



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Direito

SOLANGE BARRETO CHAVES

**O TRATAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE NO CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA: ACESSO À JUSTIÇA E LIMITES DA COISA JULGADA**

Salvador

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Direito

SOLANGE BARRETO CHAVES

**O TRATAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE NO CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA: ACESSO À JUSTIÇA E LIMITES DA COISA JULGADA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica do Salvador para a obtenção do Título de Mestra em Direito, na linha de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais, sob a orientação do Professor Doutor João Glicério de Oliveira Filho.

Salvador

2023

Dados de Catalogação da Publicação (CIP)

Ficha Catalográfica. UCSal. Biblioteca

C512 Chaves, Solange Barreto

O tratamento das ações judiciais de saúde no cumprimento de sentença: acesso à justiça e limites da coisa julgada / Solange Barreto Chaves.– Salvador, 2023.

85 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Linha de pesquisa: Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho.

1. Coisa Julgada 2. Relativização 3. Tutela de Saúde 4. Cumprimento de Sentença 5. Acesso à Justiça I. Oliveira Filho, João Glicério de – Orientador

II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação

III. Título.

CDU 342.7:614

TERMO DE APROVAÇÃO

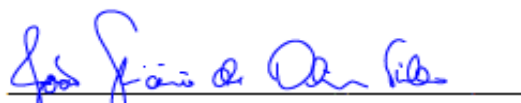
Solange Barreto Chaves

“O TRATAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: ACESSO À JUSTIÇA E LIMITES DA COISA JULGADA”

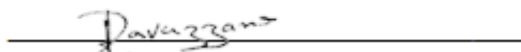
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre (a) em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 17 de julho de 2023.

Banca Examinadora:



Prof.(a)s. Dr.(a)s. João Glicério de Oliveira Filho - UCSAL (orientador)



Prof.(a) Dr.(a) Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro - UCSAL (examinadora interna)



Prof.(a) Dr.(a) Leandro Reinaldo da Cunha - UFBA (examinador externo)

AGRADECIMENTOS

Chegamos à linha de chegada, e essa conquista é composta de muita gente de quem preciso brevemente falar. Preciosamente, a Deus, por, em sua infinita bondade, ter me permitido viver esse anseio que consolidado hoje, mas que me faz feliz desde o primeiro dia.

Agradeço à minha família, que é razão de tudo, em especial ao meu marido, Artur, meu esteio, e quem me fez crer que esse sonho poderia vir a se tornar real. Aos meus pais e ao meu irmão, Beto, pela presença e amor de sempre. Aos meus sogros, por acreditarem no início de tudo e me ampararem incondicionalmente, especialmente no cansaço das idas e vindas semanais a Salvador. Eu nunca me esquecerei disso: “às vezes, só precisamos de alguém que acredite na gente”.

Felicidade é caminho. E nesse caminho pude contar com a amizade diária de Jacira e Júlia em todos os momentos, como também dos demais colegas, mostrando que o mundo acadêmico da pós-graduação não precisa ser competitivo, podendo ser de mútua ajuda e de amparo. Aos meus professores do PPGD (Fernanda Ravazzano, Douglas Zaidan, Tagore Trajano, Thais Cavalcanti, Heron Gordilho e Paulo Pimenta), pelas ricas trocas e por, a cada encontro, me fazer estar mais certa de que não poderia estar em outro lugar. Foram lições que ouvi com muito preciosismo e que levarei por toda minha vida. O exemplo arrasta.

Aos meus amigos de sempre, por vibrarem esse sonho comigo e perdoarem minhas ausências nesses últimos anos, em especial as “Friends” e Láyra. Aos meus alunos, pelo companheirismo nos meus momentos de remarcação de aula e estímulo. Aos meus chefes da época (Dr. Luís, Elias, Sil, e, agora na reta final, Vinícius), pelo apoio incondicional para que eu pudesse viver essa etapa importante de minha carreira; eu não tenho palavras para agradecer: vocês foram peças fundamentais para a concretização desse momento. Obrigada.

Peço um adendo, por fim, mas não menos importante, para falar de meu orientador, Prof. João Glicério. João é sinônimo de humildade, cuidado, fé, inteligência e amizade nessa jornada. Coragem também... Aceitou, mesmo sem conhecer, uma orientanda com dois empregos e que sonhava em fazer mestrado em Direito mesmo morando a 500km de distância das aulas. Ele acreditou que eu daria conta, e eu busquei honrar todos os dias essa confiança. Obrigada por acreditar no meu sonho e por fazer o possível para que ele se tornasse real. Conseguimos!

“Passarinho tem asas do lado de fora.

A gente, do lado de dentro.”

(Ana Jácomo)

RESUMO

Esta pesquisa teve como objetivo responder à pergunta se seria possível relativizar a coisa julgada no cumprimento de sentença das ações judiciais de saúde e de que forma isso seria possível. Na introdução, serão apresentados objetivos gerais e específicos deste trabalho, bem como os referenciais teóricos pertinentes. No capítulo segundo, dissertar-se-á sobre o instituto da coisa julgada e seus limites objetivos, pautando, sucessivamente, as especificidades no tocante à tutela de urgência de saúde e sua estabilização, bem como a utilização da estabilização da tutela de urgência satisfativa como alternativa na alterabilidade das demandas de saúde, como uma possibilidade de contraposição à coisa julgada das ações de conhecimento comumente aplicadas. No capítulo terceiro, discorrer-se-á sobre o direito à saúde, direito material aqui discutido, numa lógica fundamental, abordando a numerologia adotada por Alexy e a concepção de outros autores como Sarlet, Holmes e Sunstein, para discutir se é possível pensar em direitos fundamentais como absolutos. O capítulo quarto dedicar-se-á a responder às duas perguntas fundamentais desta pesquisa, trazendo as interfaces entre o que foi discutido, o tratamento das ações judiciais de saúde no cumprimento de sentença em observância ao acesso à justiça, distinguindo as limitações impostas ao cumprimento definitivo de sentença, bem como a natureza específica das demandas de saúde e a relativização da coisa julgada na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, são apresentados casos de relativização ocorridos no primeiro grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim como demonstra-se a utilização de métodos autocompositivos, em especial a conciliação, como possibilidade bilateral de relativização da coisa julgada nas execuções de saúde. Na conclusão, ciente de que essa pesquisa não possui a capacidade de esgotar o assunto, traz a reflexão da possibilidade efetiva de relativização da coisa julgada como forma de acesso à justiça. No que tange à metodologia empregada, a pesquisa seguiu o método dedutivo, com revisão bibliográfica e pesquisa empírica sobre o tema proposto.

Palavras-chave: Coisa julgada. Relativização. Tutela de saúde. Cumprimento de sentença. Acesso à justiça.

ABSTRACT

This research aimed to answer whether it would be possible to relativize res judicata in enforcing sentences in health lawsuits and how this would be possible. In the introduction, the general and specific objectives of this work will be presented, as well as the relevant theoretical references. In the second chapter, it will be discussed about the Institute of res judicata and its objective limits, guiding, successively, the specificities regarding health emergency relief and its stabilization, as well as the use of the stabilization of satisfactory emergency relief as an alternative in the alterability of health demands, as a possibility of countering the res judicata of the commonly applied knowledge actions. In the third chapter, we will discuss the right to health, the material right discussed here, in a fundamental logic, addressing the numerology adopted by Alexy and the conception of other authors such as Sarlet, Holmes, and Sunstein, to discuss whether it is possible to think of fundamental rights as absolute. Chapter four will be dedicated to answering the two fundamental questions of this research, bringing the interfaces between what has been discussed, the treatment of health lawsuits in the fulfillment of sentence in compliance with access to justice, distinguishing the limitations imposed on the definitive fulfillment of sentence, as well as the specific nature of health demands and the relativization of res judicata from the perspective of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court. In the opportunity, cases of relativization occurred in the first degree of the Court of Justice of the State of Bahia are presented, as well as the use of self-compositional methods, especially conciliation, as a bilateral possibility of relativization of res judicata in health executions. In conclusion, aware that this research does not have the ability to exhaust the subject, brings the reflection of the effective possibility of relativization of res judicata as a form of access to justice. Regarding the methodology employed, the research followed the deductive method, with a bibliographic review and empirical research on the proposed theme.

Keywords: Res judicata. Relativization. Health protection. Enforcement of sentence. Access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA E A SUA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO.....	13
2.1 UMA ANÁLISE DAS ESPECIFICIDADES NO TOCANTE À TUTELA DE URGÊNCIA DE SAÚDE E SUA ESTABILIZAÇÃO	22
2.2 A UTILIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA COMO ALTERNATIVA NA ALTERABILIDADE DAS DEMANDAS DE SAÚDE.....	31
3. UM SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS E A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE	37
3.1 A CONCEPÇÃO DA NUMEROLOGIA DE ALEXY APLICADA NO ÂMBITO DA TUTELA DE SAÚDE	40
3.2 POR QUE OS DIREITOS NÃO PODEM SER ABSOLUTOS.....	43
4. O TRATAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – UMA DINÂMICA DE ACESSO À JUSTIÇA	48
4.1 DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA.....	56
4.2 UMA TUTELA ESPECÍFICA PARA AS DEMANDAS DE SAÚDE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA PERSPECTIVA DO STJ E STF	59
4.2.1 Relativização da coisa julgada na perspectiva dos Tribunais Superiores	63
4.2.2 Da modificação da tutela de saúde em sede de cumprimento definitivo de sentença apurado na cidade de Jequié/BA – Estudo de caso	69
4.3 DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO POSSIBILIDADE BILATERAL DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS EXECUÇÕES DE SAÚDE	71
5 CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	79

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Matérias objeto de judicialização segundo o CNJ em 2021	52
Gráfico 2 – Dados Judicialização da saúde pública no fornecimento de medicamento – quantitativo geral (justiça estadual e federal	53
Gráfico 3 - Quantidade de processos novos com mérito "fornecimento de medicamento"	53
Gráfico 4 - Novos processos distribuídos - mérito fornecimento de medicamentos	54
Gráfico 5 - Índice de atendimento à demanda nos anos de 2020 a 2022.....	55
Gráfico 6 - Tempo de julgamento no 1º grau	55
Figura 1 - Extrato painel demandas de saúde da mesma autora	56

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisou a possibilidade de relativização da coisa julgada no cumprimento de sentença das ações judiciais de saúde frente à terminologia “tratamento”. Para isso, observou o cumprimento de sentença das ações de saúde e a sua necessidade de alterabilidade, investigando a coisa julgada na matéria de saúde e buscando distinguir a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de saúde como forma de acesso à justiça. Dessa forma, foi possível ilustrar o perfil das demandas e o posicionamento dos tribunais superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, sobre as modificações de saúde no cumprimento definitivo de sentença.

Numa observância do direito à saúde e seus conflitos jurídicos, e pensando esse direito como questão fundamental, em razão de sua previsão na Constituição e demais legislações, a presente pesquisa se preocupou com o tratamento singular conferido a uma possível necessidade de adequação do cumprimento de sentença de algumas ações de saúde, frente à urgência do direito material posto e as disposições processuais especialmente voltadas à coisa julgada, analisando, inicialmente, os dados do Conselho Nacional de Justiça sobre o assunto, pautando, por essa razão, a análise de uma possível hermenêutica pensada para as ações de saúde em razão de seu caráter fundamental, tentando responder se seria possível pensar em uma relativização da coisa julgada nessas ações, e se frente a essa discussão, a existência de outras alternativas possíveis.

Dessa forma, através de uma pesquisa empírica, observando o contexto processual das demandas de saúde e a preocupação do caminho a se adotar numa efetiva solução, utilizamos do método dedutivo para analisar os dados do painel de estatísticas do CNJ sobre judicialização de saúde bem como seus relatórios anuais, através de uma natureza quantitativa e objetivo exploratório das ações judiciais da comarca de Jequié/BA que trataram sobre relativização da coisa julgada, em razão da órbita processual de adequação, considerando que a permissão atual se dá por meio de decisões de turma, no STJ.

Observando com isso, a interpretação de uma sistemática de primazia no tratamento do exequente-autor e a adequação/modificação de alguns aspectos diversos do requerido na inicial (fase de cognição), numa observância/primazia de acesso à justiça.

Utilizamos algumas bibliografias, artigos científicos e relatórios que se voltaram à temática geral processual, somado ao estudo exploratório de alguns casos que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos e outros satisfeitos ainda no primeiro grau,

analisando se seria necessário pensar em uma exceção à coisa julgada, regra em nosso ordenamento jurídico frente a decisões estáveis, e se essa exceção seria necessária – desejável - possível de ser aplicada sem por em risco a lógica organizacional do processo.

Será analisado no segundo capítulo, o instituto da coisa julgada e seus limites objetivos, pautando, sucessivamente, as especificidades no tocante à tutela de urgência de saúde e sua estabilização e a utilização da estabilização da tutela de urgência satisfativa, como alternativa na alterabilidade das demandas de saúde, como uma possibilidade de contraposição à coisa julgada das ações de conhecimento comumente aplicadas.

Observando o conceito de coisa julgada inicialmente atribuído por Ovídio Baptista da Silva, Moacyr Amaral Santos, Humberto Theodoro Júnior e Enrico Tullio Liebman, na perspectiva do instituto responsável pela imutabilidade da sentença e seus efeitos, como forma de conferir eficácia a todo e qualquer pronunciamento judicial, ressaltando, todavia, a perspectiva contrária de Pontes Miranda, colaborando que os contornos da relação jurídica podem ser alterados posteriormente, sendo “imutável”, tão somente, a decisão judicial.

No tocante à perspectiva de estabilização da tutela, o pensamento de Marinoni, Lamy, Bueno e Gonçalves sobre a cognição e a dinâmica da estabilização da tutela com os ensinamentos da professora Ada Pellegrini, inspirado no modelo processual italiano e francês que posteriormente veio ser adotado no Brasil, por meio das alterações ocorridas no Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo se dedicará a pautar o direito à saúde, direito material aqui discutido, numa lógica fundamental, abordando a numerologia adotada por Alexy e a concepção de outros autores como Sarlet, Holmes e Sunstein discutindo sobre a percepção absoluta desse direito, se é possível pensar em direitos fundamentais como absolutos.

Por essa razão, foi traçado um panorama do direito à saúde como questão de direito social fundamental, destacando sua previsão na Constituição e sua aplicabilidade pensada de forma direta e imediata, tendo a pesquisa se dedicado ao recorte da saúde pública prestada pelos entes públicos (União, Estado, DF e Municípios), somado a um estudo empírico também realizado.

Avançando ao capítulo quatro, foi discutido o tratamento das ações judiciais de saúde no cumprimento de sentença em observância ao acesso à justiça proposto por Cappelletti, distinguindo as limitações impostas ao cumprimento definitivo de sentença bem como a natureza específica das demandas de saúde e a relativização da coisa julgada na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, trazendo, na oportunidade, alguns casos de relativização ocorridos no primeiro grau do Tribunal de Justiça do Estado da

Bahia, assim como demonstrando a utilização de métodos autocompositivos, em especial a conciliação como possibilidade bilateral de relativização da coisa julgada nas execuções de saúde.

A conclusão, por fim, dedicou-se a concluir como desejável a relativização da coisa julgada seja por meio do crivo tão somente jurisdicional, seja através da construção bilateral entre às partes, apontando à utilização da estabilização das tutelas de urgência em seu caráter satisfativo, como alternativa em detrimento da coisa julgada e também a existência de utilização da mediação como forma eficaz para relativização da coisa julgada.

2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA E A SUA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO

O conceito de coisa julgada permanece como um dos temas mais controversos e, inquestionavelmente, como um dos mais relevantes para a ciência do Processo Civil.

Ovídio Baptista da Silva¹, sobre o assunto, define coisa julgada como “virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente”, disposição presente no Código de Processo Civil, em seu art. 502, que entende por coisa julgada a decisão judicial contra a qual já não cabe mais recurso, seja pelo esgotamento dos meios de impugnação disponíveis, seja pela força da preclusão temporal.

Neste passo, a decisão que expressamente aceita ou rejeita, total ou parcialmente o pedido (decisão de mérito, decisão principal), adquire o *status* de coisa julgada (possui força de lei).

Segundo a visão de Moacyr Amaral Santos², uma vez proferida a sentença e expirados os prazos para recursos, a sentença se torna imutável, caracterizando a primeira fase da coisa julgada (coisa julgada formal). Consequentemente, seus efeitos também se tornam imutáveis, configurando a segunda fase da coisa julgada (coisa julgada material).

José Frederico Marques³, por sua vez, define a coisa julgada como a qualidade dos efeitos da decisão final de um litígio, ou seja, a imutabilidade que a prestação jurisdicional adquire quando se torna definitiva. Já Theodoro Júnior⁴ afirma que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos. Essas perspectivas destacam a importância da imutabilidade da sentença e seus efeitos como característica essencial da coisa julgada.

Enrico Tullio Liebman⁵ conceitua a coisa julgada como a “indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e de seus efeitos”, conferindo eficácia a todo e qualquer pronunciamento judicial válido, uma vez que esse pronunciamento é ato de Estado.

¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. v.1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 484.

² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 43.

³ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 235.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual civil**. v. 1. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 481.

⁵ Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada, ver: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 170.

Entretanto, outros juristas da doutrina do direito processual civil, como Pontes de Miranda⁶, discordam dessa noção, afirmando que a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada não é característica intrínseca, já que o direito material pode alterar os contornos da relação jurídica posteriormente. O que de fato é imutável é a decisão judicial, cujo fundamento em direito material pode ser modificado posteriormente, conforme a evolução da relação fática e jurídica entre as partes.

A definição de coisa julgada em seu aspecto material possui a expressão atual de decisão de mérito, ao invés de sentença, justamente pela perspectiva de que a sentença não necessariamente põe termo ao processo, mantida, todavia, a ideia implícita do Código de Processo Civil de 1973, para o qual só decisões de mérito possuem o caráter de fazer coisa julgada material, somada à substituição da palavra *eficácia* por *autoridade*, consoante o que ensina Liebman, atribuindo caráter mais tecnicamente preciso.

Tão crucial quanto a compreensão da natureza da coisa julgada é a compreensão de seus limites objetivos e subjetivos. Os motivos apresentados na fundamentação da decisão, embora sejam importantes para justificar o ato jurisdicional, não estão sujeitos à imutabilidade da coisa julgada. A legislação processual estabelece que os motivos da sentença ou a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão judicial não fazem coisa julgada. Significa dizer que esses aspectos podem ser questionados e revisados em outros processos, mesmo que a parte dispositiva da decisão já tenha se tornado imutável.

No que diz respeito ao limite temporal, a coisa julgada fixa um estado de fato e de direito que foi submetido ao tribunal e que corresponde à lei em vigor naquele momento. No que tange ao limite espacial da coisa julgada, ela é conformada pela soberania territorial do Estado que a impôs. Em relação ao objeto, a coisa julgada se restringe aos pedidos formulados e reconhecidos na sentença, sem, no entanto, ter o poder de alterar os fatos, daí a possibilidade de que fatos que foram provados em uma sentença possam ser considerados não provados em outra.

Com o objetivo de conferir à decisão judicial a característica de imutabilidade, o legislador adotou um sistema preclusivo, regulamentado pelo art. 507 do Código de Processo Civil de 2015. A preclusão consiste na perda da faculdade processual e é a partir dela que se forma a coisa julgada, quando todas as possibilidades de impugnação foram esgotadas.

⁶ Ver: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998; MIRANDA, Pontes de. **Tratados das ações**: ação, classificação e eficácia - tomo I. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 310.

Outro aspecto importante da preclusão no processo é a estabilização da *lide*, que ocorre quando as partes perdem a possibilidade de acrescentar novos elementos ao litígio, mesmo com o consentimento da outra parte. Ambos os aspectos são cruciais para a formação posterior da coisa julgada.

A preclusão de maneira geral não diz só respeito aos direitos das partes, versa também, sobre os poderes do juiz, com a utilização, inclusive, da expressão “preclusão *pro judicato*” para dizer respeito à preclusão do juiz. Na verdade, a expressão “preclusão *pro judicato*” se refere às questões que são consideradas decididas mesmo que não tenha havido um pronunciamento exposto sobre elas. Essa expressão é aplicada quando ocorre um julgamento implícito.

A fundamentação política da coisa julgada tem como objetivo apresentar aos cidadãos alheios à lide a aparência da verdade, mas não se baseia na suposta verdade dos fatos como sua justificação jurídica. É importante destacar que a afirmação de que a coisa julgada só tem como limite subjetivo a “criação de lei” entre as partes é excessivamente individualista e ignora o fato de que submeter um conflito à jurisdição implica em se submeter ao Estado. Segundo Chiovenda⁷, a sentença prevalece entre terceiros que são obrigados a reconhecer a relação jurídica estabelecida entre A e B a partir da decisão judicial.

A coisa julgada não pode prejudicar terceiros, mas isso não quer dizer que ela não tenha nenhum efeito sobre eles. Ignorar esses efeitos seria ignorar a autoridade da soberania estatal que resulta da coisa julgada.

