

DIREITO À SAÚDE E REVERSIBILIDADE DA MEDIDA EM TUTELA ANTECIPADA

RIGHT TO HEALTH AND REVERSIBILITY OF THE MEASURE IN ADVANCE GUARDIANSHIP

JOICE BATISTA DA SILVA

Advogada, Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil no UNICURITIBA.

ANDREZA CRISTINA BAGGIO

Professora de Direito Processual Civil e Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica do UNICURITIBA, Advogada, Mestre e Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR.

RESUMO:

A Constituição Federal Brasileira garante a todos os cidadãos o direito à saúde, no entanto, o poder público não consegue assegurar a efetividade desta garantia constitucional e por esse motivo as pessoas buscam a tutela jurisdicional para salvaguardar os seus direitos. No entanto, justamente por tratar de saúde, as questões que envolvem o tema necessitam de uma resposta rápida, urgente, e nesses casos é feito o pedido da tutela antecipada. A tutela antecipada é concedida à parte quando existe a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações. A lei afirma que o juiz poderá antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida quando houver fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação ou ainda abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Esse artigo traz em seu bojo uma especial proteção ao litigante de boa-fé que consiga demonstrar em cognição sumária, com a prova inequívoca e verossimilhança das alegações, ser detentor de um direito, antecipando, de pronto, a tutela que só viria com a sentença. No entanto, visando sobretudo a segurança jurídica das decisões que deferem a antecipação de tutela, e o resguardo do direito do réu, o parágrafo 2º proíbe a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, esse parágrafo acrescenta, portanto, novo requisito à concessão da tutela pretendida: a reversibilidade do provimento que se pretende obter. O presente artigo visa uma análise sobre a flexibilização desta regra de proibição da concessão da tutela antecipada, sobretudo nas questões envolvendo a saúde, tendo em vista que o direito do autor poderá ser violado em virtude da regra de proibição.

Palavras-chave: tutela antecipada, irreversibilidade, flexibilização

ABSTRACT:

The Brazilian Federal Constitution guarantees to every citizen the right to health, however, the government can't ensure the effectiveness of this constitutional guarantee and for that



reason people seeks for judicial protection to safeguard their rights. However, precisely for dealing with health, the issues surrounding the topic needs quick and urgent answer, in which case the request is made the preliminary injunction. The preliminary injunction is granted when there are clear evidences and the likelihood of the allegations. The law states that the court may anticipate full or in part the effects of the intended protection when there is well-founded fear of irreparable damage or difficult to repair it or defense abuse in law or manifest procrastinating purpose of the defendant. This article deals with a special protection to whose is acting in good faith if them can show it in summary cognition, with clear evidence and likelihood of the allegations, being the holder of a right, anticipating, promptly, safeguarding that only come with the sentence. However, particularly with a view to legal certainty of the decisions that defer to the legal protection, and the safeguarding of defendant's rights, paragraph second prohibits the granting of injunctive relief when there is danger of irreversibility of advance provision, this paragraph adds, so new requirement to grant the desired protection: the reversibility of the provision to be achieved. This article aims to analysis the flexibility of this prohibition rule of injunctive relief, especially on issues involving health, considering that the author's right can be violated because of the prohibition rule.

keywords: preliminary injunction; irreversibility; flexibility.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por ponto de partida a análise de decisão¹ proferida em sede de tutela antecipada à pessoa carente que pleiteou a concessão de acesso a medicamento por intermédio de um Núcleo de Prática Jurídica de uma instituição de ensino de Curitiba. Em sua petição inicial, pleiteou a autora da demanda o fornecimento do medicamento TRASTUZUMAB, pois padecia de moléstia severa denominada Neoplasia Maligna de Mama. Ocorre que tal medicamento lhe proporcionaria aumento de sobrevida e seria de grande importância ao seu tratamento se associado à quimioterapia. No entanto, tal medicamento custa valores exorbitantes, aproximadamente R\$ 8.000,00 (oito mil reais) por dose, salientando que no caso analisado a autora necessitaria de 21 doses.

Levando em conta a urgência da questão a petição inicial foi fundamentada com os requisitos para a concessão da tutela antecipada, tendo em vista que a autora não

¹ Autos 1100-63.2013.8.16.0179 do 11º Juizado Especial da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba-PR.



poderia esperar até o final da demanda para obter o medicamento. A demora lhe causaria grande risco, podendo levá-la até mesmo à óbito. Tal pedido foi deferido, mas permaneceu a dúvida a respeito de um dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, no caso, a reversibilidade da medida.

No caso analisado ficou claro para o magistrado a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, visto que todos os documentos apresentados comprovaram que a paciente de fato estava acometida de enfermidade grave, ficando evidente, ainda, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso a medida não fosse deferida. Deste modo, os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada estavam presentes.

Destarte, há outro requisito, o negativo, que obsta a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. De fato não haveria possibilidade de reverter o provimento, pois ainda que a ação fosse julgada improcedente ao final a autora não teria como devolver os medicamentos utilizados.

Portanto, para a concessão da tutela antecipada o magistrado ponderou a questão, e ainda que a medida fosse irreversível decidiu por antecipar os efeitos da tutela, pois o direito pleiteado necessitava de medida urgente, que não poderia esperar até o final da decisão, salientando que a ação ainda está tramitando, estando atualmente em fase recursal.

Para análise da questão da concessão ou não da tutela antecipada e de seu pressuposto negativo inicialmente será feita uma breve análise acerca do direito à saúde e a tutela de urgência. Será abordado, ainda, a aplicação dos princípios constitucionais processuais que justificam a concessão da tutela antecipada em medidas urgentes, e a os requisitos para a sua concessão.

