

EFICÁCIA DA SUSPENSÃO DA SEGURANÇA NO TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA REPETITIVA – O CASO FOSFOETANOLAMINA

Fernando Muniz
Shecaira

Mestrando em Direito
Processual na Universidade
de São Paulo, São Paulo, SP,
Brasil. shecaira@gmail.com

Effectiveness of suspension
of safety in the treatment of
repetitive litigation – the case
phosphoethanolamine

Recebido: março 6, 2017

Aceito: abril 23, 2017

RESUMO

A Suspensão da Segurança é um incidente processual de titularidade do Poder Público que visa à suspensão (i) da ordem de segurança concedida em mandados de segurança, ou de (ii) antecipações de tutela e liminares concedidas em ações de obrigação de fazer, bem como em (iii) cautelares em que figure como parte o Poder Público. Ao longo do presente artigo será estudado se há eficácia na utilização desse instrumento processual para o tratamento da litigância repetitiva. A modalidade de estudo de caso foi escolhida como metodologia de pesquisa. O caso foi estudado à luz dos acórdãos que versavam sobre o uso da fosfoetanolamina e a obrigatoriedade de o Poder Público fornecê-la à população. Para tanto, realizou-se uma abordagem qualitativa e quantitativa. O resultado foi que o direito material foi muito mais marcante na fundamentação dos acórdãos do que o julgamento da Suspensão da Segurança, apesar de ter havido certa adstrição à decisão do Órgão Especial do TJSP que julgou definitivamente o pedido de Suspensão da Segurança.

Palavras-chave: Suspensão da Segurança, Litigiosidade Repetitiva, Repetitividade Recursal, Fosfoetanolamina.

Abstract

The Suspension of Security is a procedural incident that may be presented by the Public Authorities and that aims at suspending the (i) security order granted in writs, (ii) preliminary rulings granted in actions of obligation to do, as well as in (iii) precautionary measures that the Public Power appear as a part of the process. Throughout the present article it will be studied if the use of this procedural instrument is effective for the treatment of repetitive litigation. The modality of case study was chosen as a research methodology. The case was studied in light of the rulings on the use of phosphoethanolamine and the obligation of the Public Power to provide it to the population. For this, a qualitative and quantitative approach was carried out. The study showed that in the grounds of the judgments, the substantive law was discussed much more than the judgement of the Suspension of Security, although there was some adherence with the decision of the Special Body of the São Paulo Estate Court that ruled the request for Suspension of Security.

Keywords: Suspension of Security, Repetitive Litigation, Recursal Repetitiveness, Phosphoethanolamine.

1. INTRODUÇÃO

A Suspensão da Segurança é um instrumento processual de titularidade do Poder Público para suspender a segurança concedida em Mandados de Segurança, bem como sustar, suspender, cassar, liminares e antecipações de tutela em ações de obrigação de fazer.

Se a discussão sobre a natureza jurídica desse instrumento foi intensa na doutrina e na jurisprudência - com a finalidade de se aferir se a Suspensão de Segurança poderia ser utilizada concomitantemente a outros recursos - e já foi realizada em trabalhos mais robustos¹, a sua eficácia ainda fica à míngua dos processualistas.

Para analisar a sua eficácia, serão elucidados os acórdãos que resultaram dos julgamentos dos pedidos de Suspensão de Segurança, uma vez que um estudo meramente dos pedidos não seria capaz de responder ao objeto do presente artigo, porquanto não se sabe, no início do trâmite deste instrumento, o resultado que se aferirá. Diferentemente, os acórdãos, ao transparecerem o resultado do julgamento, são importante fonte para a consideração da eficácia desse instrumento.

Para tanto, propõe-se a realização de um estudo de caso com abordagem quantitativa e qualitativa de um recorte específico,

¹ Como a tese de doutorado em que se baseará parte deste artigo.

O objeto de estudo do presente artigo é a eficácia da Suspensão da Segurança no tratamento da repetitividade recursal.

mas representativo, do judiciário brasileiro: o Tribunal de Justiça de São Paulo².

Ao término da pesquisa empírica, pretende-se ter dados relevantes para a resposta do objeto em análise. Ademais, com o resumo introduzido pelo capítulo III que discorrerá sobre a Suspensão de Segurança, será possível realizar uma reflexão crítica acerca da eficácia desse instrumento processual bem como em seus impactos no equilíbrio de força entre os dois tipos de litigantes.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

Desde já, para a objetivação do presente artigo e como parte do *marco teórico*, elege-se o texto “*Why the haves come out ahead*” de Marc Galanter³ para se ter como pressuposto de análise que o litigante habitual (*repeat player*) possui vantagens em relação ao litigante eventual (*one-shotter*) na utilização do sistema judiciário. Além disso, como bem salienta o autor, os advogados das partes - como por exemplo as procuradorias que fazem a defesa do poder público - absorvem algumas das vantagens e as transferem, em parte, a seus clientes^{4 5}.

O *objeto* de estudo do presente artigo é a eficácia⁶ da Suspensão da Segurança no tratamento da repetitividade recursal. Ademais, a *hipótese* é a de que ela ocorre estritamente na medida do proposto pelo instrumento processual sob análise⁷.

² Afinal, sozinho, representa 29% de todos os casos da Justiça Estadual no Brasil. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Justiça em números 2015, ano base 2014*. Brasília, 2015.

³ GALANTER, 1994. p. 165-230.

⁴ Idem. p. 189.