Presente no art. 506 do Código de Processo Civil, em que fica estabelecido que a sentença faça coisa julgada apenas entre as partes e não prejudique terceiros, pensa-se na coisa julgada como inalienável, ou seja, não sendo permitido que a parte vencedora renuncie a essa garantia por meio de uma declaração que admita a submissão da questão ao Poder Judiciário novamente.

Entretanto, é possível transacionar sobre o direito após a formação da coisa julgada, mas essa é uma questão diferente. A garantia inalienável se refere à própria coisa julgada e, embora as partes possam negociar seus direitos reconhecidos pela sentença transitada em julgado, elas não podem fazer um acordo que desconstitua a coisa julgada, estando limitadas pelas disposições legais.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece duas possibilidades processuais típicas para flexibilizar a coisa julgada: a ação rescisória e a declaração de ineficácia do título

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 37.

executivo decorrente de decisão proferida em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A ação declaratória de inexistência não é um meio de flexibilização da coisa julgada, uma vez que a decisão judicial só transita em julgado se for juridicamente existente. A ação anulatória, prevista no art. 966, §4º, da mesma lei, é aplicável aos “atos de disposição de direito”, como a transação sobre direito litigioso, não afetando a coisa julgada propriamente dita.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação no que se refere à ação rescisória, permitindo que ela seja cabível em caso de violação “manifesta” à norma jurídica, em substituição ao requisito anterior de violação “literal”. Além disso, a legislação prevê que a rescisão também pode ocorrer em caso de contrariedade à decisão de controle de constitucionalidade. No caso de ação rescisória baseada em prova nova, o prazo de cinco anos é excepcional em relação aos demais incisos do art. 966, que possuem prazo de dois anos, e começa a contar a partir da descoberta da nova prova.

A configuração da coisa julgada ocorre quando a decisão judicial não pode mais ser objeto de recurso, ou seja, quando se torna irrecorrível (coisa julgada formal). No caso de uma decisão de mérito, a partir desse momento o conteúdo da decisão torna-se imutável (coisa julgada material). É possível renunciar eventualmente a um direito declarado por uma decisão condenatória, o que resulta na extinção dos seus efeitos. No entanto, não é possível renunciar à própria coisa julgada, ou seja, à autoridade da decisão, pois isso abriria a possibilidade de um novo processo sobre a mesma matéria já decidida de forma irrecorrível.

Desde os estudos de Liebman⁸, tem sido feita uma distinção entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada. Anteriormente, falava-se apenas da eficácia da coisa julgada, afirmando que a sentença não beneficiava nem prejudicava terceiros. No entanto, existem casos em que isso claramente ocorre. Um exemplo paradigmático é o caso da sentença de despejo, que prejudica o sublocatário. Costumava-se dizer que esses eram casos excepcionais em que a coisa julgada se estendia a terceiros.

A coisa julgada não tem o poder de impedir a ocorrência de fatos supervenientes com seus efeitos jurídicos. O fato superveniente, por definição, não foi considerado pelo juiz durante o processo. Portanto, para negar a existência da coisa julgada, é necessário permitir a revisão do que foi decidido, não por causa de um novo fato, mas com base nos mesmos assuntos que foram previamente examinados e decididos.

⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Na perspectiva de Lenio Streck⁹, a decisão principal não diz respeito ao direito em tese, mas declara a incidência de norma jurídica sobre os fatos concretos alegados pelas partes.

Sobre o assunto é importante pensarmos sobre os limites objetivos da coisa julgada, e, a esse respeito, completa José Carlos Barbosa:

O art. 504 deve ser lido sempre em conjunto com o art. 503, para identificar os chamados limites objetivos da coisa julgada – isto é, quais trechos da decisão tornam-se imutáveis. Nesse ponto, é importante notar que o art. 469 do CPC/73, correspondente do art. 504 do Código entrante, tem redação quase idêntica, à exceção do inciso III, que diz não fazer coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”. As questões prejudiciais foram deslocadas, agora, para o art. 503, § 1.º, passando a, potencialmente, ser objeto da coisa julgada material. A alteração tem como consequência imediata a necessidade de serem bem compreendidas as diferenças entre motivos, ainda que importantes dentro do esquema argumentativo da decisão, e questões decididas incidentalmente. Isso, pois, na vigência do CPC/73, dizia-se que o art. 469, III (a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente), nada mais era que uma explicitação do conteúdo do inciso I (os motivos).¹⁰

Em se falando do instituto da coisa julgada é importante que se esclareça que esta não se preocupa com a verdade ou a justiça, pois observa a autonomia do direito, isto é, observa a imputação. O fato de que as decisões se tornam imutáveis, independentemente de refletirem ou não a “verdade”, elimina qualquer justificativa moral ou ética associada ao conceito de coisa julgada. Direito e moral são campos distintos, que surgem em momentos diferentes, como argumentados por Habermas.

No entanto, a moral – ou o desejo de justiça – não pode corrigir uma decisão que tenha sido tomada e transitado em julgado. Esse é o dilema da democracia: as discussões sobre moral, justiça e ética ocorrem em momentos anteriores, como afirma a teoria do direito¹¹; quer dizer, embora haja sentenças injustas (e, certamente, existem), a preocupação do instituto da coisa julgada é de natureza diferente. A decisão tem validade, ou seja, possui força de lei, devido à sua própria autoridade, e não necessariamente pelos bons motivos que a justificam.

Neste aspecto reconhece Barbosa Moreira,

A coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 615. Ver também: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o resultado final do processo.¹²

Surge novamente a necessidade de distinguir, dentro da fundamentação da decisão judicial, os motivos e a resolução das questões que precedem logicamente à conclusão. Enquanto essas questões podem adquirir força de coisa julgada (observando-se os requisitos do art. 503, § 1º, do CPC), os motivos não. Ambos serão incluídos na fundamentação da decisão, e não em sua parte dispositiva, o que pode levar a confusões. Nesse sentido, completa Thereza Alvim em sua obra clássica:

A fundamentação é uma parte formal da sentença e deve conter os motivos objetivos que levaram à conclusão da sentença, formando o raciocínio do juiz; no entanto, essa parte só influencia a compreensão da coisa julgada material. Entre todas essas questões, pode haver aquelas que são premissas necessárias para a conclusão da sentença, e apenas a elas parece deverem ser estendidos os efeitos da coisa julgada material.¹³

Quando a lei confere autoridade de coisa julgada a uma decisão que não pode mais ser objeto de recurso, isso não ocorre por exigência lógica, ou como resultado direto da justiça, mas sim por uma conveniência política que surge da necessidade de promover a paz social.

De acordo com o art. 505, inciso I, da legislação processual, há uma exceção à autoridade da coisa julgada material quando a relação jurídica em questão for de trato sucessivo. Isso significa que, em determinadas situações em que a relação jurídica se renova ou se prolonga ao longo do tempo, a decisão proferida em um processo não impede que novas demandas sejam propostas para discutir aspectos futuros dessa relação.

Essa exceção ocorre porque, em casos de trato sucessivo, a relação jurídica pode sofrer alterações ou novos fatos podem surgir, o que justifica a possibilidade de se discutir novamente questões relacionadas a essa relação em processos futuros. Dessa forma, embora a coisa julgada material tenha, em princípio, o efeito de impedir a rediscussão do mérito da causa, essa regra não se aplica quando se trata de relações de trato sucessivo, conforme previsto no mencionado artigo da legislação processual.

Passando a uma análise literal do art. 505, do Código de Processo Civil, traçamos importantes questões, especialmente ao discutido na presente pesquisa, isto é, se é possível pensar em uma relativização da coisa julgada e se nas demandas de saúde seria esse o mecanismo a ser aplicado.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 83.

¹³ ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 50

Assim como a lei, a decisão tem como finalidade orientar o futuro, dirimindo ou não um conflito existente. Devido à sua base em fatos ocorridos no passado, os efeitos de uma decisão transitada em julgado podem ser afastados por um fato jurídico superveniente, sem violar a coisa julgada. Araken de Assis¹⁴ demonstra isso ao analisar a questão da coisa julgada em ações de alimentos.

A coisa julgada material refere-se à autoridade da decisão de mérito que foi proferida após análise completa do caso, e contra a qual não cabe mais nenhum recurso. Ela é denominada “coisa julgada material” porque confere à decisão de mérito um caráter indiscutível e imutável, não apenas no processo em que foi proferida, devido ao esgotamento das possibilidades de recorrer a um segundo grau de jurisdição, mas também em qualquer outro processo. Isso ocorre em função do ideal de segurança jurídica, que, respaldado pela certeza jurídica, atribui à decisão caráter definitivo e impede, em regra, a revisão judicial do tema.

A coisa julgada material não implica imunidade a fatos ocorridos posteriormente. A exemplo, temos as ações de alimentos, que possuem coisa julgada material justamente porque a mudança no estado de fato, que pode justificar a modificação ou exoneração da obrigação, não afeta a imutabilidade da decisão judicial. A ação de revisão só seria uma violação da coisa julgada se implicasse uma reapreciação do estado de fato que existia no momento da sentença revisada.

Da mesma forma que um débito estabelecido por uma sentença pode ser considerado quitado por uma sentença posterior que reconheça um pagamento ocorrido, a norma concreta estabelecida por uma sentença em uma ação de alimentos pode ser substituída por outra, com efeitos *ex nunc*, desde que fundamentada em uma alteração na situação financeira do alimentante ou do alimentado.

Sobre o assunto, completa Araken de Assis:

O impedimento encontrável na coisa julgada material supõe identidade total das ações. Portanto, alterada a causa de pedir da primeira demanda, em razão de superveniente opulência do alimentário ou indigência do alimentante, como dizia Manuel de Almeida e Souza, se descaracteriza o óbice. Além disso, a modificabilidade dos efeitos não atinge a coisa julgada: jamais ocorrerá, ainda que extinta a obrigação alimentar anteriormente reconhecida através de uma ação exoneratória, o desfazimento da imutabilidade do direito declarado, quer dizer, a negação ulterior de que ao alimentando, na demanda precedente, assistia direito à pensão. Se, depois de emanada aquela sentença, fato superveniente extinguiu o direito, depara-se o juiz com nova demanda, totalmente diferente da primeira. No

¹⁴ ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (org.). **Saneamento do processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 109-129.

estágio atual dos estudos concernentes à coisa julgada, não impressiona mais a alterabilidade dos efeitos, que tanto inquietava o mestre de Lobão. Por tudo isso, lenta e seguramente tranquilizou-se o reconhecimento à existência de coisa julgada material nas ações de alimentos. Somente o vezo da tradição explica o apego, na prática do foro, à ideia ultrapassada de que não existe coisa julgada.¹⁵

Portanto, não é possível utilizar um fato superveniente como argumento para negar a existência da coisa julgada material. O que a coisa julgada impede é a reabertura da discussão sobre os mesmos fatos, ou seja, a mesma causa de pedir. Conforme ressaltado, qualquer questão que envolva modificação (seja redução, aumento, exoneração ou, até mesmo, inversão) constitui uma nova demanda, baseada em uma causa de pedir diferente daquela presente no processo anteriormente julgado, ou nos processos julgados anteriormente, pois podem ter ocorrido múltiplas causas de pedir ao longo do tempo.

Recentemente, surgiram discussões sobre a possibilidade de desconsiderar a coisa julgada em situações como a comprovação, por meio de teste de DNA, da falsidade da paternidade afirmada ou negada na sentença, ou a posterior constatação de uma avaliação absurda de um imóvel (por exemplo, atribuindo um valor 1.000 vezes maior do que o valor venal). Também se podem mencionar casos em que um indivíduo foi condenado a pagar pensão por morte de alguém que posteriormente se descobre estar vivo ou, ainda, quando uma sentença condena o poder público a indenizar uma área expropriada várias vezes para o mesmo proprietário¹⁶.

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior¹⁷ possui uma tese de que a coisa julgada pode ser revista especialmente nos casos de inconstitucionalidade e que essa inconstitucionalidade deveria ser reconhecida até mesmo de ofício pelos tribunais, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução. Em sua perspectiva, a inconstitucionalidade direta da coisa julgada implica na ausência de seu efeito positivo, o que significa que quando uma ação é intentada com base em uma decisão judicial transitada em julgado, o juiz só deverá decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este, por sua vez, estiver em conformidade com a Constituição.

Em outras palavras, se uma ação executiva é apresentada com base em uma sentença condenatória transitada em julgado, o juiz deve examinar a constitucionalidade do título

¹⁵ ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. **Ajuris: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 77–96, jul., 1989.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 841, p. 56-76, nov. 2005.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista do Ministério Público**, [s.l.], n. 47, 2001, p. 115.

executivo. Se concluir que o título é diretamente contrário à Constituição, o juiz deve julgar improcedente o pedido de execução, fundamentando sua decisão na inconstitucionalidade do título em questão.

Esse mecanismo de controle também pode ser aplicado no direito brasileiro, uma vez que nas execuções de sentença, especialmente as provenientes de títulos extrajudiciais, são admitidos embargos para alegar a “inexigibilidade do título”. E, considerando a nulidade da coisa julgada inconstitucional, não se pode considerá-la como um “título exigível” para fins de execução.

De fato, a exigibilidade pressupõe a certeza jurídica do título, e uma sentença nula, por sua vez, carece automaticamente de exigibilidade. Diante da coisa julgada que viola diretamente a Constituição, os juízes devem ter reconhecido um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada.

O vírus do relativismo inevitavelmente afetaria todo o sistema judiciário. Nenhum impedimento prévio impedirá que o vencido desafie e questione o resultado anterior de qualquer processo, invocando uma suposta violação deste ou daquele valor constitucional. A mera possibilidade de sucesso nessa tentativa de revisão, sem as restrições da ação rescisória, resultará na multiplicação de litígios nos quais o órgão judiciário de primeira instância decidirá preliminarmente se deve ou não acatar a decisão transitada em julgado de seu tribunal, e até mesmo, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a relativização, completa Lucon dispendo:

Admitir, sem limites normativos, a impugnação à sentença inconstitucional significa eternizar conflitos, já que ao sabor de cada momento histórico ou mesmo governante, a coisa julgada poderia ser afastada. Inadmissível, portanto, ingerência arbitrária não contemplada no ordenamento jurídico. O respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores.¹⁸

Essa afirmação questiona a capacidade do Poder Judiciário de encerrar as disputas, pois se torna coerente pensar que se uma sentença transitada em julgado pode ser anulada, então também será possível anular a decisão posterior que anulou a anterior e, assim por diante, em um ciclo interminável.

A interpretação não é apenas um ato cognitivo, mas também um ato de vontade, em que o intérprete escolhe uma das várias interpretações possíveis do enunciado. Nesse sentido,

¹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v. n. 2006, n. 141, p. 20-52, 2006.

não se pode falar em resposta correta ou decisão correta para o caso concreto, pois haverá apenas uma resposta possível entre outras que poderiam ser adotadas igualmente. Assim, a busca persistente pela solução constitucionalmente correta para o caso concreto, mesmo desconsiderando o prazo decadencial da ação rescisória, pode levar não apenas à relativização da coisa julgada, mas à sua total eliminação.

2.1 UMA ANÁLISE DAS ESPECIFICIDADES NO TOCANTE À TUTELA DE URGÊNCIA DE SAÚDE E SUA ESTABILIZAÇÃO

Ao falar da relativização da coisa julgada, é preciso entender um pouco mais, durante a fase de conhecimento, sobre as possíveis peculiaridades que envolvem as tutelas que efetivam o direito à saúde, e a sua estabilidade para pensar numa relativização.

Dito isso, partimos da premissa de que a concessão provisória do requerimento apresentado em qualquer processo se caracteriza como medida excepcional, considerando a normativa geral de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, estipulada no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Caracterizada a urgência da medida, ou pela evidência do direito, justificar-se-ia a inversão do processo, permitindo a concessão provisória dos pedidos do autor. Nessas circunstâncias, a concessão liminar da medida judicial não é precedida de uma análise aprofundada do caso. A cognição judicial sumária é de caráter temporário, o que significa que a tutela de urgência pode ser modificada.

No caso das demandas de saúde, a ineficácia de uma medida pode acarretar o óbito ou agravamento do quadro de saúde do autor, o que fere disposto na Constituição, frente à possibilidade de garantir o acesso à justiça, na forma do art. 5º, inc. XXXI, da CF, com uma tutela jurisdicional que seja útil e eficaz, autorizando, em demonstrado o risco efetivo, a adoção de medidas de proteção e conservação do direito antes da própria sentença.

A urgência na concessão da tutela jurisdicional é estabelecida, por lei, como a existência de perigo da demora (*periculum in mora*) e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Dito isso, o instituto das tutelas provisórias é dividido em duas espécies, quais sejam: tutelas de urgência e de evidência¹⁹, conforme dispõe o art. 294 do Código de Processo

¹⁹ A concessão da tutela provisória de evidência está condicionada à comprovação das alegações de fato e à demonstração da probabilidade de acolhimento do pedido feito pela parte. No entanto, é importante ressaltar que o presente trabalho não se aprofundará no estudo do instituto da tutela de evidência, uma vez que, para ações envolvendo medicamentos e tratamentos médicos, a tutela mais comumente utilizada é a tutela de urgência.

Civil. Todavia, frente à recorrência observada das tutelas de urgência nas demandas de saúde, o presente estudo voltar-se-á de forma mais aprofundada a tutela de urgência.

A tutela de urgência é regulamentada pelo art. 300, do Código de Processo Civil, que estabelece a sua concessão quando existirem elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado pela parte e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A concessão da antecipação da tutela geralmente ocorre durante o andamento do processo, buscando-se obter a tutela final. No entanto, essa concessão não impede o desenvolvimento do procedimento em direção à prestação da tutela definitiva. A norma no processo civil é que, após a provisoriedade da decisão de antecipação da tutela, também se mantém sua natureza temporária no âmbito do procedimento.

Conforme apontado por Lamy²⁰, a tutela jurisdicional representa o resultado prático e efetivo que a jurisdição proporciona à realidade enfrentada pelas partes, figurando como elemento que concretiza e satisfaz o Poder Judiciário, refletindo, tanto no plano dos fatos, como no plano jurídico, situação concreta à qual é aplicada.

Sobre o assunto nos ensina Marinoni:

O código, ao tratar da tutela de urgência, distingue em vários lugares tutela cautelar e tutela antecipada. No § 3º do art. 300 se encontra a afirmação de que a “tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Embora essa norma não tenha qualquer sentido, na medida em que a irreversibilidade é resultado logicamente possível de toda e qualquer tutela do provável, serve ela para evidenciar que o legislador resolveu prever o óbice da irreversibilidade apenas a uma das formas de tutela de urgência – à tutela antecipada.²¹

Bueno²² completa dispondo que a concessão liminar está em total conformidade com o modelo constitucional. Trata-se de uma situação amplamente aceita em que o princípio da efetividade do direito material no processo prevalece sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, até mesmo pelo fato de esses princípios não serem ignorados, considerando tão-somente sua postergação. Após a concessão da tutela provisória, é necessário que o réu seja citado e intimado sobre sua concessão, a fim de que possa reagir a ela e, se assim desejar, até mesmo interpor recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I).

Existe uma distinção clássica entre duas formas de tutela de urgência (gênero): a tutela antecipada satisfativa e a de natureza cautelar. A satisfativa antecipa, de fato, o provimento; já

²⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. **Prisão por desobediência em execução de fazer**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 161-207.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 291.

a cautelar, visa assegurar o resultado prático, sendo ambas as espécies adotadas no mérito das ações de saúde. Todavia, a satisfativa mostra-se, por vezes, mais utilizada, considerando a urgência em determinados pedidos, como o fornecimento de um medicamento de uso habitual, ou uma cirurgia.

Nesse sentido, Gonçalves complementa:

A cognição é sempre sumária, feita com base em mera probabilidade, plausibilidade. A efetiva existência do direito sob ameaça será decidida ao final, em cognição exauriente. O juiz tem de estar convencido, senão da existência do direito ameaçado, ao menos de sua probabilidade. É preciso que ele tenha aparência de verdade. A urgência e a intensidade da ameaça podem, muitas vezes, repercutir sobre o requisito da probabilidade. O exame pode ser mais ou menos rigoroso, dependendo do grau de urgência, e da intensidade da ameaça.²³

Observa-se que as tutelas têm como objetivo principal conferir maior efetividade ao processo, diante da possibilidade de demora na prestação jurisdicional, o que pode acarretar danos graves ou de difícil reparação, sobretudo em questões relacionadas à saúde. A necessidade de agir com celeridade na concessão de medidas protetivas se justifica pela importância de preservar a saúde e o bem-estar das pessoas envolvidas, garantindo-lhes o acesso a tratamentos e aos medicamentos necessários. A tutela jurisdicional desempenha, assim, um papel fundamental na busca pela justiça e na proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Quando se trata dos requisitos processuais, o primeiro deles, envolvendo aqui o mérito de saúde, é o requerimento da parte. O Código de Processo Civil prevê raras hipóteses de concessão liminar de ofício²⁴. Sobre o assunto, Didier²⁵ estabelece que “é necessário o requerimento do interessado para a concessão da tutela provisória. É vedada a concessão *ex officio* da tutela provisória”, devendo ser destacado, ainda, a redação do art. 141 do Código de Processo Civil, convencendo que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito à lei exige iniciativa da parte”.