Passar-se-á em seguida ao estudo das tutelas de urgência e a utilização da tutela antecipada ao invés da medida cautelar no caso analisado. Serão analisados os procedimentos da concessão da tutela antecipada quando há a colisão de direitos fundamentais, em que o magistrado deverá ponderar e utilizar sobretudo o critério da proporcionalidade de modo que os direitos colidentes sejam minimamente sacrificados.

Finalmente serão feitas breves considerações acerca das principais mudanças sobre a concessão da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2016.

2 O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA

O Direito à saúde é Constitucionalmente garantido e inerente a todos, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal que dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por ser dever do Estado garantir as políticas públicas que efetivamente assegurem o direito à saúde, houve a edição da Lei nº 8.080/90 que regulamenta o Sistema único de Saúde e define os papéis do Estado, Município e União na garantia do cuidado à saúde dos cidadãos.

Vale destacar que o direito à saúde é amplo, e não diz respeito somente à ausência de doenças, mas sim “situação de perfeito bem-estar físico, mental e social”², e não se relaciona apenas com o direito à vida, “pois, além de uma concepção estritamente biológica, visa à obtenção de meios para persecução do bem-estar que não se restringe à simples existência.” (NERY JR, 2010, p. 65).

Lembre-se também que o direito à saúde é direito fundamental, e os direitos fundamentais têm especial proteção da legislação brasileira, eles são “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária [...]” (BULOS, 2012, p. 328).

² CIENCIA E SAÚDE COLETIVA: O instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde (WHOQOL-100): características e perspectivas. Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-8123200000100004&script=sci_arttext> Acesso em: 10 mar.2015.



Sobre o tema, vale expor as considerações de Claudio Bahia e Ana Abujamra (NERY JR, 2010, p. 93):

A busca do bem-estar físico, psíquico e social é objetivo final a ser alcançado pelo direito à saúde, mas que somente se efetivará se forem disponibilizados aos cidadãos outros fatores determinantes e condicionantes, como os direitos à proteção do meio ambiente, ao saneamento, à moradia, à educação, ao bem estar social, à seguridade social, à assistência social, ao acesso aos serviços médicos e à saúde física e psíquica.

No entanto, as políticas públicas ou a regulamentação criada pela lei não garantem a efetividade da proteção à saúde sendo necessária, em inúmeras situações, a intervenção do Judiciário para suprir a omissão ou a inércia do Estado. O direito à saúde está intimamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que “em sua perspectiva principiológica, atua como um mandado de otimização, ordenando que seja observada e realizada na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto em análise.” (NERY JR, 2010, p. 81).

Neste sentido, em demanda em que se discutia a possibilidade de fornecimento gratuito de medicamentos a um paciente hipossuficiente e portador do vírus HIV/AIDS, foi o voto do Ministro Celso de Mello³,

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente

³ AgRG no RE nº 271.286-6-RS, 2ª Turma, j. em 12.09.2000, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 24.11.2000, in RT 786/211.



daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

No Brasil, a desídia do Estado em garantir efetividade ao direito à saúde, por não proporcionar o mínimo necessário ao bem-estar dos cidadãos, gerou nos últimos anos um excesso de judicialização de questões envolvendo o tema.

Por consequência, ao passo em que é crescente a busca pela tutela à saúde e à vida com a interferência do Judiciário, também se exige deste Poder cada vez mais respostas rápidas, a fim de evitar o agravamento da enfermidade, a piora do quadro clínico, ou mesmo o óbito do paciente. Um bom exemplo são as questões que discutem o direito à saúde com o fornecimento de medicamentos de alto custo quando é necessária a concessão da tutela antecipada para que o doente receba do Estado, do Município, ou da União o medicamento que custa valores exorbitantes, mas que poderá salvar a sua vida, ou lhe trazer melhora em sua condição.

O Estado Brasileiro, que não consegue garantir satisfatoriamente o direito à saúde disposto na Constituição, deverá, por meio da atuação do Poder Judiciário, na prestação da tutela jurisdicional, garantir a efetividade deste direito, analisando a situação com a maior brevidade possível, levado em conta a gravidade do caso e respeitando os direitos fundamentais processuais, o que é possível mediante a concessão das tutelas de urgência.

3 TUTELA JURISDICIONAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A busca pelo Judiciário para garantia do direito à saúde é cada vez maior, e requer uma resposta eficiente e célere.

Considerando que a Constituição garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao Direito” (CFB, artigo 5º, inciso XXXV)”, o Estado deverá prestar a tutela jurisdicional com a maior brevidade possível levando em conta a urgência e a gravidade de cada caso.



A tutela jurisdicional está diretamente ligada à apreciação do Estado às inúmeras questões que diariamente chegam ao Judiciário, visto que é vedado aos cidadãos a autotutela. A expressão tutela jurisdicional, dentro do estudo do Direito Processual Civil foi classificada por Cassio Scarpinella Bueno como sendo a “proteção, a salvaguarda, que o Estado deve prestar naqueles casos em que ele, o próprio Estado, proibiu a “autotutela”, a “justiça pelas próprias mãos”. (BUENO, 2007, p. 261).