⁵ Cf. Idem. p. 191: “Specialized lawyers may, by virtue of their identification with parties, become lobbyists, moral entrepreneurs, proponents of reforms on the parties’ behalf. But lawyers have a cross-cutting interest in preserving complexity and mystique so that client contact with this area of law is rendered problematic. Lawyers should not be expected to be proponents of reforms which are optimum from the point of view of the clients taken alone. Rather, we would expect them to seek to optimize the clients’ position without diminishing that of lawyers. Therefore, specialized lawyers have an interest in a framework which keeps recovery (or whatever) problematic at the same time that they favor changes which improve their clients’ position within this framework.”

⁶ Como se verá adiante, a Suspensão da Segurança continuou a produzir seus efeitos por conta de o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ter deferido tutela provisória na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizou o uso da substância experimental.

⁷ Evidentemente se pensa que indiretamente a suspensão conjunta de liminares que versem sobre um determinado assunto pode vir a impactar a própria vontade de demandar em face do Poder Público, o que, por si só, reduziria a litigância repetitiva. O que se questiona, contudo, é se a Suspensão da Segurança é de fato cumprida pelo próprio Tribunal de Justiça que a determina, e o impacto no julgamento dos recursos interpostos contra as decisões liminares do 1º grau contrárias ao Poder Público.

Para a consecução do proposto nesta pesquisa, adota-se a modalidade de *estudo de caso*⁸ como metodologia de pesquisa, elegendo-se um caso de litigância repetitiva representativo por conta da quantidade de ações ajuizadas e dos recursos que, quase na sua totalidade, foram interpostos pelo poder público por conta de uma decisão antagônica a seus interesses - o caso da fosfoetanolamina (resumido no capítulo IV).

O caso, por ter sido distribuído em vários órgãos jurisdicionais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça estaduais), não possibilita a análise de um único acórdão que bem o represente. Tampouco, por uma questão de tempo para a redação deste artigo, possibilita a análise da totalidade de acórdãos proferidos em relação à determinação do poder público oferecer a substância experimental.

Dessa forma, optou-se por realizar uma *pesquisa de abordagem quantitativa* (em relação a um número de acórdãos julgados em determinado sentido) e, também, *qualitativa* (em que se abordarão os argumentos utilizados pelos acórdãos obtidos em determinado espaço amostral). Além disso, limitou-se a decisões oriundas do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em termos quantitativos, era o corpo mais representativo do caso.

Para tanto, lançou-se mão da pesquisa de jurisprudência contida no site do Tribunal estudado, lançando mão dos seguintes parâmetros de busca: “fosfoetanolamina”, limitando o período em que os acórdãos foram registrados de 11 de novembro de 2015⁹ em diante. Voltaram, como resultado, 2.031 (dois mil e trinta e um) acórdãos. Limitando-se o período de tempo do registro dos acórdãos desde a mesma data até o fim do ano de 2015, retornaram 393 (trezentos e noventa e três), número mais adequado à análise tanto quantitativa quanto qualitativa. A coleta desse material foi realizada no dia 8 de

⁸ Por caso, entende-se um fato social que engendrou a litigância repetitiva. Difere de uma mera leitura de coletânea de acórdãos porquanto todos eles estão conectados pela mesma ocorrência social que será mais bem explicada no capítulo IV. Inclusive, é esse o entendimento dado por BRYMAN, 2012, p. 67-69.

Outro autor que se refere a um “caso congregation” é Galanter, para quem “what I mean by a congregation [of cases] is a group of cases that are seen as a defined set that share common features, that are shaped by a common history, that are subject to shared contingencies, and that lean into a common future” (1990, p. 372).

⁹ Data em que, em Agravo Regimental no Pedido de Suspensão da Segurança, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu a tutela provisória que determinava à USP a concessão da fosfoetanolamina ao autor da demanda, bem como estendeu o efeito suspensivo da Suspensão da Segurança a todas as liminares que concedessem a fosfoetanolamina.

O critério de análise foi com a junção de duas variáveis: qual a parte que ocupava o polo ativo do recurso (agravante, apelante, embargante) e o resultado obtido com o julgamento (provimento ou não provimento).

junho de 2016. Excluindo-se aqueles que não versavam sobre a fosfoetanolamina, chegou-se ao número de 392 (trezentos e noventa e dois) acórdãos.

O critério de análise foi com a junção de duas variáveis: qual a parte que ocupava o polo ativo do recurso (agravante, apelante, embargante) e o resultado obtido com o julgamento (provimento ou não provimento). Quando o recurso era de autoria do Poder Público e, também, era-lhe dado provimento, considerava-se que a tutela provisória havia sido cassada e, portanto, também o uso da fosfoetanolamina nos termos pleiteados¹⁰ havia sido negado. Se, em contrapartida, o recurso fosse de autoria de parte privada, e houvesse julgamento favorável, a tutela provisória não teria sido cassada e o uso da substância autorizado. Ainda, na hipótese de o Poder Público figurar no polo ativo do recurso e, ao mesmo tempo, houvesse a negativa por parte da câmara, o uso teria sido autorizado. Finalmente, quando a parte privada fosse autora do recurso e esse não fosse provido, a substância não teria sido autorizada. Para melhor compreensão, elaborou-se a seguinte:

Imagem 1

	Poder Público Autor	Parte Privada Autora
Provimento ao recurso	<i>Uso concedido</i>	<i>Uso não concedido</i>
Não provimento ao recurso	<i>Uso não concedido</i>	<i>Uso concedido</i>

Fonte: *Elaboração própria*

Uma vez estabelecidos esses critérios, dividiram-se os acórdãos em dois blocos o de “*uso concedido*” e o de “*uso não concedido*”. A partir de então, excluíram-se os acórdãos com fundamentação idêntica

¹⁰ De obrigatoriedade de fornecimento pelo Poder Público.

e/ou similar¹¹. Após as exclusões, permaneceram 12 diferentes tipos de acórdãos naquele bloco e, 25, nesse, cada um qualitativamente analisado de acordo com a fundamentação jurídica trazida à luz dos autos, sobretudo em relação ao cumprimento ou não da suspensão da segurança.