O direito à saúde é constituído por diversas dimensões que estão interligadas, incluindo questões éticas, políticas, jurídicas e técnico-científicas. A realização desse direito

²³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369.

²⁴ Um exemplo considerado pela doutrina de concessão de ofício é a de fixação de alimentos provisórios, considerando o que dispõe o art. 4º, da Lei nº 5.478/1968 (Lei de alimentos): Art. 4º Ao despachar o pedido, o **juiz fixará desde logo alimentos provisórios** a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. (grifo nosso)

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 592.

depende de um diálogo aberto e contínuo, orientado por uma abordagem hermenêutica, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo, aliado à superação de desafios teóricos e práticos na construção de novas formas de torná-lo efetivo.

É importante compreender como essas dimensões estão inter-relacionadas na criação de leis, políticas e práticas de saúde, a fim de promover a efetividade do direito à saúde ou, pelo menos, expandir o acesso à justiça e aos serviços de saúde.

Em tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº1657156-RJ, em 12/09/2018, foram estabelecidos requisitos para concessão da tutela de saúde: a) apresentação de um laudo médico detalhado e fundamentado emitido pelo médico responsável pelo paciente, comprovando a indispensabilidade ou necessidade do medicamento, bem como a ineficácia dos fármacos disponibilizados pelo SUS para o tratamento da doença; b) comprovação da impossibilidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), seguindo as utilizações autorizadas pela agência.

Para fundamentar a presença dos requisitos *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora) na concessão da tutela de urgência, é necessário que a parte autora, cumulativamente, apresente tais requisitos, além da existência de registro do medicamento na ANVISA, observando-se as utilizações autorizadas pela agência. Dessa forma, o juiz irá analisar individualmente cada caso e verificar se os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência estão presentes.

No que diz respeito à área da saúde, possuímos um direito de natureza pública assegurado pela Constituição, o qual busca ser garantido pelo Poder Público por meio de políticas sociais e econômicas adequadas. Por essa razão, o Estado assume a responsabilidade de proteção, uma vez que a interpretação dessas medidas programáticas não pode ser apenas uma promessa vaga, mas sim necessita ser efetivamente executada pelo Estado.

Há algum tempo, o Poder Judiciário tem se envolvido na análise e tomada de decisões sobre demandas judiciais que envolvem pedidos de condenação do Estado (União, Estados e Municípios) para fornecer medicamentos ou tratamentos médicos. Isso ocorre devido ao fato de que o direito à saúde é consagrado como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, consoante destacam Gebran Neto e Schulze²⁶, sendo importante enfatizar os critérios que os juízes utilizam ao tomar decisões sobre questões relacionadas à saúde, especialmente

²⁶ GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019, p. 52-56.

no caso de medicamentos ou tratamentos médicos que possam ter um impacto significativo para o Estado, a fim de evitar um excesso inconstitucional.

Sobre o assunto destacamos a Lei 8.080/90, que estabeleceu restrições ao conteúdo do dever estatal em relação ao direito à saúde, embora mantendo a observância ao princípio da universalização do acesso aos serviços de saúde. É importante destacar que, no Brasil, o direito à saúde implica em acesso gratuito a serviços de saúde para todos, mas não necessariamente a todos os tipos de serviços disponíveis.

Machado²⁷ pontua que a disponibilidade de medicamentos, produtos e procedimentos para o tratamento de doentes nem sempre é ampla, sendo restrita a um catálogo previamente elaborado pelo Poder Executivo. Entretanto, tem-se o pleito judicial voltado a pedidos como, por exemplo, medicamentos não pertencentes a listas oficiais de dispensação, sob a justificativa do direito constitucional à saúde. Merece destaque a fala do Ministro Roberto Barroso, que propõe uma abordagem para guiar a atuação do Judiciário em casos assim, em que há tensão entre a garantia de um direito fundamental, e os limites para sua efetivação.

Sobre esse assunto, importa destacar o voto do Ministro Celso de Mello, bastante representativo da forma como o STF encarava o direito à saúde em algumas decisões, como por exemplo a do RE 271286 AgR²⁸, julgado em 12/09/2000:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada teme nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde [...] impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem **providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional**. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais [...] **recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas**, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como **o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional**. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à

²⁷ MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 2, p. 75–106, 2018. p. 79.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no RE 271286 AgR/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 24 de novembro de 2000. (on-line)

saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (grifo nosso)

No documento conhecido como Petição 1246, que tinha como mérito o transplante de células mioblásticas como tratamento para a doença rara chamada Distrofia Muscular de Duchenne, há um trecho, ainda do Ministro Celso de Mello, que é significativo para esta análise, considerando a recorrência em outras decisões, mas também por ter sido enfático em sua afirmação:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁹

No referido trecho, é afirmado que, no momento de equilibrar o direito à saúde (direito à vida) e os aspectos financeiros, estes últimos devem ser sempre subordinados ao primeiro. Contudo, a ausência de uma explicação mais detalhada acerca dessa ideia suscita algumas dúvidas a respeito.

Para começar, é importante afirmar que a ponderação não deve ser decidida sempre em favor de um dos lados, sem considerar outras variáveis, porque isso não seria uma ponderação verdadeira. A ponderação permite diferentes resultados possíveis. Se o resultado for sempre o mesmo, a ponderação não é necessária e não deve ser usada para tomar uma decisão.

Além disso, é questionável afirmar que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Os direitos sociais dependem de recursos estatais para serem efetivados, e a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. Não há conflito ou exclusão entre o direito à saúde e as questões financeiras, pois um depende do outro.

Ainda sobre o tema tem-se a ADPF 45, julgada pelo Ministro Celso de Mello, que faz uma análise do direito constitucional à saúde em oposição a alegação de alguns entes de “reserva do possível”, destacando, na oportunidade, que o papel típico de formulação e implementação de políticas públicas não se inclui, ordinariamente, no âmbito da função

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na petição Pet 1246/SC**. Decisão proferida: Min. Celso de Mello. Julgamento: 31/01/1997. Brasília, 13 de fevereiro de 1997. (on-line)

institucional que possui o Poder Judiciário; todavia, frente a possíveis omissões dos órgãos políticos, o Judiciário torna-se ferramenta de eficácia e integralidade dos direitos fundamentais:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] não se mostrará lícito ao Poder Público [...] mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.³⁰

Sobre o assunto, o Ag.Reg. no Agravo de Instrumento nº 759.543, de 2013³¹ foi debatido pelo STF, concluindo-se que o Judiciário pode, sem violar o princípio da separação dos poderes, determinar a adoção de medidas pelo Município (Ente), quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, considerando a necessidade do acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais.

Amparando-se, na oportunidade, da discussão do tema de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212/PR, dispôs:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará **a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.** [...] **A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional** – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Brasília, 4 de maio de 2004. (on-line).

³¹ Id., **Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 759.543 RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/12/2013. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 17 de dezembro de 2013. (on-line)

ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.³²

É reconhecido que os direitos fundamentais de segunda geração possuem um processo gradual de concretização e que dependem, em grande parte, de recursos financeiros que estão subordinados às possibilidades orçamentárias do Estado. É importante ressaltar que a limitação de recursos é uma realidade que não pode ser ignorada. Frente a essa consideração, a ADPF 45/DF, de 2004, apresentou algumas reflexões importantes em relação às outras decisões do STF, pois considerou a questão da escassez de recursos e reconheceu que o direito à saúde não é absoluto. Entretanto, como se trata de um controle abstrato de constitucionalidade, a ADPF não conseguiu estabelecer critérios mais precisos para orientar a administração pública, os juízes e a população em geral.

Em relação às demandas individuais, se a decisão que concede a tutela antecipada não for impugnada pela administração pública, isso poderia ser interpretado como um reconhecimento de uma pretensão individual em detrimento da ampliação do acesso a prestações sanitárias para todos. Nesse sentido, surge a dúvida se o processo de estabilização da tutela antecipada poderia comprometer a universalidade do SUS em casos individuais, conforme completa Perlingeiro:

Em matéria de direito público à prestação de serviços e produtos de saúde, reconhecer o comendo judicial apenas em favor dos demandantes significaria fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, evidenciando um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, e rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário.³³

Na concepção de Perlingeiro, o princípio da universalidade surge como o principal obstáculo à possibilidade de estabilização de tutelas antecipadas no âmbito da saúde pública, considerando que essa medida judicial poderia gerar o direito ao acesso universal à saúde de alguns em conflito com o direito ao acesso universal à saúde de outros.

Um marco importante nessa discussão, e que se atrela com o que se propõe discutir esta pesquisa, é a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91, julgada pela Ministra Ellen Gracie, que abordou, pela primeira vez, a não obrigatoriedade da concessão de medicamento pelo Estado na via judicial, sob a fundamentação de limitação de recursos e a necessidade de atingimento do maior número possível de cidadãos. Esse ponto levantado ainda figura como

³² Id., **Emb.Decl. no Agravo de Instrumento 598.212/PR**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/03/2014. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 25 de março de 2014. (on-line)

³³ PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte**, v. 5, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012, p. 221.

antagônico frente às concessões: a consideração de que o direito à saúde prima por um acesso universal-coletivo, em vilipêndio de prestações individuais.

Esse posicionamento foi reformulado posteriormente; entretanto, trouxe à tela a necessidade de uma análise caso a caso dos aspectos factuais relevantes, como a condição econômica do paciente, a gravidade da doença, os pareceres médicos, as políticas de saúde existentes e o preço do medicamento.

Fazendo um paralelo com a órbita processual, uma das preocupações desta pesquisa, nota-se que o Livro V, do Código de Processo Civil, destinou dezoito artigos para tratar acerca do instituto de tutela provisória, esclarecendo inicialmente acerca da tutela de urgência. Mas o que isso teria a ver com a saúde?

Ao lidar com a proteção de situações urgentes, o Código de Processo Civil analisa minuciosamente o tratamento dado a cada uma de suas formas, a saber: a tutela antecipada e a tutela cautelar. Os arts. 303 e 304 do CPC discutem especificamente os casos em que a tutela antecipada é solicitada como medida prévia, contexto muito útil às demandas de saúde.

De acordo com o art. 303, é apenas possível solicitar a tutela antecipada na petição inicial se a urgência surgir ao mesmo tempo em que a ação é proposta. É necessário incluir uma descrição da lide, o direito almejado e o risco de prejuízo ou dano ao processo. Caso a tutela seja concedida, há um prazo de 15 dias para aditá-la (§ 1º). Caso seja negada, a parte pode emendar a petição inicial em até 5 dias, mas ambas as hipóteses acarretam a extinção do processo **sem** resolução do mérito (§§ 2º e 6º), visto que não faz coisa julgada³⁴.

Uma importante mudança é introduzida pelo art. 304, que estabelece a estabilização da decisão e que concede a tutela antecipada conforme disposto no artigo anterior, desde que não haja recurso interposto³⁵.

A tutela antecipada permanece em vigor até que seja revogada, alterada ou anulada por uma decisão de mérito em uma nova ação (§ 3º), e o § 5º estabelece um prazo de dois anos para sua proposição. É importante destacar que a decisão anterior só se torna definitiva se não for contestada em uma nova ação dentro desse prazo de dois anos após a ciência da decisão, como indicado no § 6º. Se a tutela antecipada tiver sido concedida com conhecimento prévio do réu, e após ter sido permitido contraditório, a decisão se torna imutável após o término desse prazo.

³⁴ Embora não se produza coisa julgada, de modo a não constituir óbice a eventual impugnação em ação subsequente, consoante o disposto no § 2º, do art. 336, do CPC.

³⁵ Enunciado 26 da ENFAM: Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.

Nesse sentido, como expressado anteriormente por Valim:

A busca desenfreada pela certeza e pelo exaurimento da cognição deve ser mitigada e relativizada, porquanto, em determinados casos, pode não corresponder ao desiderato volitivo das partes, que podem perfeitamente prezar e priorizar a rapidez na solução do litígio em detrimento de uma segurança jurídica calcada em uma cognição exauriente³⁶.

A chamada “estabilização da tutela antecipada”, prevista nos arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015, representa uma quebra com o perfil tradicional de instrumentalidade e acessoriedade.

2.2 A UTILIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA COMO ALTERNATIVA NA ALTERABILIDADE DAS DEMANDAS DE SAÚDE

Embora a estabilização da antecipação da tutela seja uma novidade introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, seu debate já ocorria na doutrina brasileira. A primeira vez que essa ideia foi discutida no direito brasileiro foi em 1997, por meio de uma proposta de alteração do Código de Processo Civil elaborada pela professora Ada Pellegrini³⁷.

Essa proposta, inspirada nas experiências italiana e belga, estabelecia que a falta de impugnação da decisão que concedesse integralmente a antecipação da tutela resultaria em sua conversão em sentença de mérito, com capacidade de produzir coisa julgada material. Além disso, visando desencorajar o prosseguimento do processo, dispensava-se o réu do pagamento das custas e honorários de sucumbência. No entanto, naquele momento, a estabilização da tutela não foi adotada, prevalecendo apenas à execução provisória, que também foi apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Com a proposta de alteração do Código de Processo Civil, o tema de estabilização da tutela foi retomado pelo IBDP em 2005. Essa proposta trazia algumas modificações em relação à anterior: a) permitia que o requerimento fosse feito não apenas durante a pendência do processo, mas também antes do ajuizamento da demanda de conhecimento; b) previa a possibilidade de estabilização parcial da tutela; e c) estabelecia a ocorrência de coisa julgada.

³⁶ VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015, p. 492.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil – Justificativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr./jun. 1997, p. 191-195.

Após não ter sido aprovada novamente naquela ocasião, a proposta de estabilização da tutela ressurgiu durante a elaboração do anteprojeto do atual Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015. Esse anteprojeto foi inspirado em dispositivos encontrados nos sistemas processuais italiano e francês. Do modelo italiano, a cognição sumária, de forma autônoma, quando deferidas medidas antecipatórias de mérito, admitindo-se expressamente que tais provimentos subsistam, com eficácia própria, mesmo que não se siga o ajuizamento da ação principal³⁸, inspirado, primordialmente, pelo direito francês³⁹.

Os arts. 484 a 492 do Código de Processo Civil Francês⁴⁰ regulam as *ordonnances de référé* em seu sentido geral e procedimental. O art. 484 estabelece que o *référé* é uma decisão, em princípio, provisória, concedida a pedido de uma parte à outra, quando o processo principal está em andamento. O juiz pode determinar medidas necessárias para garantir o direito do exequente. O *référé* é um procedimento autônomo que não está vinculado à demanda principal. A decisão do *référé* tem um caráter definitivo, mas não leva à formação da coisa julgada devido à sua natureza provisória. Pode ser alterada apenas por uma sentença posterior ou de forma incidental quando ocorrem fatos novos.

A estabilização da antecipação da tutela presente em nosso Código de Processo Civil, que foi proposta pela professora Ada Pellegrini, como já dito, teve relação com a técnica monitoria, visando, entre outras questões, proteger o direito do credor, mesmo na ausência de um título executivo, acelerando a sua formação sem a necessidade de um processo de conhecimento completo.

³⁸Artigo 669- octies do Código de Processo Civil Italiano: *Provvedimento di accoglimento. L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies (...) Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669- novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonche' ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte puo' iniziare il giudizio di merito.(...) L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa. L'autorita' del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo.*

³⁹ É o que diz Denti: “*il modelo di questa riforma è rappresentato dal référé francese.*” Ver: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 137.

⁴⁰ Art. 484 do Código de Processo Civil Francês: *L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires.*

Art. 488, do Código de Processo Civil Francês: *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée.Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.*

Sobre o assunto, agregam Didier Júnior, Braga e Oliveira⁴¹ que “a estabilização representa uma técnica de monitorização genérica para situações de urgência e para a tutela satisfativa, porquanto viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu”.

O Código de Processo Civil estabeleceu o procedimento necessário para a estabilização da tutela antecipada nos arts. 303 e 304. De acordo com o *caput* do art. 303, é permitido que a petição inicial se limite apenas ao pedido da tutela antecipada, desde que o requerimento seja apresentado. E, conforme afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴², a estabilização dos efeitos da antecipação da tutela não pode ocorrer sem que haja um requerimento expresso do autor.

Quando a tutela antecipada é concedida, o Código de Processo Civil estabelece (artigo 303, § 1º, I) a obrigação do autor de complementar a petição inicial em até 15 dias, apresentando novos documentos e argumentos que possam reforçar o pedido de tutela final. Essa complementação da inicial é necessária para que o processo siga adiante, mesmo que já tenha sido concedida a tutela antecipada, visando garantir que o réu tenha oportunidade de apresentar sua defesa e de contestar os argumentos do autor, tudo de forma a assegurar a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido já havia se manifestado Ada Grinover⁴³, para quem “a técnica da antecipação responde às exigências de uma tutela rápida, adequada e ajustada ao ritmo acelerado das relações sociais, próprio da sociedade moderna”.

Na órbita da estabilização da tutela, surgem agora duas possibilidades distintas para a parte requerente: buscar apenas a concessão da tutela antecipada satisfativa ou também buscar um pronunciamento judicial completo. Esse sistema dual é resultado da observação de que muitas vezes a controvérsia é resolvida com a concessão da medida liminar. Nesses casos, não é necessário prolongar o processo para obter uma decisão definitiva sobre o mérito, uma vez que não há interesse das partes nessa questão.

O objetivo da exigência prevista no art. 303, § 1º, I, do Código de Processo Civil é assegurar o princípio do contraditório e a ampla defesa do réu, possibilitando-lhe a oportunidade de apresentar sua defesa e de contrapor os argumentos do autor. Para tanto, o autor deve complementar sua petição inicial, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final no prazo de 15 dias, a partir da concessão da tutela antecipada.

⁴¹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 604.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 398.

⁴³ GRINOVER, op. cit., p. 11.

Caso não haja recurso por parte da parte contrária em determinado prazo, a medida de urgência pode se tornar estável, o que significa que ela não poderá mais ser modificada ou revogada naquele processo.

No que diz respeito à eficácia da estabilização da tutela de urgência, há divergências doutrinárias. Alguns doutrinadores entendem que a estabilização faz coisa julgada material, enquanto outros consideram que faz coisa julgada apenas formal, os primeiros destes são Didier Júnior, Braga e Oliveira, que afirmam que

A tutela de urgência, quando estabilizada, adquire eficácia de coisa julgada material. Isso quer dizer que os fatos e as questões decididas na tutela de urgência estabilizada não mais poderão ser objeto de análise em um segundo processo, a exemplo do que ocorre com as sentenças de mérito.⁴⁴

Por outro lado, para alguns autores⁴⁵, a tutela de urgência estabilizada não tem conteúdo decisório, até porque a cognição é sumária. A coisa julgada pressupõe a existência de uma decisão final de mérito, enquanto a estabilização da tutela de urgência seria um incidente, que, quando se opera, não repercute na autoridade da sentença.

No mesmo sentido, orientam Érico Andrade e Humberto Theodoro Júnior:

A estabilização, em suma, torna estável a decisão provisória, mas não implica atribuir a ela os efeitos de coisa julgada material, porque esta não se forma senão no julgamento de mérito. A técnica da estabilização da tutela é utilizada no procedimento possessório na Itália onde a fase de cognição plena não seguirá se uma das partes a requerer expressamente, se não houver pedido expresso, o provimento sumário encerra o processo, sem fazer coisa julgada. Trata-se, portanto, da estabilização da tutela antecipada deferida dentro do procedimento ordinário, com o encerramento deste último sem que a decisão antecipatória opere a coisa julgada.⁴⁶

A tutela antecipada solicitada em caráter antecedente possui duas finalidades distintas: permite que o autor desenvolva com maior diligência o pedido de tutela antecipada satisfativa em uma situação que exige a imediata propositura da ação, podendo posteriormente aprofundar as questões relacionadas ao pedido principal; além disso, evita que o demandante, caso o pedido de tutela antecipada seja indeferido, tenha que realizar um trabalho desnecessário na elaboração completa da petição inicial, uma vez que a continuidade do processo se tornaria inútil devido à perda do objeto, sendo essa uma forma contemporânea de se pensar o processo, primando por um acesso à justiça mais simplificada e efetivo.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 606.

⁴⁵ ASSIS, Araken de. **Manuel dos Recursos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁶ ANDRADE, Érico; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, abr. 2012, p. 25.

Na ausência de interposição de recurso da tutela provisória concedida em caráter antecedente, esta se tornará estável e o processo será encerrado, com a medida “urgente” em vigor até que o réu inicie um processo de conhecimento abrangente para contestar a alegação do autor. Isso significa que, assim como no procedimento monitório, é transferida ao adversário a responsabilidade de iniciar o processo comum de conhecimento⁴⁷.