Deste modo, visto que as pessoas não possuem escolha, a não ser procurar o Estado para que resolva os conflitos, a tutela jurisdicional deve ser eficaz, “sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito” (ZAVASCKI, 2000, p. 06). Sobre o assunto, as considerações do professor Eduardo Melo de Mesquita (2002, p. 54), citando Eduardo J. Couture:

No Estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade ; essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição, o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça provada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma ou de outra, seria denegarlhe a própria justiça.

No entanto, não basta apenas a prestação da tutela jurisdicional, mas sim que os efeitos da tutela jurisdicional entregue possam ser sentidos pelas partes, conforme os ensinamentos de Bueno (2007, p. 261):

Não basta só que o juiz profira, por exemplo, uma “sentença” que reconheça a existência de lesão ou de ameaça ao direito do autor. Isto não é o suficiente para que ele entregue, ao jurisdicionado que é titular daquele direito, “tutela jurisdicional”. É mister que o que estiver reconhecido na sentença possa surtir efeitos práticos e palpáveis para “fora” do processo, isto é, no plano a ele exterior. A “tutela jurisdicional”, destarte, impõe que ela seja sentida, para ser efetiva, no plano material, fora, exterior ao plano do processo.

Sobre a efetividade da tutela jurisdicional pode-se citar também Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 23) que leciona:

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se o agir privado não estivesse proibido.



Portanto, a tutela jurisdicional⁴ não pode ser vista apenas como um reconhecimento de um direito, “de nada adianta declarar que um direito é digno de ‘tutela’, de ‘proteção, se esta mesma ‘proteção’ não é efetiva, no sentido de *realizada, concretizada, atuada* sobre o direito que está ‘fora’ do processo.”(BUENO, 2007 p. 261). Buscando especial proteção à eficiência na prestação da tutela jurisdicional o artigo 8º do novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, traz especial proteção aos fins sociais, ao resguardo e à promoção da dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência⁵

“É insuficiente a ideia de declaração judicial de uma situação substancial em prol do autor e do réu.” (BUENO, 2007 p.261), em outras palavras não basta apenas a afirmação de um direito, pois o processo civil constitucionalizado⁶ exige que “além da declaração jurisdicional sobre a quem pertence um dado bem jurídico, que a prestação jurisdicional efetivamente entregue, conserve e guarde esse bem jurídico junto a seu titular, a seu proprietário.” (BUENO,2007, p.260).

Importante destacar que em regra a tutela jurisdicional não é prestada de ofício⁷, devendo existir previamente a provocação do interessado “assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.” (ZAVASCKI, 2000, p. 05)

Desta forma, pode-se concluir que a tutela é ato exclusivo do Estado, que por seus órgãos jurisdicionais presta aos direitos dos indivíduos. Esta proteção pela atuação do

⁴ AgRG no RE nº 271.286-6-RS, 2ª Turma, j. em 12.09.2000, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 24.11.2000, in RT 786/211.

Estado é de extrema importância, levando-se em conta a proibição da autotutela e a impossibilidade de satisfazer ao mesmo tempo todos os direitos previstos na constituição.

Quando se busca a tutela jurisdicional, existe um conflito de direitos e as partes buscam o Estado para resolver esse conflito. A solução deve buscar o menor prejuízo possível às partes, sobretudo quando diz respeito aos direitos fundamentais, pois “qualquer que seja o agente ou via utilizada, a solução de conflito entre direitos fundamentais, na busca da concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma limitação, em benefício do outro.” (ZAVASCKI, 1995, p. 03)

Na prestação jurisdicional, bem como em toda a atividade Estatal, devem ser observados e respeitados todos os direitos constitucionalmente garantidos, conforme os ensinamentos de Eduardo Melo de Mesquita (2002, p.35):

Considerado como verdadeiro *ius gentium*, o acervo de direitos individuais e coletivos representa, tanto para os nacionais quanto para os estrangeiros aqui residentes, o patrimônio inerente à pessoa humana. Direitos absolutos, primitivos, primordiais ou pessoais conferidos pela natureza ao ser dotado de inteligência, a maior conquista do século XVIII, que de nada valeriam, se não fossem devidamente acompanhados de garantias para assegurar o seu pleno e concreto exercício. Daí a dualidade adotada pela Constituição Federal, no título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. A relevância do processo deflui exatamente de sua imprescindibilidade para tornar efetiva, no campo prático, a assecuração dos direitos individuais e coletivos. Avilta tal relevância, tendo o constituinte vislumbrado tutelar constitucionalmente o processo, objetivando, além da estabilidade das normas processuais, uma atuação rápida, pronta e eficaz, por meio de agentes públicos, realizando, destarte, seu mister.

A força normativa da Constituição trouxe ao processo civil diversas garantias que visam a efetividade do processo e viabilizam o reconhecimento do direito material, mormente naquelas situações em que o reconhecimento do direito material exige urgência. Dentre as garantias constitucionais do processo as que têm principal relevância para o tema estudado são: o direito à razoável duração do processo, o contraditório e o acesso à justiça.

