sociais (BRASIL, 1988).

Ainda no texto constitucional, ao determinar as suas três áreas, seus princípios e diretrizes, indicou que cada área deve gerir os seus recursos conforme as suas características, conceito, princípios e diretrizes – arts. 196, 201 e 203 (BRASIL, 1988).

Em relação à saúde, pode-se entendê-la da seguinte maneira:

Art. 196. [...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que evitem o risco do agravo à saúde e também mediante o acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Os princípios que regem esse instituto são basicamente a **segurança sanitária**, ao qual deve buscar a prevenção de riscos de agravos, o **acesso universal**, onde qualquer indivíduo

possui direito e por fim, um dos principais que é o **acesso igualitário**, não havendo qualquer distinção de ordem (SCHREIBER, 2022).

Soma-se ao fato de que as medidas e serviços feitos pelo SUS (Sistema Único de Saúde) com base art. 198, tem de serem baseados nos princípios da universalidade e o da igualdade. Nesse contexto, a Carta Magna e a Lei nº 8.080 de 1990 em seus textos trouxeram alguns requisitos para o direito ao acesso a essas ações e serviços na área da saúde sejam realizados; que são a classe social, o pagamento direto (co-pagamento também), a idade, dentre outros (GAGLIANO; FILHO, 2022).

Com isso, não é permitido decretar requisitos para a satisfação do direito à saúde. Cabe salientar que em situações onde há uma lista única de transplante; método cronológico para o atendimento ou o risco à saúde, são exemplos de acesso à saúde e não o contrário (SANTOS, 2018).

Dentro da área da saúde, tem-se a assistência social. Esta é garantida apenas para aqueles que realmente necessitam dela. E para isso precisam provar a insuficiência financeira, alguma vulnerabilidade, a carência em ter ou conseguir um mínimo existencial e por fim, a contribuição à seguridade social, em sua maneira direta ou indireta (BRASIL, 1988).

Como explica Santos (2018, p. 02) “a assistência social provê os mínimos necessários para a garantia da dignidade humana, havendo, assim, condicionantes para o acesso aos seus serviços que é ser carente”.

A previdência social (art. 201, CF) tem como pauta uma organização com base em um regime geral, onde possui um dever de contribuição e de filiação obrigatória. Apenas os cidadãos que são integrantes desse regime, possuem o direito a usufruir de seus benefícios. No entanto, os seus integrantes têm o dever de pagar contribuição direta, como expresso na norma. Ademais, a ligação com a previdência social é obrigatória para todos os trabalhadores formais, autônomos, empresários e outros (BRASIL, 1988).

De modo resumido, tem-se que: a) a saúde deve se organizar de modo a garantir o acesso universal e igualitário, sem barreira ou condicionante; b) a assistência social somente é garantida a pessoa carente do mínimo existencial; e c) a Previdência Social é garantida mediante contribuição direta, estabelecida em lei.

O SUS (Sistema Único de Saúde), como forma de efetivar os seus serviços para a população, deve ser estruturada administrativa e sanitariamente. A sua sistemática tem que

se basear em seus princípios e diretrizes constitucionais e legais, e das diretrizes encontradas nos incisos I a III do art. 198 do texto constitucional (SCHREIBER, 2022).

No que tange a sua execução, o SUS deve se basear nos regramentos legais e infralegais administrativos, técnico-jurídicos e sanitários. Quem não observar seus regramentos não pode exercer seu direito constitucional.

No caso em tela, o acesso universal e igualitário se constitui princípios do SUS — o princípio da universalidade de acesso e o princípio da igualdade de atendimento —, dispensando condicionantes e pré-requisitos para a satisfação do direito. A principal norma do país (Constituição) deixa claro que a saúde pública tem de ser organizada e estruturada para que haja o garantismo de todo cidadão de usufruí-la, tendo acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação (ROMANELLI, 2018).

## 2.1 A judicialização da saúde: aspectos gerais

Conceitualmente, a judicialização trata-se de “um fenômeno mundial por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo” (MANSUR, 2017, p. 02).

Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo (GOUVEIA; BARROSO, 2018).

Apesar de ser indiscutível e indelével o livre acesso ao Judiciário, é certo que, especificamente em relação às ações que objetivam o fornecimento de prestação de serviços de saúde pública de qualidade, a judicialização alcança grandes proporções, de maneira a despertar questionamentos em relação ao acerto das decisões judiciais que tratam de tais celeumas (ALVES, 2013).