Didier Júnior⁴⁸ explica que para que ocorra a estabilização da tutela de urgência satisfativa, torna-se necessário que sejam preenchidos os seguintes requisitos: (i) o autor deve ter expressamente optado pela tutela antecipada; (ii) a petição inicial não deve indicar a intenção de prosseguir com o processo após a concessão da tutela antecipada; (iii) deve haver uma decisão que conceda a tutela de urgência satisfativa; e (iv) nenhum dos demandados (réu, litisconsorte passivo ou assistente simples) deve ter apresentado impugnação à decisão. É importante destacar que somente a decisão que concede a tutela antecipada pode ser objeto de estabilização, segundo o autor.

Caso as partes estejam satisfeitas com a decisão antecipatória que tem como base uma análise superficial dos fatos, sem a força da coisa julgada, mas com a capacidade de resolver a crise no direito material, não parece ser razoável exigir que elas continuem o processo para obter uma decisão baseada em análise completa.

Observando o presente instituto da estabilização de forma maleável em uma comparação à formação da coisa julgada, tem-se uma possível alternativa de solução célere no contexto do direito à saúde que, por vezes, tem sua pretensão modificada ao longo do tempo, considerando o quadro clínico do paciente.

De acordo com Schulze, na obra “Direito à saúde e o poder judiciário”, o julgador se depara com dois cenários de situação distintos para balizar o direito a vida:

A primeira situação ocorre quando se postula judicialmente o exercício de direito já reconhecido, mas negado na via administrativa. É o caso de medicamento, tratamento ou uma tecnologia já incorporada no SUS, ou nos planos de saúde, mas que não foi entregue ao cidadão. [...] A segunda hipótese é diferente e acontece quando a discussão processual gira em torno de direitos não reconhecidos na via administrativa (v.g. tratamentos ou tecnologias ainda não incorporados, sem registro na Anvisa, sem comercialização no mercado nacional ou quando a tecnologia já está incorporada, mas o sujeito não possui indicação médica). Nesses casos, o grau de exigência para a procedência do pedido deve ser multiplicado e o processo deve ser analisado com rigorismo, pois não há previsão legal à sua concessão ou fornecimento pelo administrador. Condenações indevidas podem causar prejuízo

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 209, jul. 2012, p. 24-25.

⁴⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 606-610.

financeiro muito grande e dificuldades na execução do planejamento orçamentário do ente público ou da operadora de plano de saúde.⁴⁹

Sobre esse segundo cenário, inclusive, o STF na ADPF nº 45/DF, de 2004, chegou a apresentar algumas reflexões considerando a questão da escassez de recursos e reconheceu que o direito à saúde não seria absoluto. Importando destacar que a fim de compreender melhor a estabilização da tutela em questões relacionadas ao direito à saúde, é necessário examinar o procedimento correspondente. Como se trata de um procedimento especial e autônomo, algumas questões referentes ao comportamento do autor podem ter impacto no desenvolvimento do processo.

A estabilização, portanto, é uma alternativa ao modelo tradicional do procedimento comum, aplicável nos casos em que as partes estejam satisfeitas com a decisão antecipatória baseada em uma cognição sumária. Não seria conveniente imprimi-las a prosseguir com o processo para obter uma decisão baseada em uma cognição mais aprofundada.

⁴⁹ SCHULZE, Clenio. Direito à saúde e o poder judiciário. In: SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 49.

3. UM SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS E A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE

Definir uma conceituação precisa e imutável para os chamados direitos fundamentais não é uma tarefa simples, uma vez que a definição desses direitos pode variar de acordo com o local, o período histórico e, principalmente, a ideologia adotada.

Segundo os ensinamentos de Sarlet⁵⁰, os direitos fundamentais podem ser abordados sob diferentes perspectivas, sendo três delas as mais relevantes: a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), que se dedica ao estudo dos direitos fundamentais como direitos inerentes a todos os seres humanos, em qualquer tempo e lugar; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), que trata dos direitos fundamentais como direitos que pertencem a todos os indivíduos (ou grupos de indivíduos) em todo o mundo, por um determinado período de tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), que considera os direitos fundamentais como direitos que pertencem aos indivíduos em um tempo e lugar específicos, e que são reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico de um Estado.

No entanto, essas perspectivas não são exaustivas e não podem ser abordadas de forma isolada, uma vez que elas se interagem e complementam. Conforme afirmado por Barreto, o conceito de direitos fundamentais pode ser utilizado para se referir a certos direitos que reconhecem e asseguram a dignidade da pessoa humana, e complementa dispendo:

[...] dentro de uma interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, deve-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais. A partir dessa eticidade dos direitos humanos, pode-se falar em direitos fundamentais sociais, quais sejam, aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais [...] ⁵¹

De acordo com os ensinamentos de Yeda Tatiana Cury⁵², os direitos sociais surgiram como uma tentativa de reduzir as desigualdades sociais, cabendo ao Estado a responsabilidade de garantir o mínimo necessário para a sobrevivência digna dos indivíduos na sociedade moderna.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

⁵¹ BARRETO, Vicente Paulo. Reflexão sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

⁵² CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25.

Nesse contexto, é dever do Estado garantir não só a efetividade dos direitos fundamentais, mas também a prestação positiva ou negativa relacionada ao direito à saúde, que pode ser exigida pelos cidadãos. Portanto, o poder estatal não pode se omitir em seus esforços para atender às necessidades da população mais vulnerável, que não tem recursos financeiros para arcar com um plano de saúde privado, pois a falta de assistência adequada pode colocar em risco seu direito à vida e à integridade física⁵³.

Nessa mesma linha de pensamento, é importante destacar que muitos estudiosos dos direitos sociais fundamentais afirmam que a responsabilidade do Estado em garantir esses direitos está relacionada ao conceito de “mínimo existencial”. Sobre o tema, agrega Ingo Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos direitos fundamentais” apresentando:

A primeira dificuldade com a qual nos deparamos na tarefa de averiguar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações na área da saúde reside, portanto, na forma pela qual o direito à saúde (a exemplo da maior parte dos direitos sociais prestacionais) foi consagrado pelo Constituinte. Além disso, a exemplo dos demais direitos sociais de cunho positivo, também o direito à saúde tem sido considerado (entre nós e no direito comparado, muito embora e felizmente, cada vez menos) como dependente de intermediação legislativa, de tal sorte que não são poucos os que lhe negam a sua plenitude eficaz. Outro aspecto que merece ser destacado diz com o conteúdo de um direito subjetivo nesta esfera, já que o leque de necessidades é de tal forma amplo, que dificilmente poderá ser abrangido por qualquer normalização constitucional ou infraconstitucional.⁵⁴

Em contraposição, Vicente Paulo Barreto⁵⁵ sustenta que o Estado democrático de direito tem como valores supremos a garantia dos direitos sociais e individuais. Nesse sentido, a Constituição considera os direitos sociais como categoria jurídica de igual importância em relação aos direitos civis e políticos, pois todos estão incluídos na categoria jurídica essencial ao regime adotado.

Dessa forma, não se justificaria a inefetividade dos direitos sociais, tratando-os como meras diretrizes programáticas. Também é nessa linha que se destaca na doutrina constitucional brasileira a noção de mínimo existencial, segundo a qual o indivíduo tem direito subjetivo público apenas ao necessário para uma existência mínima digna. Essa teoria contribui para uma interpretação restritiva em relação aos direitos sociais, limitando sua extensão. Para esses estudiosos, a plena aplicação dos direitos sociais resultaria na renúncia

⁵³ BARRETO, op. cit., p. 130.

⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 314.

⁵⁵ BARRETO, op. cit., p. 117.

do mínimo assistencial diante da insuficiência de recursos, deixando o Estado incapaz de garantir tal mínimo⁵⁶.

Importa destacar que os direitos fundamentais essenciais estão cada vez mais condicionados a ações positivas por parte do Estado. Nessa perspectiva, continua sustentando Barreto que os direitos sociais fundamentais têm um fundamento ético na busca pela justiça, na medida em que são cruciais para a promoção da dignidade humana e são indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana é considerada como a base de todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais. Assim sendo, a interpretação desses direitos deve ser feita de forma ampla e efetiva, de modo a garantir sua plena realização, figurando o reconhecimento e garantia dos direitos sociais como essencial para a consolidação do Estado Democrático de Direito, já que estes são indispensáveis para a promoção da dignidade humana e da justiça social.

Nesse aspecto, corrobora Ingo Sarlet:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reservas parlamentares em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para o atendimento de todos os direitos sociais fundamentais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre que nos encontrarmos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente em se cuidando da saúde, da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.⁵⁷

De acordo com Sarlet, embora a Constituição não tenha especificado o objeto do direito à saúde, essa tarefa é atribuição dos legisladores federais, estaduais e municipais. No entanto, isso não exclui a responsabilidade do Judiciário em interpretar as normas constitucionais e determinar como o direito à saúde deve ser concretizado e aplicado na prática.

Visando uma possível proteção por meio do direito processual na discussão material do direito à saúde, torna-se imprescindível a atuação do Estado na proteção e efetivação de uma tutela voltada a esses direitos e, nesse sentido, destaca-se a importância do Poder Judiciário, primando pela efetividade no cumprimento da prestação positiva à saúde,

⁵⁶ Id., Ibid., p. 130.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 10. jan. 2002, p. 13.

considerando a necessidade de um dos principais direitos fundamentais previsto na Carta Magna do Brasil, senão o mais importante (vida).

3.1 A CONCEPÇÃO DA NUMEROLOGIA DE ALEXY APLICADA NO ÂMBITO DA TUTELA DE SAÚDE

De acordo com Alexy, a teoria analítica dos direitos é fundamentada em uma divisão tripla das posições que podem ser consideradas como “direitos”: (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências.

Essa distinção foi originalmente proposta por Bentham⁵⁸, com a diferença que dividiu os direitos a serviços, liberdades e poderes. Posteriormente, por Bierling⁵⁹, que separou pretensão jurídica, simples permissão jurídica e faculdade jurídica.

Enneccerus⁶⁰, por sua vez, argumenta que o termo “pretensão” seria mais apropriado do que “direito a algo”, uma vez que ambos compartilham um caráter relacional, que envolve a demanda de uma ação ou abstenção. No entanto, para evitar confusões, optaremos por não utilizar o conceito de pretensão em um sentido técnico.

É importante ressaltar que a expressão “direitos a algo” perde um pouco de sua peculiaridade quando se trata da formulação de direitos específicos. Conforme ainda explicado por Alexy, a forma mais genérica de um enunciado que se refere a um “direito a algo” é a seguinte: (1) *A* tem um direito a *G* em relação a *B*. Essa forma de enunciação indica uma relação triádica, em que o primeiro elemento representa o portador do direito, o segundo elemento o destinatário e o terceiro elemento o objeto do direito, e essa relação pode ser representada pela letra *R*.

As diferenças entre as relações estabelecidas são de extrema importância para a dogmática dos direitos fundamentais, dependendo se o titular do direito é uma pessoa física ou jurídica de direito público, se o destinatário é o Estado ou um particular, e se o objeto é uma ação positiva (um fazer) ou uma abstenção (não fazer).

O objeto de um “direito a algo” está sempre relacionado a uma ação do destinatário, uma vez que a estrutura triádica da relação assim o exige. Caso o objeto não esteja relacionado a uma ação específica do destinatário, a inclusão deste último na relação perderia seu sentido. Um exemplo dessa situação é o art. 196, da Constituição Federal de 1988,

⁵⁸ BENTHAM, Jeremy. **Of Laws in General**. London: Athlone, 1970, p. 57-58.

⁵⁹ BIERLING, Ernst R. **Zur Kritik der juristischen Grundbegriff**, parte 2. Gotha: Wentworth Press, 1877, p. 49 e ss.

⁶⁰ ENNECCERUS, Ludwig; NAWIASKY, Hans C. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 15ª ed., v. 2, Tübingen: Mohr, 1960, p. 1.263 e ss.

dispondo que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, mediante acesso universal e igualitário. Nesse caso, o objeto não se refere a uma ação específica que deve ser realizada pelo destinatário, mas sim a uma condição que o Estado deve proteger.

Conforme observado por Kant⁶¹, a referência a esse tipo de relação representa apenas uma forma simplificada de designar um conjunto complexo de direitos a algo, liberdades e/ou competências. No entanto, Anthony M. Honoré⁶² argumenta que esse tipo de relação também pode se manifestar de forma oposta, ou seja, por meio da obrigação do destinatário em relação ao objeto do direito, em vez do direito do portador em relação ao objeto. Assim, um direito desse tipo possui a estrutura representada por *RabG* se refere a uma ação que o destinatário deve ou não realizar.

A diferenciação entre ações positivas e negativas é um critério fundamental para a classificação dos direitos a algo com base em seus objetos. No contexto dos direitos em relação ao Estado, os direitos a ações negativas referem-se ao que comumente é conhecido como “direitos de defesa”. Por outro lado, os direitos em relação ao Estado a uma ação positiva não são completamente equivalentes ao que chamamos de “direitos a prestações”.

Já o direito que os cidadãos têm em relação ao Estado a ações positivas pode ser dividido em dois grupos: aqueles que exigem uma ação concreta por parte do Estado e aqueles que exigem a criação de normas para garantir a realização dessas ações. Independentemente da forma como esses direitos são satisfeitos, seja por meio de uma decisão judicial ou por outro meio jurídico, o fato é que eles se referem a uma ação fática, ou seja, uma ação concreta do Estado para garantir a proteção dos direitos dos cidadãos.

Quando se utiliza o termo “direito a prestações”, normalmente está se referindo a direitos que exigem ações positivas por parte do Estado, ou seja, prestação de serviços ou benefícios sociais. Esses direitos, que podem ser fornecidos também por particulares, são conhecidos como “direitos a prestações em sentido estrito”. No entanto, além dos direitos a prestações fáticas, há também os direitos a prestações normativas, nos quais o Estado é obrigado a criar normas ou regulamentações para proteger e garantir determinados direitos. Esses direitos também podem ser considerados “direitos a prestações”, mas em sentido amplo.

Os conceitos de direito a uma ação positiva fática e de direito a uma ação positiva normativa abrangem situações muito diferentes. É importante destacar apenas suas estruturas

⁶¹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Vozes, 2013.

⁶² HONORÉ, Anthony M. Rights of exclusion and immunities against divesting. **Tulane Law Review**, n. 34, 1960, p. 453 e ss.

fundamentais: *a* tem um direito contra o Estado para que este realize a ação positiva concreta *hn*. *a* tem um direito contra o Estado para que este promulgue ação positiva normativa *hn*.

A análise da relação entre direitos e obrigações envolve a compreensão da equivalência lógica entre a relação triádica de direitos e uma relação triádica de obrigações ou deveres. Por exemplo, a partir do direito de *a* contra *b* de ser ajudado, podemos inferir a obrigação de *b* em ajudar *a*. Essa relação expressa uma obrigação relacional, que é diferente de uma obrigação não-relacional, como a obrigação de *b* em ajudar *a* expressa por si só, sem referência a um direito de *a*.

Dessa forma, Alexy propõe, em sua teoria dos direitos fundamentais, que o direito a algo, como é o caso do direito à saúde (*direito a G*), é composto de uma relação jurídica (*R*) entre o titular do direito (*A*) e o Estado (*B*)⁶³.

Nessa relação triádica, como já dito, o titular do direito tem o poder de exigir do Estado ações positivas para garantir sua saúde, tais como a implementação de políticas públicas, a disponibilização de recursos e serviços de saúde e a regulação de atividades que possam prejudicar a saúde da população. Assim, o direito à saúde não se resume a uma simples faculdade ou liberdade de buscar serviços de saúde, mas sim a uma exigência do Estado de implementar medidas que assegurem a proteção da saúde da população.

Considerando que o direito à saúde é uma garantia fundamental que se relaciona intrinsecamente com o direito à vida, à dignidade humana e ao acesso à justiça, na correspondência de direito à saúde, pode-se afirmar que a pessoa titular desse direito tem o poder de exigir do Estado ações positivas para garantir sua saúde, enquanto o Estado de maneira ampla possui a obrigação de implementar políticas públicas, disponibilizar recursos e serviços de saúde, além de regulamentar atividades que possam afetar a saúde da população. Essa relação entre direito e obrigação é uma das bases da proteção dos direitos fundamentais na sociedade.

Na órbita das concessões judiciais de saúde, observamos decisões que determinam ao Estado a obrigação de fornecer medicamentos, tratamentos e procedimentos de saúde a pacientes que não conseguem obter esses serviços pelo sistema público ou privado de saúde. Essas decisões são frequentemente baseadas no direito à saúde previsto na Constituição brasileira.

⁶³ *A* tem um direito a *G* em relação a *B*. Essa forma de enunciação indica uma relação triádica, em que o primeiro elemento representa o portador do direito, o segundo elemento o destinatário e o terceiro elemento o objeto do direito, e essa relação pode ser representada pela letra *R*.

Nesse sentido, a concessão judicial de saúde pode ser entendida como uma forma de assegurar o direito à saúde, tal como concebido por Alexy na órbita das prestações positivas. Ou seja, é uma forma de garantir que o Estado cumpra sua obrigação de fornecer aos cidadãos os recursos necessários para proteger e promover sua saúde, incluindo o acesso a serviços de saúde de qualidade.

Assim, o direito à saúde, na perspectiva de Alexy, seria um direito fundamental que impõe ao Estado a obrigação de garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. E as concessões judiciais de saúde, por sua vez, torna-se uma das ferramentas para garantir esse direito em casos específicos em que os pacientes não conseguem obter os serviços necessários de outra forma.

3.2 POR QUE OS DIREITOS NÃO PODEM SER ABSOLUTOS

Trazendo à tela o direito constitucional à proteção do Estado, surge a necessidade de pautarmos liberdades positivas e negativas no dever de ação da tutela estatal, também na órbita judicial.

Inicialmente, segundo Holmes e Sunstein, seria impróprio estender a linguagem para implicar que se exija do Estado a responsabilidade positiva de assegurar que todos os interesses dos cidadãos não sejam prejudicados, dispondo da seguinte maneira: “A Constituição foi concebida principalmente para obstar a ação das autoridades federais. É uma gigantesca medida restritiva imposta pelos cidadãos ao governo. [...] Esse não é somente o propósito principal da constituição; é seu propósito quase exclusivo.”⁶⁴

Vamos supor que haja um consenso de que a Constituição não garante a proteção dos cidadãos contra ações de terceiros. No entanto, a Constituição pode estabelecer uma obrigação para o Estado proteger os indivíduos contra a interferência indevida de outros particulares, apesar de não oferecer essa proteção diretamente aos cidadãos. O fato de a Constituição ser aplicável, em grande medida, ao Estado ou até mesmo exclusivamente a ele, não exclui essa possibilidade.

Neste passo, questiona-se qual é o real papel do Estado em uma sociedade democrática, considerando que os direitos que protegem os cidadãos exclusivamente contra as autoridades públicas (e não uns contra os outros), tendem a admitir que determinadas normas impostas no texto constitucional determinem diretrizes aos particulares e também ao Estado.

⁶⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende de impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 97.

A responsabilidade positiva do Estado em proteger os cidadãos particulares uns contra os outros é uma decorrência lógica da forma como os direitos são originalmente assegurados. A liberdade pessoal acaba, certa feita, implicando na necessidade de uma ação positiva do Estado, o que reforça a ideia de que os direitos possuem custos.

Além de resolver um caso específico, uma decisão judicial tem o poder de transmitir uma mensagem ao público sobre o objetivo e o sentido fundamental do contrato social. Sobre isso, destacam-se as lições acerca do caráter absoluto dos direitos. Estariam estes sujeitos a certas restrições orçamentárias?

Para remediar as transgressões cometidas anteriormente e prevenir aquelas que possam ocorrer no futuro, os tribunais contam com a cooperação dos órgãos do Poder Executivo, os quais, por sua vez, segundo afirmam Holmes e Sunstein⁶⁵, operam em um contexto de limitações financeiras para lidar com problemas que possuem um potencial praticamente ilimitado. Por possuírem um conhecimento detalhado da situação local, esses departamentos precisam distribuir os recursos disponíveis da maneira mais eficaz possível, o que se torna ainda mais difícil em função das restrições orçamentárias rigorosas.

Diante de uma situação de urgência, como pode um juiz avaliar sua prioridade em relação a outros problemas sociais que competem pela atenção do governo, dos quais o juiz não possui conhecimento?

Ao contrário do Legislativo, o Judiciário lida com casos, em sua boa parte, individuais⁶⁶, tornando-se desafiador determinar se o Estado cometeu um erro ao priorizar a distribuição de recursos para os casos A, B e C em vez do caso D, mesmo que posteriormente se constate que o caso D resultou em uma calamidade. A compreensão dos direitos fundamentais e a relação entre o Judiciário e os outros poderes dependem de uma escolha prévia: ignorar os custos envolvidos ou considerá-los.

O Estado não poderia garantir proteção total aos seus cidadãos, mas deve reconhecer, de forma realista, que todo direito possui um custo, e que os recursos alocados para proteger esses direitos devem ser retirados do mesmo orçamento, necessariamente limitado, razão pela qual, segundo Holmes e Sunstein⁶⁷, os tribunais não possuem a capacidade de assumir a responsabilidade de estabelecer prioridades e otimizar a distribuição de recursos escassos, tarefas que foram atribuídas a eles pela parte autora de uma ação judicial.

