

# **Petição 4643/2018-BCB/PGBC**

Petição apresentada pelo Banco Central perante a 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, no Processo 1005334-85.2018.4.01.3400, que contesta pedido da Defensoria Pública da União de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por meio do BacenJud, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral.

**Felipe de Vasconcelos Pedrosa**

Procurador do Banco Central

**Luciana Lima Rocha**

Procuradora-Chefe do Banco Central, substituta

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

PROCESSO N.º 1005334-85.2018.4.01.3400  
AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RÉUS: UNIÃO FEDERAL E OUTROS

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, Autarquia Federal criada pela Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, com sede no SBS, Quadra 3, Bloco “B”, em Brasília-DF, por seus procuradores signatários (art. 17, I<sup>1</sup>, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4.º, I<sup>2</sup>, da Lei n.º 9.650, de 27 de maio de 1998, e art. 182<sup>3</sup> do Código de Processo Civil – CPC), vem, nos termos do art. 119<sup>4</sup> do CPC, **requerer seu ingresso no feito na qualidade de assistente simples da União**, oferecendo, desde já, com fulcro no art. 121<sup>5</sup> do mesmo diploma legal, **contestação** ao pedido formulado pela Defensoria Pública da União, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

**i. Síntese da demanda e dos atos processuais já praticados**

2. Inicialmente, o Ministério Público Federal (MPF) propôs ação civil pública contra a União e a Global Gestão em Saúde S.A. (Global), alegando, em síntese, (a) que a segunda ré fora contratada pela primeira, após processo licitatório, para fornecer medicamentos de alto custo (Aldurazyme, Fabrazyme e Myozyme) destinados ao atendimento de decisões judiciais; e (b) que a segunda ré, por não se adequar a exigências regulatórias, não reuniria condições jurídicas e materiais para adimplir sua obrigação. Pediu o MPF, em consequência, que a União fosse condenada (a) a rescindir o contrato administrativo; (b) a impor as penalidades cabíveis à segunda ré; (c) a providenciar a recuperação de valores já pagos à Global; (d) a convocar e contratar a segunda colocada no certame licitatório; (e) a abrir novo processo para aquisição urgente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, na hipótese de a segunda colocada na licitação não poder manter o preço vencedor; e (f) a adotar medidas que impeçam a futura contratação de empresas sem capacidade técnico-operacional. O MPF requereu, ainda, o deferimento de tutela de urgência de natureza antecipada e a cominação de multa diária pelo descumprimento de eventual decisão concessiva de tutela de urgência.

3. A ação foi distribuída em 16 de março de 2018 ao Juízo da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

4. Liminarmente, sob o fundamento de que a ação civil pública teria a mesma causa de pedir – “o grave problema do desabastecimento nacional de medicamentos de alto custo” – de uma ação individual (Processo n.º 31713-27.2011.4.01.3400) proposta para condenar a União a fornecer medicamento de alto custo, o Juízo de primeiro grau reputou as causas conexas.

5. Decidiu, na ocasião, especificamente em relação à ação civil pública, que deixaria de recebê-la “em relação ao pedido de exclusão da empresa Global Gestão em Saúde S/A dos certames licitatórios”, pois a participação da empresa “nos referidos certames” já teria sido validada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), no Processo n.º 1003525-75.2018.4.01.0000, em que litigam a empresa Global e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

6. Decidiu também, *ex officio*, integrar a Anvisa no polo passivo da ação civil pública, “até porque [...] será destinatária da futura decisão final a ser tomada nos autos”.

7. Determinou *ex officio* à Anvisa dispensar “a exigência de declaração de pessoa jurídica detentora da regularização nas importações” dos fármacos de alto custo “a serem feitas pela empresa Global [...] para atender

1 “Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I - a sua representação judicial e extrajudicial”.

2 “Art. 4.º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil: I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil”.

3 “Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”.

4 “Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre”.

5 “Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”.

às necessidades urgentes do Sistema único de Saúde (SUS) e que tenham como lastro procedimentos de contras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o último mês de janeiro”.

8. Atribuiu *ex officio* à União “a responsabilidade civil por todo e qualquer efeito indesejado que o uso dos fármacos importados sob esta condição excepcional possa eventualmente provocar, na mesma extensão que seria atribuída à empresa detentora da declaração de exclusividade ora dispensada”.

9. Determinou *ex officio* à União que, “na hipótese da empresa Global [...] deixar de cumprir, por qualquer outro motivo que não seja o problema da declaração de exclusividade [...], as obrigações de fornecimento assumidas”, rescindisse imediatamente o contrato e aplicasse as penalidades legais.

10. Decidiu, ainda *de ofício*, que a União deveria exigir da Global “documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria” e que deveria obter, por amostragem, antes de efetivar a entrega dos fármacos, laudo técnico atestando seu padrão de qualidade.

11. Finalmente, ainda na decisão liminar, o Juízo de primeiro grau facultou ao MPF “promover a ampliação da demanda e o polo passivo da sua ação coletiva”, para “abarcas também todos os demais medicamentos órfãos que, no momento, a União deixou de fornecer em todo o País”, bem como para incluir a Anvisa. Consignou, por último, que na hipótese de o MPF não pedir a ampliação da demanda, a Defensoria Pública da União (DPU) deveria ser oficiada para promover “a defesa coletiva dos milhares de outros portadores de doenças raras”.

12. Intimado da decisão, o MPF peticionou ao Juízo, afirmando sua superveniente falta de interesse na promoção do feito, tendo em vista que “concomitantemente à propositura da presente ACP, os órgãos do Ministério da Saúde resolveram adotar providências para finalmente cumprir (ainda que parcialmente) a Recomendação nº 03/2018 [do] Parquet, havendo publicado, em 14/03/2018, nova dispensa de licitação em favor da segunda colocada no certame [...], que se dispôs a fornecer os medicamentos de alto custo pelo mesmo preço ofertado pela Global”. Ademais, “as medidas de desclassificação da empresa Global do certame licitatório já teriam sido determinadas [pelo Ministério da Saúde] e estariam em fase de cumprimento, o que deve dar azo à aplicação de penalidades, por inexecução contratual, com a consequente imposição de obrigação de devolução dos recursos públicos”. Por último, expressou o MPF não lhe parecer “conveniente nem oportuno acolher a sugestão de ampliação do objeto da presente demanda”, razão pela qual requereu expressamente homologação de sua desistência da ação civil pública, por perda de interesse processual, a extinção do feito sem resolução de mérito e a revogação expressa da decisão de antecipação da tutela.

13. Em 28 de março de 2018, foi certificado nos autos o cumprimento, pela Oficial de Justiça, do mandado de intimação da Anvisa e da União quanto ao teor da decisão liminar.

