

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE:

análise da ocorrência da irreversibilidade recíproca

EMERGENCY PROVISIONAL GUARDIAN SHIP IN ADVANCE

analysis of the occurrence of reciprocal irreversibility

Niedson Santos de Jesus

RESUMO

O presente artigo tenta abordar os efeitos da irreversibilidade recíproca sobre as decisões exaradas por ocasião da análise dos pedidos de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, nas ações judiciais, cujo objeto da demanda é a obtenção de medicamentos de alto custo, não disponíveis na rede pública de saúde, em quaisquer das esferas governamentais, quer sejam Federal, Estadual ou Municipal. Tal análise busca encontrar pontos de convergência entre a norma positivada no Código de Processo Civil, a jurisprudência consolidada nos Tribunais e as normas internas existentes nos órgãos responsáveis pela administração dos serviços de saúde pública, nos casos concretos, onde ocorrem as demandas por fármacos, cuja aplicação aos pacientes acometidos de doenças raras ou de difícil tratamento, que utilizam fármacos de difícil aquisição ou ainda em fase experimental.

Palavras-Chave: Poder Judiciário; Irreversibilidade; Tutela de Urgência.

ABSTRACT

This article attempts to address the application of the institute of early emergency protection in the background, in legal actions, whose object of demand is the obtaining of high-cost medicines, not available in the public health network, in any of the governmental spheres, whether whether Federal, State or Municipal. This analysis seeks to find points of convergence between the standard established in the Code of Civil Procedure, the jurisprudence consolidated in the Courts and the internal standards existing in the bodies responsible for the administration of public health services, in

specific cases, where demands for drugs occur, whose application to patients suffering from rare or difficult-to-treat diseases, who use drugs that are difficult to acquire or are still in the experimental phase.

Keywords: Judiciary; Irreversibility; Emergency Protection.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por intuito analisar a ocorrência do fenômeno da irreversibilidade recíproca durante a análise de pedidos de concessão de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, nas ações judiciais cujo objeto da demanda é a obtenção de medicamentos de alto custo. Trata-se de um tema de grande importância para a Administração Pública, para o Poder Judiciário, bem como para a população em geral, em virtude da considerável necessidade de acesso aos meios de tratamento médico, na busca da concretização do direito fundamental à vida, a partir da realidade encontrada, tendo como ponto de partida o exame do inteiro teor das decisões exaradas pelos órgãos jurisdicionais, em vista de experiências observadas por ocasião da tentativa de concretização da demanda perseguida pelos cidadãos.

Em um primeiro momento, para melhor compreensão do estudo, faz-se necessário examinar a interpretação do ordenamento jurídico, com base na Constituição Federal de 1988, acerca dos Princípios Constitucionais e no Código de Processo Civil, que incorporou no ordenamento Jurídico os seus fundamentos e princípios fundamentais como um dos eixos principais da atuação da Administração Pública.

[...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988) (grifos nossos)

O Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe em seu texto a positivação dos institutos das tutelas provisórias, que se dividem em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência, por sua vez, divide-se em tutela de

urgência antecedente e tutela de urgência incidental. A tutela de urgência antecedente, por sua vez divide-se em duas modalidades, quais sejam, a cautelar e a antecipada ou satisfativa. Vale salientar que a tutela provisória de evidência será sempre requerida em caráter incidental.

As tutelas levam o nome de provisórias justamente porque não são predestinadas a se perpetuar no mundo jurídico e, por disposição expressa do Código de Processo civil, toda tutela provisória “pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 26).

A tutela de urgência apresenta-se como gênero da espécie tutela provisória e poderá ser deferida sempre que, no caso concreto, sejam preenchidos os requisitos legais.

As tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência). (CÂMARA, 2020, p. 161).

A presente análise pretende ter como delimitação de seu escopo, o estudo da tutela de urgência antecipada (satisfativa) em caráter antecedente, nos casos em que tais pedidos constam na peça inicial, em sede de liminar, uma vez que tais demandas se prestam a satisfazer o pedido, proporcionando à parte interessada a imediata realização do direito pleiteado.

O art. 300, § 2º, do Novo CPC, prevê que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Fica claro nesse dispositivo que o legislador se valeu do termo liminar para designar o momento de concessão da tutela de urgência, havendo, portanto, a possibilidade de tutela cautelar liminar e tutela antecipada liminar. O mesmo se diga do art. 311, parágrafo único do Novo CPC, que prevê ser possível a concessão liminar da tutela da evidência prevista nos incisos II e III do art. 311 do mesmo diploma legal. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2016, p. 808).

O direito à vida está diretamente relacionado aos Fundamentos da República Federativa do Brasil, constante do texto da nossa Constituição Federal, apresentados em seu primeiro artigo, quando elencam a “dignidade da pessoa humana”, que jamais poderá ser dissociada dos direitos de primeira dimensão. Em seu artigo quarto, ela tem como um de seus princípios a “prevalência dos direitos humanos”, e, ainda dispõe no caput de seu artigo quinto a garantia da “inviolabilidade do direito à vida”. Ademais, o Código de Processo Civil, em seu Livro V, realiza de forma direta a abordagem das tutelas provisórias, que buscam, dentre outras situações, concretizar o comando constitucional em defesa da vida e da dignidade da pessoa humana.