Demais, frisa-se que ao longo desse trabalho foram trazidas outras questões consideradas de importância para a compreensão do caso escolhido, notadamente referente ao instituto estudado, cuja descrição se segue a este capítulo de metodologia.

3. O INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A Suspensão da Segurança recebe outros nomes pela doutrina, mas a suspensão dos efeitos de decisões de instâncias inferiores, suspensão de liminar ou suspensão de tutela antecipada podem ser considerados o mesmo instituto jurídico¹².

Seu objeto seria estendido somente em 1997, com a possibilidade não só de se suspender a ordem de segurança emitida no bojo de um *writ* mas, também, de tutelas antecipatórias do artigo 273¹³ e de tutelas em geral nas ações de obrigação de fazer do artigo 461¹⁴ do diploma processual então vigente. O instituto origina-se de outro, o Mandado de Segurança, que monta da década de 30.

Como bem descrito por Marcelo Abelha Rodrigues, cujo trabalho serve a este artigo de base histórica para a descrição da evolução do instituto, a origem da Suspensão da Segurança remonta à *intercessio* do Direito Romano^{15 16}.

A primeira Constituição que prevê expressamente o Mandado de Segurança foi a Carta de 1934 que, em seu artigo 113, inciso 33, previa que seria dado Mandado de Segurança para a defesa de direitos certos e incontestáveis ameaçados ou violados por ato ilegal de

¹¹ Muitos desembargadores criaram um modelo de decisão para esse caso que era repetido em diversos acórdãos. Logo, para uma análise qualitativa, era desnecessário avaliá-los individualmente, porquanto já haveria de ter sido analisados anteriormente.

¹² PRETZEL, 2014. p. 8.

¹³ Hoje vige a norma dos arts. 294 a 311 do Código de Processual Civil brasileiro de 2015.

¹⁴ Atualmente os arts. 497 e 501 bem como 536 e 537 do novo *codex*.

¹⁵ O que é corroborado por MOREIRA ALVES, 2010. p. 17.

¹⁶ RODRIGUES, 2010.

autoridade pública¹⁷. A regulamentação legal veio por força da Lei 191/1936, que, dentre outras coisas, passou a prever a possibilidade da suspensão da concessão da ordem de segurança.

A Suspensão da Segurança, então, era cabível contra decisões que concedessem a ordem de segurança em face de atos supostamente ilegais cometidos pela administração. Se a ordem fosse concedida pela justiça estadual comum, o presidente do Tribunal de Justiça Estadual¹⁸ seria competente para, conhecendo do pedido, suspender a exequibilidade da segurança concedida (tutela provisória ou definitiva) até o julgamento definitivo pela primeira ou segunda instâncias judiciais, nos termos do artigo 13 da Lei em comento¹⁹. Se, por outro lado, fosse ordem concedida pela Justiça Federal, seria o Presidente do Supremo Tribunal Federal²⁰ o juiz competente para a decisão da Suspensão da Segurança.

Ainda, havia a necessidade de comprovação de que a ordem de segurança concedida gerasse “lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública”²¹.

Dessa forma, havia a compatibilização do interesse individual em ter uma proteção contra a arbitrariedade do Estado - ato da administração manifestamente ilegal - e do interesse coletivo - à ordem, à segurança e à saúde – em ter as suas integridades jurídica e política respeitadas²².

¹⁷ Art 113- A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

¹⁸ Antigamente nomeado de Corte de Apelação.

¹⁹ Art. 13. Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interno interessada, para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias.

²⁰ À época chamado de Corte Suprema.

²¹ Lei 191/1936, art. 13, *caput*.

²² PRETZEL, 2014. p. 20.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 1939 manteve, em seu artigo 328²³ a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público, com o mesmo requisito de mérito da lei antecedente, de pedir a execução do ato impugnado, ou seja, a suspender a ordem de segurança.

A Lei 4.348/1964 emendou o instituto para fazer prever, em seu artigo 4º²⁴, que o requisito de mérito seria alargado para abarcar, também, a economia pública como critério de risco que outorgasse a concessão da suspensão da segurança.

Mais tarde, a Lei 8.437/1992 inovou ao trazer o Ministério Público como parte legitimada à propositura do pedido de Suspensão da Segurança, além de incluir no rol de critérios materiais para a concessão da suspensão o “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade”²⁵.

A suspensão de liminares e tutelas antecipada²⁶, motivo principal do estudo deste trabalho, origina-se do advento da Lei 9.494/1997, que estende as regras da Lei 8.437/1992 à tutela antecipada e à tutela específica, inclusive *in limine litis*, de obrigações de fazer e de não fazer, respectivamente dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil de 1973.

²³ Art. 328. A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública. poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.

²⁴ Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

²⁵ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

²⁶ De acordo com a redação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, as tutelas antecipatórias passam a englobar o gênero “tutelas provisórias” juntamente com as “tutelas de evidência”. Não há aparentes óbices para que essas últimas sejam, também, acobertadas pela possibilidade de suspensão da segurança.

O que é importante se ter por base do instituto, é que a Suspensão da Segurança possui um caráter de julgamento político

Não houve alterações substanciais a esse instituto por promulgação da Lei 12.016/2009, que rege, atualmente, o Mandado de Segurança²⁷.