14. Em 26 de maio de 2018, a DPU peticionou no processo, requerendo substituir-se ao MPF no polo ativo da ação civil pública. Alegou ser notório o desabastecimento de medicamentos de alto custo no SUS e citou como exemplo os seguintes fármacos: Aldurazym, Soliris (Eculizumabe), Naglazyme (Galsulfase), Vimizim (Elosulfase), Translarna (Ataluren), Replagal (Alfagalsidase), Elapraxe (Idursulfase), Fabrazyme (Betagalsidade), Myozyme (Alfaglicosidase), Myalept (Mentreleptina), Juxtapid (Lomitapida), Laronidase (Aldurazyme) e Spinraza (Nusinersen). Aduziu haver descumprimento de decisões judiciais que determinam à União o fornecimento desses medicamentos e que a União alegaria, nesses casos, desabastecimento. O desabastecimento, segundo aquele órgão jurídico, derivaria de exigências impostas pela “burocracia administrativa” da Anvisa à importação de medicamentos não registrados naquele órgão de controle, reconhecidamente para definir a responsabilidade jurídica subjetiva no caso do produto importado apresentar algum vício ou risco ao usuário.

15. Sustentou a DPU que haveria verdadeira “guerra jurídica travada pela União (Ministério da Saúde) e Anvisa”, a primeira almejando cumprir as determinações judiciais com o menor custo financeiro possível, e a segunda impondo, com sua “burocracia administrativa”, a compra dos tais remédios por valor mais alto, do único fornecedor nacional autorizado.

16. A DPU, ademais, sob a justificativa de estar buscando a tutela do direito subjetivo à saúde dos

substituídos, teceu série de considerações sobre a responsabilidade solidária dos entes federados em efetivar aquele direito social; sobre a inaplicabilidade da reserva do possível, por não se poder “importar preceitos de direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada País”; a respeito da necessidade de o Estado garantir com seus recursos, prioritariamente, o mínimo existencial; sobre suposta necessidade de o Estado comprovar de modo objetivo sua “incapacidade econômico financeira”, sob pena de o Judiciário poder incluir políticas públicas nos planos orçamentários do ente político.

17. Com base nessas considerações, pediu que se determinasse à Anvisa, em caráter excepcional, a dispensa da “exigência de declaração da pessoa jurídica detentora da regularização nas importações dos fármacos especiais” mencionados no parágrafo 14, “no tocante às importações feitas pela União para atender às necessidades urgentes do Sistema Único de saúde e que tenham como lastro procedimento de compras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o mês de janeiro de 2018, sem prejuízo de futura extensão da tutela de urgência para os meses seguintes” (**pedido nº 1**).

18. Aduziu ainda a DPU que a legislação permitiria a importação de fármacos de alto custo, diretamente pelo paciente, sem a necessidade da declaração antes referida. Nesses casos, afirmou o órgão, a responsabilidade por eventuais danos causados à saúde seria do próprio paciente. Com base nessa premissa, e na de que a União descumpriria sistematicamente “decisões judiciais em matéria de tutela da saúde”, pediu – sem muito apego à lógica, vale dizer – a responsabilização da União por eventuais danos causados aos enfermos que utilizarem esses remédios de alto custo, obtidos por decisão judicial (**pedido nº 2**); pediu também tutela mandamental para que se determinasse à União “que, antes de efetivar a distribuição/entrega de tais fármacos, dever[ia] obter, por amostragem, em cada lote, laudo técnico (a ser elaborado por laboratório especializado) atestando que os medicamentos a serem entregues à população correspondem ao produto adquirido e atendem aos mesmos padrões de qualidade” (**pedido nº 3**); e pediu que se determinasse à União exigir “da empresa fornecedora documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria, cujos dados dever[iam] ser conferidos por servidor do setor de compras do Ministério da Saúde” (**pedido nº 4**).

19. No que particularmente interessa ao Banco Central, alegou a DPU (a) ser “absolutamente pacífica” a jurisprudência pátria “no sentido de possibilitar ao juízo o bloqueio de verba pública necessária à aquisição do medicamento/ insumo na iniciativa privada pelo próprio jurisdicionado”; e (b) que a “sistemática do BacenJud não tem viabilizado aos juízes federais a opção de bloqueio de verba pública da União”. Pediu, em consequência, “para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública (via BacenJud)”, a concessão de tutela mandamental para “obrigar a União a criar uma conta bancária devidamente identificada, vinculada ao Ministério da Saúde, e que [fosse] a União compelida ao depósito da quantia [...] reputa[da] necessária para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral [...], fixando desde logo e com prudência lastro mínimo nessa conta, o qual uma vez atingido restará automaticamente obrigada a União ao depósito de valores complementares de sorte a recompor esse lastro, de modo a permitir que os juízes possam valer-se do sequestro de verba pública da União sempre que reputarem necessário, determinando, ainda, que a própria União oficie todos os juízes federais informando os dados da referida conta em cumprimento à essa decisão judicial” (**pedido nº 5**).

20. Finalmente, requereu a DPU que se atribuíssem “efeitos nacionais” à sentença a ser proferida e que se antecipassem seus efeitos, em razão de suposta urgência.

21. É preciso, desde já, realçar que a concessão da tutela mandamental (pedido nº 5) referida no parágrafo 19 não importa no reconhecimento ou na satisfação de direito à saúde. Ela visa, em verdade, a supostamente garantir a efetividade de outros processos judiciais não determinados, presentes ou futuros. Caso o pedido objetivasse garantir tutela já concedida em processos presentes, em que o direito à efetividade processual houvesse sido lesado ou ameaçado pela demora da União em cumprir decisões judiciais, poder-se-ia, até mesmo, falar que a DPU pretende, com essa demanda, tutelar de modo específico direito individual homogêneo à tutela cautelar. Entretanto, como o pedido visa a assegurar também direitos que sequer existem concretamente, pode-se deduzir que a pretensão é de criação de norma geral e abstrata, com incidência

imediatamente aos processos em curso. As consequências jurídico-processuais desse fato serão analisadas adiante.

22. Após o pedido de ingresso da DPU, o juízo proferiu nova decisão, em 18 de maio de 2018, (a) excluindo o MPF do processo; (b) deferindo a sucessão processual requerida pela DPU; (c) determinando novamente a inclusão da Anvisa no polo passivo da ação, sem justificar o porquê de praticar o ato processual repetidamente; (d) ampliando o objeto da demanda, para incluir as questões deduzidas pela DPU e que o próprio juízo havia *sugerido* na decisão anterior; (e) proferindo tutela declaratória antecipada (!) para reconhecer, ainda antes da apresentação das contestações, “*que há base legal para se aplicar o bloqueio eletrônico como medida adicional garantidora do cumprimento de decisões judiciais*” e “*que, nos termos das normas legais de regência, é errônea a afirmação de que o Princípio do Entesouramento (conta única no Bacen) impediria a sujeição da União àquela medida adicional de cumprimento das decisões judiciais*”; e (f) concedendo tutela antecipada “*para determinar que a União, no prazo de 60 dias úteis, [...] crie mecanismo administrativo capaz de permitir a efetivação do direito dos jurisdicionados (que contra ela movem ações inerentes aos programas de responsabilidade do SUS) de obter o bloqueio eletrônico de valores sempre que restar configurada situação de descumprimento de decisões judiciais*”.