Observa-se, ainda, que tanto nos casos de doenças graves, quanto nos casos de das demais doenças degenerativas, a exemplo do câncer, que a demora na obtenção dos medicamentos de alto custo poderá ser decisiva, determinando o grau de probabilidade que o paciente terá chance de sobreviver ou não, a depender da resposta que o medicamento apresentará, quando administrado nos pacientes.

A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2016, p. 806).

A partir do problema apresentado, pretende-se estudar os possíveis desdobramentos supostamente levantados, tomando como premissas as visões das partes envolvidas, sob a ótica das partes interessadas, a partir de suas alegações nos autos dos processos, buscando entender os pontos de vista de ambas as partes, para tentar extrair, a partir dessas visões distintas, qual a melhor solução a ser aplicada ao caso concreto, tendo como ponto de partida a busca do equilíbrio de forças, através do sopesamento que se deve realizar para o alcance da melhor solução, minimizando os efeitos da irreversibilidade, que inevitavelmente ocorre em situações de mesma natureza.

No decorrer da presente análise procurou-se responder ao seguinte questionamento: é possível ao magistrado amenizar os efeitos da irreversibilidade recíproca, por ocasião da apreciação de um pedido de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, em que se busca o fornecimento de medicamentos de alto custo frente ao Estado?

A metodologia utilizada na elaboração do presente artigo foi o método dedutivo com o intuito de analisar o problema utilizando a norma consolidada, a partir do entendimento extraído em decisões judiciais exaradas no âmbito da Seção Judiciária de Pernambuco, nas Varas Federais Cíveis localizadas no Município de Recife/PE. Do ponto de vista da forma de abordagem do problema será empregada a pesquisa qualitativa, através de pesquisas bibliográficas, consultas a textos, doutrinas, legislação, jurisprudências, meios eletrônicos como também artigos científicos, revistas especializadas sobre o processo civil, visando o melhor direcionamento do tema.

1. AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Observa-se que nos últimos tempos, com o avanço das pesquisas científicas, foram desenvolvidas diversas e inovadoras formas de tratamentos de doenças, que em tempos não tão distantes, poderiam significar, a partir de seu diagnóstico, uma sentença de morte para os pacientes. A partir do desenvolvimento desses tratamentos inovadores, também foi possível, a partir dos estudos realizados por notáveis cientistas, de igual modo chegar a descoberta de medicamentos capazes de conter, ou até mesmo, em alguns casos proporcionar aos pacientes a cura definitiva de doenças que antes, como já dito, significariam uma verdadeira sentença de morte. A partir dessas descobertas houve um significativo aumento na demanda por tais medicamentos, que por terem uma limitada produção, apresentam-se como medicamentos de alto custo.

Com a promulgação de nossa Carta Magna em 1988, o legislador constitucional tratou de incluir em seus dispositivos, mandamentos que tem como principal objetivo garantir a todos os habitantes do nosso país, quer sejam brasileiros natos ou naturalizados, quer sejam estrangeiros, ou até mesmo apátridas, a efetivação do direito fundamental do acesso à saúde.

No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a *tutela* ao direito material envolvido em crise de efetividade. Nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Na superação desse conflito consiste a prestação jurisdicional, pouco importando que o provimento judicial seja favorável à pretensão do autor ou à defesa do réu. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, no conflito, se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica. *Tutelar os direitos*, portanto, é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela. (THEODORO, 2018, p. 895).

Com o desenvolvimento de novas fórmulas de fármacos que tentam combater doenças que até então eram tidas por incuráveis, como o câncer, nos dias atuais já é possível encontrar medicamentos que podem agir desde a contenção do seu avanço, bem como, em alguns casos, até proporcionar a cura por completo. Entretanto, tais medicações não estão ao alcance da população em geral, devido ao seu altíssimo custo, bem como da inexistência de oferta de tais medicamentos na rede pública de saúde, existentes no mercado. Nos casos mais graves, de ocorrência de doenças raras ou de progressividade mais rápida e agressiva e de desfecho mais abreviado, não resta aos

pacientes, outra alternativa, senão buscar no Poder Judiciário a tutela específica para garantir o seu direito básico à vida.

A partir dessa constatação surge a problemática que envolve a imensa maioria dos casos em que se faz necessário o uso de medicamentos de alto custo. Diante da baixíssima oferta de tais medicamentos e do seu altíssimo custo, nem a rede privada, tampouco a rede pública de saúde se propõem a adquirir e fornecer aos pacientes. A partir desse dilema, que envolve tanto os pacientes, quanto a rede de saúde, nascem as demandas judiciais, colocando em lados distintos, além das partes já citadas, o poder público, que é chamado a integrar da lide figurando como demandado.

As tutelas de urgência – cautelares e satisfativas – fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz mais a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca. (THEODORO, 2018, p. 917).

