

TUTELA DE URGÊNCIA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS DEMANDAS DE SAÚDE

Érico Luan Mendes Silva¹
Felipe Lopes Xavier²

RESUMO

Este presente artigo analisa a aplicação do princípio da proporcionalidade na concessão de tutelas de urgência em demandas judiciais de saúde no Brasil. Aborda a interação entre a necessidade de proteção imediata ao direito à saúde e a utilização destes mecanismos nos processos judiciais. A pesquisa foi feita a partir do estudo bibliográfico aliado com o método indutivo, que foi proporcionado através de uma grande análise jurisprudencial para assim levantar discussões juntamente à exposição de resultados, culminando assim na conclusão e sintetização de ideias relativas à temática.

Palavras-chave: Tutela; Saúde; Proporcionalidade; Processo.

URGENT GUARDIANSHIP AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN HEALTHCARE DEMANDS

ABSTRACT

This article analyzes the application of the principle of proportionality in the granting of emergency relief in legal health claims in Brazil. It addresses the interaction between the need for immediate protection of the right to health and the use of these mechanisms in legal proceedings. The research was carried out based on

¹Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5396-2075>. E-mail: ericosilva777@gmail.com.

²Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7171-2824>. E-mail: felipelopesxavier3@gmail.com.



bibliographical study combined with the inductive method, which was provided through a large jurisprudential analysis to raise discussions together with the presentation of results, thus culminating in the conclusion and synthesis of ideas related to the theme.

Keywords: Guardianship; Health; Proportionality; Process.

LA TUTELA URGENTE Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS DEMANDAS DE ATENCIÓN SANITARIA

RESUMEN

Este artículo analiza la aplicación del principio de proporcionalidad en la concesión de medidas urgentes en acciones de salud en Brasil. Aborda la interacción entre la necesidad de protección inmediata del derecho a la salud y la utilización de estos mecanismos en procedimientos judiciales. La investigación se realizó con base en un estudio bibliográfico combinado con el método inductivo, el cual se brindó a través de un amplio análisis jurisprudencial para suscitar discusiones junto con la presentación de resultados, culminando así en la conclusión y síntesis de ideas relacionadas a la temática.

Palabras clave: Tutela; Salud; Proporcionalidad; Proceso

INTRODUÇÃO

Em se tratando de estudo processual civil, pontos importantes se concebem no invólucro de determinadas matérias do processo em si. Neste presente estudo, abordaremos e analisaremos de maneira minuciosa, duas figuras jurídicas que têm valores consideráveis na nossa jurisdição, quais sejam, a tutela de urgência e o princípio da proporcionalidade. No entanto, não se limitando somente à uma abordagem sistemática e engessada de tais matérias, sustentamos o pensamento de que o direito se integra primordialmente à evolução social e suas respectivas demandas e chagas. Exposto isto, o presente artigo tem como síntese, uma abordagem dessas temáticas ao se integrarem nas demandas de saúde no judiciário brasileiro. De forma mais explícita, partiremos então da indagação de como o princípio da proporcionalidade é aplicado pelos tribunais brasileiros na concessão de tutelas de urgência em demandas de saúde. O objetivo da presente pesquisa é portanto investigar e compreender o instituto processual da tutela

provisória de urgência vinculado ao princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade nos processos envolvendo o direito à saúde que se trata de um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e se reveste da maior importância, pois está intrinsecamente relacionada com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. A pesquisa será conduzida por meio de análise qualitativa de decisões judiciais proferidas onde serão selecionados casos representativos que envolvam a concessão de tutelas de urgência em saúde. A metodologia também se baseou em revisão bibliográfica e análise documental das jurisprudências pertinentes.

2. TUTELA DE URGÊNCIA EM MATÉRIA DE SAÚDE

2.1 Tutela de urgência

A tutela de urgência, mais especificamente classificada como “tutela de caráter antecedente”, caracteriza-se como aquela que é requisitada anteriormente ao pedido principal, conforme disposto no art. 294, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Curiosamente, tem-se que a tutela de urgência, é concedida mediante decisão interlocutória, a qual é executada por meio de cumprimento de sentença, nos termos do parágrafo único do art. 297 do CPC. Contudo, não há propriamente um cumprimento de sentença, mas um cumprimento de decisão interlocutória, sendo aquele, apenas um termo para definir uma forma executiva.