23. Na decisão, estabeleceu-se ainda que o tal mecanismo administrativo a ser criado pela União poderia ser a “*simples inclusão do Banco Central do Brasil no rol das instituições financeiras*” alcançadas pelo sistema BacenJud, ou “*a criação e manutenção de ao menos uma conta bancária junto à Caixa Econômica Federal, vinculada ao Ministério da Saúde, para que, em situações de descumprimento injustificado de decisões judiciais na seara da execução dos programas do SUS, o respectivo juízo interessado possa, então, se valer do sistema do BacenJud para bloquear quantia financeira suficiente capaz de viabilizar o imediato adimplemento indireto da obrigação de fazer anteriormente por ele já reconhecida*”.

24. Ademais, estabeleceu-se na decisão que ela teria eficácia nacional e que a União deveria manter “*saldo permanente entre R\$ 30 e 50 milhões de reais*” à disposição do Judiciário para garantir “*que os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) de todo o Brasil pass[em] a ter, definitivamente, respeitadas e cumpridas as ordens judiciais expedidas no bojo das suas respectivas ações propostas contra a União em qualquer parte do território nacional*”, ao menos até que a Conta Única do Tesouro seja passível de bloqueios por meio do BacenJud.

25. Decidiu-se, de mais a mais, fixar multa diária de um milhão de reais para a hipótese de descumprimento das ordens pela União e advertiu-se que, se fosse frustrada qualquer determinação, seriam bloqueados depósitos judiciais e extrajudiciais efetivados em favor da União junto à Caixa Econômica Federal.

26. Em nenhuma passagem da decisão foi analisada a incidência ou aplicabilidade das normas constitucionais que vedam “*a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais*” (art. 167, II), “*a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa*” (art. 167, VI), “*a concessão ou utilização de créditos ilimitados*” (art. 167, VII), ou “*a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa*” (art. 167, IX). Menos ainda se analisou a conformação do direito constitucional à saúde ou a necessidade aventada pela doutrina especializada de que o conteúdo de sua prestação seja definida pelo legislador e por programas governamentais, sempre pressupondo seu caráter universalizável.

27. Em 18 de maio de 2018 foram intimados da decisão o MPF e a União. A Anvisa foi intimada em 22 de maio de 2018.

28. O Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo (Sindusfarma) requereu o ingresso no feito, na qualidade de litisconsorte passivo, para defender o interesse das empresas substituídas.

29. Em 27 de junho de 2018 as liminares deferidas pelo juízo tiveram seus efeitos suspensos pela Presidência do TRF1, ao fundamento de que causariam “*grave lesão à economia e à ordem públicas, sob o viés da ordem administrativa*”.

30. Em 29 de junho de 2018 a Anvisa apresentou contestação.

31. Em 3 de julho de 2018, foi a vez da União. Alegou a União, em síntese, (a) que a desistência fundada do Ministério Público deveria ter levado à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei que disciplina a ação civil pública – LACP); (b) que a Defensoria Pública não teria demonstrado ser a adequada representante dos interesses por ela defendidos; (c) que a

concessão liminar de tutela de urgência teria violado o art. 2º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992; (d) que não se deveria admitir o aditamento da inicial para se formular pedidos novos, sem conexão com os inicialmente feitos, por constituir burla à garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da Constituição); (e) que a maior parte dos remédios de alto custo demandados judicialmente da União não teriam eficácia cientificamente comprovada, nenhum teria efeito curativo, a maior parte não teria sido submetida a registro na Anvisa pelo laboratório fabricante, nem a possibilidade de serem incorporados ao SUS teria sido examinada pelo órgão legalmente competente (a CONITEC); (f) que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, não atribuiria ao Ministério da Fazenda o dever de prestar diretamente ao cidadão nenhuma obrigação relacionada ao direito à saúde, incumbindo-lhe somente financiar programas e repassar recursos; (g) que eventual demora no cumprimento de decisões judiciais estaria mais ligada à incompreensão do Judiciário acerca da estrutura e das funções legais do Ministério; (h) que a União não poderia ser responsabilizada por óbitos que venham a ocorrer, tendo em vista que os medicamentos não teriam eficácia comprovada ou curativa; (i) que o deferimento do pedido de operacionalização de bloqueios na Conta Única do Tesouro feriria os princípios da unidade da tesouraria, da legalidade, da segurança orçamentária, da impenhorabilidade dos recursos públicos, da gestão fiscal planejada e responsável, da supremacia do interesse público sobre o particular e da separação dos poderes; (j) que seria inútil incluir-se o Banco Central como destinatário de ordens de bloqueio na Conta Única transmitidas pelo BacenJud; (l) que eventuais bloqueios gerariam descontrole contábil; (m) que as exceções legais ao princípio da unidade da tesouraria, aventadas pelo juízo, não dispensariam prévia previsão orçamentária; (n) que a constituição vedaria a criação de fundo sem autorização legislativa; (o) que a União não teria, nos termos da legislação aplicável, disponibilidade sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais; (p) a desproporção da multa fixada para a eventualidade de descumprimento de decisão judicial e a necessidade de ela ser paga mediante precatório.

32. Finalmente, em 29 de julho de 2018, o Conselho Federal de Medicina solicitou seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

## ii. Alegações do Banco Central

33. Deste ponto em diante, após (a) breves considerações sobre a natureza da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, passa-se a sustentar as razões porque o Banco Central entende (b) ter interesse jurídico no processo, devendo ser admitido como assistente simples da União; (c) faltar competência absoluta ao juízo para processar a “demanda”; (d) ser inepta a petição inicial, por lhe faltar causa de pedir em relação ao pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, ou seja, por faltar mínima descrição de direito concreto violado ou ameaçado – pressuposto básico para toda e qualquer atividade de natureza jurisdicional; (e) que a DPU não tem legitimidade ou interesse processual em relação ao pleito de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, pois a medida requerida não visa à tutela de direito concreto coletivo ou individual; (f) ser vedada a cumulação, no mesmo procedimento, dos pedidos formulados; (g) serem nulos todos os atos processuais posteriores à primeira decisão liminar, por descumprimento, pelo juízo, do princípio da ação ou da inércia; (h) não ser possível à DPU ampliar objetiva ou subjetivamente a demanda, por ela ter se estabilizado com a anterior ciência inequívoca que a União teve do processo, certificada nos autos em 28 de março de 2018; (i) ser improcedente o pedido em exame, em virtude de a norma abstrata pleiteada contrariar materialmente a Constituição.