Percebe-se que por ocasião da análise inicial dos pedidos de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, o órgão julgador, em certos casos precisa enfrentar a possibilidade da ocorrência do fenômeno da irreversibilidade recíproca quando, por ocasião da apreciação do pedido, existe a possibilidade de tanto o magistrado deferir o pedido, causando a irreversibilidade para a parte requerida como, por outro lado, no caso de indeferimento do pedido pelo magistrado, na mesma proporção ocorrer a irreversibilidade das consequências da decisão para a parte requerente.

Nessas ações judiciais em que se busca o deferimento de tutela de urgência para o fornecimento de medicamentos ou que se busque suprir pedidos dessa natureza, constantemente verifica-se a presença da irreversibilidade recíproca, uma vez que, por serem de alto custo, os medicamentos demandam a destinação de verbas orçamentárias específicas, voltadas ao custeio de todas as demandas existentes no SUS (Sistema Único de Saúde).

[...] é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 300 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, § 3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o *status quo* se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. É que, a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problematicamente ressarcível, e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil

reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu. (THEODORO, 2018, p. 920).

Assim, devido à escassez de recursos públicos, não raramente, por não estarem disponíveis para distribuição imediata aos pacientes, precisa-se que seja destinada uma verba específica para a aquisição de tais medicamentos.

Verifica-se, ainda, nas ações judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos de alto custo, a escassez de tempo, devido à gravidade em que se encontram os pacientes, características observadas nos diversos casos, que acometem os usuários da rede pública de saúde.

Para se conceder a tutela provisória, que no presente caso a ser analisado, amolda-se em sua forma satisfativa, ou seja, na forma antecipada em caráter antecedente, o magistrado precisa enfrentar a possibilidade de irreversibilidade da tutela pretendida, uma vez que em situações que envolvem a saúde, e como não dizer, a vida daquele que depende do medicamento pleiteado. Daí a problemática central a ser analisada, qual seja, a irreversibilidade que reveste o pedido, uma vez que tais pedidos, por natureza são irreversíveis para ambos os pólos da demanda.

Observa-se que a referida irreversibilidade se reveste de um caráter recíproco, já que, se por um lado não há como reverter a situação de um medicamento já aplicado em um paciente, por outro lado, não há como reverter o investimento despendido na compra do medicamento.

Assim, tem-se por criada uma situação de irreversibilidade recíproca, que “consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis” (CÂMARA, 2020, p. 161).

Cabe salientar que não se deve confundir a tutela antecipada em caráter antecedente com decisão liminar. Na tutela antecipada em caráter antecedente, o magistrado pode deferir o pedido ouvindo a parte contrária, bem como solicitar apoio técnico especializado para que

Desde modo, nos casos em que se verifica a presença do fenômeno da irreversibilidade recíproca, tem-se presente uma exceção à proibição do deferimento da tutela de urgência requerida, já que se por um lado a irreversibilidade produziria prejuízo ao ente público obrigado a fornecer o medicamento de alto custo, por outro

lado, caso fosse denegada a tutela de urgência, a irreversibilidade recairia sobre a possibilidade do risco de morte do paciente, ora autor da demanda.

1.1. As Tutelas Provisórias

Verifica-se, a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o aperfeiçoamento das tutelas provisórias, antes denominadas no antigo texto do Código de Processo Civil de 1973 de antecipação de tutela, prevista em seu artigo 273, atualmente estão previstas nos artigos 294 à 311, do atual CPC.

O atual código, de forma detalhada, apresenta as formas de tutelas provisórias, dividindo-as em tutelas de urgência e tutela de evidência, com características e formas de aplicação distintas, podendo serem divididas em tutela de urgência antecedente e incidental e tutela de evidência. A tutela de urgência antecedente apresenta-se nas formas antecipada e cautelar, sendo a antecipada direcionada à satisfação do pleito da parte requerente e a cautelar direcionada a garantir o resultado útil do processo.

A tutela provisória é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique. [...] Particulariza-se, ainda, por sua precariedade, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas a revogação ou modificação de uma tutela deste viés só pode dar-se em razão de uma alteração do estado de fato ou do estado da prova – quando, na fase de instrução, restem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizam a concessão da tutela. (DIDIER JR; SARNO BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 516).

Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência) (CÂMARA, 2020, p. 159).

A tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença. (ASSUMPÇÃO NEVES, 2016, p. 806)

Existe divergência doutrinária a respeito da possibilidade de deferimento de ofício, por parte dos magistrados, ao se depararem com casos concretos em que sejam vislumbradas as possibilidades de concessão de tutelas provisórias. Parte majoritária da

doutrina entende não ser possível, uma vez que se o próprio requerente em seu pedido solicitou apenas a tutela definitiva, não caberia ao órgão judicante concedê-la de ofício.

Verifica-se, a partir das premissas apresentadas, que existe a possibilidade da ocorrência de prejuízos, muitas vezes irreparáveis em desfavor daquele que sofre, em certos casos, a constrição em seus bens, ficando impossibilitado, mesmo que de forma temporária, de administrá-los, com a prolação posterior de uma decisão de improcedência do pedido. Nesses casos, defendem alguns autores, que caberiam medidas reparatórias pelos prejuízos advindos da efetivação da tutela provisória.