Superado tal ponto, para elaborar a petição inicial, o autor irá indicar a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, consoante o estabelecido nos arts. 303, caput e 305, caput do CPC.

Desta forma, para que seja concedida é necessário o cumprimento de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O primeiro requisito mostra-se efetivamente como um dano potencial, ou seja, um risco de o processo não se mostrar útil à parte que o pleiteou, o qual deve

ser objetivamente apurado. Não podem meras incertezas a respeito do direito material impedir o acesso à tutela de urgência, uma vez que tal fato vulnera o efetivo acesso à jurisdição, assegurado no art. 5º, XXXV e o direito da parte à celeridade processual, previsto no inciso LXXVIII do mesmo artigo.

Assim, se a parte possui a possibilidade de exercer o direito pleiteado e se o fato narrado, à primeira vista, lhe assegura um provimento de mérito favorável, mostra-se presente *fumus boni iuris*, em grau suficiente para legitimar a proteção de medidas sumárias. Nas palavras do ilustre doutrinador, Humberto Theodoro Júnior:

“Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial ou pela total inexistência de elementos probatórios a sustentá-la, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.” (THEODORO, 2019, pág. 919)

O segundo requisito, por sua vez, é definido como um dano iminente que pode prejudicar o bom andamento do processo. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, tal fato pode ocorrer quando: “há risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo”. (THEODORO, 2019, pág. 919). Em resumo, há que se demonstrar o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 300, CPC)

Vale ressaltar que, a fim de conservar ou assegurar o direito, o magistrado pode valer-se de arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assegurar o direito, conforme dispõe o art. 301 do CPC. Contudo, caso haja risco dos efeitos da decisão não poderem ser revestidos, o que causará problemas ao réu, o referido instituto pode não ser concedido (art. 300, § 3º, CPC).

2.2 O Direito à Saúde

A saúde, conforme previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal, é direito fundamental, estando intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio



da dignidade da pessoa humana que encontra previsão no art. 1º, III da Lei Maior, devendo orientar os operadores do direito naquelas demandas relacionadas aos direitos essenciais do ser humano.

De modo geral, o acesso à saúde caracteriza-se como direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público (art. 196), destacando a Carta da República a relevância do tema em seu art. 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Neste sentido, o art. 23, II da CF/88 dispõe que o cuidado para com a saúde da população é de competência comum da União, Estados e Municípios havendo, portanto, solidariedade entre as pessoas federativas.

Ainda, conforme disposto no art. 198, há previsão de um sistema único de saúde e o seu § 1º dispõe que o financiamento se daria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

No mesmo sentido, § 2º do mesmo artigo prevê percentuais mínimos de recursos que obrigatoriamente os três entes federativos deverão aplicar em ações e serviços de saúde, consistindo, inclusive, hipótese de intervenção federal nos Estados caso não apliquem os percentuais mínimos determinados em ações e serviços de saúde pública, conforme previsão do art. 34, VII, alínea e de nossa Constituição Federal.

Deste modo, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desta forma, o cidadão em situação de hipossuficiência de recursos poderá escolher qual dos entes federativos será provocado para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde e à vida digna.

Neste sentido, colaciona-se o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

(RE 855178 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020 - destaquei)

2.3 A tutela de urgência como meio necessário à promoção da saúde

Em que pese o direito de acesso à saúde estar expressamente previsto na Lei Maior e consolidado na jurisprudência dos tribunais pátrios, não é surpresa a caducidade do Estado em fornecer serviços de saúde à população com a qualidade esperada. Isto porque, costumeiramente vemos reportagens nas mídias sociais sobre falta de medicamentos, longas filas de espera, ausência de profissionais em áreas periféricas, dentre vários outros.

Por conseguinte, é recorrente que o indivíduo que se sinta injustiçado recorra ao Poder Judiciário para obter medicamentos de alto custo, cirurgias, internações em unidade de tratamento intensivo (UTI), dentre outros. Tal fato, dá origem a chamada judicialização da saúde, a qual tem contribuído para que a população tenha acesso a serviços de saúde urgentes.

Deste modo, considerando que a demora em alcançar o tratamento esperado pode resultar em grave risco de morte, é necessária a provocação do Poder Judiciário para que o Estado seja compelido a prestar algum tipo de atendimento médico-hospitalar de urgência. Portanto, o instituto da tutela antecipada é de extrema relevância, pois garante a celeridade processual que o tipo de demanda requer.