3.1 DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO



O direito fundamental à razoável duração do processo tem amparo no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal que dispõe:” a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Importante destacar que a razoável duração do processo não diz respeito somente ao tempo de duração, mas sim à sua efetividade. Conforme os ensinamentos de Marinoni:

Seria possível dizer que o conteúdo desta explicitação estaria embutido no próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) que, ao também garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, obrigaria o legislador, o administrador e o juiz à prestação dos meios imprescindíveis à outorga de celeridade ao processo. Não obstante, como a compreensão do direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva (e tempestiva) constitui um processo de aprendizagem e de maturação, não há como deixar de ver a importância do inciso LXXVIII inserido no art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A legislação processual deverá vir ao encontro a este princípio, no sentido de que as leis editadas devem auxiliar a celeridade dos processos, bem como toda a máquina judiciária deve funcionar de modo que as soluções para o conflito sejam as mais rápidas e efetivas possíveis, “o princípio se imbrica com o da efetividade do processo: afinal, a duração razoável é necessária para que o processo seja eficiente” (GONÇALVES, 2011 p. 54). No entanto, justamente por se buscar a efetividade não se pode falar somente no tempo de duração, como aduz Paroski (2008, p. 273):

A razoável duração do processo, a despeito de ser garantia constitucional não é necessariamente sinônimo de processo rápido, até pela diversidade de opinião que pode suscitar quanto ao tempo que deve ser considerado para a conceituação dessa celeridade processual. Não é desarrazoado, certamente, admitir restrições a algumas garantias processuais em benefício de um bem maior, mas jamais será legítima sua supressão ou mesmo limitação de modo a torna-las inócuas, gerando decisões injustas e o descrédito do próprio judiciário.

A preocupação do Direito Brasileiro com o tema da razoável duração do processo, que já encontrava reflexo constitucional, ecoou na elaboração e redação do Novo Código de Processo Civil, que, em seus artigos 4º e 12º, respectivamente, dispõe: artigo 4º “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a



atividade satisfativa.” E artigo 12 “Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”

Este cuidado com a duração do processo “revela a preocupação geral do legislador com um dos entraves mais problemáticos do funcionamento da justiça: a demora no julgamento dos processos” (GONÇALVES, 2011,p. 54), e reflete os anseios de toda a sociedade a respeito da atuação do Poder Judiciário.

3.2 CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório está inserido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em outras palavras significa que todos, sem exceção, têm direito à defesa, “significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência do pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e assistentes [...]” (WAMBIER, 2013,p. 70), no entanto, apenas dar a possibilidade de saber da existência do pedido não é suficiente, “é fundamental, destarte, que sejam criadas condições concretas do exercício do contraditório, não sendo suficiente uma mera possibilidade ou eventualidade de reação, ela tem que ser real” (BUENO, 2007, p. 107).

O contraditório não diz respeito apenas à defesa do réu ou a oportunidade de oitiva das partes “no contexto dos ‘direitos fundamentais’, deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação de convicção do magistrado ao longo de todo o processo.” (BUENO, 2007, p. 108). Importante destacar, porém, que ao réu deve ser dada a oportunidade de se manifestar, no entanto, não é obrigatória a sua defesa ou manifestação, “se a parte não desejar defender-se ou manifestar-se, sofrerá as consequências de sua inércia, não cabendo ao juiz forçá-la.” (GONÇALVES, 2011, p. 47).

Na ausência de manifestação do réu, no entanto, não haverá a aplicação dos efeitos da revelia em três hipóteses: se, se tratar de litisconsórcio um dos réus contestar;



se a ação versar sobre direitos indisponíveis; ou na falta de documento por instrumento público exigido por lei. O novo CPC, no entanto, traz uma quarta hipótese para a não aplicação dos efeitos da revelia pela ausência da contestação, está disposto no inciso IV do artigo 344: “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”⁸

O respeito ao contraditório é de suma importância, no entanto, o comportamento do réu que caracterize a tentativa de obstar a tramitação do processo poderá ser punida, seja com a condenação por litigância de má-fé ou a concessão da tutela antecipada, assunto que será tratado adiante.

3.3 ACESSO À JUSTIÇA

O direito ao acesso à justiça é amplo, “ele quer significar o grau de abertura imposto pela Constituição Federal para o processo civil. Grau de abertura no sentido de ser amplamente desejável, no plano constitucional, o acesso ao Poder Judiciário “(BUENO, 2007, p. 101). Mauro Paroski (2008, p. 138), ao analisar o tema, faz importantes considerações:

O acesso à justiça talvez seja mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através de seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou o restabelecimento de direitos, na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pelo acesso à justiça.

Significa que ao ser provocado, o Judiciário deve atender, dando uma resposta efetiva, mesmo sendo ela negativa.

O acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao Judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral naquilo que, já expôs



o n. 7.1 do Capítulo 1 da parte I, vem sendo chamado de 'direito coletivo. (BUENO, 2007, p. 103).

“O acesso à ordem jurídica justa [...], consiste em assegurar a efetividade do processo, e está só é alcançada se houver tutela jurisdicional, e não apenas sentença de mérito.” (MESQUITA, 2002, p. 165). A prestação jurisdicional, portanto, deve ser prestada levando em conta todos as garantias constitucionais, sobretudo os que foram citados.

E se a atuação do Estado na solução dos conflitos que envolvem o direito à saúde pode ser tratada sob o ponto de vista do acesso à justiça, importa lembrar que o processo civil deve estar aparelhado para bem atender aos interesses dos jurisdicionados, especialmente nas circunstâncias em que o direito litigioso exige atuação rápida. Destarte, importante analisar a estrutura das tutelas de urgência no processo brasileiro, suas características e fundamentos.