Por outro lado, há também o risco de que o indeferimento da peça inicial, contendo o pedido de deferimento de tutela de urgência, possa causar prejuízo irreparável à parte autora, uma vez que, em certas demandas, em que o pedido tem caráter satisfativo, sua negativa poderá causar danos irreversíveis.

A partir de tais colocações verifica-se a possibilidade de ocorrência do que a doutrina denomina irreversibilidade recíproca.

1.2. O fenômeno da irreversibilidade recíproca nas tutelas provisórias de urgência antecipada em caráter antecedente

Observa-se a existência do fenômeno da irreversibilidade recíproca quando, por ocasião da análise do pedido, existe a possibilidade de tanto o magistrado deferir o pedido, causando a irreversibilidade para a parte requerida como, por outro lado, no caso de indeferimento do pedido pelo magistrado, na mesma proporção ocorrer a irreversibilidade das consequências da decisão para a parte requerente.

Nas ações judiciais em que se busca o deferimento de tutela que supra o pedido da parte requerente, constantemente verifica-se a presença da irreversibilidade recíproca, uma vez que, por serem de alto custo, os medicamentos demandam a destinação de verbas orçamentárias específicas, voltadas ao custeio de todas as demandas existentes no SUS (Sistema Único de Saúde). Assim, devido à escassez de recursos públicos, não raramente, por não estarem disponíveis para distribuição imediata aos pacientes, precisa-se que seja destinada uma verba específica para a aquisição de tais medicamentos.

Com isso, conforme veremos mais a frente, quando abordarmos a questão do princípio da reserva do possível, poderemos verificar, a partir da visão do poder público, que tais obstáculos necessitarão ser vencidos para que sejam disponibilizados os medicamentos de alto custo aos jurisdicionados.

Por outro lado, a partir da perspectiva do paciente que necessita do fornecimento urgente dos medicamentos, a irreversibilidade atinge diretamente o seu direito fundamental à vida. Daí o dilema que assola a parte requerente, já que não tem a sua disposição tal medicamento, uma vez que não podem ser encontrados com facilidade na rede de farmácias convencionais, bem como seu altíssimo custo, que torna a sua busca ainda mais dramática, uma vez que passa a depender ainda mais dos serviços públicos de saúde.

Outro fator que se deve levar em consideração é a escassez de tempo, já que em certos casos, a evolução da doença pode ser muito rápida, aumentando ainda mais a necessidade urgente de sua aquisição, pois o atraso na aplicação pode ser fatal, na busca da cura ou mesmo de uma sobrevida.

Percebe-se, assim, que para ambos os lados, o deferimento ou indeferimento da tutela provisória requerida poderá causar danos irreversíveis para uma das partes, uma vez que o deferimento terá um resultado irreversível para o ente público, que deverá arcar com os custos da medicação, que é um bem consumível e não poderá ser recuperado, no caso de uma futura decisão definitiva de improcedência. Por outro lado, o indeferimento também causará um dano irreversível para a parte oposta, que requereu a tutela, já que a falta de aplicação do medicamento poderá causar danos irreversíveis, inclusive leva-lo ao óbito.

1.3. O NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário

Verifica-se que a partir da observação dos efeitos do fenômeno da irreversibilidade recíproca, por ocasião da análise dos pedidos de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, cujo pedido se tratava de fornecimento de medicamentos de alto custo, uma vez que a apreciação do pedido não pode tender unicamente à necessidade emergencial do pedido de fornecimento do medicamento, sem que haja uma análise mais profunda dos argumentos apresentados pelos órgãos estatais, bem como uma análise mais próxima da realidade, quanto à eficácia no uso do medicamento, levando em consideração que, em alguns casos, o medicamento constante do pedido a ser tutelado, em certos casos, pode não apresentar os efeitos esperados, quer seja pela falta de estudos consolidados, seja pelo momento em que se busca o tratamento.

A partir dessa ótica, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 238/2016, criando os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NatJus, buscando

disciplinar a sistemática utilizada no procedimento de análise, bem como nortear a atividade dos magistrados, visando o aprimoramento da análise, tendo como propósito a elaboração de decisões mais técnicas e precisas.

A Resolução 238/2016 tem ainda como um de seus objetivos regular a capacitação dos profissionais de saúde que compõem os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NatJus, com objetivo de trazer subsídios aos magistrados, prestando informações estritamente técnicas, que servirão de base para a tomada de decisão, com base em evidências científicas nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais.

Na mesma linha de pensamento, o CNJ editou o Provimento 165/2024, que dispõe em sua seção 1, no capítulo III, de normas relativas ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), bem como do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), visando a sua sistematização, evitando a dispersão de suas diretrizes, conforme se pode extrair de seu texto:

CAPÍTULO III
DO SISTEMA NACIONAL DE PARECERES E NOTAS TÉCNICAS (E NATJUS)

[...]

