

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

Departamento de Direito Processual

Disciplina: DPC 524 — O Poder Público em Juízo.

Professora Doutora Susana Henriques da Costa.

Seminário “Suspensão de Segurança — Estudo de Caso”

ESTUDO DO CASO FOSFOETANOLAMINA — Adaptado¹

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.

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 Estadual 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 judiciárias, nos termos do artigo 13 da Lei em comento. Se, por outro lado, fosse ordem concedida pela Justiça Federal, seria o

¹ SHECAIRA, Fernando Muniz: Eficácia da Suspensão da Segurança no Tratamento da Repetitividade Recursal - O Caso Fosfoetanolamina. Teoria Jurídica Contemporânea, v. 1, p. 172-193, 2017.

Presidente do Supremo Tribunal Federal 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”.

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 respeitadas.

A Lei 4.348/1964 emendou o instituto para fazer prever, em seu artigo 4o, 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”.

A suspensão de liminares e tutelas antecipada, 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.

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 recursal.

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

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.

A fosfoetanolamina é um químico 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”.²

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 sua obtenção, figurando no polo passivo a própria Universidade de São Paulo. A USP esclareceu, ainda, que a produção e distribuição era feita exclusivamente por um servidor e que não possui responsabilidade por esse fato.

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 experimental.

Com a grande quantidade de tutelas provisórias concedidas pela mesma juíza, a procuradoria da USP não viu alternativa senão delas recorrer.

Além disso, como não há impedimento de se recorrer e se protocolar o pedido de Suspensão da Segurança concomitantemente — uma vez que esse instituto não sofre do efeito da unirecorribilidade recursal — a USP utilizou-se da prerrogativa e pediu, junto à Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, a suspensão das tutelas provisórias concedidas que lhe determinassem o fornecimento da fosfoetanolamina.

² Os fatos sobre a fosfoetanolamina. Disponível em <http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>, acesso em 08.06.2016.

Em 28 de setembro de 2015, em julgamento liminar da Suspensão de Tutela Antecipada, determinou-se a cassação de tutelas provisórias que obrigassem a 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 tutelas provisórias em cujo processo o objeto da demanda fosse o mesmo.

Em seguida, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, no julgamento de petição de medida cautelar, suspendeu a decisão liminar 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.

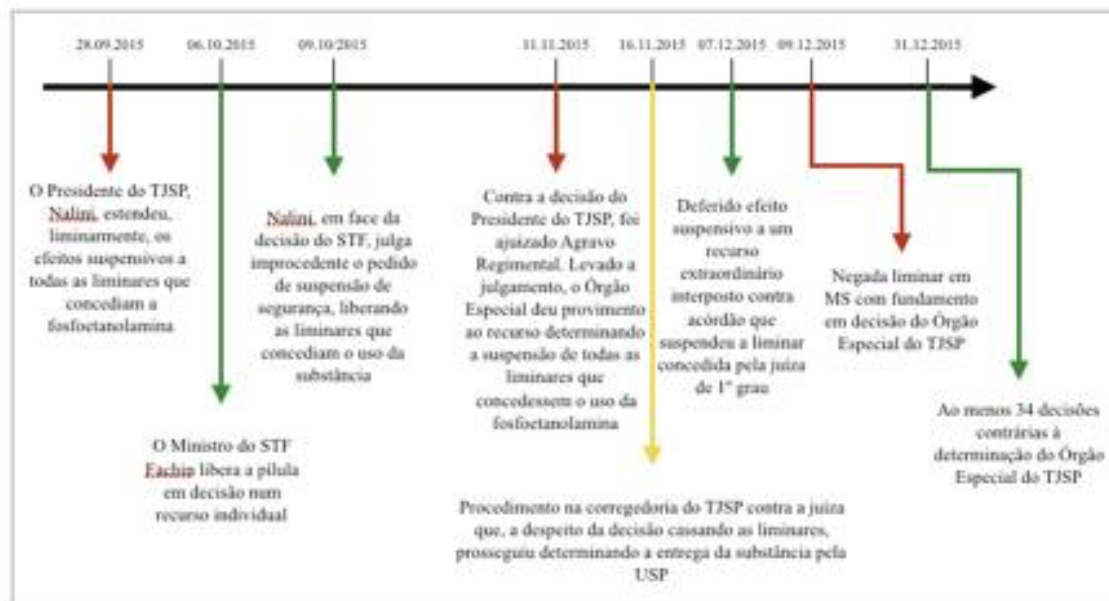
Em face da decisão do STF, o Presidente do TJSP, julgou, em 9 de outubro de 2015, definitivamente a Suspensão de Tutela Antecipada reconhecendo a improcedência do pedido.

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 tutelas provisórias que obrigassem a recorrente a fornecer a substância experimental em conformidade com o voto do desembargador relator Sérgio Rui.

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

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 Especial.

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:



Essa situação de extrema insegurança jurídica põe em xeque 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 disputa.

Vários acórdãos oriundos dos agravos de instrumento que julgaram a tutela provisória em segundo grau não mencionaram o julgamento do Órgão Especial sobre o caso fosfoetanolamina.

Outros, quando mencionando a decisão do Órgão, reputaram 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 de Justiça.

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 a acórdãos em que houve a cassação das tutelas provisórias do 1º grau ou a manutenção do indeferimento da tutela, o índice de utilização do quanto julgado em sede definitiva da Suspensão da Segurança pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo foi baixo.

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 foi possível, pela pequena amostragem realizada, afirmar que ela é totalmente irrelevante.

Dessa feita, uma das conclusões a que se pôde 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 STF, ou, ainda, um entendimento de que as decisões tomadas pelo Órgão Especial não vinculam as decisões alcançadas nas Câmaras.

Outrossim, verificou-se que o habitual litigante público está munido de um instituto extra para a consecução dos seus objetivos. Ainda que, no caso estudado, não haja uma certeza da sua eficácia total, esse cenário poderia restar alterado na eventualidade de direito material diferente.

Notadamente nesse caso houve uma forte fundamentação baseada na legalidade e no direito material. A maior parte dos acórdãos que negaram o uso da fosfoetanolamina assim se manifestaram assumindo que uma substância que ainda não obtivera o registro junto ao órgão de vigilância sanitária nacional (ANVISA) não poderia ser objeto de fornecimento por ente estatal.

Consequentemente, independente de não ter se verificado uma total eficácia da Suspensão da Segurança, tampouco é possível generalizar esse instituto para outros casos. 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 aos 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 eventual.³ Contudo, da mesma forma que não se pôde verificar a eficácia da Suspensão da Segurança

³ GALANTER, Marc: Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change. Volume 9:1, *Law and Society Review*, 1974, Republicação (com correções) in *Law and Society*. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994.

nesse caso concreto, não é possível se vislumbrar 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 valorativos da pesquisa realizada.