A título de exemplo, o STJ, ao consolidar entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), entende ser possível a concessão da antecipação da tutela, em caso de fornecimento de medicamento não entregue pelo Estado, valendo-se, ainda, do bloqueio de verbas públicas para a satisfação da obrigação, bem como a aplicação de multa:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DO JUIZ. SEQUESTROS DE VALORES. EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES. RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO FUNDAMENTAL. PLEITEIO EM QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STF. DECISÃO DE ORIGEM QUE ENTENDEU A RAZOABILIDADE DA MULTA DIÁRIA APLICADA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ.

I - Quanto à tese de ilegitimidade, importante considerar o entendimento desta Corte Superior sobre o tema, pois 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.

II - O Supremo Tribunal Federal entende que o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Nesse sentido: REsp 1203244/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 17/06/2014; REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013.

III - Importante considerar ainda que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, consignou que a multa diária aplicada pelo descumprimento da obrigação era razoável e proporcional, consoante verifica-se dos excerto do voto condutor a seguir transcrito (fls. 143-154): "[...] Finalmente, no tocante à multa diária aplicada pelo togado singular, esta se mostra razoável em função da gravidade e do estágio avançado da doença que acomete o autor/apelado, bem como é amplamente aceita pela jurisprudência pátria a sua aplicabilidade em casos idênticos.

De qualquer sorte, ao contrário do alegado pelo apelante, por se tratar de caso de urgência, enquadra-se no art. 24, da Lei nº 8.666/93, que trata dos casos de dispensa de licitação." (AglInt no AREsp n. 1.201.800/PE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/8/2018, DJe de 13/8/2018.)

Igualmente, é o entendimento do TJMG:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA - TUTELA DE URGÊNCIA - CIRURGIAS



REPARADORAS PÓS-BARIÁTRICA - REQUISITOS PREENCHIDOS - INSUMOS NÃO VINCULADOS DIRETAMENTE À INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO - INEXISTÊNCIA. A apuração a ser empreendida para o deferimento do pedido de tutela de urgência corresponde a um juízo precário de probabilidade do direito da parte, no âmbito do qual também se faz necessária a averiguação concreta do risco de grave prejuízo na hipótese de se aguardar o provimento final do processo. A concessão de tutela provisória para se determinar à operadora de plano de saúde o custeio de procedimento reparatório complementar à cirurgia bariátrica impõe a demonstração médica de que há necessidade imediata da intervenção, cujo retardamento implicará riscos iminentes para a saúde do paciente, de maneira a comprometer sua integridade física e/ou sua dignidade como indivíduo. Demonstrado o preenchimento dos requisitos, o pedido de tutela de urgência deve ser deferido. Lado outro, do comando judicial que defere, em sede de tutela de urgência, a realização de cirurgias reparadoras pós-bariátrica, deve ser excluído o fornecimento de insumos que não estão associados intrinsecamente à concretização da medida antecipatória vindicada. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.24.242686-4/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Pereira da Silva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/06/2024, publicação da súmula em 19/06/2024)

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade em consideração à sua amplitude, se insere em ramos diversos do nosso direito pátrio devido a sua grande importância. O mesmo, no entanto, carece de uma posituação explícita de seu conceito propriamente dito em nossa legislação.

Diante disso, levando em conta o seu caráter mais generalista, apesar de sua indefinição conceitual, tal princípio nos remonta a constitucionalidade do direito. O mesmo muitas vezes adquire outras facetas podendo, por exemplo, ser chamado de princípio da vedação ao excesso dentre outros. Nesse sentido, boa definição é a de que o princípio da proporcionalidade é "princípio constitucional, corolário do próprio Estado de Direito, que veda o excesso e o abuso [...] Consiste na avaliação dos direitos ou interesses em jogo para dar prevalência aos valores que informam a ordem jurídica" (Lopes, 2004, p.34). Diante do exposto, em matéria processualista podemos então considerar o princípio em questão, precisamente no que se refere à necessidade de equilibrar os interesses em conflito, garantindo que as medidas adotadas no processo sejam adequadas, necessárias e proporcionais.



Ante as exposições, é válido complementar que a proporcionalidade tem sua forma de estruturação, levando-se em conta os componentes que integram o princípio da proporcionalidade, sendo estes, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em seu stricto sensu.