4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme já explanado, medidas urgentes podem ser tomadas para dar efetividade à tutela jurisdicional ou à proteção de direitos, que por vezes, não podem esperar até a sentença, sendo de grande importância para a tutela de direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde. Atualmente, o Código de Processo Civil prevê que a tutela de urgência pode ser solicitada ao juiz por meio de cautelar ou tutela antecipada, ambas possuem o escopo de “urgência”, no entanto, possuem sensíveis diferenças quanto à sua utilização. A tutela cautelar é definida por Bueno (2009, p. 121) da seguinte forma:

Seria um processo e uma respectiva ação que se caracterizaria, não pela atividade jurisdicional desempenhada, mas pela finalidade, a de assegurar, isto é, salvaguardar, acautelar, um direito ameaçado, criando condições de, pela intervenção jurisdicional, imunizar uma situação de ameaça, equilibrando, no plano do processo, a situação das partes em conflito no plano material.



Importante destacar que o processo cautelar “não tem o condão de satisfazer o direito ameaçado. A satisfação do direito, de acordo com esse entendimento⁹, é ideia antiética à cautelar.” (BUENO, 2009 p. 121). No entanto, apesar de ser um critério utilizado pela doutrina para diferenciar o processo cautelar da tutela antecipada, Bueno elege um critério muito útil que ajuda a distinguir quando é o caso de ajuizar um processo cautelar ou de pedir a antecipação dos efeitos da tutela.

O critério eleito para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar é verificar em que condições o que se pretende “antecipar” coincide ou não com o que se pretende a final. Na exata medida em que houver coincidência total ou parcial – a tutela antecipada pode ser concedida total ou parcialmente, lê-se do caput do artigo 273, o caso será de tutela antecipada. Na ausência dessa coincidência, seja ela total ou parcial, a hipótese é de tutela cautelar. (BUENO, 2009 p. 124).

Outra distinção diz respeito à verossimilhança das alegações, exigida na concessão da tutela antecipada e o *fumus boni iuris* que deve estar presente do pedido da tutela cautelar, sobre o assunto as considerações de Tereza Arruda Alvim (1997, p. 537):

O caráter de excepcionalidade das decisões liminares, através das quais se concede tutela antecipatória no processo de conhecimento, parece ser efetivamente muito mais acentuado do que o das decisões liminares ‘proferidas no bojo das ações cautelares. A probabilidade de que o autor tenha mesmo o direito que assevera ter há de ser bastante acentuada para que possa ser concedida a tutela antecipatória.

Deste modo, ainda é válido ressaltar que na tutela cautelar haverá outro processo no qual o magistrado poderá analisar todos os requisitos que comprovem a existência do *fumus boni iuris*, enquanto na tutela antecipada “todos os pressupostos são avaliados no mesmo processo em que a medida é concedida”. (MESQUITA, 2002 p. 413)

Outro importante diferença entre as tutelas mencionadas é a questão da urgência, enquanto nas ações cautelares há sempre o pedido de urgência, a tutela antecipada,

⁹ Art. 2º Código de Processo Civil: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Em que pese a regra seja esta, há duas exceções de tutela jurisdicional de ofício contidas no artigo 989 e 1160 do CPC, que respectivamente dispõe: Art. 989: O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal. Art. 1160: O juiz mandará arrecadar os bens do ausente e numerar-lhe-á curador na forma estabelecida no Capítulo antecedente.

apesar de possuir o escopo de “urgente”, e ser utilizada na maioria das vezes nestes casos, também pode ser concedida sem urgência “como nos (casos) de incontroversa (sic), abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. (GONÇALVES, 2011, p. 669).

Assim, constata-se que a medida cautelar é ato preparatório, que servirá para garantir um direito ou assegurar a efetividade em um outro processo, já a tutela antecipada visa o efeito antecipado do provimento que só viria ao final de uma ação, motivo pelo qual a tutela antecipada requer uma análise mais aprofundada e uma prova mais sólida para a sua concessão. O legislador, todavia, reconhece a dificuldade em identificar se é caso de tutela antecipada ou cautelar, por esse motivo a Lei nº 10.444/2002 estabelece a fungibilidade entre as tutelas.

Embora haja a fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar nos casos onde há discussão do direito à saúde com o fornecimento de medicamentos a tutela antecipada se mostra mais adequada, pois uma vez que a tutela seja concedida antecipadamente satisfaz a pretensão do autor, sem a necessidade do ajuizamento de outra ação para discutir o direito, como é característica da tutela cautelar. Deste modo passar-se-á à análise da tutela antecipada e seus requisitos, sobretudo nas questões que envolvem o fornecimento de medicamentos como garantia do direito à saúde.

4.1 A TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, “é a forma pela qual se passou a admitir, desde que presentes alguns pressupostos [...], que os efeitos práticos, concretos, reais, da tutela jurisdicional sejam sentidos antecipadamente.” (BUENO, 2004, p. 21).

Em outras palavras é a antecipação de um resultado que só seria possível com a prolação da sentença, “é antecipada, justamente porque os efeitos da sentença que, como regra, fica sujeita a um recurso que tem efeito suspensivo podem vir a ser sentidos antes disso, antecipadamente a isso”. (BUENO, 2004, p. 28). O artigo 273 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Segundo os ensinamentos de Marinoni (2008, p. 41 e 42) os direitos que corram risco de lesão ou que são evidentes são objetos da tutela antecipada:

A técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que corram risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deste modo vislumbra-se um dos princípios constitucionais já citados, o princípio da razoável duração do processo, pois “o processo para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito.” (MARINONI, 2008. p. 134) Neste sentido, pode-se afirmar, ainda, que a tutela antecipada “é exemplo de regra que viabiliza a obtenção da tutela jurisdicional de forma tempestiva, constituindo proteção imprescindível ao direito fundamental à duração razoável.” Observe-se que “sem a antecipação, o ônus



da demora seria sempre do autor, podendo o réu sentir-se estimulado a fazer uso dos mais diversos mecanismos para retardar o desfecho do processo. (GONÇALVES, 2011, p. 672)

Chega-se à conclusão, portanto, que “o cidadão, de fato, tem direito constitucional à tutela antecipada” (MARINONI, 2008 p. 136), e esse direito protege o cidadão de boa-fé da demora demasiada do judiciário ou das manobras do réu para obstar a regular tramitação do processo, sendo importante mecanismo na busca pela efetividade e urgência da tutela jurisdicional quando se trata do direito à saúde.