Em relação à sua natureza jurídica, tem-se uma divergência doutrinária que define a Suspensão da Segurança como, de um lado, “ato de caráter administrativo exercido pelo Presidente do Tribunal”, passando por “incidente processual” e “procedimento cautelar” e, finalmente, chegando a “instituto recursal” e a “sucedâneo recursal”²⁸.

Por adesão à maior parte da jurisprudência, adota-se a corrente que opina por ser incidente processual²⁹, em consonância com entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça^{30 31 32}.

E, conseqüentemente, por não ser recurso, não sofre da impossibilidade de se recorrer concomitantemente ao oferecimento do pedido de suspensão, por não ser afetado pelo princípio da unirecorribilidade recursal³³.

O que é importante se ter por base do instituto, é que a Suspensão da Segurança possui um caráter de julgamento político³⁴. Isso se dá porque não julga se a segurança concedida ou se a tutela antecipada são medidas acertadas do ponto de vista jurídico formal, julgamento esse que pode ser realizado por meio de outros recursos tais como

²⁷ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1o Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2o É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3o A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4o O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5o As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

²⁸ TESSLER, 2004. p. 17-18.

²⁹ CUNHA, 2008. p. 470.

³⁰ Cf. REsp 46.405 e REsp. 120.530.

³¹ TESSLER, 2004. p. 18.

³² TOVAR, 2013. p. 212.

³³ TALAMINI, 2008. p. 46

³⁴ TESSLER, 2004. p. 19.

agravo de instrumento³⁵, mas, apenas e tão somente, se a decisão em si afeta uma política pública de forma gravosa e que possa atentar contra a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas³⁶.

O juízo não é sobre a legalidade da conduta da administração. A discussão reside numa análise de conveniência da manutenção daquela decisão atacada sem que haja o fim do processo em questão. Evidentemente, é uma conveniência balizada por estritos ditames de legalidade^{37 38}.

Outrossim, é possível, como ocorreu no caso escolhido para análise neste artigo, que a suspensão das liminares seja estendida a tantas quantas liminares tenham o mesmo objeto³⁹. A suspensão, portanto, é prolatada em um caso concreto e passa a valer, por força de decisão no processo de Suspensão da Segurança, a todos os outros que tenham objeto similar, evitando-se o efeito multiplicador da demanda bem como uniformizando a jurisprudência⁴⁰.

Entretanto, como se verá adiante, a extensão da suspensão em face de liminares que tenham o mesmo objeto pode ser uma forma - como bem caracterizada como vantagem desse litigante habitual⁴¹ - de evitar que a litigância repetitiva possua um caráter de pressão social no Poder Judiciário para a concretização de algum direito. Vale dizer, pode ser uma forma de contra-atacar a pressão política da litigância repetitiva e reduzir os recursos oriundos do caso em litígio⁴².

³⁵ Art. 1.015: Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I- tutelas provisórias;

³⁶ TESSLER, 2004. p. 19.

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Fundamentação na SEL 2001.04.01.057382-7/SC, 06.11.2001.

³⁸ ROCHA, 2012.

³⁹ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

⁴⁰ TOVAR, 2013. p. 235.

⁴¹ GALANTER, 1994. p. 170.

⁴² Pergunta essa a que se pretende responder com o presente artigo.

4. O CASO DA FOSFOETANOLAMINA

A fosfoetanolamina é uma substância atualmente em pesquisa pelo Instituto de Química de São Carlos, meramente como uma substância química – a USP não desenvolveu estudos sobre a ação do produto em seres vivos. Da mesma forma, “não há registro e autorização de uso dessa substância pela Anvisa e, portanto, ela não pode ser classificada como medicamento, tanto que não tem bula”⁴³.

Entretanto, algumas pessoas tiveram acesso à substância, mediante assinatura de termo de responsabilidade. Após algum tempo, a USP proibiu a distribuição da substância, porquanto o fornecimento da fosfoetanolamina para fins terapêuticos constituía uma ilicitude. Da negativa de se obter a substância, diversas demandas foram ajuizadas para a obtenção da substância, figurando no pólo passivo a própria Universidade de São Paulo⁴⁴. A USP esclareceu, ainda, que a produção e distribuição era feita exclusivamente por um servidor e que não possui responsabilidade por esse fato⁴⁵.

A Folha de S.Paulo, em reportagem do dia 15 de outubro de 2015, afirmou estimar mais de 1.000 ações requerendo que a USP fornecesse a substância experimental⁴⁶.

Assim, é possível identificar que se estava defronte a um caso de litigância repetitiva, uma vez que um fato específico – a possibilidade da cura do câncer por uma substância experimental em estudos – gerou o interesse da população em obter o fornecimento da fosfoetanolamina e a possível concretização de seu direito à saúde.

Com a grande quantidade de liminares concedidas pela mesma juíza, a procuradoria da USP não viu outra alternativa senão delas recorrer. Além disso, como não há impedimento de se recorrer e de protocolizar o pedido de Suspensão da Segurança concomitantemente – uma vez que, como já visto, esse instituto não sofre do efeito da unirecorribilidade recursal – a USP utilizou-se da prerrogativa

⁴³ Os fatos sobre a fosfoetanolamina. Disponível em <http://www5.usp.br/99485/usp-divulgacomunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>, acesso em 08.06.2016.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Esclarecimento da USP sobre a fosfoetanolamina – 01/04/16. Disponível em <http://www.usp.br/imprensa/?p=56500>, acesso em 08.06.2016.