A adequação tem seu sentido á relacionar com a aptidão das medidas adotadas para alcance do objetivo. Trazendo isto para o nosso processo civil, a adequação seria, em suma, uma consideração de que as decisões judiciais, bem como os atos do processo, devem ser dotados de capacidade a fim de atingir os objetivos do próprio processo. Dessa forma se levará em conta a lei aplicada em sua forma correta, bem como a justiça que deve estar presente nas sentenças e em qualquer tipo de decisão, além de também nos demais atos processuais.

A necessidade por sua vez exprime a ideia de que, ao se considerar as medidas consideradas adequadas, que seja escolhida dentre elas aquela que se mostrar menos gravosa para os direitos das partes envolvidas. Dessa maneira deve o magistrado optar por soluções que causem o menor impacto possível, que ensinará na preservação máxima dos direitos e garantias dos litigantes.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, enseja no conceito já aqui exposto, ao cuidar de balancear entre o que foi benéfico na medida do que foi prejudicial. Dessa forma, o que tramita, deve tramitar de forma ponderada, de uma maneira que a beneficência supere as custas e/ou danos envolvidos.

3.1 Histórico e fundamentos teóricos do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade não é restrito à legislação pátria, muito ao contrário, a sua origem histórica remonta às legislações estrangeiras. O princípio em questão tem suas primeiras considerações há muito tempo. A carta magna inglesa já elucidou a proporcionalidade segundo Willis santiago “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.” (Guerra Filho, 2000, p. 75) Apesar de ter ocorrido em demasiados países pelo mundo desde os tempos



remotos, o princípio da proporcionalidade estabeleceu-se e de certa forma consolidou-se com mais ênfase no direito germânico. Foi na Alemanha principalmente na era iluminista que este concebeu-se com um maior aparato. Pensadores e filósofos já elaboravam e disseminavam as ideias da mitigação do poder estatal onde suas ações deveriam ser realizadas com proporção aos objetivos vigentes da época. No direito brasileiro, como já exposto, diferentemente de algumas outras legislações a fora, não há aqui o princípio com seu conceito diretamente expresso, tratando-se portanto de figura de certa forma implícita no ordenamento. No entanto, vários são os artigos que remontam a tal figura. Levando em conta a historicidade aqui brevemente exposta, ele aparece por exemplo na nossa Constituição de 88 sobretudo no que tange os direitos e garantias individuais nela elencados (BRASIL, 1988). Já levando em consideração o caráter eminentemente processualista do nosso trabalho, cabe aqui portanto destacar alguns pontos do nosso código de processo civil que remontam de forma clara ao princípio da proporcionalidade:

“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (art. 8º, CPC). O texto da lei aqui já é auto-explicativo , transparecendo o princípio de forma expressa.

“Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.” (art. 805, CPC). Em tal artigo temos nitidamente o elemento da necessidade ao expressar de maneira clara “modo menos gravoso”

“O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.” (art. 297, CPC). Neste último o elemento da adequação se concebe de maneira clarividente.

3.2 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade nas Decisões Judiciais



Saindo um pouco dos aspectos teóricos e indo de encontro ao estudo prático, é deveras necessário que se associe os fundamentos teóricos às práticas judiciais. É de extrema necessidade portanto, que nesse viés, o princípio da proporcionalidade esteja aplicado nas dinâmicas e atos do processo em si. Datando de tempo remoto, já se versava sobre tal princípio em decisões judiciais, foi o caso por exemplo do julgamento no RE nº 18.331. Em tal situação, numa análise dos atos legislativos, ficou estabelecido no acórdão que o condão para se estabelecer a taxa não deverá alcançar a situação de destruição da atividade que é elemento da própria taxa. Nas palavras do ministro Orozimbo Nonato:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.” (Nonato, 1953, pg. 164)

Outro julgamento importante que se estabeleceu em nossa jurisdição foi o da ADIN 855-2 do estado do paraná, não se limitando a importância do princípio em questão ao cont do em si da a o, mas também, ao fato de que foi deste julgamento que surgiu uma admissão de forma expressa do princípio da proporcionalidade nas decisões dos tribunais superiores.