Art. 7º Os(as) Magistrados(as) Estaduais e os(as) Magistrados(as) Federais com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde, ainda que durante o plantão judicial, quando levados a decidirem sobre a concessão de determinado medicamento, procedimento ou produto, poderão solicitar apoio técnico ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) do seu Estado ou ao NAT-JUS NACIONAL.

[...]

§ 4º Nas demandas com pedido de tutela antecipada sob a alegação de urgência, conforme previsto no Termo de Cooperação Técnica n. 051/2018, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, o(a) Magistrado(a), quando tiver a necessidade de apoio técnico do NAT-JUS NACIONAL, ainda que o Tribunal disponha de sistema próprio, e neste caso, determinará por decisão, a solicitação de nota técnica diretamente por meio do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus).

[...]

Apesar de não serem vinculantes, as notas técnicas produzidas pelos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciários, poderão servir como orientações norteadoras na tomada de decisão, atenuando, assim, os efeitos de uma possível indecisão, por parte do magistrado, ao se deparar, no caso concreto de apreciação de um pedido de fornecimento de medicamento de alto custo, com a possibilidade de que sua decisão

esbarre com o fenômeno da irreversibilidade recíproca, uma vez que qualquer que seja a sua decisão, uma vez cumprida, seus efeitos se tornarão irreversíveis para a parte sucumbente.

1.4. A competência para o julgamento das tutelas de urgência nas ações de medicamentos de alto custo

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seus comandos a delimitação da competência, determinando a sua fixação para que seja postulada no juízo que seja, em tese, o competente para o conhecimento do pedido principal, sendo nos processos de competência originária dos tribunais e nos recursos, caso haja um eventual pedido de tutela de urgência, será ele direcionado ao órgão jurisdicional competente para apreciação do mérito, incumbindo ao relator, de forma monocrática, decidir o pedido.

Costuma-se identificar a competência como *capacidade* do juiz para atuar em determinados processos. Melhor, entretanto, é qualificá-la como “*legitimidade* para o exercício do poder jurisdicional”. Isto porque, civilisticamente, a capacidade é uma aptidão genérica, enquanto a legitimidade se afirma perante uma situação concreta. Assim, a capacidade do juiz se confundiria com o poder de exercitar genericamente a jurisdição, enquanto a competência o *legitimaria* a exercitar a jurisdição em relação a certos processos. Reconhecer a competência, portanto, exige uma análise de *adequação* entre o processo e o órgão jurisdicional. (THEODORO, 2018, p. 303).

2. ESTUDO DE CASOS - ANÁLISE DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE EM AÇÃO QUE BUSCA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Verifica-se nas ações judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos de alto custo, a escassez de tempo, devido à gravidade em que se encontram os pacientes, características observadas nos diversos casos, que acometem os usuários da rede pública de saúde.

Observa-se, tanto nos casos de doenças graves, quanto nos casos de das demais doenças degenerativas, a exemplo do câncer, que a demora na obtenção dos medicamentos de alto custo poderá ser decisiva, determinando o grau de probabilidade que o paciente terá chance de sobreviver ou não, a depender da resposta que o medicamento apresentará, quando administrado nos pacientes.

Observa-se, ainda, através da leitura dos laudos e relatórios apresentados nos autos dos processos, que o tempo transcorrido entre a descoberta da doença até o início das aplicações das medicações pode ser o grande diferencial, influenciando, na maioria dos casos, no grau de sucesso do tratamento.

Em tese firmada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do tema 106, manifestou-se a Primeira Seção:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
 - ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
 - iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.
- (Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018).**

2.1. Análise do caso referente à tutela deferida no processo nº 0818208-46.2023.4.05.8300 – PE

Trata-se o referido caso em análise de pedido de fornecimento de medicamentos de alto custo, não fornecido pela rede pública de saúde, em que o paciente é hipossuficiente, uma vez que sua renda, como aposentado, não comporta os gastos com o referido tratamento.

Em sua peça exordial, o autor requer em sede de liminar o fornecimento dos medicamentos ATEZOLIZUMABE 1200mg e BEVACIZUMABE 400mg, com indicação para o tratamento de câncer, que no presente caso em estudo, apresentou-se no fígado e pulmões.

Alega-se na peça exordial que o autor teve o seu pedido de fornecimento dos medicamentos negado em virtude do fato de que a medicação não faz parte do rol excepcional do Ministério da Saúde e/ou Secretaria Estadual e que devido ao seu alto custo, não pode arcar com seus próprios meios.

O referido paciente, com idade de 79 anos, por ocasião do pedido, também não teve indicação para um possível transplante, bem como não fora indicada outra medicação ou tratamento quimioterápico, em virtude de sua idade avançada, fato que potencializou a gravidade e a urgência da situação narrada.

Cabe ainda salientar que o especialista da rede pública de saúde com hepatocarcinoma estágio IV com metástases hepáticas e pulmonares (CID 22).

Recebida e distribuída a peça exordial, a magistrada determinou que fosse solicitado ao NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário:

DECISÃO

[...]