4.1.1 Pressupostos positivos da tutela antecipada

Para que haja a concessão da tutela antecipada são necessários alguns requisitos que serão analisados pelo juiz. A análise é feita a partir dos fatos e das provas que são juntadas “não há ‘liberdade’ ou ‘discrição’ para o magistrado na concessão ou rejeição do pedido de tutela antecipada” (BUENO, 2004 p. 32), se estiverem presentes os requisitos o juiz concede, se não estiverem ele não deve conceder. Sobre os pressupostos, as importantes considerações de BUENO (2004, p. 32):

Os pressupostos legais são de duas ordens (i) necessários e (ii) cumulativo-alternativos. São sempre necessárias, para a concessão da tutela antecipada, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação a que se refere o *caput* do art. 273. São cumulativo-alternativos o “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e o “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, de que se ocupam, respectivamente, os incisos I e II do mesmo dispositivo.

Na análise dos requisitos nota-se que “a antecipação da tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos,” (ZAVASCKI, 2000, p. 76).

Os requisitos, portanto, são necessários para que o magistrado se convença de que o direito pleiteado pelo autor sofrerá o risco da demora processual.

4.1.1.1 Prova Inequívoca



O requisito da prova inequívoca diz respeito a uma “verdade absoluta-que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução - mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, 2000. p. 76). Qualquer tipo de prova (lícitas) será aceito para auxiliar no convencimento do juiz, a prova inequívoca “é aquela que afirma se tratar de prova robusta, contundente, que dê maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato.” (BUENO, 2004, p. 33).

Inclusive, se o juiz (que é detentor das provas), julgar necessário, poderá ouvir testemunhas ao agendar uma audiência de justificação, importante salientar que “a prova existe para convencer o juiz” (MARINONI, 2008, p. 168), e neste sentido a prova testemunhal, na audiência de justificação, também poderá ser usada para o convencimento, Cassio Escarpinella Bueno (2009 p. 139), sobre o tema leciona:

Sempre que o magistrado estiver convencido *suficientemente* das alegações que lhe são feitas, com as provas, quaisquer que sejam elas, que lhe são apresentadas, ele presta tutela jurisdicional porque a isto lhe impõe o sistema processual civil. Se não estiver convencido *suficientemente*, há duas alternativas que se põem para ele: indeferir o pedido porque se convenceu suficientemente do contrário, isto é, que *não há* razão para tutelar a afirmação de direito por ora, ou determinar a produção de mais provas, viabilizando um *aprofundamento* na cognição, designando, para tanto, a “audiência de justificação [...]”

Conclui-se, portanto, que a prova inequívoca é aquela que convence satisfatoriamente o magistrado sobre a existência do direito afirmado.

4.1.1.2 Verossimilhança da alegação

Outro requisito da concessão da tutela antecipada é a verossimilhança da alegação. O artigo 273, em seu caput dispõe: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.” Mais



uma vez pode-se mencionar o convencimento do juiz, partindo da premissa de que “toda certeza jurídica se resolve em verossimilhança” (MARINONI, 2008, p. 168).

Como já mencionado no tópico anterior, a prova serve para o convencimento do juiz, que ao analisar deve estar convicto de que aquela situação é verossímil, ou seja, que aparenta ser verdadeira, pois “a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe outorga o direito de definir o mérito sem estar convicto” (MARINONI, 2008, p. 169). Zavascki (2000, p. 76), analisando a matéria conclui:

[...] Diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos.

Nota-se, portanto, que a verossimilhança e a prova inequívoca são dois requisitos concorrentes, pois além da prova é necessário que os fatos tenham aparência de veracidade. Sobre o assunto os ensinamentos de Fredie Didier Jr (2014, p. 493)

[...] Prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos interligados, mas com significados distintos, sustentamos que a palavra “prova”, no que diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela, deve ser compreendida como meio de prova, e não como “grau de convicção” do magistrado. O legislador, quando quis se referir ao grau de convicção acerca das alegações da parte refere-se à verossimilhança (“...desde que, inexistindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação...”), que nada mais é do que um juízo de probabilidade. E prova inequívoca, decerto só pode ser entendida como aquela que não é equívoca, e que serve como fundamento para a convicção quanto à *probabilidade das alegações*.

O Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento de Agravo Regimental decidiu que na ausência do requisito da prova inequívoca não há antecipação dos efeitos da tutela. Neste mesmo sentido há decisões dos Tribunais de Minas Gerais e Maranhão, condicionando a concessão da tutela antecipada à prova inequívoca da verossimilhança das alegações, demonstrando que a prova apresentada deverá ser sólida suficiente para justificar o provimento antecipado.

Percebe-se que a tutela antecipada se difere da tutela cautelar geral, pois esta “dependeria apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que

inexistente prova à respeito.” (BEDAQUE, 2003, p. 336), enquanto a o pedido da tutela antecipada exige prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

4.1.1.3 Dano Irreparável ou de difícil reparação

Na decisão a respeito da concessão da tutela antecipada os requisitos citados devem estar ligados ao dano irreparável ou de difícil reparação ou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Sobre o assunto, Zavascki (2000, p. 77) leciona:

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresente iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade [...].