34. Quanto a outras matérias que o Banco Central poderia alegar, deixará de fazê-lo, por já terem sido suscitadas pelo ente que a autarquia pretende assistir neste processo, a União, a cuja contestação se reporta como se seus fundamentos integrassem a presente petição.

35. Passa-se, portanto, a minudenciar cada uma das alegações referidas acima.

### ii.a. Breves considerações sobre a “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta

## Única do Tesouro

36. Muitas vezes, a complexidade e a variedade dos fatos e das pretensões deduzidos em juízo dificulta a tarefa de identificar o contorno de cada uma das demandas cumuladas num mesmo processo.

37. No caso dos autos, o MPF ajuizou ação civil pública, aduzindo que a União teria deixado de cumprir deveres impostos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública), e pedindo, ao final, o cumprimento específico daqueles deveres. Os deveres imputados pelo MPF à União, em sua maioria, não se correlacionam com nenhum direito **individual** subjetivo; eles têm como contraface direitos titularizados pelo conjunto da sociedade e são chamados pela doutrina jurídica brasileira, ao menos desde o fim da década de 1970<sup>6</sup>, de interesses ou direitos *difusos*.

38. Os direitos difusos, por sua própria natureza, são titularizado por **coletividades**, não são divisíveis e são insusceptíveis de apropriação individual<sup>7</sup>. Segundo Barbosa Moreira, “a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade”<sup>8</sup>. Todas essas características dos direitos difusos são, também, dos direitos coletivos *stricto sensu*, e a nota distintiva daqueles está na indeterminabilidade dos componentes do grupo que os titulariza, enquanto os direitos coletivos *stricto sensu* têm como titular coletividade com membros determináveis. Por não serem passíveis de apropriação individual, direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são também chamados de direitos metaindividuais ou transindividuais.

39. Pois bem. O processo, que antes veiculava pretensões relacionadas a direitos difusos, após ter seu objeto alterado para se incluir o pedido, dirigido contra a União, de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, incorporou pretensão relacionada a direitos individuais homogêneos.

40. Explica-se. O pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, feito em caráter principal, tem por alegado escopo **assegurar** a efetividade de determinações judiciais, dadas em outros processos, para que a União forneça medicamentos de alto custo a jurisdicionados. Os remédios, deduz-se do que já se expôs, só poderiam ser apropriados de forma individual por cada jurisdicionado e satisfariam, portanto, direito individual de cada um deles à saúde. No requerimento em análise, contudo, não se pede a satisfação do direito material à saúde; pede-se, isso sim, instrumento para **garantir** o resultado útil de outros processos em que aquele direito material é pleiteado; pede-se, noutras palavras, criação de mecanismo para viabilizar a concessão de tantas medidas cautelares quantos sejam os processos, **presentes e futuros**, em que se tenha concedido ou se venha a conceder tutela mandamental para que a União forneça remédios de alto custo. Eventual procedência do pedido significaria, pois, viabilizar a realização de supostos direitos individuais à concessão de medida cautelar – bloqueio de valores na Conta Única –, e não do direito material à saúde em si.

41. Como o direito à tutela cautelar deriva do direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, e de seu corolário direito à efetiva tutela jurisdicional<sup>9</sup>, ele não é – diferentemente de direitos processuais – titularizado pelo substituto processual, mas pelo próprio titular do direito material ameaçado ou violado<sup>10</sup>. Assim, a DPU, com seu pedido, pretende tutelar coletivamente supostos direitos individuais homogêneos a provimento jurisdicional cautelar.

42. De se lembrar, ademais, advertência feita por Teori Albino Zavascki no sentido de que a

6 É o que se extrai de levantamento feito por José Carlos Barbosa Moreira (A **proteção jurídica dos interesses difusos**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129>>. Acesso em 31/07/18).

7 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-46.

8 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses difusos**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129>>. Acesso em 31/07/18.

9 Segundo Fredie Didier Jr., “[o] direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do direito de ação” (O **direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível em <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012\\_12\\_7389\\_7407.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7389_7407.pdf)>. Acesso em 31/07/18).

10 Também segundo Pontes de Miranda, “quando se propõe uma ação, qualquer que seja, exerce-se a pretensão **pré-processual**, que é a pretensão à tutela jurídica” (Tratado das Ações, tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 109 – destaque acrescido).

qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar a natureza dos direitos subjetivos individuais. A homogeneidade dos direitos individuais não os transforma em direito coletivo, em uma nova espécie de direito material. Segundo o citado jurista, “os direitos individuais homogêneos são aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC [de 1973] (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”<sup>11</sup>.

43. Da inarredável conclusão de que a DPU, com seu pedido, pretende tutelar coletivamente supostos direitos individuais homogêneos a provimento jurisdicional cautelar, bem como de outras premissas fáticas e jurídicas expostas de maneira tópica, deduzem-se série de preliminares, suscitadas logo após a demonstração de interesse jurídico reflexo do Banco Central no feito.

### ii.b. O interesse jurídico reflexo do Banco Central na “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro

44. Segundo o art. 164, § 3º, da Constituição, “[a]s disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central” (destaque acrescido). Destarte, por ser o Banco Central depositário dos valores que estão na Conta Única, eventual procedência do pedido de viabilização de bloqueios na referida conta atinge, sem margem para dúvidas, o dever-poder cometido à Autarquia de “ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante” (art. 629 do Código Civil).

45. O interesse jurídico da Autarquia em que a sentença seja favorável à União é, pois, manifesto, facultando o art. 119 do CPC que o Banco Central intervenha no processo para assisti-la, na qualidade de **assistente simples**.

46. É na qualidade de assistente da União, portanto, que se alegam as seguintes questões, até o momento não trazidas aos autos de forma minudente.

### ii.c. Incompetência absoluta do Juízo para processar a “demanda”

47. Como se deixou antever acima (parágrafo 21), ao pedir a viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro para acautelar processos pendentes e futuros, a DPU não pleiteia **ato jurisdicional**.

48. Costumava-se dizer, na trilha de Carnelutti, que a Jurisdição visa à solução de **lides**, ou seja, a compor conflitos de interesse qualificados por uma **pretensão resistida**. Nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, seria

*“sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação”* (destaque acrescido)<sup>12</sup>.

49. Essa concepção inspirou a redação dos textos constitucionais anteriores<sup>13</sup>, mas não encontra mais respaldo na Carta em vigor. A Constituição de 1988, com efeito, em seu art. 5º, XXXV, garantiu aos cidadãos tutela jurisdicional contra “ameaça a direito”, autorizando que batesssem à porta do Judiciário mesmo antes da violação do direito – e do conseqüente surgimento da pretensão à sua satisfação<sup>14</sup> –, para pleitear, por exemplo, como de certa forma já permitia a legislação infraconstitucional, tutela declaratória ou tutela preventiva (inibitória).