⁶⁵ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 192-193.

⁶⁶ Segundo dados do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁶⁷ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 202.

Costuma-se dizer que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm um caráter preventivo; no entanto, na perspectiva dos autores⁶⁸, essas palavras seriam recursos retóricos, considerando que um direito que exija um gasto seletivo dos recursos dos contribuintes não pode ser unilateralmente protegido pelo Poder Judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelas quais os outros poderes do Estado são, em última instância, responsáveis.

Sobre o assunto, Bobbio⁶⁹, quando escreveu sobre os fundamentos dos direitos do homem, discutiu três proposições que se tornam interessante para a temática aqui posta: o fundamento absoluto dos direitos do homem, se esse fundamento seria possível e, em sendo possível, se seria desejável.

Em um ordenamento positivo, em que figuramos como sujeitos de direitos e deveres, no reconhecimento de uma norma, se tenta buscar o convencimento do maior número de pessoas, sobretudo aquelas que possuem o poder direto ou indireto de estabelecer normas válidas dentro desse sistema legal.

Segundo ele, partimos do pressuposto de que os direitos humanos são objetivos desejáveis, ou seja, fins que devem ser buscados, e reconhecemos que nem todos esses direitos foram ainda reconhecidos universalmente e em igual medida. Estamos convencidos de que fornecer um fundamento, ou seja, apresentar razões para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos que também fosse feita pelos outros, é um meio apropriado para obter um reconhecimento mais amplo para esses direitos.

A partir da finalidade buscada ao procurar o fundamento, surge a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que, ao acumular e desenvolver razões e argumentos, eventualmente encontraremos a razão e o argumento irresistíveis aos quais ninguém poderá se opor. O fundamento absoluto representa o fundamento irresistível no âmbito das nossas ideias, assim como o poder absoluto representa o poder irresistível (como exemplificado por Hobbes) no âmbito das nossas ações.

Dessa maneira, afirma Bobbio que:

Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim

⁶⁸ Id., Ibid., p. 204.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas ou boas.⁷⁰

Essa ilusão foi amplamente compartilhada ao longo dos séculos pelos jusnaturalistas, que acreditavam ter estabelecido certos direitos (embora nem sempre os mesmos) como incontestáveis, derivando-os diretamente da natureza humana (“ínatos”, segundo Kant). No entanto, a natureza humana revelou-se extremamente frágil como fundamento absoluto para direitos irresistíveis.

Diante disso, surge a pergunta de como é possível abordar o problema do fundamento, seja ele absoluto ou não, de direitos para os quais não é possível fornecer uma definição precisa.

Os direitos humanos constituem uma categoria em constante evolução, como demonstrado suficientemente pela história. O conjunto de direitos humanos tem sofrido modificações e continua a se modificar de acordo com as mudanças nas condições históricas, ou seja, nas necessidades e interesses das diferentes classes no poder, nos recursos disponíveis para sua realização, nas transformações tecnológicas, dentre outros fatores.

Direitos que foram considerados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sagrada e inviolável, têm sido sujeitos a limitações significativas nas declarações contemporâneas. Não é difícil prever que no futuro possam surgir novas reivindicações que atualmente nem podemos imaginar. Isso prova uma possível existência de direitos fundamentais intrinsecamente definidos: o que pode ser considerado fundamental em uma época histórica e em uma determinada civilização pode não ser considerado fundamental em outras épocas e culturas diferentes.

Não é em outro sentido que pontua Bobbio:

Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação. O relativismo que deriva dessa pluralidade é também relativo. E, além do mais, é precisamente esse relativismo o mais forte argumento em favor de alguns direitos do homem, dos mais celebrados, como a liberdade de religião e, em geral, a liberdade de pensamento.⁷¹

Neste aspecto, Holmes e Sunstein⁷² nos ensinam que os direitos não seriam absolutos, mas sim relativos. Sob o aspecto de considerar o custo, essa seria apenas mais uma

⁷⁰ Id. Ibid., p. 12.

⁷¹ BOBBIO, op. cit., p. 13.

⁷² HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 192.

abordagem, ao lado de outras abordagens mais comuns, para obter uma melhor compreensão da natureza qualificada de todos os direitos, incluindo os direitos constitucionais.

Levar em conta os custos pode complementar, de forma útil, outras abordagens mais tradicionais, especialmente porque a teoria convencional dos direitos, que não considera os custos, fortalecendo, segundo os autores, uma compreensão equivocada de sua função ou objetivo social, se tornou amplamente difundida.

Existem certos direitos que são universalmente válidos em todas as circunstâncias e aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de suas diferenças. Esses direitos não devem ser limitados nem em situações excepcionais, nem em relação a qualquer categoria específica de indivíduos (por exemplo, o direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são considerados privilegiados, pois não são colocados em competição com outros direitos, mesmo que também sejam fundamentais.

Segundo Bobbio⁷³, é indiscutível que estamos enfrentando uma crise dos fundamentos. Devemos reconhecê-la, mas não devemos tentar superá-la buscando um novo fundamento absoluto para substituir o que foi perdido. Nosso objetivo atual seria mais modesto, embora também mais desafiador: buscar, em cada situação específica, os diversos fundamentos possíveis.

Essa busca pelos fundamentos possíveis, por sua vez, é uma empreitada legítima e não destinada, como a anterior, ao fracasso. No entanto, essa busca não terá nenhum significado histórico se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das circunstâncias nas quais um determinado direito pode ser efetivamente realizado.

⁷³ BOBBIO, op. cit., p. 16.

4. O TRATAMENTO DAS AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – UMA DINÂMICA DE ACESSO À JUSTIÇA

A judicialização da saúde não deve ser automaticamente considerada um fenômeno negativo no contexto de um Estado Democrático de Direito. O fato de um grande número de pessoas estarem buscando seu direito constitucional à saúde por meio do sistema judiciário pode indicar um aumento na conscientização da população sobre seus direitos, uma maior disposição do Judiciário em proteger os direitos sociais das pessoas mais vulneráveis e um maior escrutínio e controle da sociedade sobre as ações do setor público.

Podemos até mesmo enxergar a judicialização da saúde como uma “revolução de direitos”, utilizando a expressão do cientista político norte-americano Charles Epp, ao descrever o crescente número de processos judiciais em favor dos direitos civis da população negra nas décadas de 1950 e 1960⁷⁴.

Um ponto relevante a ser destacado em relação à judicialização da saúde no Brasil é o seu caráter “recente”, considerando a inclusão da saúde, de forma efetiva, entre os direitos sociais garantidos pelo Estado, disposto no art. 6º, da Constituição Federal de 1988, tratado como direito social ao lado de outros, como educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância, colocando a saúde como direito de todos e dever do Estado⁷⁵, cabendo a este garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (arts. 196 a 200, da seção II, ainda da Constituição Federal).

No senso comum, e também no âmbito jurídico, acredita-se amplamente que a judicialização seja uma simples reação dos cidadãos diante de uma negligência do Estado em cumprir sua obrigação constitucional, sendo uma resposta natural à “omissão intolerável” por parte dos poderes públicos em “violiar, de maneira arbitrária, a efetividade social” do mandamento constitucional, como formulado pelo Ministro Celso de Mello, em um caso emblemático julgado no início da década passada⁷⁶. Nessa perspectiva, o papel do Judiciário seria de simplesmente assegurar o tratamento adequado para esse tipo de questão: compelir o Estado a respeitar a Constituição.

⁷⁴ EPP, Charles R. **After the rights revolution**: lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

⁷⁵ Além da Constituição, fazemos um destaque para a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre saúde, sua promoção, proteção, recuperação, assim como diretrizes de funcionamento, reiterando a saúde como “direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º), posicionando, de certa forma, da necessidade de prestação positiva do Estado com o dever de garantir o acesso universal e igualitário as ações e aos serviços de saúde (§ 1º).

⁷⁶ Agravo no RE n. 271.286-8/2.000.

Embora exista um amplo consenso moral e legal sobre a importância de se respeitar e proteger o direito à vida e à saúde, a complexidade de sua realização não pode ser subestimada. A esse respeito, Bobbio⁷⁷ destaca que os direitos humanos são frequentemente considerados absolutos, embora, na concepção dele, não o sejam.

Octávio Luiz Motta Ferraz⁷⁸, em seu artigo “Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil”, contribui com a afirmação de que o direito à saúde estaria sendo aplicado como “jurisprudência do direito a tudo” e, com base no seu estudo feito à época, que teríamos uma taxa de satisfação do paciente na prestação de quase todas as demandas que chegam ao judiciário, mas será que essa perspectiva ainda se mantém?

Acredita-se que a jurisprudência do “direito a tudo” teve início em 1997, por meio de uma decisão individual proferida pelo Ministro Celso de Mello em uma ação movida contra o Estado de Santa Catarina⁷⁹. Nesse caso, foi exigido o acesso ao tratamento de transplante de células mioblásticas, uma condição rara que causa distrofia muscular, decisão essa que foi posteriormente ratificada em diversos casos relacionados à Aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), razão pela qual fazemos destaque a um trecho do voto na Pet. nº 1.246-SC/STF, que dispõe da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO Nº 1246-1 – SANTA CATARINA. RELATOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. AGTE: ESTADO DE SANTA CATARINA. AGDO. JOÃO BATISTA GONÇALVES CORDEIRO. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente [...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 50, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Decisão: por votação unânime, o Tribunal, de ofício, julgou prejudicado o agravo regimental. Plenário, 10/04/1997.⁸⁰

Indubitavelmente, houve mérito nessa nova interpretação jurídica consolidada na transição para os anos 2000, superando possível concepção de que o direito à saúde, previsto no art. 196, era uma norma programática, ou seja, de eficácia limitada. No entanto, a

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁷⁸ MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz. Addressing the Judicialization of Health in Brazil. **Direito GV Law Review**, v. 15, n. 3, 2019, p. 9.

⁷⁹ Pet 1.246-SC (STF, 1997, Celso de Mello). Casos no STF que envolvem tratamento para Aids nos anos 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>, Acesso em: 08 maio 2023. Ainda sobre o assunto: RE n. 271.286-Agr-RS (Celso de Mello); AG n. 232469-RS (Marco Aurélio), AG n. 236.644-RS (Maurício Correa); AG n. 238.328-RS (Marco Aurélio), AG n. 273.042-RS (Marco Aurélio).

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Pet. 1.246/SC**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 10/04/1997. Órgão julgador: Pleno. Brasília, 10 de abril de 1997. (on-line)

interpretação ampla conferida ao direito à saúde nessa perspectiva do “direito a tudo”, desconsideraria a necessidade de limitação de recursos, um fator inerente a qualquer sistema de saúde em todo o mundo, tratando o interesse financeiro como secundário para o Estado, diante do interesse maior da saúde e da vida.

Não demorou muito para que essa interpretação ampla e quase absolutista do direito à saúde entrasse em conflito não apenas com a limitação de recursos, mas também com qualquer outra razão apresentada pelo Estado para negar o fornecimento do medicamento solicitado pelo requerente. Isso inclui a falta de evidências científicas (tratamento experimental) e a ausência de aprovação regulatória em alguns casos.

Ao discutir o “Presente e futuro dos direitos do homem”, Bobbio argumenta que o principal desafio atual relacionado a esses direitos não é tanto justificá-los, mas protegê-los, muito embora reconheça que haja uma crise nos fundamentos filosóficos desses direitos, acredita-se que a tarefa mais importante e difícil é buscar os vários fundamentos possíveis para cada caso concreto. Isso envolve estudar as condições, meios e situações em que cada direito pode ser efetivado, sem separar o problema dos fins do problema dos meios, enfatizando “qual é o modo mais seguro para garanti-los, e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁸¹.

A decisão monocrática proferida no julgado do STJ proveniente do AgIn nº 1.114.613/MG, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, em 08/05/2009, contribui da seguinte maneira:

O receituário médico, firmado seja por médico particular, seja por médico público, é documento hábil a comprovar a necessidade do medicamento. Adotar o entendimento do Poder Público, que pretende discutir a prescrição feita, seria adentrar ao campo próprio do médico responsável pelo tratamento do paciente. A não ser quando evidente o erro contido no relatório/receita, ou seja, quando teratológica a prescrição, descabe ao administrador, bem como ao Judiciário, questionar se esse ou aquele medicamento seria o mais adequado.⁸²

Identificar a saúde como um bem a ser protegido pelo Direito apresenta uma dificuldade ética inicial: estabelecer critérios universalizáveis para definir esse bem, bem como seus benefícios e necessidades específicas para indivíduos ou comunidades. Isso ocorre porque a valoração da saúde varia de acordo com diferentes contextos sociais e morais, especialmente em sociedades pluralistas como a nossa.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24-25.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1.114.613/MG**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 08/05/2009. Decisão monocrática. Brasília, 8 de maio de 2009. (on-line)

A realização do direito à saúde não se limita apenas à ausência de obstáculos que impeçam o acesso aos serviços e insumos de assistência à saúde, mas também envolve ações positivas por parte do Estado, ao passo que a efetivação desse direito é composta por uma dimensão individual e outra coletiva, garantindo tanto o acesso aos serviços e insumos quanto à promoção da saúde da sociedade como um todo.

Encontrar um equilíbrio entre a dimensão individual e coletiva na realização do direito à saúde traz a necessidade de sopesamento. Essa tarefa requer o respeito pelas liberdades e direitos pessoais, bem como a proteção do bem-estar coletivo a um custo socialmente aceitável. No entanto, a legitimidade dessas restrições está correlacionada com a ideia do que se entende por justiça e com a norma que a define.

O assunto em questão é amplamente discutido no contexto da garantia jurídica dos direitos sociais, especialmente quando se propõe, por meio de uma ação judicial, que o Poder Judiciário determine que o Estado cumpra com um direito social estabelecido pela Constituição. Esse debate é relevante porque a realização dos direitos sociais geralmente depende da implementação de políticas públicas pelo Estado, o que significa que a proteção desses direitos é assegurada pela ação governamental, enquanto a violação ocorre devido à omissão do poder público⁸³.

Nesse contexto, ao Poder Judiciário é dada relativa importância para a preservação dos direitos fundamentais à vida e à saúde. Importa mencionar, nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vem implementando diversas iniciativas para aperfeiçoar a prestação jurisdicional nas demandas por acesso à saúde, dentre elas, destaca-se a criação do Fórum de Saúde (FONAJUS), originado pela Resolução nº 107, que criou, por exemplo, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS) com a finalidade de colaborar com os magistrados em informações técnicas sobre as questões que envolvem a saúde, permitindo, portanto, além de um apoio técnico, o impacto na apreciação de tal demanda de forma mais rápida no âmbito processual.

De acordo com o relatório intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil: Análise das demandas, causas e possíveis soluções”, elaborado pelo CNJ em 2018, foi observado um substancial aumento de cerca de 130% no volume de novos processos relacionados ao direito à saúde na primeira instância entre os anos de 2008 e 2017. Essa expansão, conforme indicado

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005, p. 197.

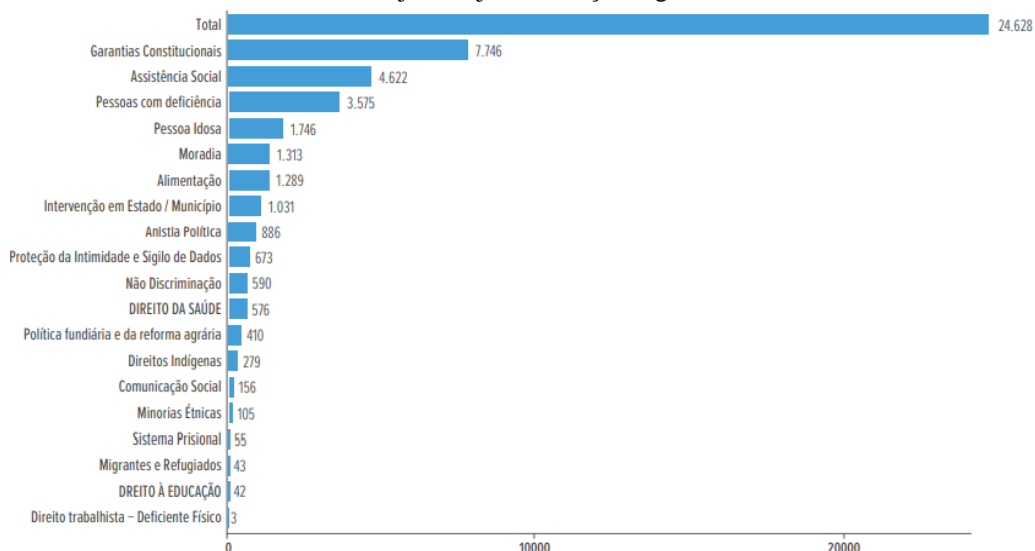
pelos relatórios do “Justiça em Números” publicados no mesmo período, é significativamente maior do que o crescimento de 50% do número total de processos na primeira instância.

Já segundo recentes dados do CNJ, mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na justiça brasileira, de acordo com dados do painel de estatísticas processuais de direito da saúde, referente ao ano de 2020 a 2022.

Em um panorama atual, processos judiciais que envolvem direito à saúde já contam com um olhar diferente, pelo direito material que vem sendo discutido, entendendo como litígios específicos, mas que geram sobrecarga do Judiciário, conforme destacado no relatório do ano de 2022, da “Justiça em números”, promovido pelo CNJ⁸⁴. Dessa forma, como podemos pensar um procedimento que vise dar celeridade a essas demandas?

Em uma perfunctória análise dos dados promovidos pelo CNJ, por meio do DataJud⁸⁵, no filtro sobre Direitos Humanos mais recorrentes em 2021, tem-se o direito à saúde presente como uma das matérias objeto de judicialização, sendo possível observar que as demandas que versam sobre direito à saúde figuram na 11ª posição, mesmo considerando que o relatório optou por não abranger a árvore de Direito da Saúde e Direito à Educação, tendo em vista que há uma multiplicidade de assuntos dentro do ramo da saúde e do direito à educação na análise sobre direitos fundamentais.

Gráfico 1- Matérias objeto de judicialização segundo o CNJ em 2021



Fonte: Relatório Justiça em Números.⁸⁶

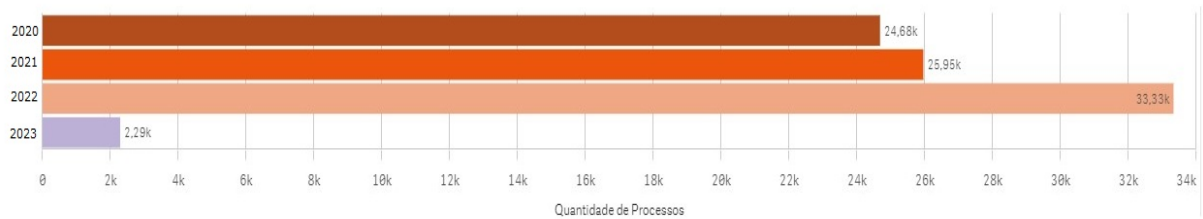
⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

⁸⁵ DataJud - Base Nacional de Dados do Poder Judiciário como fonte originária de obtenção de dados empíricos para a construção de seus principais indicadores.

⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022, p. 302.

Observando a evolução dos dados voltados à saúde pública no trâmite das ações perante a justiça estadual e federal sobre fornecimento de medicamentos, observamos o número total de novos processos numa crescente considerável, saindo de 25,95 mil processos em 2021 para 33,33 mil em 2022:

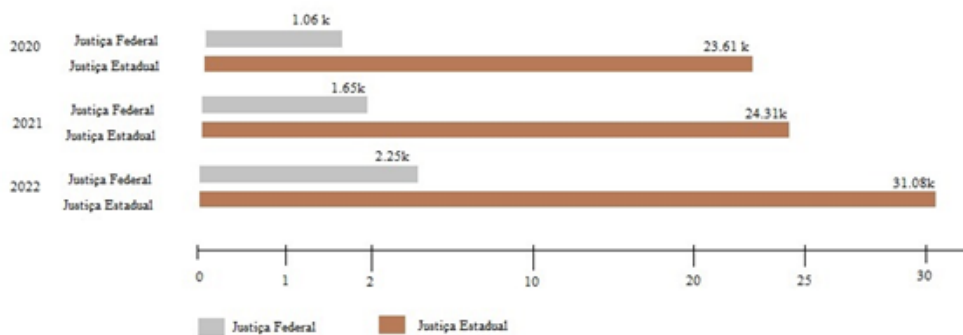
Gráfico 2 – Dados Judicialização da saúde pública no fornecimento de medicamento – quantitativo geral (justiça estadual e federal)



Fonte: Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde do CNJ – 2023.

Realizando a aplicação do filtro de forma isolada por cada justiça observamos que grande parte das demandas tramita na justiça estadual, tendo correspondido a uma média de 93,97% no comparativo dos últimos anos, consoante processos ajuizados estratificados abaixo:

Gráfico 3 - Quantidade de processos novos com mérito "fornecimento de medicamento"



Fonte: gráfico elaborado pela autora.