Para melhor entender a judicialização em saúde, apresenta-se abaixo a seguinte descrição:

Quando um paciente, vamos imaginar uma paciente com câncer de mama, tem indicação para utilizar um tratamento específico, considerado o mais adequado para o seu tipo de tumor, e ele não está disponível no SUS, a única forma dessa paciente obtê-lo pode ser entrando na justiça contra o governo para reivindicar as doses necessárias, já que o acesso universal e igualitário à saúde é um direito garantido pela Constituição. Muitas vezes essa acaba sendo a única alternativa para que a paciente tenha acesso ao tratamento de que precisa. Esse processo se chama judicialização em saúde (FEMAMA, 2018, p. 02).

Todavia, como alguns doutrinadores argumentam, essa alternativa não se traduz em igualdade no que se refere ao acesso ao tratamento. Isso se explica pelo fato de que “nem todas as pacientes sabem que podem ou o que devem fazer para recorrer a esse recurso quando não há o tratamento disponível na rede pública” (ELIAS, 2019, p. 12).

Nesse sentido:

Enfrentar um processo judicial enquanto luta contra a doença é uma tarefa difícil. Além de se envolver com questões burocráticas exigidas, a paciente precisa lidar com a incerteza sobre o resultado da ação e o medo do câncer evoluir enquanto aguarda pelo tratamento que já deveria estar utilizando para controlá-lo. Uma ação judicial pode demorar muito tempo e é desgastante para uma pessoa fragilizada. Algumas pacientes acabam morrendo esperando por uma decisão na Justiça (FEMAMA, 2018, p. 03).

A judicialização no Brasil está crescendo de forma desenfreada, o que vem preocupando os magistrados, que todos os dias precisam decidir sobre ações individuais, sobre um conflito de sopesamento entre a preservação da saúde, que se corrobora com a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial do autor, e por outro lado, a reserva do possível, alegação feita pelo Estado, a fim de servir como óbice a efetivação do direito à saúde (PREVE, 2019).

Assim, fica a ressalva se a judicialização tem ocasionado bem à saúde. Para Gebran Neto (2019, p. 126), “a questão não implica numa resposta simples, tampouco única”. Para isso, o autor destacou pontos positivos e negativos acerca da judicialização.

Destaca-se entre os pontos negativos: a) a desorganização do SUS, uma vez que os interesses individuais interferem na ordem de atendimento ou na obrigação do Estado ao fornecimento de algo que não estava comprometido; b) influência negativa sobre as finanças públicas, uma vez que as decisões judiciais acabam interferindo no desvio de recursos públicos que deveriam ser destinados em favor da coletividade, e acabam sendo destinados em favor de poucos; c) indevidas escolhas judiciais de políticas públicas, uma vez que o Judiciário deixa de agir como legislador negativo, e age como legislador passivo, sendo obrigado decidir sobre algo que não está legitimado; e por fim; d) a fragilização da isonomia, considerando a colaboração na inexorável escassez orçamentária para alguns beneficiários (GEBRAN, 2019, p. 126).

Em que pese o lado negativo, é evidente a existência dos aspectos positivos na judicialização da saúde, como por exemplo a fixação de prazo para tratamento de câncer, é fixada o prazo de 60 dias para que seja dado início ao tratamento de pacientes acometidos

por câncer maligno. Destaca-se também, o impulso na criação de alguns programas de políticas públicas, como o fornecimento de medicamentos pra HIV/AIDS, entre outros aspectos (GEBRAN NETO, 2019, p. 126-127).

Ainda, nas palavras do autor, a judicialização da saúde atual, fragiliza o Sistema Único de Saúde, tendo pouco a colaborar, uma vez que obriga o serviço para um grande número de indivíduos, que conseguem ajuizar ações para prestação específica. (GEBRAN NETO, 2019, p. 128).

A judicialização da saúde versa sobre as mais variadas formas de concretizar o direito à saúde, que pode ser para o fornecimento de um medicamento comum, medicamento sem registro na ANVISA, uma cirurgia de grande porte, um tratamento pra câncer ou um tratamento no exterior, por exemplo. O fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos na via judicial, encontra limitações, e cada caso deve ser analisado de forma pormenorizada, de modo que não prejudique o direito à saúde de alguém, ou causa grave dano ao orçamento financeiro do Estado.

### 3. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO DIREITO À SAÚDE

2804

É bastante comum o petitório de antecipação dos efeitos da tutela nos processos judiciais, ainda mais quando se trata de questões relacionadas a saúde, haja vista a delonga no trâmite processual.