2) Se cumprida tal exigência, **solicite-se ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário de Pernambuco (NAT-JUS/PE) parecer, em 10 dias, sobre a necessidade e eficácia dos medicamentos, conforme laudo médico.**

Após, retornem os autos conclusos.

Intime-se.

(JFPE, Processo nº 0818208-46.2023.4.05.8300, Juíza MARÍLIA IVO NEVES, 2ª Vara Federal de Pernambuco, data: 04/09/2023) (grifos nossos)

Recebido o parecer do NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário, verifica-se que o referido núcleo exarou o seguinte parecer:

[...]

Tecnologia: ATEZOLIZUMABE

Conclusão Justificada: Favorável

Conclusão: CONSIDERANDO o diagnóstico de CARCINOMA HEPATOCELULAR METASTÁTICO.

CONSIDERANDO a solicitação de tratamento em primeira linha.

CONSIDERANDO que existem dados com benefício de sobrevida global para a combinação ATEZOLIZUMABE + BEVACIZUMABE CONCLUI-SE que HA DADOS técnicos que justifiquem o uso de ATEZOLIZUMABE + BEVACIZUMABE no tratamento de primeira linha de carcinoma hepatocelular metastático. (JFPE, Processo nº 0818208-46.2023.4.05.8300)

Verifica-se que o NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário formulou parecer favorável, quanto à aplicação do medicamento ao caso examinado, fornecendo, assim, base técnica para subsidiar a decisão a ser tomada, uma vez que neste caso em estudo, fica evidente a ocorrência da irreversibilidade recíproca, uma vez que indeferindo o pedido liminar o magistrado poderia gerar o cenário de irreversibilidade para o autor/paciente, já que por estar em estado grave de saúde, com câncer em estágio 4, apresentando um quadro de metástase, o não fornecimento da medicação poderia levá-lo, inclusive à morte.

Por outro lado, o deferimento do pedido liminar, determinando o fornecimento imediato da medicação, poderia gerar um outro cenário para a parte adversa, qual seja, a irreversibilidade em reaver os recursos despendidos na compra dos referidos fármacos, por serem de alto custo, bem como por serem bens consumíveis, assim definidos no artigo 86, do Código Civil: “**São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância**”, sendo também considerados tais os destinados à alienação. Assim, impossíveis de serem reavidos pelo órgão estatal.

Verifica-se da leitura dos autos que a magistrada responsável pela apreciação do pedido, teve o auxílio dos dados fornecidos pelo parecer técnico, que não a direciona de

forma vinculante, decidiu pelo deferimento do pedido liminar, contudo, a magistrada não teve como entrave o peso de decidir sob influência externa, tampouco sob o peso de estar exposta ao risco de prolatar uma decisão que viesse a conduzir o seu resultado a uma situação de irreversibilidade definitiva para uma das partes envolvidas.

Em sua decisão manifestou a magistrada:

[...]A **inadequação da prestação de saúde disponível no SUS** está demonstrada nos autos, conforme relatos médicos e **parecer do NATS** (ids. 4058300.28038343 e 4058300.28128295).

Assim, considerando que os medicamentos BEVACIZUMABE e ATEZOLIZUMABE são a alternativa indicada para o tratamento da parte demandante, não tendo sido, ainda, incorporado no sistema único de saúde para o tratamento da patologia que acomete o demandante, deve o **Estado de Pernambuco** promover o seu fornecimento, conforme requerido na inicial. **Ante o exposto, concedo a antecipação de tutela requerida para determinar ao Estado de Pernambuco que promova o fornecimento dos medicamentos BEVACIZUMABE e ATEZOLIZUMABE pleiteados na inicial, conforme prescrição médica (id. 4058300.28038354), no prazo de 10 (dez dias).**

(JFPE, Processo nº 0818208-46.2023.4.05.8300, Juíza MARÍLIA IVO NEVES, 2ª Vara Federal de Pernambuco, data: 11/09/2023) (grifos nossos).

2.2. Análise do caso referente à tutela indeferida no processo nº 0801265-11.2019.4.05.8100 – CE

Trata-se, no segundo caso a ser estudado, de ação ordinária no rito comum, em que se pede o fornecimento de medicamentos para o tratamento de pessoa portadora de doença de Crohn referatária (CID 10 K50.0). Na peça inicial a Defensoria Pública da União, que representa a parte autora, descreve-se que o autor da demanda já haveria sido submetido a tratamentos com dois medicamentos fornecidos pelo SUS, quais sejam: INFLIXIMABE e ADALILUMABE. Entretanto, a associação dos fármacos não apresentou resposta clínica satisfatória.

Diante do insucesso no primeiro tratamento, lhe foi prescrito o medicamento USTEQUINUMABE (STELARA), que apresenta estudos que demonstram a eficácia da referida medicação para o tratamento da doença de Crohn refratária, entretanto, constata-se nas alegações constantes da exordial que o referido medicamento não é fornecido pela rede pública de saúde, uma vez que, apesar de registrado na ANVISA, sob o número 1123633940012, o que em tese pressupõe-se a existência de análise técnica da eficácia do fármaco, o medicamento não consta na APAC do Sistema Único de Saúde e não existe medicamento de eficácia similar fornecido que seja indicado para o tratamento do paciente.