Desses processos, o índice geral de atendimento a demanda em 2022 atingiu a porcentagem de 100,64%, bastante inferior aos anos anteriores, considerando grau máximo 200% estipulado pelo CNJ, somado ao tempo de tramitação até o julgamento nos últimos três

anos, que atingiu a média de 481 dias (441 em 2020 – 485 em 2021 e 517 em 2022), resultando em uma taxa de congestionamento líquido de 61,37% em 2022⁸⁷.

Considerando o cenário baiano, e que essa pesquisa utiliza dados por meio do método quantitativo, e com o aprofundamento mais cauteloso no tratamento dos dados de processos, identificamos que na cidade de Salvador, existem 15 Varas de Fazenda Pública (dessas quais 2 são de juizado), razão pela qual a pesquisa optou por delimitar o campo prático da análise de forma menos abrangente, observando o contingente de ações judiciais de saúde voltadas ao fornecimento de medicamento de cidades do interior do Estado da Bahia e que possuíssem vara única de fazenda pública, sendo as cidades encontradas: Barreiras, Eunápolis e Jequié.

No tocante à cidade de Barreiras, não foi possível identificar a quantidade real das demandas de fornecimento de medicamento (código nº 11884) por meio do sistema do CNJ, tendo sido apresentado pelo gráfico⁸⁸ o dado repartido referente a hospitais e outras unidades de saúde (cód. 11856), o que restou prejudicada uma análise pormenorizada do objetivo central que é a judicialização de da saúde pública - medicamentos.

Em relação à cidade de Eunápolis, em que pese ter sido encontrado dado de ações voltado ao fornecimento de medicamento, o sistema só está alimentado com o ano de 2021, o que impede uma análise comparativa real, somado ao fato de que só se tem 8 processos cadastrados do referido ano⁸⁹.

Observando agora os dados de judicialização da saúde da comarca de Jequié⁹⁰, encontramos o contingente de 94 processos ao longo de 2020/2022 registrados no sistema do CNJ, sendo possível observar uma crescente no número de processos novos visando fornecimento de medicamento (código 11884), e outras questões importantes:

Gráfico 4 - Novos processos distribuídos - mérito fornecimento de medicamentos

⁸⁷ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁸⁸ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 14 maio 2023.

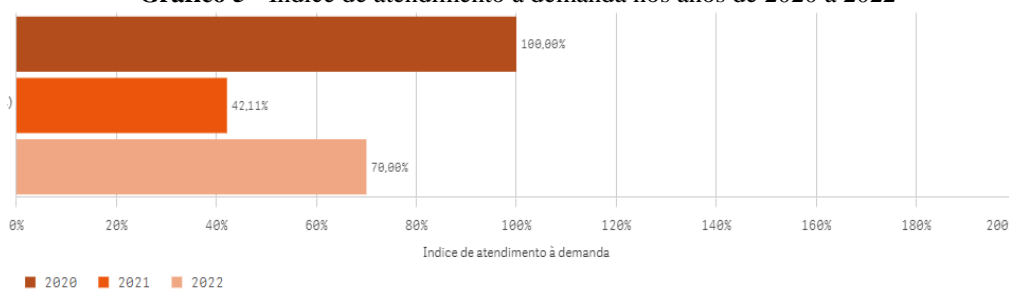
⁸⁹ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 14 maio 2023.

⁹⁰ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 15 maio 2023.



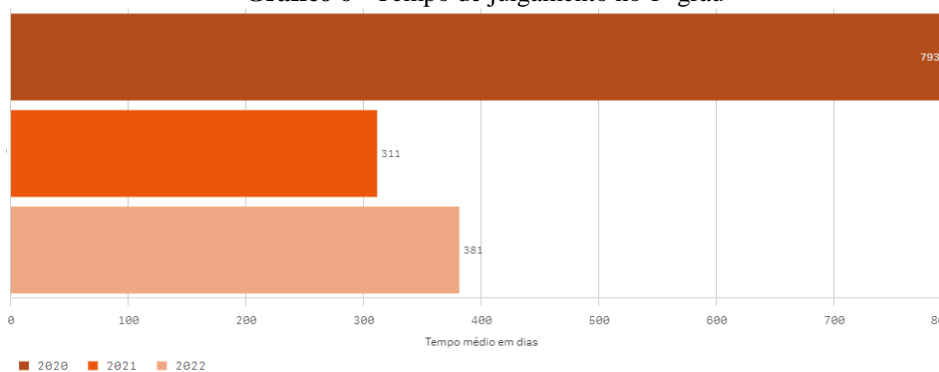
Fonte: Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde do CNJ – 2023.

Gráfico 5 - Índice de atendimento à demanda nos anos de 2020 a 2022



Fonte: Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde do CNJ – 2023.

Gráfico 6 - Tempo de julgamento no 1º grau



Fonte: Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde do CNJ – 2023.

Em análise dos dados, observamos não só no cenário geral, mas também no cenário regionalizado apresentado, um crescimento considerável na judicialização da saúde, especialmente no âmbito de fornecimento de medicamentos, sendo importante pensar estratégias de efetividade na prestação e controle judicial no crescimento dessas demandas, somando-se ao fato do procedimento adotado por alguns autores-exequentes frente a demandas de saúde conexas ao problema inicial ocasionado.

Por exemplo, analisando processos públicos da comarca de Jequié na área de saúde, identificamos a proposição de três ações de saúde da mesma autora, discutindo a mesma comorbidade, todavia, tratamentos atuais, frente ao trânsito em julgado e arquivamento das

demandas anteriores. Seria, de fato, necessário outro processo para discutir a mesma comorbidade? Seria possível relativizar a coisa julgada nessas demandas de saúde, com realização prévia de contraditório visando não só uma economia processual/diminuição de demandas judicializadas, mas também visando a concretização desse direito urgente?

Figura 1: Extrato painel demandas de saúde da mesma autora.

8001451-73.2020.8.05.0141	1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE JEQUIÉ	13/07/2020	PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL	NELCY AQUINO SANTOS ALMEIDA	MUNICIPIO DE JEQUIE	VISUALIZAR
8000720-14.2019.8.05.0141	2ª V DOS FEITOS DE REL. DE CONS, CÍVEIS E COMERCIAIS DE JEQUIÉ	29/05/2019	PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL	NELCY AQUINO SANTOS ALMEIDA	MUNICIPIO DE JEQUIE	Arquivo definitivo (2 VARA DOS FEITOS DE REL. DE CONS, CÍVEIS E COMERCIAIS DE JEQUIÉ/Juiz de Direito Titular)
0006935-26.2011.8.05.0141	2ª V DOS FEITOS DE REL. DE CONS, CÍVEIS E COMERCIAIS DE JEQUIÉ	26/09/2011	PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL	NELCY AQUINO SANTOS ALMEIDA	MUNICIPIO DE JEQUIE	Arquivo definitivo (2 VARA DOS FEITOS DE REL. DE CONS, CÍVEIS E COMERCIAIS DE JEQUIÉ/Juiz de Direito Titular)

Conforme dados do CNJ anteriormente apresentados, temos uma crescente na judicialização da saúde e, *a priori*, em que pese não termos a precisão do reingresso de alguns autores e se estes representam parcela desses números, como o caso acima destacado, se faz pertinente pensar em um processo efetivo e que responda aos anseios da sociedade, frente às necessidades de adequação de tratamento do exequente-autor, para isso, torna-se importante entender a sistemática processual utilizada para desenvolvimento desses direitos.

4.1 DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA

O cumprimento de sentença é o procedimento/etapa pelo qual são cumpridas às decisões judiciais oriundas de títulos executivos judiciais que estejam de acordo ao que dispõe o art. 515, do CPC, aplicando ainda, de forma subsidiária, as disposições previstas ao processo executivo proveniente de títulos extrajudiciais.

Dessa forma, o Código de Processo Civil organiza a sistemática trazendo algumas orientações procedimentais para sua execução e consequente efetividade, anunciando, precipuamente, a necessidade de decisão exequenda (inc. I, do art. 522, do CPC), ou seja, não

se tem como cumprir o que não está previamente decidido, numa observância clara à segurança jurídica e primazia de eficácia das decisões judiciais.

É por essa razão que em se falando de títulos executivos (gênero), tem-se a presença do trinômio: certeza, liquidez e exigibilidade, tanto nos extrajudiciais (art. 784, do CPC), quanto nos judiciais (art. 515, do CPC), considerando que a fase de cumprimento figura, consoante nos ensina Câmara⁹¹, em “uma fase complementar do mesmo processo em que formou o título”, motivo pelo qual consideramos na sistemática atual como sincrético, pela conjugação, nos mesmos autos, dividindo por etapas, a fase cognitiva e a executiva⁹².

Sobre essa etapa, dedicamos atenção ao cumprimento definitivo de sentença, em razão de sua sistemática se atrelar ao título judicial definitivo, ou seja, não mais passível de recurso pelas partes, reconhecendo alguma obrigação pertinente: de fazer, não fazer, pagar, entregar coisa, se sujeitando ao risco construtivo, em caso de decurso de adimplemento voluntário, de forma automática, justamente pelo título ser inconteste (certo, líquido e exigível).

Fazendo um recorte pertinente ao cumprimento de sentença por parte da Fazenda Pública, numa abordagem do direito à saúde voltado para a saúde pública, temos como executado, nas demandas de judicialização à saúde, os Entes Públicos (União, Estado, DF e Municípios) para efetivar no âmbito judicial o direito à saúde requerido pela parte autora/exequente.

Em que pese a Fazenda Pública possuir prerrogativas também presentes na seara executiva, como, por exemplo, prazo em dobro para impugnar (art. 535, do CPC), uma sistemática diferenciada para pagamento (Requisição de Pequeno Valor ou Precatório)⁹³, e somando-se ao fato da inalienabilidade dos bens públicos, em sendo executada e em se tratando de direitos essenciais discutidos na relação disposta como é o caso da saúde, também

⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8ª ed, Barueri:Atlas, 2022, p. 375.

⁹² Nessa lógica do sincretismo e falando ainda dos títulos judiciais, devemos fazer um parêntese à natureza autônoma dos títulos executivos, dispostos nos incisos VI a IX, do art. 515 do CPC, em razão da especificidade de citação do devedor, posto que a execução não pode se dar em uma fase complementar, uma vez que o processo cognitivo será desenvolvido perante o juízo criminal, tribunal arbitral ou terá sido destinado, no STJ, a homologar a sentença estrangeira ou conceder *exequatur* a carta rogatória. No entanto, nos demais casos em que o título executivo é estabelecido perante o mesmo tribunal em que a atividade executiva será realizada, nos termos dos itens I a V do art. 515, o cumprimento de sentença será uma mera fase complementar do mesmo processo em que o título foi emitido (sincrético).

⁹³ O juízo responsável pela execução solicitará ao Presidente do Tribunal vinculado a expedição de um precatório em favor do exequente (conforme estabelecido no art. 535, § 3º, I), seguindo o regime de precatórios estabelecido pelo art. 100, da Constituição Federal de 1988. No entanto, quando se tratar de uma obrigação de valor reduzido, o próprio juízo da execução emitirá uma requisição de pequeno valor (RPV), que será enviada à autoridade competente no processo com o prazo de pagamento de dois meses após a entrega da requisição, por meio de depósito na agência bancária mais próxima da residência do credor (de acordo com o art. 535, § 3º, II). Aqui, aplica-se o regime constitucional estabelecido no art. 87 do ADCT).

se sujeitará a hipóteses coercitivas⁹⁴, em caso de decurso do adimplemento voluntário, especialmente em requisições de pequeno valor. E sobre esse assunto, já se pronunciou o STF da seguinte maneira:

CONSTITUCIONAL. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADI 1.662 E NA ADI 3.057-MC. EXECUÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. Decisão que determina bloqueio de recursos públicos para pagamento de requisição de crédito de pequeno valor, assim definido por lei estadual, **não implica violação da autoridade** das decisões proferidas por ocasião do julgamento da ADI 1.662 e da ADI 3.057-MC. Agravo ao qual se nega provimento.⁹⁵ (grifo nosso)

O STJ e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia têm decisões no mesmo sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA. ART. 475, II, DO CPC. INAPLICABILIDADE. **LIMINAR DETERMINANDO O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a regra prevista no art. 475, II, do CPC não constitui óbice à execução de sentença proferida em mandado de segurança. 2. É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nas hipóteses não vedadas pelo art. 1º-B da Lei 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei 5.021/66, como na hipótese dos autos, em que a liminar concedida pelo Juízo a quo foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir o pagamento dos vencimentos cobrados pelos recorridos, e não o pagamento propriamente dito. Precedente. 3. Recurso especial conhecido e improvido.⁹⁶

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. **bloqueio de verba pública correspondente ao valor da multa cominada.** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. APLICAÇÃO DO §. 5º, DO ART. 461, DO CPC. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO.⁹⁷ (grifo nosso)

As normativas processuais do cumprimento provisório ou definitivo de sentença são importante orientadores para efetivação de direitos, estando destacado, inicialmente, sua aplicabilidade na efetivação da tutela provisória (parágrafo único do art.297, do CPC)⁹⁸, e

⁹⁴ À Fazenda Pública não se aplica a multa de 10% a que se refere o art. 523, § 1º (art. 534, § 2º).

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 3336/RN**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 11/10/2007. Órgão julgador: Plenário. Brasília, 11 de outubro de 2007. (on-line)

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 845.645/MG**. Relator: Min. Arnaldo Esteves LIMA. Julgamento: 08/11/2007. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, 8 de novembro de 2007. (on-line)

⁹⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Agravo de Instrumento 00069011820138050000 BA 0006901-18.2013.8.05.0000**. Relatora: Desa. Lícia de Castro L. Carvalho. Julgamento: 11/02/2014. Órgão julgador: Quarta Câmara Cível. Salvador, 12 de fevereiro de 2014. (on-line)

⁹⁸ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

permitindo que até mesmo a Fazenda Pública possa sofrer, de forma excepcional, bloqueio de valores para satisfação do direito à saúde sobre esse regramento, em conformidade, ainda, com o informativo nº 532, do STJ.

Em ação para fornecimento de medicamentos, o juiz pode determinar o bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar, até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.⁹⁹

Observamos, frente a isso, que tanto no cumprimento provisório ou definitivo, mesmo diante das prerrogativas da Fazenda Pública, o direito à saúde desponta como tema sensivelmente caro à sociedade, justamente pelo risco do discutido, fazendo com que o legislador e julgador já tenham se atentado às especificidades pertinentes à matéria, conferindo, em razão disso, tratamento diferenciado para atingir os fins sociais. Por essa razão, seria possível pensarmos em uma tutela/tratamento específico para as demandas de saúde no aspecto procedimental?

4.2 UMA TUTELA ESPECÍFICA PARA AS DEMANDAS DE SAÚDE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NA PERSPECTIVA DO STJ E STF

Considerando como premissa o dever do Estado em garantir o direito à saúde, constituindo-se em uma relação obrigatória legal entre o Estado e o cidadão, é cabível ao indivíduo exigir que o Poder Público cumpra com suas obrigações, inclusive mediante ações judiciais, caso necessário, para que prestações positivas materiais, como atendimento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos e realização de exames, sejam efetivadas.

Diversas obrigações positivas que resultam em obrigações de fazer estão relacionadas ao direito à saúde, podendo ser elencadas de forma não exaustiva: (a) a elaboração de normas para a defesa da saúde, especialmente as exigidas constitucionalmente - incisos IV e XXII, do art. 7º, art. 197 e inciso II, do § 3º, do art. 220, da CF; II; (b) o fornecimento de medicamentos a quem necessitar; (c) o custeio de tratamentos médicos; (d) a destinação, no orçamento, dos percentuais constitucionalmente exigidos no setor de saúde; (e) a construção da infraestrutura necessária para a prestação de serviços médico-hospitalares; (f) a demolição ou interdição de instalações que representem risco para a saúde pública; (g) a eficiente realização de ações de

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1069810-RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 23/10/2013. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, 23 de outubro de 2013. (on-line)

vigilância sanitária; (h) a oferta de serviços de saneamento básico; (i) a elaboração e execução de campanhas de prevenção e educação popular em saúde, dentre outras.

No desenho institucional das democracias modernas, os poderes políticos são responsáveis por garantir a maioria dos direitos. No entanto, o Poder Judiciário possui um papel subsidiário, atuando quando os demais poderes não cumprem tempestivamente suas obrigações.

O princípio da universalidade, previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988 e no art. 7º, inciso I, da Lei 8.080/90, implica que o Estado tem a obrigação de atender às necessidades de saúde de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Isso significa exigência por parte da população desse direito, individual ou coletivamente, mesmo que precise recorrer à justiça.

Na lógica convencional do processo, observa-se que a parte que recorre à jurisdição para resolver um conflito, está buscando uma proteção permanente que será posteriormente resguardada pela autoridade da coisa julgada¹⁰⁰, cumprindo esclarecer que a tutela jurisdicional é aquela ofertada pelo Estado-juiz mediante provocação¹⁰¹.

O processo é uma ciência de atos ordenados, e por ser compreendido como uma série de atos, uma das consequências pode ser a prolongação do tempo de duração no vencimento de cada etapa. Ainda que se preze pela duração razoável do processo, base principiológica do processualismo contemporâneo, o ônus dessa espera acaba por recair, de alguma forma, sobre as partes que detêm urgência na solução de suas problemáticas.

Deve-se levar em conta que o Estado precisa de certo tempo para cumprir as formalidades processuais e para oferecer a proteção judicial adequada aos envolvidos, respeitando as garantias fundamentais dos indivíduos. A função de prestar a jurisdição é atribuída ao Estado, que serve como o meio pelo qual indivíduos e instituições públicas busquem a aplicação de lei a uma situação específica.

O objetivo do processo é estabelecer uma regulação para lidar com as crises que surgem quando as normas previstas no plano material não são cumpridas. Para que a tutela jurisdicional alcance o resultado esperado, é essencial que as partes possam utilizar mecanismos capazes de garantir não apenas a proteção formal de seus direitos, mas também

¹⁰⁰ Com a chegada do Estado constitucional, o princípio da legalidade adquiriu um novo significado, o que teve implicações significativas nas ideias de direito e jurisdição. Como resultado dessas mudanças, surgiram diversas teorias que visavam conceder ao juiz a capacidade de garantir que o conteúdo da lei estivesse em conformidade com a Constituição. O efeito ou eficácia de uma decisão refere-se às consequências que a aplicação da norma jurídica específica pode ter, vinculando, em regra, as partes que estão sujeitas (princípio da coercibilidade).

¹⁰¹ Art. 2º, do CPC. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

sua efetiva proteção. Nesse contexto, em nosso sistema processual algumas soluções para remediar a longa duração do processo podem ser identificadas.

Para justificar a implementação dessas medidas, o princípio da proporcionalidade é aplicado quando há conflito entre dois valores constitucionais; na verdade, podemos falar em proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

Esse possível lapso de tempo pode prejudicar a prestação da justiça, e quando a demora processual puder causar ou agravar um dano, conhecido na doutrina como dano marginal¹⁰², medidas de emergência devem ser adotadas para assegurar a proteção dos direitos em questão. Uma das medidas conhecidas é a tutela de urgência, que também poderá auxiliar-nos na discussão futura de uma maleabilidade da coisa julgada, razão pela qual, torna-se imprescindível pautar este instituto.

Sobre o assunto, agrega Antônio do Passo Cabral:

[...] a sociedade passou a exigir urgência na resposta estatal, o que evidentemente viria a transbordar no processo [...] Esta procura por soluções mais expeditas começou no início do século XX com o desenvolvimento de um amplo rol de espécies de tutela de urgência, assecuratórias ou satisfativas (cautelar, antecipada, inibitória). Todavia, provimentos de urgência, ainda que, em muitas hipóteses, dotados de executividade, são decisões baseadas em cognição sumária, sem tenderem à definitividade (são precárias, revogáveis), e tomadas em juízo de probabilidade (*fumus boni juris*, verossimilhança, etc.).¹⁰³

No caso das ações de saúde, no cumprimento de sentença, objeto de estudo da presente pesquisa, o princípio da efetividade é favorecido, exigindo proteção imediata para evitar que se torne inatingível de forma irreversível o que se pleiteia. Isso implica em ‘sacrificar’ preliminarmente os direitos de contraditório e ampla defesa que serão garantidos posteriormente, o que é conhecido como contraditório diferido ou postergado.

Enquanto os processos de conhecimento e de execução fornecem uma proteção judicial buscando satisfazer a demanda do autor, a tutela provisória (mecanismos de antecipação bastante utilizados nas ações de saúde, dada urgência do pleiteado) é caracterizada como de eficácia imediata-antecipatória; entretanto, pode ser alterada a qualquer momento ou se tornar objeto de uma decisão definitiva em um procedimento mais detalhado de análise.

À vista disso, a tutela de urgência é de vital importância, pois representa uma modalidade distinta de tutela jurisdicional, cuja característica principal é a consideração do

¹⁰² Expressão que foi popularizada na doutrina do italiano Enrico Finzi. Ver: FINZI, Enrico. Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, 3, parte I, 1926, p. 50 e ss.