50. Apesar das mudanças verificadas, algo permaneceu intocado no que diz respeito à atividade jurisdicional:

<sup>11</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39-40.

<sup>12</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132.

<sup>13</sup> As Constituições de 1964 e de 1967, por exemplo, dispunham que “[a] lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º, da Constituição de 1946 e art. 150, § 4º, da Constituição de 1967).

<sup>14</sup> Segundo o art. 189 do Código Civil, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão [...]”.

ela pressupõe, sempre, **relação jurídica controvertida**<sup>15</sup>. O exercício da função jurisdicional requer, assim, alegação de ocorrência de fato previsto no suporte fático de determinada norma e, a partir da incidência desta norma, do conseqüente surgimento de direitos e deveres unido duas ou mais pessoas (relação jurídica); bem como alegação de controvérsia acerca da existência e do modo de ser dessa relação jurídica, perante o Poder Judiciário. Esse é o posicionamento de Teori Albino Zavascki, além dos por ele citados Carnelutti e Pontes de Miranda, *in verbis*:

*“A atividade jurisdicional exercida em qualquer processo de conhecimento visa a um objetivo específico: uma sentença de mérito. E em toda sentença de mérito há um componente essencial, de natureza declaratória: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém ‘declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico’ [Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil, v. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1986, p. 69]. Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato [...] que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. [...] Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: ‘Nas ações de cognição (...) há enunciado sobre incidência (toda aplicação da lei é enunciado sobre incidência)’. A exigência de que a petição inicial indique, necessariamente, ‘o fato e os fundamentos jurídicos do pedido’ (CPC [de 1973], art. 282, III) reflete o que acabou de ser dito: ao demandar, o autor deve descrever a sua versão sobre o fenômeno da incidência a ser apreciado pelo juiz.”<sup>16</sup>*

51. O pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, contudo, não se adequa a essa premissa, pois não é acompanhado da indispensável alegação de relação jurídica controvertida. A DPU, em seu petitório, requer a atribuição de efeitos jurídicos – o reconhecimento do direito à medida cautelar de bloqueio – até mesmo para decisões judiciais que não existem, mas que, porventura, possam vir a existir.

52. Ao desvincular seu pedido de uma relação jurídica controvertida, a DPU intenta, na verdade, que o Judiciário discipline determinada questão de modo abstrato, invadindo competência típica dos Poderes Legislativo e Executivo. A Constituição, com efeito, só autoriza que o Judiciário crie normas abstratas em excepcionálíssimas situações, como, por exemplo, na elaboração dos regimentos internos dos tribunais e na aprovação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, reservando a competência ordinária para a criação daquelas normas aos poderes majoritários, o Legislativo – que as cria, por exemplo, por meio de emendas à Constituição e leis – e o Executivo – que as faz por meio de medidas provisórias, decretos autônomos e no exercício do poder regulamentar. Segundo Teori Albino Zavascki, “a natureza do processo jurisdicional cognitivo, como atividade vinculada a relações jurídicas decorrentes de fatos específicos (acontecidos ou na iminência de acontecerem e que geram ou podem gerar fenômenos de incidência), distingue a atividade do juiz e a do legislador, a função jurisdicional e a função legislativa”<sup>17</sup>. Embora o eminente jurista refira-se a fatos “na iminência de acontecerem” como sujeitos à incidência normativa, ele explica na mesma obra, bem como em sua dissertação de mestrado<sup>18</sup>, que fatos iminentes só podem ser considerados pela atividade jurisdicional em situações excepcionálíssimas, quando a relação jurídica controvertida for permanente ou de trato sucessivo. Nesses casos excepcionais, o suporte fático é complexo e parte de seus elementos precisa, de qualquer forma, já ter ocorrido concretamente. No presente

15 Nesse sentido, LUCIANO, Pablo Bezerra. A relevância do conceito de relação jurídica para a compreensão da natureza do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, vol. 9, n. 2, dez. 2015. Brasília: BCB, 2015, p. 77-104.

16 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 261-262.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 263.

18 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia da Sentença na Jurisdição Constitucional*. Disponível em <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>>. Acesso em 6/8/2018.

caso, todavia, não se alega relação jurídica permanente ou de trato sucessivo.

53. Tendo em vista essa necessária vinculação da função jurisdicional a uma relação jurídica controvertida, mesmo nas sentenças dadas em ação civil pública ou em ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos a decisão tem de se ater a questão concreta, a fatos que aconteceram. Embora a legislação atribua àquelas sentenças eficácia *erga omnes*, apta a alcançar uma universalidade de sujeitos, não lhes permite o disciplinamento abstrato de fatos ainda não ocorridos. Não é outra a razão, aliás, de se proibir o ajuizamento daquelas ações para se questionar lei em tese, conforme esclarece Teori Albino Zavascki:

*“Também nas ações destinadas a tutelar direitos transindividuais (ações civis públicas, ações populares) o processo cognitivo guarda as características acima assinaladas. Nelas, como em qualquer outro caso, a atividade jurisdicional cognitiva consiste no exame de fatos e dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência de normas, do que resultará uma sentença fazendo juízo de certeza sobre a existência ou não da norma concretizada e das obrigações e prestações que dela decorrem. [...]*

É igualmente incabível ação civil coletiva contra lei em tese. Há, aqui, todavia, uma peculiaridade que merece atenção. A atividade cognitiva, nas ações coletivas destinadas a tutelar direitos subjetivos individuais, tem a característica especial de resultar em sentença genérica, que não enfoca situação individual de cada um dos substituídos no processo. Mas **não se pode confundir sentença genérica com sentença sobre norma jurídica em abstrato**. Sentença genérica é a que faz juízo sobre apenas alguns dos elementos da relação jurídica concreta, e não sobre todos eles. Mesmo assim, todavia, esse juízo, ainda que parcial, sobre a norma concretizada, decorre – e, portanto, supõe a existência – de uma determinada situação de fato que produziu ou que ameaça produzir a lesão aos direitos subjetivos tutelados.

[...] Também as sentenças genéricas produzidas no âmbito das ações civis coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos fazem juízo de certeza, ainda que parcial, sobre relações jurídicas concretas, nascidas de específicas situações de fato. A norma jurídica, portanto, é apenas fundamento para a decisão, nunca seu objeto. O exame de validade ou do conteúdo de preceito normativo serve como elemento para o juízo de declaração a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, dos efeitos que a sua incidência, sobre o suporte fático, produziu no mundo jurídico.