Diante da situação apresentada, a autora requer fornecimento do referido medicamento em questão, juntamente com a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que se apresenta ao autor do pedido, irreparável prejuízo à vida, uma vez que ele necessitava, com urgência, do medicamento postulado.

Percebe-se, mais uma vez que o magistrado incumbido de proceder ao julgamento dessa demanda também está diante do fenômeno da irreversibilidade recíproca, uma vez que precisa ponderar ao escolher a qual das partes contemplará o seu pedido. Se de um lado, deferindo o pedido contemplaria o autor da demanda, gerando a irreversibilidade do resultado ao poder público, ou, de outra banda, indeferindo a tutela de urgência requerida poderia gerar um cenário de irreversibilidade ao autor da demanda, prejuízo esse irreparável, haja vista o risco da ocorrência do óbito da parte requerente.

Assim, mostra-se bastante útil, com relação ao surgimento de embasamento técnico ao magistrado, por ocasião da tomada de decisões, a solicitação ao NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário, do envio de laudo técnico especializado, que pode guiar a tomada de decisão pelo órgão jurisdicional. Entretanto, constata-se que nesse caso, o magistrado optou por dar seguimento ao andamento da marcha processual, sem proceder à consulta ao NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário.

Assim, ao analisar o pedido de tutela de urgência o magistrado expôs a seguinte fundamentação:

“...A eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somada à sua essencialidade para o tratamento, deve estar cabalmente demonstrada. É pressuposto de sua ocorrência que o remédio possua registro na ANVISA, o que se faz presente na hipótese dos autos.

Contudo, o registro na ANVISA não é suficiente para o atendimento ao requisito. Impõe-se que se demonstre que o medicamento possui eficácia comprovada, para a doença do paciente, sendo essencial para o seu tratamento.

A eficácia deve ser atestada por evidências, ou seja, estudos e testes científicos. A juntada de um único laudo médico indicando o medicamento não é bastante para caracterizar a eficácia, assim como também não é suficiente a juntada de único artigo científico sobre o tema.

Tal entendimento é chancelado pelos enunciados do FONAJEF e das Jornadas de Direito à Saúde, a saber:

Enunciado nº 172

Apenas a prescrição médica não é suficiente para o fornecimento de medicamentos e/ou insumos não incluídos nas listas do SUS (Aprovado no XIII FONAJEF).

Enunciado nº 173

Nas demandas individuais de saúde, a decisão judicial acerca da pretensão de fornecimento de medicamentos, insumos ou procedimentos não fornecidos pelo SUS deve ser fundamentada, sempre que possível, na medicina baseada em evidências (Aprovado no XIII FONAJEF).

Por fim, deve-se demonstrar a inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS que substitua aquele pretendido.

O que se impõe para a caracterização do último requisito é a demonstração que o tratamento indicado pelo Sistema único de Saúde - SUS, não é eficaz, não tendo aptidão para o atendimento das necessidades do paciente.

A comprovação deve ser baseada em evidências, não se constando diante de mera informação de um único médico. Pode ser demonstrada por estudos comparativos entre o tratamento recomendado pelo SUS e o fármaco pretendido. A demonstração por meio de estudos que promovam a comparação com placebo deve ser relativizada.

Fora de tais parâmetros, não é razoável a quebra da sistemática firmada pelo poder público.

Na hipótese, da documentação acostada, verifica-se que a autor, de fato, é portadora de Doença de Crohn (CID K50.0), tendo-lhe sido indicado o tratamento que ora almeja (USTEQUINUMABE - STELARA), conforme relatórios médicos anexados ao processo. Prima facie, resta evidenciada também a impossibilidade econômica do promovente em arcar com o medicamento, dado o alto custo do tratamento. Contudo, não vislumbro, neste momento, a comprovação da eficácia terapêutica da medicação pleiteada, mostrando-se insuficiente a documentação médica apresentada para o convencimento deste Juízo acerca da tese defendida na inicial.

[...]

Assim, não vislumbro, prima facie, o atendimento dos requisitos indispensáveis à concessão de tutelas de medicamentos. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência requestada. ...”

(JFCE, Processo nº 0801265-11.2019.4.05.8100, Juiz JOÃO LUIS NOGUEIRA MATIAS, 5ª Vara Federal do Ceará, data: 16/05/2019) (grifos nossos).

Levando-se em consideração que a requisição e utilização do relatório gerado pelo NatJus – Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário não é procedimento obrigatório, tendo como principal finalidade a geração de uma base técnica, que venha a dar maior concretude e fundamentação ao magistrado, no momento em que estiver enfrentando os argumentos das partes envolvidas, verifica-se que ao se deparar com pedidos que tendem a gerar uma situação que faça surgir o fenômeno da irreversibilidade recíproca, mesmo nos casos em que quaisquer das decisões possíveis de serem tomadas causem danos com graves repercussões para a parte não contemplada, o magistrado não é obrigado a seguir as conclusões do relatório gerado.