¹⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 101.

fator tempo. Ou seja, ela é prestada de forma mais ágil, buscando garantir a utilidade prática do resultado. É essencial que o perigo de dano esteja diretamente relacionado com a noção de impossibilidade de cumprimento da obrigação em um momento posterior ou com a inutilidade do provimento favorável.

Diante de uma cognição não perfunctória, temos a tutela definitiva, com uma análise mais detida da causa, ou seja, um profundo debate do que foi posto, com contraditório e ampla defesa presentes, respaldado, por fim, pela coisa julgada¹⁰⁴.

Nas demandas de saúde, frente à urgência da pauta e por ser um dos temas mais caros para a população, é frequente que às ações possuam pedido de tutela de urgência¹⁰⁵ satisfativa, buscando-se a antecipação dos efeitos do discutido; mas dessa tutela, quando estabilizada no julgamento de mérito, o caminho que se espera, assim como nas demandas em gerais, é a sua solidez coberta pela coisa julgada.

A relativização da coisa julgada em ações de saúde, justamente em razão de modificações no curso do tratamento do exequente-autor, é um tema que também tem sido objeto de discussões no Brasil e em outros sistemas jurídicos, que também podem contribuir para um panorama mais abrangente e enriquecer no debate sobre o tema.

Nos Estados Unidos, por exemplo, em que pese à existência do *stare decisis* (doutrina do precedente) conferindo uma forte autoridade às decisões judiciais passadas, numa clara observância do *Common Law*, o sistema jurídico americano prevê mecanismos para a revisão e modificação de decisões, como os chamados “*motion for reconsideration*” ou “*motion to vacate a judgment*”. Esses mecanismos podem ser utilizados para permitir a revisão também de casos de saúde quando surgem evidências científicas novas e relevantes que justificam a alteração da decisão anterior.

Embora o “*motion for reconsideration*” seja um mecanismo não específico para o campo da saúde, esse recurso pode ser utilizado em casos de saúde quando surgem novas evidências científicas ou circunstâncias relevantes que justifiquem a reconsideração da decisão anterior. Um autor que discute amplamente os aspectos processuais e as estratégias relacionadas à saúde nos Estados Unidos é Erwin Chemerinsky. Em sua obra “*Federal Jurisdiction*”¹⁰⁶, Chemerinsky explora a jurisprudência e as práticas processuais, oferecendo

¹⁰⁴ Art. 502, do CPC. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

¹⁰⁵ Existem duas características marcantes nas tutelas provisórias: cognição sumária e precariedade, consoante dispõe o art. 296, do Código de Processo Civil (CPC), nos ensinando que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”, ou seja, vivem enquanto não são confirmadas ou modificadas.

¹⁰⁶ CHEMERINSKY, Erwin. **Federal Jurisdiction**. 8ª ed. Los Angeles: Aspen Publishing, 2021.

insights sobre as possibilidades de revisão e modificações de decisões judiciais em várias áreas, incluindo a saúde.

No Canadá, a jurisprudência também indica que a coisa julgada pode ser relativizada em ações de saúde quando há circunstâncias excepcionais. O caso *Cuthbertson v. Rasouli*¹⁰⁷, por exemplo, discutiu a possibilidade de revisão de uma decisão anterior que estabelecia que não fosse necessário o consentimento dos familiares para suspender o suporte vital de um paciente em estado de morte cerebral. O Supremo Tribunal do Canadá reconheceu que a decisão poderia ser revisada caso surgissem evidências científicas novas e relevantes que questionassem a decisão anterior.

Em Portugal, a Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90) estabelece que as decisões judiciais relativas ao acesso à saúde devem ser interpretadas de acordo com os princípios fundamentais do Serviço Nacional de Saúde, como o direito à igualdade no acesso e a garantia da qualidade da prestação dos cuidados de saúde. Isso significa que em determinadas circunstâncias, pode-se considerar a revisão de uma decisão anterior caso novas evidências ou situações excepcionais surjam e justifiquem uma alteração em benefício do direito à saúde do indivíduo.

Frente aos exemplos citados acima, notamos que outros países têm enfrentado o desafio de lidar com a coisa julgada em ações de saúde. Embora a relativização da coisa julgada não seja uma prática pacífica, é possível identificar casos em que os sistemas jurídicos contemplam a possibilidade de revisão quando surgem circunstâncias excepcionais, evidências científicas novas e relevantes ou em conformidade com princípios fundamentais, como o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, numa primazia do tratamento adequado ao paciente.

A análise desses exemplos estrangeiros pode enriquecer o debate sobre a matéria, contribuindo para a reflexão sobre as melhores abordagens e soluções para garantir um equilíbrio entre a segurança jurídica e o acesso à saúde.

4.2.1 Relativização da coisa julgada na perspectiva dos Tribunais Superiores

A tutela jurisdicional tem por escopo neutralizar o perigo de dano e assegurar a efetividade do provimento, que se traduz na utilidade que a tutela final representa para o titular do direito.

¹⁰⁷ CAPE, David *et al.* The impact of the Rasouli decision: a Survey of Canadian intensivists. **Journal of Medical Ethics**, v. 42, n. 3, 2016, p. 180-185.

O Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 297, preceitua que a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, podendo o juiz determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, nada falando acerca do cumprimento definitivo, considerando a regra da estabilidade das decisões a serem cobertas pela coisa julgada, conforme abordamos nas disposições anteriores.

A concessão de medidas após a prolação de uma sentença de conhecimento observa o princípio da proporcionalidade, quando se põe em conflito dois valores constitucionais: segurança jurídica e princípio da efetividade, que requerem proteção imediata, sob pena de irreversibilidade inatingível.

A mudança requerida na tutela, quando sutil e dentro dos limites à que se vinha discutindo, visa, tão-somente, maior mobilidade no caso posto que, no caso das ações de saúde, é a mudança de tratamento medicamentoso da parte, devendo o processo atingir seus fins sociais e gerar maior economicidade, uma vez que seria extremamente custoso uma nova distribuição apenas pelas mudanças de alguns medicamentos no curso do tratamento do paciente.

Vale ressaltar que não se extirpa o contraditório, vez que este deve ser conferido à parte contrária. Assim, trata-se de uma tutela jurisdicional diferenciada, em que a principal característica reside no fator tempo, ou seja, é prestada de forma mais rápida, objetivando a utilidade do resultado prático, todavia, respeitando o contraditório no processo judicial.

O Superior Tribunal de Justiça e alguns tribunais vêm permitindo tal modificação de tutela voltada à saúde, consoante dispositivos abaixo transcritos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGAÇÃO DO JUÍZO AUXILIAR DA VICE-PRESIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE FÁRMACO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DESNECESSIDADE DE QUE A PRESCRIÇÃO DO MEDICAMENTO SEJA SUBSCRITA POR MÉDICO DO SUS. AGRAVO INTERNO DO ENTE FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 3. **A substituição ou complemento do fármaco inicialmente pleiteado, após a prolação da sentença, não configura inovação do pedido ou da causa de pedir, mas mera adequação do tratamento para a cura da enfermidade do paciente** (AgInt no REsp. 1.503.430/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 22.11.2016). No mesmo sentido: AgRg no REsp. 1.577.050/RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 16.5.2016; AgRg no AREsp. 752.682/RS, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, DJe 9.3.2016. 4. É possível a determinação judicial ao fornecimento de medicamentos com base em prescrição elaborada por médico particular, não se podendo exigir que o a receita seja subscrita por profissional vinculado ao SUS. Julgados: REsp. 1.794.059/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 22.4.2019; AgInt no REsp. 1.309.793/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNESMAIA FILHO, DJe 7.4.2017; AgInt no AREsp. 405.126/DF, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 26.10.2016. 5. A alegada incompetência do Juiz Auxiliar fundamenta-se no fato de o

Magistrado ter deferido nova tutela antecipada, ao acatar a substituição do fármaco pleiteado. Entretanto, como já exposto, **a modificação empreendida consiste em simples ajuste do tratamento, sem qualquer alteração objetiva na demanda.** 6. Agravo Interno do Ente Federal a que se nega provimento.¹⁰⁸ (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS -ALTERAÇÃO DO FÁRMACO PLEITEADO - PRESCRIÇÃO MÉDICA QUE ATESTA A NECESSIDADE E URGÊNCIA - CABIMENTO -JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ. - De acordo com a jurisprudência sedimentada pelo c. Superior Tribunal de Justiça, **a alteração dos medicamentos requeridos durante o curso da demanda se trata de medida cabível quando se revelar necessária para o tratamento de saúde do paciente.**¹⁰⁹

Sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada no âmbito da saúde, o STF ainda não apreciou – ao menos a que se tenha conhecimento. Todavia, o STF possui entendimento de repercussão geral que a permite, por meio do Tema n.º 392¹¹⁰, nas ações de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA, originado do *case* registrado no RE nº 363.889, firmando a seguinte tese:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.** 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RMS 47.529/SC**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 17/06/2019. Órgão julgador: Primeira Turma. DJe 25/06/2019. Brasília, 25 de junho de 2019. (on-line)

¹⁰⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.448644-3/001**. Relatora: Desa. Versiani Penna. Órgão julgador: 6ª Câmara Cível. Julgamento: 13/04/2021. Publicação da súmula: 19/04/2021. Belo Horizonte: 19 de abril de 2021. (on-line)

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 392 - Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 02/06/2011. Publicação: DJE 16/12/2011. Brasília, 16 de dezembro de 2011. (on-line)

o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (grifo nosso).

Discutindo-se uma hermenêutica voltada à saúde, e tratando a enfermidade de certa forma recorrente, não haveria coisa julgada material justamente pela peculiaridade da matéria, que se transmuta à medida que surgem novos medicamentos e que o paciente passa por novas revisões, ou, até mesmo, quando o medicamento anteriormente utilizado não surte mais efeito, não podendo, portanto, perecer frente ao tratamento¹¹¹ médico indicado.

Dessa forma, o STJ, em decisões de turma nos últimos anos vem adotando o posicionamento no sentido de que deve ser considerado o bem jurídico pleiteado no caso: garantia do direito à saúde, previsto no art. 196, da Constituição Federal, assim como os princípios da celeridade processual e a instrumentalidade das formas, para fins de adequação ao tratamento.

Neste aspecto não seriam entendidos como uma ofensa à coisa julgada casos de substituição ou complemento do fármaco diverso do descrito na petição inicial desde que relativo à mesma enfermidade, para fins de adequação do mesmo tratamento, considerando-se que a ação primordialmente se destina ao tratamento médico (gênero) que seja suficiente para cessar a enfermidade acometida, não se mostrando razoável, consoante afirmado pelo Relator Ministro Gurgel de Faria¹¹², a exigência formal de que a parte autora ajuíze uma nova ação a cada mudança de prescrição médica.

Sobre o assunto, o CNJ, por meio do FONAJUS (Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde), editou o seguinte enunciado:

Enunciado nº 2, do CNJ. Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.¹¹³

Note-se que não se fala da necessidade de distribuição de novas ações para tratar possíveis novas enfermidades do mesmo paciente, mas sim da atualização de laudo nos autos do processo em que vem se discutindo a questão.

Para uma melhor compreensão sobre em quais razões se ampara a Corte Superior, observamos um dos processos que chegaram ao STJ em sede de Recurso Especial, interposto

¹¹¹ O termo “tratamento” refere-se à combinação de métodos e terapias utilizados com o objetivo de curar uma doença ou fornecer cuidados paliativos ao paciente.

¹¹² Ver: AREsp 911.992/RJ/2018.

¹¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, [s.d.], p. 1.

contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A decisão inicialmente foi agravada pela União, em relação ao fornecimento de medicamento em substituição de composto alimentar conforme prescrição médica acostada aos autos, observando o quadro clínico do autor em questão, com paralisia cerebral e quadro clínico de refluxo gástrico-esofágico, Síndrome de Dumping e desnutrição severa, razão pela qual necessitava de suplementos alimentares e de outros medicamentos anteriormente obtidos por meio de ações civis públicas¹¹⁴.

A pretensão originária da ação visava resguardar o bem estar do autor, inclusive com o fornecimento de suplemento alimentar, de modo que, apesar da sentença ter se reportado nominalmente aos medicamentos anteriormente necessários, o juízo *a quo* buscou, na essência, a garantia de adequação ao tratamento de saúde assegurado ao paciente.

Em que pese argumentação da União, o relator em seu voto entendeu que a irresignação não merecia prosperar, seguindo os entendimentos anteriores de sua própria Corte, que já vem, há certo tempo, entendendo por admitir a relativização em casos semelhantes¹¹⁵.

Em sede de cumprimento definitivo, portanto, o STJ vem se pronunciando da seguinte forma, em síntese e conforme já dito: “Esta Corte Superior admite a relativização da coisa julgada em situações excepcionalíssimas nas quais a segurança jurídica tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como o direito à saúde, hipótese dos autos.”¹¹⁶

Em se falando de coisa julgada, não se pretende, com a presente pesquisa e com os posicionamentos dos tribunais, a banalização do instituto disposto, visto que a relativização aqui discutida, para o STJ, versa tão somente em situações de valores considerados primordiais como saúde.

¹¹⁴ Ver: AREsp 911.992/RJ e Autos nº 0004755-24.2008.4.05.8500 e 0000880-85.2009.4.05.8500 – disponíveis no acórdão.

¹¹⁵ V.g.: AgRg no REsp 1496397/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015; AgRg no REsp 1.222.387/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/04/2011; AgRg no Ag 1.352.744/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/02/2011; REsp 1.195.704/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/11/2010; REsp 1.062.960/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/10/2008; AgRg no REsp 1.577.050/RS, Relator Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/05/2016; AREsp 911.992/RJ, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe 31.8.2018; AgRg no AgRg no AREsp 673.759/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/05/2016.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt no AREsp 172.277/AL**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento: 16/05/2017. Órgão julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 23/05/2017. Brasília, 23 de maio de 2017. (on-line)

Um ponto nos chama atenção nas razões do Recurso Especial proposto pela União, no Resp. nº 1.795.761/ SE 2019/0031796-0, de relatoria do Min. Herman Benjamin, em que sustentou pela violação aos arts. 494, 502, 503, 507 e 508, do CPC, sob a narrativa de ofensa à coisa julgada, considerando que tais artigos discutem sobre aspectos da (i)mutabilidade da mudança dos aspectos da sentença, bem como conceituam o que é a coisa julgada.

Na perspectiva da União, o magistrado de piso e o tribunal (TRF) não poderiam inovar na condenação da União e determinar o fornecimento de medicamento diverso do título executivo transitado em julgado, considerando que, no caso em questão, houve bloqueio de verbas públicas para custear um medicamento em que o Ente em questão não havia sido condenado formalmente, com observância de contraditório. Ou seja, a União pontua a forma (unilateral) em que a decisão se deu, alterando o título sem chance de defesa para o Ente Público.

Esse questionamento traz relevância para o debate, vez que em que pese admissão da relativização da coisa julgada nas demandas de saúde numa atenção ao objeto, qual seja, a manutenção-efetividade do tratamento, e observando que o tribunal, a mais de uma década vem permitindo, por meio de decisões de turma essa modificação processual, é importante pensar os limites e a devida forma para que isso se concretize, considerando às demais normas processuais que devem ser observadas, assim como, considerando tratar-se de discussão voltada à saúde pública, às prerrogativas que os Entes Públicos possuem.

Inclusive essa pauta da “judicialização da saúde” vem sendo amplamente discutida pelo CNJ, numa tentativa de evolução do instituto, tendo a saúde alcançado patamar de fóruns específicos para tratar do assunto, com orientações que primem pela condução desse paciente-autor para a via administrativa para melhor dinâmica prática de fornecimento:

Enunciado nº 8. Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde **devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.**¹¹⁷

Enunciado nº 11. Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário **a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.**¹¹⁸(grifo nosso)

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, [s.d], p. 2.

¹¹⁸ Id., Ibid., p. 3.

Sobre o enunciado em questão, fazemos esse destaque considerando que a inclusão do demandante à sistemática administrativa do SUS fez com que as mudanças posteriores de tratamento desse exequente não necessitassem mais passar por crivo judicial ou discussão de possível necessidade de relativização da coisa julgada, nos casos em que o medicamento esteja previsto pelo SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas consoante acima descrito, gerando não só economia processual, como também efetividade de direitos de forma mais simplificada.

Nessa perspectiva e conforme já dito, o CNJ vem se debruçando nessa pauta e exigindo gradativamente que os magistrados atuantes possuam mais conhecimentos da matéria, dos enunciados do FONAJUS, das listas de RENAME, REMUNE, da primazia do encaminhamento desse paciente para uma dinâmica administrativa, posto que não seria razoável, conforme palavras do Ministro Gilmar Mendes do STF, que o cidadão só consiga tratamento a partir de uma ação judicial¹¹⁹.

4.2.2 Da modificação da tutela de saúde em sede de cumprimento definitivo de sentença apurado na cidade de Jequié/BA – Estudo de caso

De forma exploratória, realizamos o estudo de caso do processo identificado com tal sistemática no município de Jequié, orientado pela disposição jurisprudencial do STJ a este respeito, em que, no caso prático observado, houve a modificação no cumprimento definitivo para realizar a adequação da tutela de saúde com modificação do fármaco requerido na inicial, sem oposição da parte executada, conforme decisão extraída dos autos públicos PJE nº 8001451-73.2020.8.05.0141, que figura como autora Nelcy em face do Município de Jequié¹²⁰.

A liminar satisfativa foi deferida inicialmente em 20/08/2020 nos autos da ação de obrigação de fazer e, após o final da instrução, houve prolação da sentença em 21 de janeiro de 2022, ratificando o fornecimento contínuo dos medicamentos “vitamina d 5000 ui, pantaprazol 40 mg, gabapentina 300mg, azatioprina, solifenacina (vesicare) 10mg, tamarine sache, luftal 40 mg, xylocaina e materiais: fraldas xg, esparadrapo/micropore 10 cm, álcool

¹¹⁹ BANDEIRA, Regina. “Não é razoável que o cidadão só consiga tratamento a partir de uma ação judicial”, diz Gilmar Mendes. **Agência CNJ de Notícias**, 16 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nao-e-razoavel-que-o-cidadao-so-consiga-tratamento-a-partir-de-uma-acao-judicial-diz-gilmar-mendes/>. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹²⁰ Informações disponíveis em: <https://consultapublicapje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=8405d6e4443f57b8752e9d3c352072cd4141d3bf014142e6>. Acesso em: 15 maio 2023.

1000 ml, tiras reagentes on call plus 2, soro fisiológico 500 ml” (sic), na quantidade discriminada na inicial, nos moldes da prescrição médica, decisão essa que não houve recurso (tornando-se uma decisão estável, transitada em julgada).

Ocorre que, em 13 de outubro de 2022, em sede de cumprimento definitivo, a autora, assistida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, atravessou petição de cumprimento de sentença com laudo médico atualizado, requerendo “o acréscimo dos medicamentos requeridos”, sob a alegação de que não se tratava de modificação ou inovação do pedido ou causa de pedir, se amparado, inicialmente, no RMS nº 47.529/SC, julgado pela Primeira Turma do STJ em 2019, requerendo, portanto, a complementação do tratamento, a fim de garantir a requerente a eficácia de seu tratamento, com fulcro, ainda, no inc. I, do art. 505, do CPC.

Destacamos um ponto de atenção no estudo de caso, vez que o magistrado, antes de apreciar a possível modificação, consagrou o contraditório e determinou a intimação da parte executada (Id público nº 262435155 – fl. 134 dos autos 8001451-73.2020.8.05.0141), tendo o Município registrado ciência e, todavia, permanecido inerte/aquiescente.

A partir disso, analisando o requerimento feito pela exequente, foi proferida decisão interlocutória realizando tal adequação, compatibilizando a tutela com o novo fármaco indicado na prescrição médica, visando a eficácia no tratamento de saúde da requerente, tendo o Município comparecido aos autos posteriormente sem oposição quanto ao disposto (Id nº 376258908 – fl. 147 – autos nº 8001451-73.2020.8.05.0141).

É uma peculiaridade comum nos processos de saúde a modificação da tutela justamente por conta da possibilidade de modificação do tratamento do paciente no curso da enfermidade. Em um comparativo de ações de obrigação de fazer cumulada com tutela de urgência satisfativa e ações de tutela tão somente, observa-se, pelo CPC, que no tocante à segunda hipótese, conforme abordado ao longo dessa pesquisa, tem-se uma modificabilidade mais tranquila no curso das concessões tão somente em tutela, em razão de seu caráter precário/provisório, sem resolução do mérito, vez que ocorre a antecipação dos efeitos práticos ou externos da tutela jurisdicional tem por escopo concretizar, desde logo, os resultados perseguidos no processo.

Especialmente nos casos de tutela antecipada requerida em caráter antecedente e de natureza satisfativa, vez que visa, cautelosamente, diminuir os riscos, estando sua concessão condicionada à demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como a reversibilidade dos efeitos da decisão.