E M E N T A - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substitui o a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arg i o de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de viola o ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arg i o que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis   economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (STF - A o Direta de Inconstitucionalidade 1993-07-01;855-3703395, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/7/1993)

Levando em considera o agora ao direito nos tempos mais atuais, o Tribunal de justiça de Minas Gerais teve o seguinte julgamento versando sobre proporcionalidade:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOVO JULGAMENTO DETERMINADO PELO STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. PRESUNÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO PELO ENTE PÚBLICO. DANO IN RE IPSA RECONHECIDO. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. ELEMENTOS DOS AUTOS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OBSERVANCIA.

- A fraude no processo licitatório implica dano in re ipsa, circunstância que torna devida a indenização ao poder público prejudicado conforme entendimento uniforme do Superior Tribunal de Justiça.

- Sob a ótica do referido tribunal superior, é preciso avaliar as circunstâncias do caso concreto, e, mediante uso da proporcionalidade e da razoabilidade, estabelecer o valor a ser restituído para evitar o enriquecimento indevido da Administração.

- Nada obstante, descabe presumir que o dano ao erário tenha sido equivalente ao valor da licitação, notadamente quando ocorreu o fornecimento de todo o material ao Município, e, por tal, tornou devida a correspondente contraprestação pecuniária, sob pena de validar o enriquecimento ilícito deste.

- Hipótese na qual não foi produzida prova mínima a quantificar eventual distorção entre o preço cobrado pela licitante vencedora e aquele praticado no mercado, motivo pelo qual mantém-se a condenação imposta na sentença, que atende à razoabilidade e à proporcionalidade, bem como às nuances do caso concreto. (TJMG - Apelação Cível 1.0637.06.035964-2/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2021, publicação da súmula em 05/07/2021)

3.3 O princípio da proporcionalidade e o direito à saúde

Como exposto alhures, são frequentes o ajuizamento de ações para pleitear as mais diversas prestações para efetivar o direito à saúde, dentre elas, a exigência de cirurgias, acesso a medicamentos e tratamentos médico-hospitalares, dando origem a chamada judicialização da saúde.

Diante disso, tendo em vista o grande número de ações ajuizadas, surge a necessidade de se analisar o caso concreto visando a evitar que o Estado entre em colapso, com a oneração excessiva, diante de determinadas demandas.

A despeito da universalização dos direitos fundamentais sociais, não se pode perder de vista que sua concretização depende de esforço econômico e financeiro por parte do Estado.



Assim sendo, a atual Constituição Federal organiza o orçamento público através das Leis do Plano Plurianual, de Diretrizes Orçamentárias e Orçamentária Anual, que se complementam para regulamentar os gastos da receita pública. O descumprimento dos objetivos orçamentários pode constituir crime de responsabilidade, conforme o artigo 167, inciso II, e o artigo 85, VI, da Constituição Federal, que proíbem despesas sem prévia dotação orçamentária.

Além disso, conforme o entendimento de Scaff (2005), existem limites constitucionais, como o princípio da legalidade, capacidade contributiva, anterioridade e noventena, além de destinações específicas para educação e saúde, estabelecidas nos artigos 212 e 198, § 2º, respectivamente. Assim, o administrador público deve respeitar esses limites e não tem liberdade absoluta para decidir sobre os gastos dos recursos públicos, devendo observar restrições tributárias, de destinação e relativas aos direitos da dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que o art. 8º do Código de Processo Civil, dispõe que, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, “atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Visando adquirir tal equilíbrio, segundo Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014), o critério da proporcionalidade é essencial devido às margens interpretativas das cláusulas normativas gerais, que são abertas e compostas por conceitos indeterminados utilizados pelo juiz. Este juiz possui um poder discricionário, que pode variar em extensão dependendo da previsão legislativa, mas que sempre está presente. O critério da proporcionalidade refere-se às características extrínsecas da discricionariedade, ou seja, à liberdade de decisão do aplicador-concretizador.

Ainda, na esteira do entendimento dos autores supracitados, a análise da aplicação da proporcionalidade nas intervenções do Judiciário exige um processo em duas fases: a verificação do fundamento legal da medida interventora e da sua constitucionalidade; e a ponderação concreta, para determinar se a medida judicial, embora baseada em normas constitucionais, viola algum direito fundamental por



não atender ao critério da proporcionalidade. Primeiramente, o Poder Judiciário deve identificar se a intervenção é lícita e necessária. Em seguida, deve-se avaliar se a intervenção é adequada para alcançar ou pelo menos promover o objetivo desejado, com a menor interferência possível nos demais poderes.