Neste pressuposto é possível uma assimilação ao *periculum in mora* da tutela cautelar, “esse ‘perigo da demora da prestação jurisdicional’ deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada [...], isso é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito” (BUENO, 2004, p. 37).

O dano, no entanto, deve ser irreparável ou de difícil reparação. Significa que são irreversíveis, irremediáveis ou que as chances de reversão são mínimas, ou quase inexistentes, como é o caso do direito à saúde, onde a demora muitas vezes poderá custar a vida do autor.

4.1.1.4 Abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu.

Estes pressupostos dizem respeito ao comportamento da outra parte, e não somente do réu em relação ao processo, devendo ser antecipado os efeitos da tutela quando o juiz perceber que há a intenção de atrapalhar a correta tramitação do processo,



levando-se em conta que “a reprovação de tais condutas também é questão de preservação da efetividade da jurisdição” (DIAS, 2005, p. 18). O magistrado deverá analisar o caso concreto e verificar se a atitude da parte realmente caracteriza obstáculo à correta tramitação do processo. Sobre o assunto os ensinamentos de Teori Zavascki (2000, p. 77):

“Abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu”, são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses submersíveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve, sim, obediência estrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo.

Alguns exemplos deste tipo de comportamento, normalmente atrelados à litigância de má-fé, são citados por BUENO (2004, p. 39) que leciona:

Uma situação clássica é a de interpor recursos absolutamente infundados - daqueles que se fazem não para contrariar uma decisão, mas para dizer que seu pedido não deveria ter sido indeferido porque o pedido é bom por si só - só para ganhar tempo (...). Basta imaginar um caso em que o réu cria todo o tipo de dificuldades para concretização da citação. E isso pode várias desde ter dado ao autor um endereço que não existe ou no qual ele não reside ou nunca residiu, até a forma clássica de “fugir do oficial de justiça”, dizendo que não está, que está viajando e sabe-se lá Deus quando volta.

Várias situações criadas por uma das partes, mas normalmente pelo réu, podem ser levadas em conta para que haja a antecipação dos efeitos da tutela, no entanto, esse comportamento deve estar atrelado aos pressupostos do artigo 273, caput.

5 A IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO COMO PRESSUPOSTO NEGATIVO DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme já exposto, para concessão da tutela antecipada há vários requisitos que devem estar presentes na situação fática para que a tutela seja concedida, porém,



há também um pressuposto negativo, que no intuito de proteger o direito do réu e a segurança jurídica das decisões, veda a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade da decisão. Não obstante, deverá haver ponderação na decisão da concessão ou não da tutela antecipada quando há perigo de irreversibilidade, pois embora haja a vedação da lei, o caso concreto deverá ser estudado e analisado. Sobre o assunto as considerações de Marinoni (2008, p. 207).

[...] não admitir a possibilidade de ponderação de direitos no juízo sumário é retirar da doutrina possibilidade da construção de uma dogmática mais sensível à realidade social, e assim, impedir que as reformas processuais atendam às expectativas que foram geradas nos consumidores de tutela jurisdicional, transformando-as em um amontoado de leis sem qualquer função social.

Todas as considerações acerca da concessão ou não da tutela antecipada em casos de irreversibilidade dos efeitos deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade, sobre o assunto Gonçalves (2001, p. 677) leciona:

A solução será o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, determinando a proteção do interesse mais relevante e, afastando risco mais grave. A irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder a tutela. Se a concessão gerar situação irreversível, e a denegação não, o juiz deve concedê-la; mas se ambas gerarem situação irreversível, a solução será aplicar o princípio da proporcionalidade.

Há na doutrina uma pequena divergência acerca da irreversibilidade dos efeitos, enquanto Cássio Scarpinella Bueno, por exemplo, afirma que a irreversibilidade que veda a concessão da tutela antecipada diz respeito ao plano fático, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “irreversibilidade do provimento antecipado – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento-são determinadas declarações e constituições provisórias.” (MARINONI, 2008, p. 195). De todo o modo, qualquer que tenha sido a intenção do legislador a respeito da irreversibilidade-efeitos fáticos ou processuais- a irreversibilidade funciona como um pressuposto negativo da concessão da tutela antecipada.

Não obstante, há de se observar que por vezes a tutela pretendida trata de direito fundamental, como nos casos do direito à saúde, em que a irreversibilidade do

provimento não deve obstar a concessão da tutela, sob pena de suprimir direito de extrema relevância. Nas palavras de Nelson Nery Júnior, citando a obra de Robert Alexy, “os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático.” (NERY JR, 2010. p. 21). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 46) assim os definem:

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram em caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Portanto, percebe-se que mesmo cumpridos os requisitos da concessão, se o juiz verificar que a decisão poderá ser irreversível a lei não o autoriza a conceder a tutela, gerando, desta maneira, o conflito de direitos, pois o direito do autor, demonstrado pela verossimilhança e pela prova inequívoca, será barrado diante da situação de irreversibilidade da decisão, nestes casos deverá haver a ponderação do juiz sobre a relevância do direito que está sendo discutido.

Nos dias atuais é difícil encontrar alguma situação que não possa ser reversível, pois até mesmo as situações em que não será possível retornar ao *status quo*, poderá ser indenizada ao converter os prejuízos em perdas e danos.