Cumpra ao autor das ações coletivas, portanto, indicar na petição inicial, o fato concreto e atual que causou ou está em vias de causar a lesão aos direitos subjetivos individuais tutelados na demanda. **Mesmo quando dispensado de nomear e qualificar os titulares do direito à proteção ou à reparação pretendida, não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta**. Sobre tais fatos hipotéticos não se produziu, nem se pode assegurar que se produzirá, o fenômeno da incidência nem, conseqüentemente, o nascimento de qualquer relação jurídica. **Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador, não do juiz**. Eventual sentença de procedência de pedido com tais características teria caráter eminentemente normativo, porque examinaria e interpretaria a lei em sua moldura abstrata. Seria, portanto, sentença com eficácia semelhante à de um preceito normativo, cujo trânsito em julgado acabaria por vincular inclusive os demais órgãos do Poder Judiciário, mesmo os de hierarquia superior, impedidos que ficariam, em casos futuros, de dar à norma interpretação diferente da determinada pela sentença proferida na sentença.”<sup>19</sup> (destaques acrescentados).

54. Extrai-se, portanto, que se o juízo atender ao pedido formulado e “viabilizar” o bloqueio na Conta Única para processos pendentes e futuros, ele ultrapassará os limites do poder jurisdicional que lhe foi atribuído e estará exercendo, sem competência legal nem constitucional, função legislativa ou regulamentar.

#### ii.d. Inépcia da petição inicial por lhe faltar causa de pedir em relação ao pedido de viabilização

<sup>19</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 264-268.

## de bloqueios na Conta Única do Tesouro

55. Como se explicou anteriormente, a DPU não pede a viabilização de bloqueios na Conta Única para proteger **direitos** já existentes de provável ameaça ou de violação.

56. Calha rememorar o pedido feito pela DPU: “*obrigar a União a criar uma conta bancária devidamente identificada, vinculada ao Ministério da Saúde, e que [fosse] a União compelida ao depósito da quantia [...] reputa[da] necessária para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral [...], fixando desde logo e com prudência lastro mínimo nessa conta, o qual uma vez atingido restará automaticamente obrigada a União ao depósito de valores complementares de sorte a recompor esse lastro, de modo a permitir que os juízes possam valer-se do sequestro de verba pública da União sempre que reputarem necessário, determinando, ainda, que a própria União officie todos os juízes federais informando os dados da referida conta em cumprimento à essa decisão judicial*” (destaque acrescido).

57. Vê-se, pois, ratificando-se o que se disse acima, que a DPU não pede ao Judiciário que decida relação jurídica controvertida, mas que crie norma abstrata, inclusive para disciplinar fatos futuros.

58. O CPC, por outro lado, exige que o autor exponha na inicial “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (art. 319, III, do CPC), ou seja, o fato jurídico (causa de pedir remota) e a relação jurídica que dele nasce (causa de pedir próxima). A DPU, quanto ao pedido em comento de viabilização de bloqueios, não se desincumbiu do ônus de expor o fato jurídico, nem, por óbvio, de narrar eventual direito dele nascido, merecedor de proteção jurisdicional.

59. Para o exercício da jurisdição, todavia, é preciso que se requeira a tutela de direito **concreto**, já incorporado no patrimônio jurídico do autor ou do substituído, e que esteja sob ameaça ou tenha sido violado. Por não ter assim procedido a DPU, deve-se considerar inepta sua petição quanto ao ponto, nos termos do art. 330, § 1º, I do CPC (“[c]onsiderar-se-á inepta a petição inicial quando [...] lhe faltar pedido ou **causa de pedir**” – destaque acrescido), indeferindo-a, nos termos do art. 330, I, do CPC (“[a] petição inicial será indeferida quando [...] for inepta”).

### ii.e. Falta de legitimidade e de interesse da DPU em relação ao pleito de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por ausência de alegação de direito violado ou ameaçado

60. Também por não alegar relação jurídica e pleitear, na verdade, o disciplinamento abstrato de medida contra o Poder Público, a DPU não satisfaz às condições da ação (legitimidade das partes e interesse processual).

61. Como já se explicou, mesmo em ação civil pública ou em demanda coletiva, o legitimado extraordinário só pode pleitear, em nome dos substituídos, tutela de **direito existente**. Vejam-se, uma vez mais, as precisas palavras de Zavascki: “*Mesmo quando dispensado de nomear e qualificar os titulares do direito à proteção ou à reparação pretendida, não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta. Sobre tais fatos hipotéticos não se produziu, nem se pode assegurar que se produzirá, o fenômeno da incidência nem, conseqüentemente, o nascimento de qualquer relação jurídica. Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador, não do juiz*”<sup>20</sup>.

62. Por outro lado, como se deduz da petição da DPU, seu pleito é para que se assegurem, até mesmo, direitos eventuais e futuros (“*assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”). Para pedidos desse jaez, é ostensiva, portanto a ilegitimidade ativa daquele órgão, devendo-se extinguir a correspondente demanda sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

63. Não se extrai da inicial, ademais, a utilidade ou a necessidade do provimento requerido para a tutela de algum direito concreto que tenha sido alegado como causa de pedir, já que, como se expôs, não se alega fato jurídico concreto (decisões existentes que tenham sido descumpridas ou que estejam ameaçadas em seu

<sup>20</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

cumprimento) nem relação jurídica que teria dele se originado (direito à cautela derivado daqueles fatos).

64. Assim, por não ter a DPU afirmado nenhuma relação jurídica controvertida em relação ao pedido de bloqueios na Conta Única, *ipso facto*, não demonstrou seu interesse processual na concessão da tutela, devendo-se, por mais essa razão, extinguir a “demanda” sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

#### ii.f. Vedação à cumulação, no mesmo procedimento, dos pedidos formulados

65. A DPU, em sua petição, cumulou pedidos de tutela satisfativa, como o de determinação à União para “*que, [...] obr[ivesse], por amostragem, em cada lote, laudo técnico (a ser elaborado por laboratório especializado) atestando que os medicamentos a serem entregues à população correspondem ao produto adquirido e atendem aos mesmos padrões de qualidade*”, com o de tutela cautelar para que se viabilizasse “*o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”.

66. A cautelar requerida, como já dito acima, guarda referibilidade com direitos individuais à saúde a serem tutelados **em outros processos**, pendentes ou futuros. Pode-se dizer, portanto, que a cautelar é **requerida em caráter antecedente** ao menos em relação aos processos futuros em que se fizer necessário assegurar “*decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”.

67. Esclarecido o ponto, deve-se ainda observar que o art. 301 do CPC, que outorga ao juiz poder geral de cautela, deve ser lido conjuntamente com os demais dispositivos do capítulo legal em que foi inserido. Assim, por aquele artigo prever a possibilidade de o juiz conceder “*tutela de urgência de natureza cautelar [...] para asseguarção do direito*” (destaque acrescido) e em razão de o art. 300 do CPC autorizar a concessão de “*tutela de urgência*” quando houver “*risco ao resultado útil do processo* [leia-se: do **mesmo** processo]” (destaque acrescido), tem-se que a regra geral é a de o juiz só poder conceder medida cautelar, com fundamento em seu poder geral de cautela, no bojo do mesmo processo em que se pretende satisfazer o direito material.