⁴⁶ Justiça libera suposta droga contra o câncer sem testes em humanos. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saudeciencia/236489-justica-libera-suposta-droga-contra-o-cancer-sem-testes-em-humanos.shtml>, acesso em 08.06.2016.

e pediu, junto à Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a suspensão das liminares concedidas que lhe determinassem o fornecimento da fosfoetanolamina.

Em 28 de setembro de 2015, em julgamento provisório da Suspensão de Tutela Antecipada, determinou-se a suspensão da tutela provisória que obrigasse à Fazenda Estadual de São Paulo e a Universidade de São Paulo a fornecerem a substância experimental. Houve a extensão do efeito suspensivo a todas as liminares cujo objeto fosse o mesmo⁴⁷.

Em seguida, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, no julgamento de petição de medida cautelar, suspendeu a decisão provisória proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada. O julgamento ocorreu em 6 de outubro de 2015. Restou, portanto, liberada a concessão da fosfoetanolamina⁴⁸.

Em face da decisão do STF, o Presidente do TJSP, julgou, em 9 de outubro de 2015, definitivamente a Suspensão de Tutela Antecipada reconhecendo a improcedência do pedido⁴⁹.

O Órgão Especial do Tribunal paulista foi incitado a se manifestar em Agravo Regimental interposto pelo Estado de São Paulo e, em decorrência de maioria apertada de votos, determinou, aos 11 de novembro de 2015, a suspensão de todas as liminares que obrigassem

⁴⁷ “Vistos, etc.

1 – Providencie a requerente a juntada de cópia da decisão que concedeu a liminar nos autos do processo n. 1010076-95.2015.8.26.0566, para análise do pedido de extensão.

2 – Fls. 1.864/1.867: *é pedido de extensão*

aos processos, cujas cópias das liminares concedidas estão encartadas as fls. 1.868 e seguintes, dos efeitos da suspensão concedida nestes autos. É caso de deferimento da rogada ordem de extensão. Isto porque, verifico, no caso, identidade de objeto entre as decisões que se pretende suspender e a que já foi suspensa e, conforme consignado na decisão de fls. 168/171, a qual me reporto, bastava tal comprovação para o deferimento da extensão.

Destarte, *defiro o pedido de extensão em ordem a suspender a execução das decisões elencadas* às fls. 1.864/1.867, com exceção do processo mencionado no item 1 desta decisão, cuja cópia não foi encartada.

P.R.I.

São Paulo, 28 de setembro de 2015.” TJSP, Suspensão de Tutela Antecipada nº 2194962-67.2015.8.26.0000 (grifos nossos)

⁴⁸ STF, Pet 5828.

⁴⁹ “Pedido de suspensão de tutelas antecipadas Decisões que determinaram o fornecimento pela Universidade de São Paulo da substância fosfoetanolamina a portadores de câncer – Ponderação de princípios fundamentais, com preponderância da garantia à saúde Possibilidade de liberação da entrega da substância Pedido rejeitado.” TJSP, Suspensão de Tutela Antecipada nº 2194962-67.2015.8.26.0000.

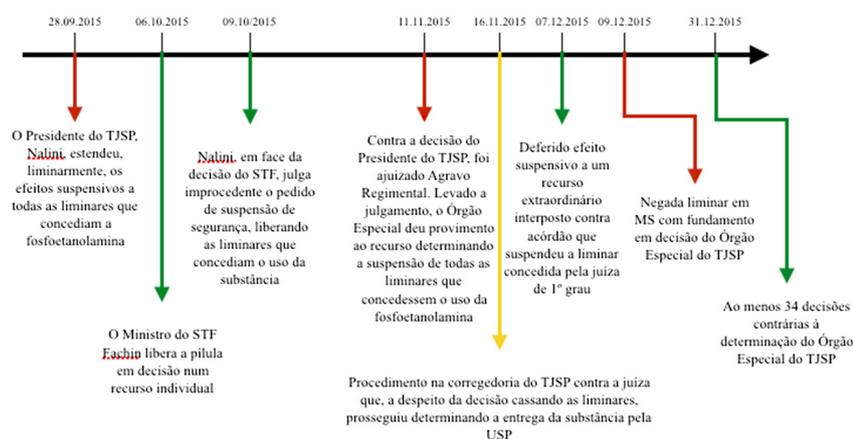
a recorrente a fornecer a substância experimental em conformidade com o voto do desembargador relator Sérgio Rui⁵⁰.

Em matéria datada de 16 de novembro de 2015, foi noticiada a abertura de procedimento correcional contra a Juíza Gabriela Müller Carioba Attanasio, que, mesmo após despacho do Presidente do Tribunal informando-a da suspensão das liminares, prosseguiu concedendo antecipações de tutela em desfavor do Poder Público⁵¹.

Após o desenrolar das decisões na mais alta cúpula do Tribunal de Justiça de São Paulo, outras decisões se seguiram, sem nenhuma uniformidade de tendência. Houve suspensão, por parte do STF em sede de julgamento de Recurso Extraordinário, de acórdão do TJSP que negou o fornecimento da substância a uma paciente. Também, houve mandados de segurança cujas liminares foram negadas por conta da decisão do Órgão Especial⁵².

Para melhor visualização da situação processual, elaborou-se uma linha do tempo em que as flechas vermelhas significam a não concessão do fornecimento da substância experimental; a flecha verde a concessão; e, finalmente, a amarela a abertura de processo correcional contra a Juíza que descumpriu a decisão do Órgão Especial:

Imagem 2



Fonte: *Elaboração própria*

⁵⁰ TJSP, Agravo Regimental nº 2205847-43.2015.8.26.0000/50000.