Desta forma, torna-se essencial levar em conta a desigualdade que a judicialização da saúde pode acarretar porque existem casos em que determinados grupos (em especial, grupos vulneráveis) não veem satisfeito seu direito, mas não reclamam perante os órgãos estatais quando o Poder Judiciário assume o papel de protetor do direito à saúde de determinados casos particulares não soluciona ainda o maior problema decorrente da inércia ou omissão das atividades dos outros Poderes. (RONCONI, 2012)

Levando-se, então, em consideração que o sistema de saúde deve adequar a dimensão individual com a dimensão coletiva, o Poder Judiciário deve se utilizar de critérios direcionados à efetivação desses direitos fundamentais. Esses critérios decorrem da proporcionalidade, que evita o exagero das decisões judiciais interventoras nas políticas públicas de saúde, bem como limita a atuação dos magistrados. Por meio dela, busca-se uma aproximação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo para favorecer aqueles que se sentem afetados. Ressalta-se, a fim de preservar a separação dos poderes, o Judiciário deve obrigatoriamente e fundamentar suas decisões utilizando-se o critério da proporcionalidade.

Em matéria de políticas públicas de saúde, o critério da proporcionalidade exige que o Judiciário, deverá avaliar, no caso concreto, qual é a melhor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor gasto de recursos públicos, como bem salientado por Marco Antônio da Costa Sabino (2011):

“A solução mais razoável é a proporcional. Já que se está lidando com a necessidade mínima do postulante (acesso ao medicamento), de um lado, e, de outro, a intromissão judicial no orçamento público, de outro, é preciso, evidentemente, avaliar: (i) se tal medicamento ou tratamento é necessário para assegurar o mínimo existencial do paciente; (ii) se esse medicamento ou tratamento, sob o ponto de vista da razoabilidade, é o melhor para assegurar esse mínimo existencial com menor impacto ao Erário. Havendo,



destarte, dois medicamentos aptos a tratar determinada moléstia, sendo que um está incluído nas listas do SUS e, não o outro, o juiz deve decidir por conceder aquele que está contemplado pelas listas, justamente porque elas envolvem o planejamento de que se falou.” (SABINO, 2011, p. 382).

Considerando-se o texto supracitado, evidencia-se que uma decisão judicial interventora nas políticas públicas de saúde somente poderá ser considerada proporcional quando atender ao critério bifásico: necessidade do tratamento ou da intromissão judicial e adequação (idoneidade) do tratamento postulado. Caso esses critérios não sejam atendidos estar-se-á diante de um caso de intromissão exagerada do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, o que é vedado pela CRFB/88.

Portanto, conclui-se que para aferir se um tratamento é realmente necessário, deve-se verificar a sua utilidade, analisando se há outro meio alternativo menos gravoso ao orçamento público. Além de ser menos oneroso ao erário, o meio alternativo deve ter eficácia semelhante ao tratamento originariamente pleiteado. O Judiciário não deve deferir, por exemplo, terapias subsidiadas em relatório médico que não confirmem o caráter de urgência do tratamento requerido.

3.4 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade pelo Poder Judiciário para a promoção do direito à saúde

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 139-1/SP, julgado em 19.03.2003, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que esta se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade.

Levando em conta os fatos expostos, faz-se mister expor importantes julgados sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9 sedimentou o entendimento



de que as decisões judiciais interventoras nas políticas públicas, concretizadoras de direitos fundamentais, devem se pautar na proporcionalidade/razoabilidade da pretensão exercida em face do poder público. (STF, ADPF n. 45 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Melo, j. em 29.04.2004). A ação questionou a violação de preceito fundamental decorrente da não aplicação do mínimo necessário para as ações nas políticas públicas de saúde na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Observa-se que tal decisão é de suma importância, posto que consagrou o critério da proporcionalidade como limitador do Judiciário no caso da dispensação de medicamentos, tratamentos e insumos à população. A partir deste entendimento, vê-se que o judiciário deve ter um grande cuidado em não beneficiar alguns poucos cidadãos em detrimento de vários outros necessitados, ou seja, dever-se-á verificar quais são as consequências para os demais cidadãos, que não participam da respectiva demanda individual.