68. Há, todavia, exceção expressa à regra geral. O CPC admite a possibilidade de a medida cautelar ser efetivada antes mesmo de ajuizada a ação satisfativa, desde que o interessado ingresse com “*procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente*”, previsto nos arts. 305 a 310 do CPC.

69. A pergunta que se deve formular, então, é a seguinte: há possibilidade de se cumular nesta ação civil pública pedido de tutela coletiva cautelar em caráter antecedente?

70. Segundo o art. 327, § 2º, do CPC, a cumulação de pedidos de procedimentos diferentes só é permitida “*se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum*”.

71. Ainda que se considere “comum” o procedimento da ação civil pública, não se afigura lícita a formulação, em seu bojo, de pedido de tutela cautelar em caráter antecedente. É que pelo procedimento previsto nos arts. 305 a 310 do CPC instituem-se mecanismos para preservar características essenciais da tutela cautelar – a **referibilidade** ao pedido de tutela satisfativa e a **temporiedade** de seus efeitos<sup>21</sup> – que são incompatíveis com o procedimento da ação civil pública. O legislador previu, por exemplo, no art. 308 do CPC, que “*efetivada a medida cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar*”.

72. Supondo-se, assim, que seja julgado procedente o pedido de viabilização de bloqueios e tendo em vista a pleiteada atribuição de eficácia nacional ao julgamento, todas as ações “*em matéria de tutela de saúde em geral*” teriam de ser apresentadas nos mesmos autos da ação civil pública e a medida cautelar só manteria sua eficácia para aquelas ajuizadas em até 30 dias após a efetivação da cautelar. Um completo *non sense* processual.

73. Tendo em vista, pois, a completa inadequação da ação civil pública para veicular pedido de tutela

21 Segundo Fredie Didier Jr., a tutela cautelar “é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela”. Além disso, ela só “*dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe*” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 562-563).

coletiva cautelar em caráter antecedente, impõe-se a extinção da “demanda” em análise, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido (compatibilidade procedimental), nos termos do art. 485, IV, do CPC.

## ii.g. Impossibilidade de a DPU ampliar objetiva ou subjetivamente a demanda após a União ter sido formalmente cientificada do processo

74. A tentativa da DPU de ampliar a demanda inicialmente proposta pelo MPF não poderia ter contado com a aquiescência do juízo, tendo em vista que a União foi efetivamente citada no momento em que teve ciência inequívoca do processo. Como relatado, em 28 de março de 2018 foi certificado nos autos o cumprimento, pela Oficial de Justiça, do mandado de intimação da Anvisa e da União quanto ao teor da decisão liminar.

75. Segundo Nelson Nery Jr., “a partir do momento em que o réu tem ciência inequívoca da ação ocorre a citação”. Não por outra razão, aliás, “o comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação da contestação ou embargos à execução” (art. 239, § 1º, do CPC).

76. Realizada a citação, portanto, era vedado à DPU, conforme deflui do art. 329 do CPC<sup>22</sup>, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu.

77. Mesmo que não tivesse havido citação da União, seria vedado à DPU deduzir, no mesmo processo, novas demandas não conexas às anteriormente propostas pelo MPF.

78. Com efeito, a garantia constitucional do juiz natural, implícita nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição<sup>23</sup>, compreende, segundo Luigi Ferrajoli, “a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído post factum”<sup>24</sup>.

79. Desse mandamento, tem-se que, após a propositura da ação, a alteração ou a adição do pedido ou da causa de pedir só é válida se não gerar nova demanda **ou se a demanda gerada for conexa à anterior**. Na hipótese de conexão, as próprias regras de competência interna determinam que o segundo processo seja reunido ao primeiro para julgamento conjunto pelo juízo prevento (arts. 57 e 58 do CPC). Havendo, contudo, demanda nova não conexa à anterior, os referidos arts. 57 e 58 não incidem, e a causa terá de ser distribuída segundo os critérios ordinários de distribuição, de maneira a evitar que o juízo seja estabelecido *post factum*.

80. A regra segundo a qual a alteração ou a adição do pedido ou da causa de pedir só é válida se não gerar nova demanda ou se a demanda gerada for conexa à anterior, **dedutível de princípios e normas positivadas no nosso ordenamento**, inspirou o legislador de 1973 a dispor, no art. 294 do CPC ab-rogado, que “quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”. O texto legal não teria sido compreendido pelos operadores do direito, que enxergaram nele contradição com que dispunha o então vigente art. 264 (“Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”) e, em 1993, foi alterado para facultar-se ao autor, antes da citação, “aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. Contudo, nem a mencionada alteração promovida nem a ausência no CPC atual de dispositivo análogo ao antigo art. 294 do CPC de 1973 excluem de nosso ordenamento o princípio do juiz natural ou as regras que lhe são imanentes.

81. De volta ao exame da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, vê-se, contudo, não ser ela conexa às que foram inicialmente formuladas. As demandas originais tinham como causa de pedir o descumprimento pela Global de obrigações previstas no contrato administrativo firmado com a União. O pedido de viabilização de bloqueios, por outro lado, não tem causa de pedir, como

22 “Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.”

23 “Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

24 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

se apontou acima, e, mesmo que tivesse, ela estaria de alguma forma relacionada ao descumprimento, pela União, de decisões proferidas em processos judiciais que discutissem “*matéria de tutela de saúde em geral*”.

82. Esse novo pedido, portanto, se pudesse ser formulado, teria de sê-lo em processo novo, cuja distribuição obedecesse às regras de competência interna previstas na legislação processual.

83. Assim, como a União já havia sido citada antes de a DPU pleitear a ampliação da demanda, a ampliação encontra-se vedada pelo art. 329 do CPC, devendo-se extinguir o feito sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido, nos termos do art. 485, IV, do CPC. Ainda que a citação tivesse sido posterior ao pedido da DPU, a ampliação estaria vedada por mandamento contido no princípio do juiz natural, devendo-se, de qualquer forma, extinguir o feito sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido, nos termos do art. 485, IV, do CPC.

#### **ii.h. Nulidade de todos os atos processuais posteriores à primeira decisão liminar, por descumprimento, pelo juízo, do princípio da ação ou da inércia**

84. Como relatado, na primeira decisão que proferiu no processo, antes ainda do ingresso da DPU no feito, o juízo, *ex officio*, (a) decidiu integrar a Anvisa no polo passivo da ação civil pública, “*até porque [...] será destinatária da futura decisão final a ser tomada nos autos*”; (b) determinou à Anvisa dispensar “*a exigência de declaração de pessoa jurídica detentora da regularização nas importações*” dos fármacos de alto custo “*a serem feitas pela empresa Global [...] para atender às necessidades urgentes do Sistema Único de Saúde (SUS) e que tenham como lastro procedimentos de contras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o último mês de janeiro*”; (c) atribuiu à União “*a responsabilidade civil por todo e qualquer efeito indesejado que o uso dos fármacos importados sob esta condição excepcional possa eventualmente provocar, na mesma extensão que seria atribuída à empresa detentora da declaração de exclusividade ora dispensada*”; (d) determinou à União que, “*na hipótese da empresa Global [...] deixar de cumprir, por qualquer outro motivo que não seja o problema da declaração de exclusividade [...], as obrigações de fornecimento assumidas*”, rescindisse imediatamente o contrato e aplicasse as penalidades legais; e (e) decidiu que a União deveria exigir da Global “*documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria*” e que deveria obter, por amostragem, antes de efetivar a entrega dos fármacos, laudo técnico atestando seu padrão de qualidade.