Já nos autos públicos PJE nº 8000550-37.2022.8.05.0141¹²¹ foi deferido pelo magistrado, em sede de interlocutória na fase de conhecimento, tal adaptabilidade de tutela de saúde, considerando a urgência do procedimento que viria a ser realizado (Embolização de MAV intracraniana), não tendo a parte ré, no caso em tela o Estado da Bahia, criado oposição à mudança precária da tutela provisória modificada, considerando, justamente, a natureza da matéria tratada.

A discussão que se coloca é que considerando que o CPC não possui procedimento próprio para as demandas de saúde, no sentido de uma admissão de relativização da coisa julgada, quais os limites concretos da possibilidade de relativização da coisa julgada para as demandas de saúde no cumprimento definitivo de sentença frente à necessária mudança no tratamento? Seria possível/preciso pensar em uma tutela específica para a saúde? E, pensando nesta, a primazia pelo contraditório, observando o procedimento a ser adotado, é algo que deve, necessariamente, ser imposto, considerando que o STJ, em algumas de suas decisões, conforme abordado, realizou a adequação inclusive sem contraditório, por entender que fazia parte da dinâmica de tratamento da parte exequente?

4.3 DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO POSSIBILIDADE BILATERAL DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS EXECUÇÕES DE SAÚDE

Em observância aos riscos do modelo de autotutela dos tempos mais remotos¹²², deu-se origem à evolução de formas consensuais como maneira resolutiva dos conflitos, elegendo terceiros para o exercício do papel de árbitros, na busca de uma forma efetiva para ambas as partes.

Nos pontos procedimental, burocrático, complexo, formal e custoso, a questão do embaraço processual para alguns gerou um obstáculo frente ao acesso ao Judiciário, ocasionando a necessidade de maneiras consensuais que evitassem o processo ou, ao menos, pudessem de alguma forma encurtá-lo. Inicialmente, o Brasil tratou da matéria por meio da

¹²¹ Informações disponíveis em: <https://consultapublicapje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=bb69b003d2a187b8752e9d3c352072cd4141d3bf014142e6>. Acesso em: 15 maio 2023.

¹²² “A autodefesa ou autotutela ocorreu nas fases primitivas da civilização dos povos quando aquele que pretendia alguma coisa que outrem o impedia de obter, utilizava sua própria força. [...] São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) a ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes a outra.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

Constituição do Império de 1824, na inteligência de seu art. 161: “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

De lá para cá, houve um movimento em sentido retrógrado que se pôs a analisar e difundir os institutos consensuais, viabilizando sua aplicabilidade. Ocorreu no contexto jurídico por meio da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) e da Lei do Divórcio (n. 6.515/77). O projeto n. 4.827, de 1998, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, que só foi aprovado mais tarde, em meados do ano de 2002 como o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 94, definiu a mediação como um procedimento não obrigatório que poderia ser utilizado antes ou no curso do processo, desde que houvesse a possibilidade de acordo entre as partes¹²³.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, também conhecida como “reforma do judiciário”, e da Resolução n.º 125/2010, do CNJ, foram determinadas algumas mudanças, trazendo a questão do acesso à justiça também por meio de mecanismos consensuais.

Um pouco mais tarde, tais preceitos foram seguidos pelos novos mecanismos advindos com a Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil e, posteriormente, com a Lei de Mediação n.º 13.140/2015, e a Lei n.º 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meios de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Primando pelo acesso à justiça sem atropelos, o CPC trouxe a figura da mediação e da conciliação como etapas iniciais do procedimento, conforme dispõe em seu art. 334. Desse modo, propôs-se a buscar por uma saída apropriada ao conflito que não seja somente a tradicional jurisdição, considerando que as partes se tornam responsáveis pela construção de uma solução oportuna para ambas, administrando seus desentendimentos por meio do diálogo, que só não ocorrerá caso não haja interesse nessa tentativa de solução amigável, célere e consensual.

Embora já acontecesse em fase intermediária no código antigo, começou-se a observar as consequências de sua aplicação: as sessões de conciliação nos últimos anos têm ganhado fama e o código atual permite essa possibilidade em qualquer fase do processo, consoante parágrafo 3º, do art. 3º, do CPC.

Acerca desse entendimento, nos ensinam Cappelletti e Garth:

¹²³ Disciplinou-a como um método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera cível, dispondo em seu artigo 2º: Para fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, acolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (...). Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas.¹²⁴

Esse caminho vem sendo percorrido como forma de estímulo para solução dos conflitos primando por uma composição amigável e, de quebra, reduzindo os custos, efetivando um real acesso à justiça.

No âmbito da administração pública, o Código de Processo Civil trouxe um grande pontapé por meio de seu art. 174, orientando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criassem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, para dirimir conflitos por meio da conciliação (inc. II, do art. 174), sem exclusão das outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais que sejam vinculadas a órgãos institucionais ou representados por profissionais independentes (art. 175).

Adotando, com isso, o entendimento de que o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser um obstáculo ao progresso dos métodos alternativos de resolução de conflitos¹²⁵.

Observamos, frente a isso, que essa dinâmica de solução construída entre as partes também figura como permissivo legal para que as partes possam transacionar, ainda que na execução¹²⁶, tendo muitos Entes Públicos¹²⁷ instituído suas câmaras de conciliação, especialmente para execução pré-processual, visando evitar a judicialização da saúde com uma solução que prima por um acesso à justiça mais célere¹²⁸.

A Comissão de Conciliação e Assistência Jurídica Federal (CCAF) desempenhou um papel pioneiro no que se refere ao assunto mencionado. Foi estabelecida em 2007 pelo Ato

¹²⁴ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 12-13.

¹²⁵ ISAAC, Giovana Aparecida Fazio Zanetti. A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/2015 tendo como uma das partes a Fazenda Pública. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória. 2017.

¹²⁶ Letra “b”, do inciso III, do art. 487, do CPC.

¹²⁷ <https://www.gov.br/pt-br/servicos-estaduais/solicitar-conciliacao-junto-a-camara-de-conciliacao-de-saude-ccs> <https://www.saude.ba.gov.br/sobre-a-sesab/ccs/> Acesso em 05 jul. 2023. <http://www5.tjba.jus.br/portal/comite-estadual-de-saude-camara-de-conciliacao-de-saude/> Acesso em 05 jul. 2023.

<https://www.pmvc.ba.gov.br/camara-de-conciliacao-em-saude-amplia-atendimentos-para-dar-mais-rapidez-as-demandas-dos-usuarios/> Acesso em 05 jul. 2023.

¹²⁸ Relatório CCS Estado da Bahia, disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/09/Relat%C3%B3rio-CCS.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2023.

Regimental nº 05, datado de 27 de setembro de 2007, inicialmente com o propósito de prevenir e reduzir a quantidade de disputas judiciais envolvendo a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Mais tarde, por meio do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, o escopo de atuação foi expandido e, hoje, a CCAF resolve controvérsias entre entidades da Administração Pública Federal, bem como entre essas entidades e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹²⁹.

Como exemplo nesse sentido, é válido mencionar uma decisão recente proferida pela Ministra Rosa Weber nas Ações Cíveis Originárias nº 3473, 3474, 3475, 3478 e 3483. Nesses casos, os estados do Piauí, São Paulo, Maranhão, Rio Grande do Sul e Bahia buscavam o restabelecimento de leitos de UTI para o tratamento da Covid-19. A Ministra Relatora determinou que as partes se manifestassem sobre o interesse em encaminhar os processos à CCAF, ou em realizar uma audiência de conciliação ou mediação no âmbito do STF. Na decisão, a Ministra enfatizou a importância do diálogo e da cooperação institucional na resolução de conflitos que envolvem as unidades federativas. Confira o trecho relevante da decisão:

(...) Intime-se simultaneamente, as partes, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifeste sobre o interesse no encaminhamento dos autos à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, para tentativa de composição amigável do litígio, ou para a designação de audiência de conciliação/mediação perante esta Suprema Corte, nos termos do artigo do 334 CPC/2015. Enfatize-se a imprescindibilidade do diálogo e da cooperação institucionais para a solução dos conflitos que envolvem as unidades federativas (artigo 102, I, f, da CF), sobre os quais a atuação coercitiva do Poder Judiciário deve ser sempre supletiva e parcimoniosa.¹³⁰

No ano de 2012, o estado do Rio Grande do Norte implementou o Programa SUS MEDIADO¹³¹, uma iniciativa que envolve a Defensoria Pública do Estado, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Saúde Estadual, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal. Essa parceria tem como objetivo promover a cooperação entre as partes envolvidas, visando garantir uma maior efetividade das políticas públicas de saúde no Estado do Rio Grande do Norte.

¹²⁹ Nesse sentido estabelece a Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, elaborada pela Advocacia-Geral da União no ano de 2012. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/arquivos/CartilhadaCamaradeConciliacaoeArbitragemdaAPF.pdf>> Acesso em 04 jun. 2023.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478/PI**. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 03/03/2021. Brasília, 3 de março de 2021.

¹³¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **SUS Mediado**. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/programa/sus-mediado>. Acesso em: 4 jul. 2023.

Na Bahia, em 2016, foi estabelecida a Câmara de Conciliação de Saúde (CCS)¹³², uma iniciativa de cooperação entre órgãos públicos com o propósito de facilitar o atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) na cidade de Salvador/BA. O objetivo desse órgão é buscar soluções que reduzam a necessidade de pacientes recorrerem ao Poder Judiciário para resolver certos tipos de questões relacionadas à saúde, como o acesso a medicamentos e o fornecimento de fórmulas alimentares especiais.

É importante ressaltar também a participação fundamental da Administração Pública nos comitês estaduais de saúde vinculados ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esses comitês são órgãos colegiados e multidisciplinares criados com o propósito de buscar soluções para aprimorar a prestação jurisdicional na área da saúde. O projeto tem como objetivo viabilizar diálogos institucionais e acompanhar ações relacionadas a demandas de saúde, contribuindo para a busca de soluções efetivas e colaborativas nessa área tão sensível.

¹³² Participam da CCS os seguintes integrantes: Tribunal Regional Federal (TRF-1ª Região), o Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), os Ministérios Públicos Estadual (MPE) e Federal (MPF), a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Estado (DPE), a Secretaria de Saúde do Município de Salvador (SMS-SSA), a Procuradoria Geral do Município de Salvador (PGM-SSA), a Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB). Disponível em: <https://www.saude.ba.gov.br/sobre-a-sesab/ccs/>. Acesso em: 04 jun. 2023.

5 CONCLUSÃO

No cenário contemporâneo, a sociedade passou a exigir urgência na resposta estatal, o que evidentemente viria a transbordar no processo. No desenho institucional de democracias modernas, as partes possuem grande destaque na dinâmica processual cooperativa, rompendo com a lógica tão somente de embate, especialmente quando falando em direito à saúde, o qual o Estado possui primordial papel de efetivá-lo.

Quando uma sentença que possui como mérito de direito à saúde é proferida de forma procedente para o requerente, esta visa efetivar o direito à saúde da parte autora. Com isso, partindo da premissa que o processo é uma ciência de atos ordenados, quando discutindo a possibilidade de relativização da coisa julgada frente à modificação dos aspectos práticos do cumprimento definitivo das ações de saúde e sua possível alterabilidade, colocamos em xeque a discussão do direito à vida da parte requerente e a utilidade que a tutela jurisdicional represente ao titular, sendo o procedimento, embora relevante, um detalhe dentro de todo o contexto urgentemente essencial.

No caso da observância do cumprimento de sentença, o princípio da efetividade é favorecido, exigindo proteção imediata para evitar que se torne inatingível de forma irreversível o que se pleiteia em circunstâncias extremamente incomuns, quando os valores envolvidos são extremamente importantes, como é o caso da saúde, devendo o intérprete aplicar o princípio da proporcionalidade e utilizar técnicas cooperativas para obter medidas judiciais rápidas para resolução de situações significativas de forma efetiva.

Dito isso, a mudança requerida na tutela quando sutil, mesmo no cumprimento definitivo de sentença, entretanto dentro dos limites à que se vinha discutindo, visa tão-somente maior mobilidade e adequação no caso posto, com foco no tratamento da parte exequente-paciente, devendo o processo atingir seus fins sociais e, mas também gerar maior economicidade, vez que seria extremamente custoso (tempo e dinheiro) uma nova distribuição apenas pelas mudanças de alguns medicamentos, por exemplo, no curso do tratamento do paciente.

Observamos uma tendência dos tribunais superiores na permissão da modificação de tutela definitiva voltada à saúde, no sentido de que deve ser considerado o bem jurídico pleiteado, no caso, a garantia do direito à saúde, previsto no art.196, da Constituição Federal, mas também pontuamos a necessidade de celeridade processual e instrumentalidade das formas para fins de adequação ao tratamento.

Neste aspecto, em se falando de relativização da coisa julgada, os tribunais brasileiros, em assuntos sensivelmente singulares, já permitem a relativização em observância do princípio da verdade real, considerando que não seria entendido como uma ofensa à segurança jurídica e à coisa julgada da forma atual aplicada, nos casos em que ficar disposto, mesmo que após julgamento, a substituição ou complemento diversamente do descrito na petição inicial, desde que relativo à mesma enfermidade, considerando que a ação primordialmente se destina ao tratamento médico (gênero), seja suficiente para cessar a enfermidade acometida.

Além dessa solução processual, também foi apresentado no curso dessa pesquisa, a possibilidade de utilização de soluções consensuais, fazendo um destaque para a criação das Câmaras de Conciliação de Saúde como forma bilateral de promoção de acesso à justiça e modificação meritória, em sendo construído pelas partes na órbita de uma conciliação executiva célere, se mostrando como possibilidade também eficaz para o assunto proposto, em um contemporâneo diálogo com os regramentos atuais, em especial o Código de Processo Civil.

Para, além disso, e como sistemática processual já disponível de ser aplicada, essa pesquisa apontou, ainda, a utilização do mecanismo de estabilização de tutela prevista nos arts. 303 e 304, do Código de Processo Civil, sem a força da coisa julgada, mas com a capacidade resolutiva do direito material, figurando como instrumento célere de estabilização de efeitos mediante requerimento do autor, sem prolongar o processo para obter uma decisão definitiva sobre o mérito, encurtando a fase de conhecimento, possuindo conteúdo decisório acaso não atacado por recurso imediato, e fazendo com que a tutela provisória concedida em caráter antecedente se torne estável até que o réu inicie (caso queira) um processo de conhecimento abrangente para contestar a alegação do autor, transferindo ao requerido à responsabilidade de iniciar o processo comum de conhecimento.

Observando o presente instituto da estabilização de forma maleável em uma comparação à formação da coisa julgada, consideramos possível alternativa de solução célere no contexto do direito à saúde que, por vezes, tem sua pretensão modificada ao longo do tempo, considerando o quadro clínico do paciente.

A estabilização, portanto, é uma alternativa ao modelo tradicional do procedimento comum, aplicável nos casos em que as partes estejam satisfeitas com a decisão antecipatória baseada em uma cognição sumária. Não seria conveniente imprimi-las a prosseguir com o processo para obter uma decisão baseada em uma cognição mais aprofundada lidando com o fato intrínseco de possibilidade modificativa clínica do quadro discutido.

Com isso, tutelando assuntos caros à sociedade, no processo, enquanto uma ciência de atos ordenados que confirmam segurança a ambas as partes, como dito, não se mostra razoável exigências procedimentais exacerbadas, no caso das demandas de saúde, de que a parte autora ajuíze uma nova ação frente a cada mudança de prescrição médica, primando, portanto, pelo acesso à justiça na sua real essência.

Nesse esteio, observamos ser possível um tratamento singular às tutelas de saúde, considerando essencialmente o direito material discutido e a dinâmica específica de observância à terminologia do tratamento, com a ideia central de se buscar alcançar maior celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, tendo em vista a existência de situações em que o autor/exequente necessite, aliada a não ocorrência de resistência por parte do réu, o que legitima a adoção de soluções mais singelas para os conflitos, mesmo aqueles submetidos ao crivo jurisdicional processual transitados em julgado.

Observamos uma tendência possível e desejável de se adotar, a de pensar a continuidade da linha processual executiva para primar por adequações relativas ao tratamento desse exequente que detenha atenção ao efeito preclusivo e saneador da coisa julgada, quando já ocorrido, mas que isso não seja tratado de forma absoluta/engessada, permitindo, com isso, que seja possível a continuidade e satisfação do direito requerido, em sendo este viável.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.
- ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ANDRADE, Érico; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, abr. 2012.
- ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. **Ajuris: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 77–96, jul., 1989.
- ASSIS, Araken de. **Manuel dos Recursos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (org.). **Saneamento do processo**. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 109-129.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Agravo de Instrumento 00069011820138050000 BA 0006901-18.2013.8.05.0000**. Relatora: Desa. Lícia de Castro L. Carvalho. Julgamento: 11/02/2014. Órgão julgador: Quarta Câmara Cível. Salvador, 12 de fevereiro de 2014.
- BANDEIRA, Regina. “Não é razoável que o cidadão só consiga tratamento a partir de uma ação judicial”, diz Gilmar Mendes. **Agência CNJ de Notícias**, 16 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/nao-e-razoavel-que-o-cidadao-so-consiga-tratamento-a-partir-de-uma-acao-judicial-diz-gilmar-mendes/>. Acesso em: 16 jun. 2023.
- BARRETO, Vicente Paulo. Reflexão sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BENTHAM, Jeremy. **Of Laws in General**. London: Athlone, 1970.
- BIERLING, Ernst R. **Zur Kritik der juristischen Grundbegriff**, parte 2. Gotha: Wentworth Press, 1877.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti; 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, [s.d].
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 12 de jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2023

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 10 de jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm. Acesso em 21 de abril de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt no AREsp 172.277/AL**. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgamento: 16/05/2017. Órgão julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 23/05/2017. Brasília, 23 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RMS 47.529/SC**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 17/06/2019. Órgão julgador: Primeira Turma. DJe 25/06/2019. Brasília, 25 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º 1.114.613/MG**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento: 08/05/2009. Decisão monocrática. Brasília, 8 de maio de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1069810-RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento: 23/10/2013. Órgão julgador: Primeira Seção. Brasília, 23 de outubro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 845.645/MG**. Relator: Min. Arnaldo Esteves LIMA. Julgamento: 08/11/2007. Órgão julgador: Quinta Turma. Brasília, 8 de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 759.543 RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/12/2013. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 17 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no RE 271286 AgR/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Pet. 1.246/SC**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 10/04/1997. Órgão julgador: Pleno. Brasília, 10 de abril de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 3336/RN**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 11/10/2007. Órgão julgador: Plenário. Brasília, 11 de outubro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emb.Decl. no Agravo de Instrumento 598.212/PR**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/03/2014. Órgão julgador: Segunda Turma. Brasília, 25 de março de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478/PI**. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 03/03/2021. Brasília, 3 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Brasília, 4 de maio de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na petição Pet 1246/SC**. Decisão proferida: Min. Celso de Mello. Julgamento: 31/01/1997. Brasília, 13 de fevereiro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 392 - Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 02/06/2011. Publicação: DJE 16/12/2011. Brasília, 16 de dezembro de 2011.

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

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8ª ed, Barueri:Atlas, 2022.

CAPE, David *et al.* The impact of the Rasouli decision: a Survey of Canadian intensivists. **Journal of Medical Ethics**, v. 42, n. 3, 2016, p. 180-185.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CHEMERINSKY, Erwin. **Federal Jurisdiction**. 8ª ed. Los Angeles: Aspen Publishing, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **SUS Mediado**. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/programa/sus-mediado>. Acesso em: 4 jul. 2023.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015.

ENNECCERUS, Ludwig; NAWIASKY, Hans C. **Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts**, 15ª ed., v. 2, Tübingen: Mohr, 1960.

EPP, Charles R. **After the rights revolution**: lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração ao Código de Processo Civil – Justificativa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr./jun. 1997, p. 191-195.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende de impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

HONORÉ, Anthony M. Rights of exclusion and immunities against divesting. **Tulane Law Review**, n. 34, 1960.

ISAAC, Giovana Aparecida Fazio Zanetti. A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/2015 tendo como uma das partes a Fazenda Pública. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória. 2017.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Vozes, 2013.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Prisão por desobediência em execução de fazer**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, v. n. 2006, n. 141, p. 20-52, 2006.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 2, p. 75–106, 2018. p. 79.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.448644-3/001**. Relatora: Desa. Versiani Penna. Órgão julgador: 6ª Câmara Cível. Julgamento: 13/04/2021. Publicação da súmula: 19/04/2021. Belo Horizonte: 19 de abril de 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de processo civil**. Atual. legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratados das ações: ação, classificação e eficácia** - tomo I. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz. Addressing the Judicialization of Health in Brazil. **Direito GV Law Review**, v. 15, n. 3, 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte**, v. 5, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 10. jan. 2002.

SCHULZE, Clenio. Direito à saúde e o poder judiciário. In: SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. v.1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 209, jul. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 841, p. 56-76, nov. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual civil**. v. 1. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista do Ministério Público**, [s.l.], n. 47, 2001, p. 115.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015.