⁵¹ Corregedoria do TJ-SP vai investigar juíza que concedeu cápsulas contra câncer. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/corregedor-investigara-juiza-concedeu-capsulas-cancer>, acesso em 08.06.2016

⁵² TJSP, MS nº 1049951-59.2015.8.26.0053.

Essa situação de extrema insegurança jurídica põe em cheque a eficácia do instituto da Suspensão da Segurança. Também, vê-se que essa vantagem que possui o habitual litigante público é mitigada por um julgamento nas cortes, notadamente quando se entende que o direito à saúde está em disputa⁵³.

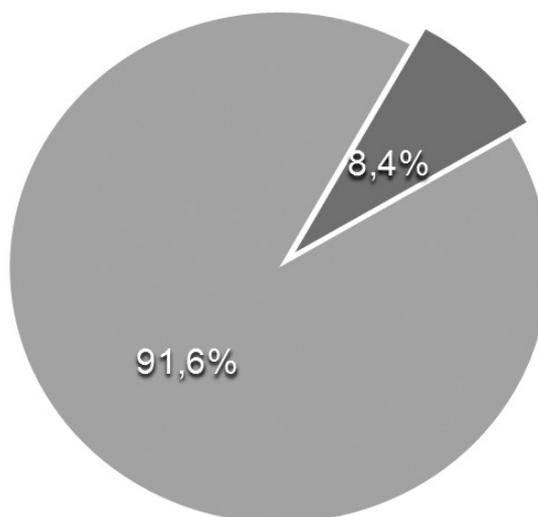
De qualquer sorte, com todo o exposto em mente, passa-se à análise empírica realizada para se balizar, de forma mais contundente, o que, apenas por meio de notícias e de um breve relato histórico, já é possível antecipar.

Da análise dos acórdãos conforme o descrito no capítulo II, obteve-se o seguinte resultado: 392 acórdãos no total, sendo que desses, 33 determinavam ao Poder Público o fornecimento da fosfoetanolamina:

Imagem 3

Gráfico 1 – Concessão ou não do uso da fosfoetanolamina pelos acórdãos estudados

- Acórdãos que concederam o uso da fosfoetanolamina
- Demais decisões



Fonte: *Elaboração própria*

⁵³ “A partir das ideias de Rawls, conclui-se que a corrente que defende a não interferência do Poder judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, segue viés utilitarista, na medida em que considera o cálculo de interesses sociais. A concepção dos direitos fundamentais, especificamente, do direito à saúde, deve buscar a maior eficiência social através da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar inferior.” In MARTINS, 2015. p. 326.

Desses 33 acórdãos, obtiveram-se 12 acórdãos considerados para fins de análise qualitativa, nos termos do capítulo II deste artigo. Tais se resumem nos seguintes:

Agravo de Instrumento nº 2228375-71.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2231649-43.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2219346-94.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2237050-23.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2211907-32.2015.8.26.0000;
Agravo Regimental nº 2234936-14.2015.8.26.0000/50000;
Agravo de Instrumento nº 2208900-32.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2238262-79.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2222438-80.2015.8.26.0000;
Agravo de Instrumento nº 2209590-61.2015.8.26.0000;
Agravo Regimental nº 2239182-53.2015.8.26.0000/50000; e
Agravo de Instrumento nº 2191029-86.2015.8.26.0000.

Em relação aos acórdãos listados sob os nºs 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12 a principal argumentação para a outorga da substância e consequente determinação para que o Poder Público - seja a Fazenda Estadual seja a USP - foi a de que os entes estatais são solidariamente responsáveis pela concretização do direito à saúde, bem como não há vedação específica para a adoção de medidas paliativas que prometam tratar as enfermidades da população, prevalecendo o direito à saúde garantido pela Constituição Federal.

Contrapõe-se o acórdão de nº 4, em cuja fundamentação houve a determinação de que apenas a USP arcasse com o fornecimento da substância, porquanto ela era a única parte que detinha condições de produzir e fornecer a droga.

Os acórdãos listados sob os nºs 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 não mencionaram o julgamento do Órgão Especial sobre o caso fosfoetanolamina. O acórdão de nº 1 bastou-se, na sua fundamentação, na menção à Petição 5.828 oriunda do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão de nº 10 expressamente mencionou a decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo reputou que só haveria suspensão da segurança quando o Poder Público pleiteasse nos próprios autos da Suspensão, não havendo, portanto, suspensão automática de liminares ulteriores à decisão do mais alto órgão do Tribunal bandeirante.

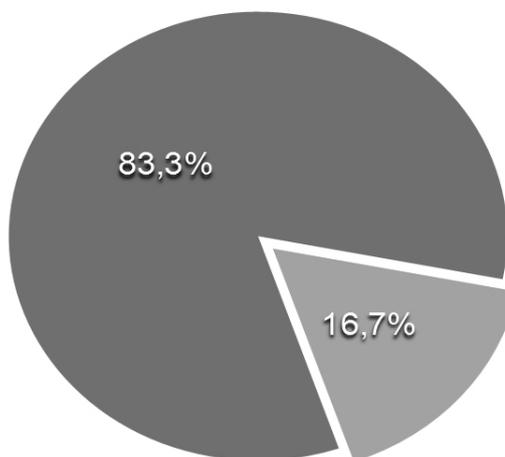
Na mesma linha, o acórdão 12 decidiu por restaurar a eficácia da decisão do 1º grau apesar da existência de decisão contrária do Órgão Especial.