Outro exemplo de utilização do princípio da proporcionalidade que merece destaque, tem origem na recente extensão dos efeitos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 748 deferida pelo STF. Diz respeito a um pedido de extensão formulado pelo Município de Maceió, com o fim de suspender a eficácia da antecipação de tutela concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. A decisão impugnada determinava o custeio de procedimento cirúrgico de alto custo. O Município alegou que a decisão levada à liça se assemelhava ao da STA 748, já que não havia prova nos autos que comprovassem a urgência, motivo pelo qual merecia prosperar a extensão. (STA n. 748 AL, Rel. Ministro Presidente, j. em 17.04.2015).

A partir daí, o STF entendeu pelo deferimento do pedido, sob a justificativa de que a decisão impugnada configurava grave lesão à ordem e à economia pública. A Corte salientou que não foi por outra razão que, em 28/02/2014, deferiu-se o pedido de suspensão formulado na STA 748. Naquele julgado não ficou configurado o caráter urgente do procedimento requerido, tampouco ficou evidenciado a busca prévia por alternativas oferecidas no âmbito do SUS. O STF entendeu que não seria justo com a maioria da população necessitada relativizar o princípio da reserva do



possível para conceder um tratamento alternativo de alto custo, inovador e revolucionário, isto porque o gasto de recursos causaria abalos injustificáveis ao erário, fato este que prejudicaria o fornecimento de tratamentos específicos a outros cidadãos mais necessitados.

Por fim, a Corte reafirmou não ser proporcional/razoável, subtender-se que todo e qualquer tratamento ou recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, devendo somente o Poder Judiciário ser provocado para que intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexistirem ou patentemente se mostrarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população.

Assim sendo, o entendimento atual do STF também é no sentido de que a decisão judicial interventora nas políticas públicas de saúde somente poderá ser considerada proporcional quando atender, por um lado, o subcritério da necessidade do tratamento ou da intromissão judicial, e, por outro lado, da adequação (idoneidade) do tratamento postulado. A inobservância do critério da proporcionalidade viola a separação dos poderes e ameaça o princípio da isonomia, consoante entendimento vinculado pela Suprema Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é um direito fundamental garantido pelo art. 6º da Constituição Federal, ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III). É um direito de todos e dever do Estado (art. 196), com atendimento integral, universal e igualitário (art. 198, II). A competência para cuidar da saúde da população é compartilhada entre União, Estados e Municípios (art. 23, II), e o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) vem de recursos da seguridade social de todos os entes federativos (art. 198, § 1º). Outrossim, a fim de garantir a efetivação deste direito, a Lei nº 8.080/90 criou o SUS, permitindo que qualquer cidadão sem recursos possa escolher qual ente federativo acionar para garantir seu direito à saúde e à vida digna.



As tutelas provisórias se caracterizam pela rapidez, baseando-se na simplificação dos procedimentos e na concentração de atos cognitivos e executivos com o objetivo de assegurar o imediato cumprimento das decisões tomadas e a efetividade do direito material desejado. Assim, pode-se afirmar que as tutelas provisórias, especialmente a tutela de urgência antecipada, são instrumentos processuais extremamente importantes que facilitam o acesso ao direito à saúde. Isso se deve ao fato de que, geralmente, o indivíduo que recorre ao judiciário para obter atendimento médico-hospitalar ou fornecimento de medicamentos está em situação de urgência, e, nesses casos, a celeridade processual, garantida pelo procedimento das tutelas provisórias, pode ser determinante entre a vida e a morte.

Dessa maneira, valendo da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de saúde, conclui-se que para determinar se um tratamento é realmente necessário, é essencial verificar sua utilidade, avaliando se existe um meio alternativo menos oneroso ao orçamento público. Além de ser menos dispendioso para o erário, o método alternativo deve possuir eficácia comparável ao tratamento inicialmente solicitado. O Judiciário não deve conceder, por exemplo, terapias baseadas em relatórios médicos que não confirmem a urgência do tratamento solicitado.