Dessa forma, o novo Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015, traz em seu texto o termo tutela de urgência e evidência, conforme a seguinte redação:

Art. 294 - A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Sendo a tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada, e podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015)

Primeiramente, cumpre ressaltar que a tutela de urgência é uma espécie do gênero de tutela provisória e possui subespécies, a qual pode ser de natureza cautelar ou antecipada, e pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental (MARINONI, 2017).

E no que se refere, a tutela de evidência, esta, será “concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, conforme aduz o art. 311 do CPC. (BRASIL, 2015).

Tem-se na tutela de evidência a observância em cognição sumária da probabilidade do direito, haja vista que não há que se falar em precisão e segurança do mesmo, visto que para sua concessão, não foi realizada a cognição exauriente.



Desse modo, a tutela de evidência serve para conferir mais efetividade ao processo, haja vista a desnecessidade de aguardar o final do processo, fazendo com que o direito daquele indivíduo, quando munido de credibilidade documental, tenha seu direito satisfeito com mais efetividade quando comprovado sua existência. (SILVA, 2016).

Segundo Cunha (2018, p. 332), a “concessão da tutela provisória de evidência depende da prova das alegações de fato e da demonstração de probabilidade do acolhimento do pedido formulado pela parte”. Contudo, salienta-se que o instituto da tutela de evidência não será objeto de estudos mais aprofundados no presente trabalho, haja vista que para as ações de medicamentos e tratamentos médicos a tutela mais utilizada é a tutela de urgência.

O Código de Processo Civil dispõe que a tutela será concedida quando for demonstrada a probabilidade do direito e o perigo na demora, e quando se trata de saúde, é evidente o risco do paciente, caso essa concessão demore pra acontecer. Muitas pessoas morrem ao esperar por medicamentos ou tratamentos médicos nas filas do SUS, ou em processos judiciais, motivo pelo qual, torna-se bastante comum o pedido de concessão da tutela de urgência, a fim de concretizar de forma mais célere o direito à saúde dos cidadãos (BRASIL, 2015).

2805

Na maioria esmagadora das vezes, a tutela de urgência é concedida pelo juízo *a quo*, quando demonstrada a probabilidade do direito e o perigo na demora pelo enfermo. Contudo, devido aos recursos interpostos pelos entes federativos, essa tutela poderá ser reformada no tribunal. Discute-se na concessão da tutela de urgência acerca da necessidade ou desnecessidade de devolver os gastos decorrentes do seu deferimento, quando revogadas posteriormente. Por outro lado, pode ocorrer a estabilização da tutela antecipada quando requerida em caráter antecedente, conforme dispõe o art. 303 e 304 do Código de Processo Civil (GONÇALVES, 2017).

Como já citado anteriormente, para fins desse estudo, entende-se a tutela cautelar de urgência a mais indicada. Segundo Marques e Wambier (2020), a tutela cautelar de urgência prevê mecanismos que se garanta, por exemplo, que uma pessoa possa ser internada em uma UTI privada paga pelos cofres públicos mediante sequestro de verbas públicas, quando insuficientes sua oferta na rede pública, e cuja discussão de mérito restaria postergada para a sentença.



#### 4. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Em que pese estar consagrado na Constituição que o Estado possui o dever de garantir o direito à saúde dos cidadãos, o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não é acessível e carece de efetividade.

O Poder Judiciário, há algum tempo, vem analisando e decidindo acerca de demandas judiciais com pedidos de condenação do Estado (União, Estados e Municípios) ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, haja vista que o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental (SCHULZE, 2019, p. 32).

Para o supracitado autor, é necessário destacar quais os critérios que os juízes utilizam na “hora de decidir sobre as questões relacionadas à saúde, ainda mais se tratando de medicamento ou tratamento médico que possa causar um impacto muito alto para o Estado, evitando, portanto, um excesso inconstitucional” (SCHULZE, 2019, p. 56).

Contudo, há um certo conflito acerca da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, uma vez que poderia configurar-se uma agressão ao Princípio da Separação dos Poderes. Todavia, a agressão a este princípio não resta configurada, uma vez que o Poder Judiciário atua de forma a concretizar os direitos fundamentais das pessoas, tornando-os mais efetivos. Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. [...] 6. **A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes.** 7. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2017). (grifo meu).

O Código de Processo Civil, no §2º do art. 300, dispõe que “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia” (BRASIL, 2015).