Dessa forma, vê-se que dos 12 casos em que se houve análise qualitativa, obtiveram-se os seguintes dados:

Imagem 4

Gráfico 2 – Menção ao julgado pelo Órgão Especial nos casos de concessão do uso

- Ausência de menção à decisão do Órgão Especial do TJSP
- Alguma menção à decisão do Órgão Especial do TJSP



Fonte: Elaboração própria

Não se sabe se a ausência de menção à decisão do Órgão Especial é decorrente de mero descumprimento de órgão superior, se o entendimento dos desembargadores que assim se manifestaram é de que não há hierarquia no caso da Suspensão da Segurança, ou, ainda, o que parece mais provável, desconhece-se a própria decisão do mais alto órgão dentro do Tribunal.

Em relação ao bloco de acórdãos em que houve a cassação das liminares do 1º grau ou a manutenção do indeferimento da tutela antecipada, ou seja, não foi concedido o uso da fosfoetanolamina, obteve-se a seguinte lista para análise qualitativa, composta de 25 acórdãos:

Agravo de Instrumento nº 2029830-55.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2218946-80.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2236796-50.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2237529-16.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2216277-54.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2232664-47.2015.8.26.0000;

Apelação nº 1001158-05.2015.8.26.0566;

Agravo de Instrumento nº 2260158-81.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2228322-90.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2235593-53.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2229388-08.2015.8.26.0000;

Agravo Regimental nº 2253393-94.2015.8.26.0000/50000;

Agravo de Instrumento nº 2256047-54.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2212159-35.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2239364-39.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2213292-15.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2215205-32.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2238360-64.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2240418-40.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2239425-94.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2239454-47.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2223395-81.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2239520-27.2015.8.26.0000;

Agravo de Instrumento nº 2237480-72.2015.8.26.0000; e

Agravo de Instrumento nº 2229379-46.2015.8.26.0000.

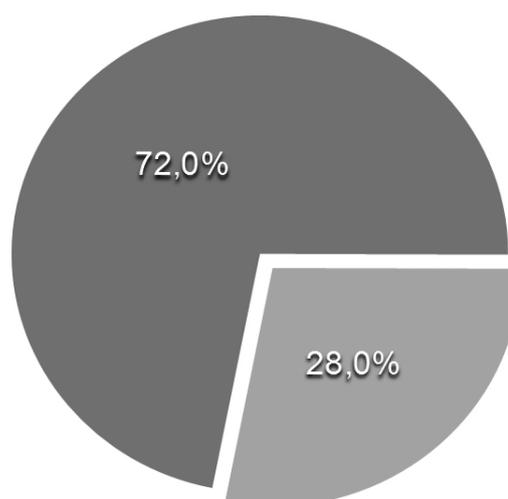
Em argumentação de estrita legalidade – ou, ainda, de que é ilegal o uso, como medicamento, de substância não reconhecida pela ANVISA –, manifestaram-se os desembargadores relatores dos seguintes acórdãos: 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 25. Alegaram a ausência de prescrição médica os acórdãos de nº 17, 20 e 23.

Já os acórdãos de nº 2, 8, 10, 13, 19, 23 e 25 acompanharam o quanto julgado pelo Órgão Especial em 11 de novembro de 2015.

Imagem 5

Gráfico 3 – Menção ao julgado pelo Órgão Especial nos casos de concessão do uso

- Ausência de menção à decisão do Órgão Especial do TJSP
- Alguma menção à decisão do Órgão Especial do TJSP



Fonte: Elaboração própria

Como é possível notar, o índice de utilização do quanto julgado em sede definitiva da Suspensão da Segurança pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo é, ainda assim, baixo. Se comparado com o Quadro 2, referente à menção da decisão da Suspensão

Dessa feita, uma das conclusões a que se pode chegar é a de que o instituto da Suspensão da Segurança, neste caso particular, pode não ter sido totalmente eficaz por conta de uma falha de comunicação (...)

da Segurança no bloco dos acórdãos que concederam o uso da fosfoetanolamina, a diferença é baixa: de 16,7% para 28%⁵⁴.

Não é possível afirmar que a Suspensão da Segurança foi elementar para o julgamento de uma série de recursos, porquanto muitos dos acórdãos sequer a mencionaram como fundamento de formação da convicção dos magistrados. Tampouco é possível, pela pequena amostragem realizada neste artigo, que ela é totalmente irrelevante – até porque na análise qualitativa obteve-se resultados superiores à 10%, que não podem ser totalmente desconsiderados.

Dessa feita, uma das conclusões a que se pode chegar é a de que o instituto da Suspensão da Segurança, neste caso particular, pode não ter sido totalmente eficaz por conta de uma falha de comunicação – em que os Desembargadores sequer sabiam da existência de uma decisão oriunda de órgão hierárquico superior –, uma falta de vinculação da Suspensão da Segurança a outros recursos – como há no caso da Reclamação ao STF⁵⁵, ou, ainda, um entendimento de que as decisões tomadas pelo Órgão Especial, na realidade, não vinculam as decisões tomadas nas Câmaras.

Outrossim, verificou-se que o habitual litigante público está munido de um instituto extra⁵⁶ para a consecução de seus objetivos. Ainda que no caso estudado não haja uma certeza de sua eficácia total, esse cenário poderia mudar quando há um direito material diferente.

Este caso, claramente, teve uma forte fundamentação baseada na legalidade. A maior parte dos acórdãos que negaram o uso da fosfoetanolamina assim se manifestaram assumindo que uma substância que ainda não obteve o registro junto ao órgão de vigilância sanitária nacional (ANVISA) não pode ser objeto de fornecimento pelo ente estatal, conforme se vê no seguinte:

⁵⁴ Importante frisar que esses números não correspondem à totalidade dos 392 acórdãos analisados, mas somente àqueles analisados de forma qualitativa, ou seja, dos 392 aqueles acórdãos que não eram idênticos entre si. É possível, por exemplo, que haja mais acórdãos do mesmo tipo daqueles que mencionaram o julgado do Órgão Especial, o que, no percentual relativo à totalidade dos acórdãos do espaço amostral, alteraria o valor numérico.