Por último, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade para a promoção da saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 139-1/SP, entendeu que a aplicação do princípio da proporcionalidade ocorre quando há restrição a um direito fundamental ou conflito entre princípios constitucionais, exigindo a ponderação entre eles por meio das máximas da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No julgamento da ADPF 45-9, o STF firmou que decisões judiciais que intervêm em políticas públicas devem basear-se na proporcionalidade e razoabilidade da pretensão contra o poder público. Esta decisão é crucial, pois estabeleceu a proporcionalidade como um limitador das ações judiciais relacionadas à dispensação de medicamentos e tratamentos, evitando beneficiar poucos em detrimento de muitos. Outro caso relevante é a STA 748, onde o STF suspendeu a



eficácia de uma tutela antecipada que exigia custeio de cirurgia de alto custo, justificando que sem comprovação de urgência, a decisão causaria grave lesão à economia pública e prejudicaria outros necessitados. O STF reafirmou que a intervenção judicial em políticas de saúde só é proporcional se atender aos critérios de necessidade e adequação do tratamento solicitado, evitando a violação da separação dos poderes e do princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.

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

BRITO, Claudineia Gomes Brito Gomes. **Tutela de urgência antecipada como instrumento de efetivação do direito à saúde.** Revista Farol, v. 10, n. 10, p. 166-179, 2020.

DA SILVA FLEURY, João Felipe. **A efetivação do direito fundamental à saúde à luz da proporcionalidade e da teoria da reserva do possível.** Atâtôt-Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos da UEG, v. 2, n. 3, p. 75-96, 2021.

DE ARAÚJO, Juscelina Coelho. **Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e sua aplicação na administração pública. Tribunal de contas - MT.** Disponível em: <https://www.tcemt.tc.br/artigos/os-principios-da-proporcionalidade-e-razoabilidade-e-sua-aplicacao-na-administracao-publica/35#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20proporcionalidade%20tem,seus%20soberanos%20a%20respeit%C3%A1%2Dios>. Acesso em: 26 jun. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 855-2n. 1993-07-01;855-3703395.** Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 1 jul. 1993. Disponível em:



<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:1993-07-01;855-3703395>.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45-9. Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB versus veto emanado do Presidente da República**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, Acórdão de 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+748%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/kw4fgmv>>. Acesso em: 26 jun. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Segunda extensão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 748. Município de Maceió versus Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas**. Relator: Ministro Presidente. Brasília, Decisão de 23 de abril de 2015. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 27 jun. 2024.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, pg. 75.

LIMA, George Marmelstein. **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO: UM ESTUDO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO ACERCA DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AÇÃO**. THEMIS: Revista da Esmec, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 125-151, 2000.

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de AA; TEIXEIRA, MAA. **aplicação da reserva do possível ante a judicialização da saúde: a necessidade da observância do princípio da proporcionalidade**. Revista Direitos Humanos e Democracia, [S. l.], v. 9, n. 17, p. 105-117, 2021.

LOPES, João Batista. **Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil**. Revista de Processo. v. 29, n. 116. São Paulo, jul./ago. 2004, p. 34.

LOR, Encarnacion Alfonso. **O princípio da proporcionalidade no Direito Processual**. Migalhas, v. 30. 30, mai. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/61480/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-processual>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. v. 20. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques#:~:text=No%20%C3%A2mbito%20das%20liberda>

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, Montes Claros, v. 19, n. 1, jan./jul. 2025



BY

des%20da,de%20natureza%20individual%20ou%20coletiva. Acesso em: 28 jun. 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0637.06.035964-2/001**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Minas Gerais, Súmula de 5 jul. 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=52&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=princ%EDpio%20proporcionalidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=0-34207&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 25 jun. 2024.

NETTO, José Manoel Arruda Alvim. **O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea - análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio**. Doutrina: Superior Tribunal de Justiça edição comemorativa 15 anos, Brasília - DF, p. (369 - 396), 2005. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout15anos/article/view/3499/3622>. Acesso em: 25 jun. 2024.

Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006.

Revista Forense, vol. 145, 1953, p. 164.

RONCONI, Liliana M. Derecho a la salud: **um modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos**. Salud Colectiva, Buenos Aires, v. 8. n. 2, mayo/ago. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652012000200003&script=sci_arttext. Acesso em: 28 jun. 2024.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais. O caso da saúde**. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). O controle jurisdicional das políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Verba Juris, João Pessoa, n. 4, jan./dez. 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>. Acesso em: 28 jun. 2024.

SLAIBI, MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ. **Direito fundamental à saúde-tutela de urgência**. 2007.

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, Montes Claros, v. 19, n. 1, jan./jul. 2025



BY

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum** – 60. ed. – [2. Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VIEIRA, Victor Augusto. **A proporcionalidade como critério limitador da intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde.** SYNTHESIS | Revista Digital FAPAM, v. 6, n. 1, p. 355-370, 2015.