85. Ainda que eventual procedência dos pedidos formuladas pelo MPF de alguma forma interferissem na esfera jurídica da Anvisa, o que a decisão nem de longe demonstrou, ainda assim não caberia ao Juízo, de ofício, integrar aquela autarquia no processo ou fazer-lhe qualquer tipo de determinação. É regra basilar do processo civil brasileiro a que veda ao juiz “*conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte*” (art. 141 do CPC). O próprio CPC, por outro lado, estabelece no parágrafo único do art. 115 que “*nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz deteminará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo*” (destaques acrescidos).

86. Da combinação desses dois dispositivos, portanto, tem-se que o juiz tinha somente uma conduta a seguir, se entendesse que a Anvisa deveria ser parte no processo: intimar o MPF para aditar a inicial, requerendo a citação daquela autarquia, **sob pena de extinção do processo**.

87. Deixando de ater-se à lei, o juízo acabou por ampliar de ofício a demanda, tanto subjetiva – impondo ao autor que litigasse contra quem ele não queria litigar – como objetivamente – determinando que a Anvisa deixasse de cumprir obrigação a ela imposta pela legislação. Desrespeitou também, por consequência, a regra insculpida no art. 492 do CPC, segundo a qual “*é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*”.

88. Nem se diga que as medidas adotadas pelo Juízo se justificariam por serem necessárias à efetivação de eventual tutela inibitória requerida pelo MPF contra a União. **Primeiro**, porque, de fato, a inclusão da Anvisa e a determinação contra ela dirigida não tinham relação direta com os pedidos feitos pelo MPF; **segundo**, porque, se tivessem, deveria o juízo tê-la demonstrado – justificando a necessidade das medidas

adotadas para a efetivação dos direitos difusos inicialmente pleiteados –, o que nem de longe tentou fazer; **terceiro**, porque, ainda que se admita a possibilidade de se provocar interferência na esfera jurídica de alguém para se conceder tutela inibitória ao autor, o alguém teria de ser, necessariamente, o réu, nunca um terceiro que não foi demandado. É essa a respeitável opinião de Marinoni, para quem “*a inibitória [...] deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito*” (destaque acrescido)<sup>25</sup>.

89. As medidas adotadas ilegalmente pelo Juízo, ademais, não podem ser convalidadas/aproveitadas somente por terem sido pleiteadas pela DPU em momento posterior, já que elas denotam completa quebra do dever de imparcialidade, imprescindível para se garantir um processo **justo**<sup>26</sup>.

90. Aliás, essa atuação voluntariosa do juízo, ampliando de maneira indevida a demanda, antecipando na decisão liminar que a Anvisa seria destinatária de determinada decisão final e sugerindo ao MPF e à DPU a formulação de pedidos para dar, *a posteriori*, respaldo à ampliação da demanda, encaixa-se numa das hipóteses estabelecidas pelo CPC para que o juiz declare-se suspeito – aí, sim, de ofício. Diz o art. 145 do CPC: “*há suspeição do juiz: [...] II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio*” (destaque acrescido).

91. Assim, apontadas nulidades insanáveis no primeiro momento em que foi dado ao Banco Central falar nos autos, impõe-se a imediata decretação dos atos já praticados e a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de requisitos de constituição e desenvolvimento válido.

### **ii.i. Improcedência do pedido, por não ter a DPU demonstrado violação ou ameaça a direito**

92. Foi amplamente demonstrada a completa inviabilidade do pedido concernente aos bloqueios na Conta Única do Tesouro.

93. Contudo, ainda que todas as preliminares fossem afastadas – o que só se admite em atenção ao princípio da eventualidade –, melhor sorte não teria a DPU no que tange ao mérito.

94. Com efeito, a criação da norma abstrata proposta pela DPU, além de não ser possível no exercício da função jurisdicional, contrariaria materialmente inúmeros princípios e regras constitucionais, como bem expôs a União em sua defesa. Reiteram-se, pois, nessa oportunidade, todos os argumentos de mérito aduzidos pelo ente assistido, para se concluir pela necessidade de, eventualmente, julgar-se improcedente a demanda de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro.

### **iii. Pedidos**

95. Em razão do exposto, pede-se a admissão do Banco Central no processo, na qualidade de assistente simples da União.

96. Pede-se, ademais, a extinção da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por incompetência absoluta do juízo para disciplinar questão de maneira abstrata.

97. Subsidiariamente, pede-se o indeferimento da petição inicial, em relação àquela “demanda”, por inépcia, tendo em vista a ausência de causa de pedir.

98. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de legitimidade e interesse processual da DPU.

99. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo, tendo em vista a incompatibilidade do

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 432.

<sup>26</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a imparcialidade “*é um dos mais significativos atributos do correto exercício da jurisdição*” (*Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 227).

procedimento da ação civil pública para veicular pedido de tutela coletiva cautelar em caráter antecedente.

100. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo, tendo em vista a impossibilidade de ampliação da demanda pela DPU, seja porque a União fora citada anteriormente, seja porque a ampliação constitui burla ao princípio do juiz natural e às regras que lhe são iminentes.

101. Subsidiariamente, pede-se a decretação de nulidade dos atos processuais, desde a primeira decisão proferida nos autos, bem como a extinção do processo sem apreciação do mérito, por falta de requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, em razão de se ter violado os princípios da demanda e da imparcialidade, bem como regras que lhes são iminentes.

102. Subsidiariamente, pleiteia-se julgamento pela improcedência do pedido concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, acolhendo-se as alegações da União, encampadas por este seu assistente.

**FLAVIO JOSÉ ROMAN**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)  
OAB/DF 15.934

**ERASTO VILLA-VERDE FILHO**

Subprocurador- Geral  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJiPG)  
OAB/DF 9.393

**LUCIANA LIMA ROCHA**

Procuradora-Chefe, substituta  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
(PRJUD)  
OAB/DF 25.743 – Mat. 6.324.980-4

**FELIPE DE VASCONCELOS PEDROSA**

Procurador do Banco Central do Brasil  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
(PRJUD)  
OAB/PE 22.759 - Mat. 3.191.021-1