Lamy (2018) explica que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, significa dizer que essa concessão dar-se-á no início do processo, ou seja, dispensando-se a citação do réu para ser concretizada.

Para Bueno (2018, p. 291), “a concessão liminar é absolutamente harmônica com o modelo constitucional. É situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade

do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa”.

Nesse sentido, o autor acima citado, ainda assevera que concedida a tutela provisória, “é mister que o réu seja citado (para o processo) e intimado de sua concessão para reagir a ela, inclusive, se assim entender, recorrer dela por agravo de instrumento (art. 1.015, I)”. (BUENO, 2018, p. 291)

É comum nas ações para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos a interposição do recurso de agravo de instrumento previsto no art. 1015 do Código de Processo Civil pelos entes federativos, que se encontram no polo passivo da demanda, a fim de que a tutela concedida pelo juízo a quo seja “caçada” no tribunal, ou em casos de não concessão da tutela, é o autor quem interpõe o agravo de instrumento, a fim de que seja concedida pelo tribunal (PREVE, 2019).

Uma vez estabelecido que a tutela cautelar de urgência seja a mais indicada no contexto da saúde, a jurisprudência brasileira já vem julgando casos onde ela é opção mais viável para determinados casos.

A título de exemplo, cita-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. **TUTELA DE URGÊNCIA**. REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC. MULTA COMINATÓRIA. REDUÇÃO DAS ASTREINTES. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A questão deve ser analisada **à luz do artigo 300 do CPC, que trata acerca da antecipação de tutela de urgência**, cujos requisitos são: a probabilidade do direito; o perigo de dano; ou risco ao resultado útil do processo. Os requisitos são cumulativos e devem ser demonstrados pelo postulante. Presentes os requisitos, não merece reproche a decisão que deferiu pedido de tutela provisória. 2. Quanto ao pedido alternativo de redução das astreintes, a multa no valor fixado não se mostra abusiva, especialmente ante ponderação entre o poderio financeiro da recorrente e eventual dano à saúde da autora em caso de descumprimento. Ademais, caso se torne excessiva ou insuficiente, o juízo pode revê-la a qualquer momento. 3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (07024353120238070000 - (0702435-31.2023.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 3<sup>o</sup> Turma Cível. LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 27/04/2023. Publicado no DJE: 11/05/2023). (grifo meu)

2807

No caso acima, trata-se de agravo de instrumento em face à decisão da Segunda Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Santa Maria que deferiu pedido de tutela provisória em ação de conhecimento. A autora alegou ser beneficiária de plano de saúde coletivo contratado junto à empresa e encontra-se em tratamento de doença renal crônica, razão pela qual submete-se à hemodiálise frequentemente. Porém, recebeu correspondência da administradora de benefícios de que seu contrato seria cancelado em razão de fraude e sem detalhamento acerca da suposta irregularidade apurada. Em razão de não poder

suspender seu tratamento, requereu ao juízo a concessão de tutela provisória de urgência para determinar a empresa o restabelecimento do plano de saúde até alta médica.

O magistrado enfatizou que a saúde é direito fundamental do ser humano (arts. 6º e 196 da CF) e deve ser protegida por todos aqueles que prestam o respectivo serviço de atendimento, inclusive em caráter complementar ou suplementar. A ré, ao ofertar, de forma suplementar, serviço de atendimento à saúde, assumiu a responsabilidade de promover o custeio e a cobertura dos procedimentos médicos necessários relacionados ao plano-referência.

Nos casos de urgência e emergência, a cobertura dos atendimentos dos usuários de plano de saúde tem carência de apenas 24 (vinte e quatro) horas, sendo obrigatória a cobertura de atendimento pela operadora de plano de saúde, após ultrapassado esse prazo, nos termos dos artigos 12 e 35-C da Lei 9.656/98. Assim, demonstrada a qualidade de titular/beneficiária da parte autora, bem como a premente necessidade de tratamento médico, tem-se por preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC.