Verifica-se ainda que em alguns casos o magistrado sequer requisita a apresentação do referido laudo.

Levando-se em consideração os dois casos tidos como paradigmas no presente trabalho de conclusão de curso, em um deles, apresentado no processo nº 0818208-46.2023.4.05.8300, o magistrado fundamentou sua decisão, utilizando como uma de suas bases de fundamentação o parecer final, que se manifestou favorável ao fornecimento do medicamento, apesar de que, embora devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância sanitária – ANVISA, os medicamentos não são fornecidos pela rede pública de saúde brasileira.

Em sua fundamentação, na decisão exarada, que deferiu a tutela de urgência, a magistrada utilizou-se dos dados fornecidos no relatório, ponderando entre o que se dispõe na jurisprudência dos tribunais brasileiros e a legislação brasileira, levando-se em consideração os preceitos constitucionais da seletividade e distributividade da prestação, do acesso universal e igualitário às prestações, e o da prioridade para as

atividades preventivas, dos quais se extraem os requisitos para se fazer jus à prestação de saúde a cargo dos entes federados, no âmbito do SUS, incluídos os medicamentos, exames e procedimentos médicos, por fornecimento direto ou mediante custeio pelo poder público.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que, não são raras as vezes em que o magistrado pode se deparar com a situação de estar de frente a casos em que se precise enfrentar os efeitos do fenômeno da irreversibilidade recíproca, uma vez que, em qualquer solução que venha a adotar ao decidir, deferindo ou indeferindo um pedido de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, em sede de liminar, tal resultado será sempre irreversível para uma das partes litigantes.

A tutela provisória de urgência, quando requerida liminarmente, traz consigo a premissa de que o tempo de espera pelo início das aplicações dos medicamentos específicos para determinadas enfermidades pode ser fundamental para o sucesso ou insucesso no resultado do tratamento de tais doenças degenerativas ou de rápida evolução, como o câncer, que a depender da espécie e do órgão atingido, poderá se desenvolver com velocidade que, em certos casos, inviabilizaria as chances de cura para os pacientes.

Por outro lado, em certos casos, a doença pode vir a ser diagnosticada tardiamente, deixando o paciente em situação que impossibilitaria as chances de cura, sendo nesses casos inviável a destinação de medicamentos de alto custo, uma vez que, apesar de possuírem, estatisticamente, taxas variáveis de porcentagem de cura, dependeriam de outros fatores como o estágio de evolução da doença, idade do paciente e até mesmo a existência de outras doenças em que o uso de tais medicações seriam contraindicadas, sujeitando o Estado a dispendir recursos que poderiam ser direcionados a outros pacientes com maior chance de cura, observando-se os fatores de contraindicação em cada caso concreto.

Diante de todos esses fatores, bem como de outros que possam surgir, em cada caso concreto, fica o questionamento levantado na introdução deste trabalho de conclusão de curso: é possível ao magistrado amenizar os efeitos da irreversibilidade recíproca, por ocasião da apreciação de um pedido de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, em que se busca o fornecimento de medicamentos de alto custo frente ao Estado?

Percebe-se que sim, é possível ao magistrado a possibilidade de amenizar os efeitos da irreversibilidade recíproca, a partir da utilização de ferramentas, como os relatórios produzidos pelos órgãos de apoio como por exemplo os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NatJus, em conjunto com os laudos produzidos pela equipe médica que acompanha o paciente, autor da demanda, que venham a subsidiar e esclarecer naquele caso concreto, a respeito da real eficácia do medicamento indicado, bem como a evolução da doença, indicando-se o estado atual em que se encontra o paciente, analisando-se, inclusive a presença de outras doenças que poderiam resultar em contraindicação daquela medicação específica.

Assim, diante de um cenário menos obscuro, o magistrado poderá decidir de forma mais eficaz, tanto pelo deferimento, quanto pelo indeferimento da tutela de urgência, mesmo sendo preciso que haja o enfrentamento do fenômeno da irreversibilidade recíproca. Ademais, estando ele de posse de todos os dados referentes ao caso concreto em análise, suas decisões poderão estar mais fundamentadas, para que seja alcançada a máxima efetividade dos resultados almejados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Portal da legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 22 de abril de 2024.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106> Acesso em: 20 de maio de 2024.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO. **Portal da Justiça Federal 5ª Regional**. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/>> Acesso em: 20 de maio de 2024.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em:<
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>> Acesso em: 05 de abril de 2024.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em:<
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5527>> Acesso em: 05 de abril de 2024.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 3ª REGIÃO. **Portal da Justiça Federal 3ª Regional**. Disponível em:<
<https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam?numeroProcesso=5007898-89.2020.403.6100>> Acesso em: 08 de maio de 2024.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: *Jus Podivm*, 2016.

BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (COORD.) **Metodologia da Pesquisa em Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2015. Disponível em:
<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook_metodologia_da_pesquisa.pdf> Acesso em: 05 de abril de 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 2, 8 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60 ed. São Paulo: Forence, 2018.