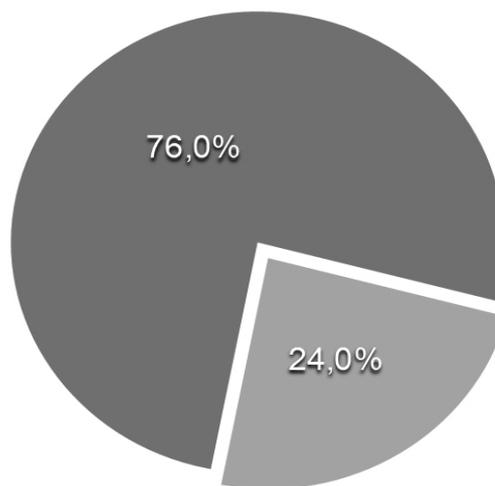
⁵⁵ Cf. Constituição Federal, art. 103-A, § 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁵⁶ GALANTER, 1994. p. 195 e seguintes.

Imagem 6

Gráfico 4 - Menção ao julgado pelo Órgão Especial nos casos de não concessão do uso

- Adstrição às normas sanitárias da ANVISA
- Não houve menção às normas da ANVISA



Fonte: Elaboração própria

Consequentemente, independente de não ter se verificado uma total eficácia da Suspensão da Segurança, tampouco é possível generalizar esse instituto para todos os outros casos. Claramente os acórdãos denegatórios do uso da fosfoetanolamina se voltaram mais para uma fundamentação baseada no fato de a substância não ter registro na autoridade sanitária nacional do que na decisão do Órgão Especial.

Por conseguinte, a alteração do direito material pode vir a gerar um outro resultado, o que, então, não permite que a (pouca) eficácia do instituto nesse caso concreto seja generalizada a todos os demais.

Dessa feita, pode-se concluir que o grande litigante público teve vantagens no decorrer do processo, afinal isso é esperado da sua condição de litigante eventual⁵⁷. Contudo, da mesma forma que não se pôde verificar a eficácia da Suspensão da Segurança nesse caso concreto, não é possível se verificar uma eficácia concreta do grande litigante quando se tem por parâmetro apenas esse incidente processual. Os sinais de vantagem não são claros à luz do estudado e dos critérios avaliativos da pesquisa realizada.

⁵⁷ Idem. p. 168 e seguintes.

Para futuros estudos com essa temática, seria interessante precisar se o Direito Material possui influência na forma com a qual os desembargadores enfrentam os recursos advindos após a instauração do procedimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho tinha como finalidade a verificação da eficácia do instituto da Suspensão da Segurança, à luz das vantagens que o habitual litigante público possui em relação aos litigantes eventuais. Também, tentou-se analisar se esse incidente processual era capaz de dar manejo ao volume cada vez maior de recursos que chegam ao Tribunal.

A pesquisa empírica que foi produzida nesse artigo teve duas abordagens, uma quantitativa e outra qualitativa.

Do ponto de vista da primeira, teve-se que, apesar de uma decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou a suspensão de todas as liminares que concedessem às partes o direito de terem a si fornecida a fosfoetanolamina por parte ou da Universidade de São Paulo ou da Fazenda Estadual, 8,4% dos acórdãos ainda assim concederam a substância.

Entretanto, para se verificar se a motivação era relacionada à decisão daquele colegiado, fez-se necessário abordar os acórdãos de maneira qualitativa, analisando os seus fundamentos. Considerando o tempo para a análise, foi possível elencar os acórdãos que tinham fundamentação similar e analisar apenas os “tipos” de acórdãos.

Dessa filtragem, resultou-se que poucos foram os acórdãos que sequer mencionaram a existência da decisão.

Ante a esse dado, foi possível responder o objeto de análise do presente artigo. A eficácia da Suspensão da Segurança, nesse caso, foi pequena. Entretanto, como o direito material teve um impacto muito grande na formação da convicção dos magistrados, não é razoável estender esse resultado a outros casos e generalizar que o incidente processual estudado não é eficaz.

Para futuros estudos com essa temática, seria interessante precisar se o Direito Material possui influência na forma com a qual os desembargadores enfrentam os recursos advindos após a instauração do procedimento. Além disso, com mais casos estudados, seria possível, também, generalizar para aferir, com maior grau de certeza, se o próprio incidente da Suspensão da Segurança é eficaz ou não, e o impacto que essa eficácia gera no equilíbrio entre os habituais litigantes públicos e os litigantes eventuais.

REFERÊNCIAS

BRYMAN, Alan. *Social Research Methods*. 4a edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015, ano base 2014*. Brasília, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, v. 9, n.1, p.95-160, 1994.

_____. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, v. 24, n. 2, p.371-396, 1990.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde à luz da teoria distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PRETZEL, Bruna Romano. *O interesse público no Supremo Tribunal Federal: legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais*. 2014, 133 p., Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de suspensão de decisões contra o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da Segurança sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre a atual natureza jurídica da suspensão de decisões contrárias ao “Poder Público” à luz do seu regime e eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 67, 2008.

TESSLER, Marga Barth. Suspensão da Segurança. *Revista do TRF4*, edição n.3, Porto Alegre, 2004.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O pedido de Suspensão da Segurança: uma sucinta sistematização. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38, n. 224, 2013.