Em outro caso, destaca-se:

CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA.** PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR POR INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA/EMERGÊNCIA. **GRAVIDADE CONSTATADA.** CRIANÇA COM DESCONFORTO RESPIRATÓRIO SEM MELHORA COM TRATAMENTO CONVENCIONAL. **NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM UTI PEDIÁTRICA.** PRAZO DE CARÊNCIA. RECUSA INJUSTIFICADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. 1. A possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso é concedida ao relator pelo art. 995, parágrafo único, do CPC, quando, diante da possibilidade de risco de dano grave ou de difícil reparação, ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. 2. De acordo com o enunciado 597 da súmula do STJ, a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. 3. Inadmissível, na hipótese, a negativa da operadora do plano de saúde em fornecer o tratamento de emergência consistente na internação em UTI pediátrica de criança que apresentava considerável e persistente desconforto respiratório, solicitado por médico especializado para atendimento em caráter de urgência/emergência, conforme documentação acostada aos autos, sob o fundamento de que a parte beneficiária não estaria acobertada, devendo-se aguardar o término do período de carência contratual. 4. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (07038999020238070000 - (0703899-90.2023.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 6º Turma Cível. Relator: ALFEU MACHADO. Data de Julgamento: 26/04/2023. Publicado no PJe: 10/05/2023). (grifo meu)

Alegou a agravante que a tutela provisória de urgência deferida na origem não tem amparo legal nem contratual, frisando, na oportunidade, ser legítima a recusa da internação da parte agravada devido à incidência de período de carência para a cobertura do procedimento recomendado, conforme previsto no contrato e nas normas específicas que regem a relação jurídica estabelecida entre as partes.

*In casu*, o magistrado não vislumbrou motivos para alterar o entendimento anteriormente lançado, de modo que reiterou os argumentos apreciados na decisão anterior, na qual foi indeferido o pedido de efeito suspensivo vindicado e mantida a obrigação do plano de saúde de arcar com os custos da internação postulado pela autora/agravada.

Diante dos fatos descritos no relatório médico, depurou-se que a indicação de realização de internação em UTI à custa do agravado para procedimentos clínicos no afã de recuperar seu estado de saúde, sem maiores riscos ou sequelas, em uma primeira análise, mostrou-se indispensável, e não poderia ter sido negada pela agravante, porquanto, na hipótese, a situação se enquadra em caso de urgência/emergência.

O quadro de saúde e a situação clínica ostentada pela parte agravada recomendava a imediata cobertura do tratamento vindicado (internação em UTI pediátrica). Essa apreensão, destacou o Magistrado, decorre da ponderação de princípios e postulados de âmbito constitucional, que faz pender, casuisticamente, para o resguardo do direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 5º, 6º e 196 da CF/88). Por fim, decidiu-se por bem indeferir a liminar pleiteada no recurso e que, por ocasião do julgamento do mérito do agravo, se mantém inalterada a decisão combatida.

Noutro caso a seguir, o paciente é acometido por fibrose cística, situação em que foi deferida a tutela de urgência para dar início ao uso do medicamento, haja vista que a doença pode ser agravada se caso fosse necessário aguardar todo o trâmite processual.

Entende o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. IVACAFTOR + LUMACAFTOR FIBROSE CÍSTICA. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PRESENTES.** 1. [...] 2. Observando as premissas elencadas no julgado Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), **quando da avaliação de caso concreto, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA**

**(só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental.** 3. Mais recentemente, a 1ª Seção do STJ, ao julgar o recurso repetitivo (REsp nº 1.657.156), definiu os critérios para fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exigindo, para tanto, a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e existência de registro na Anvisa do medicamento. 4. **No caso, presentes os pressupostos indispensáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do artigo 300 do CPC.** 5. Não havendo dúvida quanto à legitimidade passiva dos réus e sendo solidária a responsabilidade destes na demanda, também são igualmente responsáveis pelo fornecimento e ônus financeiro do serviço de saúde pleiteado e concedido. Eventual acerto de contas que se fizer necessário, em virtude da repartição de competências dentro dos programas de saúde pública e repasses de numerário ou restituições, deve ser realizado administrativamente, sem prejuízo do cumprimento da decisão judicial. 6. Reduzido para 30 (trinta) dias o prazo para cumprimento da medida. (TRF-4 -AG: 50064444820194040000 5006444-48.2019.4.04.0000, Relator: MARCOS JOSEGREI DA SILVA, Data de Julgamento: 25/06/2019). (grifo meu)

Ainda nesse tema, a jurisprudência possui entendimento que nas ações judiciais que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, não é necessário a devolução de valores auferidos, haja vista que se trata de verba alimentar e valor irrepelível. Nesse ponto:

2810

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVOS RETIDOS. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA. LEGITIMIDADE. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁFÉ. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. MULTA (ASTREINTES). FALECIMENTO DO AUTOR. PERDA DE OBJETO. EXTINÇÃO. MULTA DIÁRIA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCESSÃO. [...] 7. Hipótese em que, dado o falecimento da parte autora, configurada a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público é um direito intransmissível, em razão de sua natureza personalíssima, impondo-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI e IX, do CPC. 8. A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público **não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepelíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar.** [...]. (REsp 1.399.842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 3/2/2015).

Assim, é forçoso destacar que tutela antecipada se mostra eficaz na judicialização da saúde, especialmente nas ações que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o paciente não pode aguardar até o final do processo, tendo em vista que a moléstia que lhe acomete pode ser agravada, ou em muitos casos, levá-lo a óbito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer pessoa que se sinta lesada em seus direitos por ato praticado por terceiros ou, inclusive, pelo próprio Estado, poderá levar sua pretensão a juízo, o que se denomina, vulgarmente, entrar na justiça. Sendo assim, uma das grandes garantias que o Direito traz ao cidadão é o direito ao acesso à Justiça. Esse cenário fica ainda mais evidente quando analisado sobre a ótica da área da Saúde.

Diversas pesquisas apontam que há no Brasil diversas dificuldades dos cidadãos em ter acesso à Justiça no tocante as questões da saúde. Dificuldades em realizar uma cirurgia de emergência, acesso à um medicamento de alto custo, possibilidade de adesão a um contrato de plano de saúde, são alguns dos principais problemas encontrados pelos cidadãos quando ao bater no Poder Judiciário não conseguem satisfazer suas necessidades.

Nesse cenário, justificou-se a escolha desse tema por entender que a judicialização do direito à saúde é um tema em voga, em razão dos problemas enfrentados pela sociedade no cumprimento desse direito. Para isso, uma solução que vem sendo bastante discutida é a aplicação da Tutela provisória de urgência nesses casos.

Conforme explana a doutrina jurídica, esse instituto busca garantir e assegurar o provimento final, possibilitando uma melhor distribuição dos ônus da demora, permitindo que o juiz conceda antes aquilo que só concederia ao final.

Nos resultados encontrados por esse estudo, a concessão da tutela provisória de urgência na judicialização da saúde tem mostrado sua efetividade, pois faz com que o paciente dê início ao seu tratamento de forma mais célere, não sendo necessário aguardar a delonga no trâmite processual para concretizar seu direito à saúde.

Contudo, a tutela possui caráter provisório, a qual pode vir a ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Apesar do requisito de reversibilidade da tutela, faz-se necessário uma flexibilização, na qual recai o princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer o que possui maior valor.

A tutela provisória de urgência é na maioria das vezes deferida, com a finalidade de resguardar o direito à saúde das pessoas, uma vez presentes os requisitos autorizadores para sua concessão. Ademais, a jurisprudência e a doutrina fixaram entendimento majoritário pela desnecessidade de devolução dos valores auferidos em decorrência da reversibilidade da medida, uma vez que se trata de verba alimentar, sendo valor irrepetível.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 mai. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

CUNHA, Mariana Swerts. **Acesso à justiça: um direito de todos**. 2017. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/opini%C3%A3o-1.363900/acesso-%C3%A0-justi%C3%A7a-um-direito-de-todos-1.585100>. Acesso em: 09 mai. 2023.

2812

ELIAS, Letícia Preve. **Judicialização da Saúde: A tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde**. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 6<sup>o</sup> ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GEBRAN NETO, João Pedro, SCHULZE, Glênio Jair. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOUVEIA, Mila; BARROSO, Roberto. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

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

MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea**. 2017. Disponível em: <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea>. Acesso em: 08 mai. 2023.



MAPELLI, Reynaldo Júnior. **Judicialização da Saúde. Regime Jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MARQUES, Bruno Marques; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A tutela de urgência contra a fazenda: Como garantir o direito a saúde em vista dos efeitos suspensivos recursais.** Brazilian Journal of Development, 6(6), 35555–35569; 2020.

PREVE, Letícia Elias. **Judicialização da saúde: a tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito à saúde.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, 2019.

ROMANELLI, Paulo Roberto Stocco. **Medicamentos de alto custo: quem paga a conta?** 2018. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Medicamentos\\_de\\_Alto\\_Custo\\_Quem\\_paga\\_a\\_conta.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Medicamentos_de_Alto_Custo_Quem_paga_a_conta.pdf). Acesso em: 08 mai. 2023.

SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 09 mai. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo.** 5ª ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

2813

SCHULZE, Glênio Jair. **Efeitos da revogação da tutela antecipada na judicialização da saúde.** Empório do direito.com.br, Florianópolis, 2019.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2016.