Por óbvio, se a ação for julgada improcedente, não há como o Autor devolver o remédio que usou, e se, neste caso, a decisão do juiz se basear apenas na letra da lei ele não deveria conceder a tutela, porém, não concedê-la “é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituosa, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância” (MARINONI, 2008, p. 206).

Assim como a análise sobre a concessão da tutela antecipada nos casos de irreversibilidade deverá ser feita com cautela pelo magistrado, a colisão dos direitos fundamentais também deverá ser analisada com ponderação, buscando, sob a ótica da proporcionalidade, o mínimo prejuízo possível aos envolvidos.



5.1 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na antecipação dos efeitos da tutela o juiz antecipa o que normalmente viria somente com a sentença, e por vezes, como é o caso da liminar, antes mesmo da oitiva da outra parte. Como já discorrido nos tópicos anteriores, para a concessão da tutela antecipada não basta apenas uma simples afirmação, mas deverão estar presentes vários requisitos.

Com isso haverá certamente a colisão de direitos, “as colisões e restrições nascem porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais.” (DIMOULIS E MARTINS, 2009 p. 154). Constantemente ocorrem situações onde existe o conflito de direitos fundamentais, pode-se exemplificar em uma situação em que há colisão entre o direito à vida e à liberdade religiosa, como é o caso dos adeptos à religião testemunha de jeová, religião que possui como um de seus ensinamentos a proibição de transfusão de sangue, ainda que a pessoa esteja em iminente risco de vida, ou ainda a colisão entre a direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade, que ocorre nos casos de publicação de fotos tiradas sem a autorização da pessoa ou até mesmo em caso mais extremos, da publicação da notícia de um sequestro, em que a família deseja que não seja divulgado, temendo pela vida do ente sequestrado.

Logo, estará nas mãos do magistrado a análise e decisão acerca de qual direito será limitado, ou suprimido, e dos critérios que serão utilizados para a resolução do conflito, “tarefa da doutrina jurídica e dos tribunais é traçar os limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes, por mais difícil que seja a definição dos critérios para a solução da colisão.” (DIMOULIS E MARTINS, 2009, p. 154). Pode-se mencionar, também os ensinamentos de Gonçalves (2011, p. 676) acerca do princípio da proporcionalidade na decisão acerca da colisão entre direitos:

O juiz levará em consideração eventual desproporção entre os danos que poderão advir do deferimento ou do indeferimento da liminar. Deve cotejar ainda os valores jurídicos que estão em risco, num caso ou noutro. Se o deferimento da liminar pode afastar um risco à vida do autor, embora possa trazer prejuízo patrimonial ao réu, o juiz deve levar essa circunstância em consideração, junto com os demais requisitos da tutela.



Desse modo, há de se “estabelecer critérios principiológicos de solução de conflitos, de modo a que se possa obter *concordância prática* entre os direitos colidentes.” (ZAVASCKI, 1995, p. 2). “Assim, a solução deste conflito de direitos se dará por meio de um juízo de ponderação sobre os valores ou interesses, de modo a atingir uma conclusão, sacrificando o mínimo de cada um dos direitos.” (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 208). Sobre o assunto, as considerações de Dimitri e Leonardo (2009, p. 155):

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Em primeiro lugar, a interpretação sistemática da Constituição, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte estabeleceu, a segunda ferramenta é o critério da proporcionalidade.

Portanto, ao analisar casos de conflitos de direitos fundamentais, o magistrado deverá observar todos os princípios constitucionais, sobretudo o princípio da necessidade e o da proporcionalidade, a fim de não prestigiar um direito em detrimento de outro, mas sim de chegar a uma solução que atenda à todos. Segundo os ensinamentos de Zavascki, “a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito” (ZAVASCKI, 1995, p. 4), pode-se perceber aqui o princípio da necessidade, quando não há condições de “convivência simultânea dos direitos fundamentais” (ZAVASCKI, 1995, p. 4), neste caso, o juiz deve analisar a real necessidade de uma das partes que justifique que o direito do outro seja suprimido.

A necessidade dá a ideia de que a medida restritiva deve ser indispensável, estritamente necessária para a conservação do direito e não pode ser substituída por outra; tal precisão é aferida pela intensidade e indispensabilidade que a medida representa. Assim o meio utilizado deve ser o menos oneroso ao réu. (Henriques Filho, 2008, p. 215)

Já o princípio da proporcionalidade é definido “como um postulado que visa solucionar conflitos, a controlar as atividades legislativas, equacionando a colisão entre os princípios fundamentais” (HENRIQUES FILHO, 2008 p. 212). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 171), por sua vez, definem a proporcionalidade da seguinte forma:

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de se poder limitador. [...] Sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar), um bem jurídico constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.

Este princípio está diretamente ligado ao princípio da razoabilidade, ele “busca, assim, auxiliar o operador do direito na ponderação dos valores, os quais, deverão prevalecer no caso concreto, impedindo o abuso no exercício da função legislativa” (HENRIQUES FILHO, 2008 p. 213).

O vínculo do legislador com os direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia de proporcionalidade no direito constitucional. Com uma abrangência material que, em termos históricos, conheceu um grande crescimento nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais senão o dever de intervir no exercício dos direitos tão somente de forma proporcional (DIMOULIS E MARTINS, 2009, p. 160 apud SCHLINK, 1984, p. 457-468)

Em uma decisão em que dois direitos fundamentais estiverem em conflito, a análise da decisão deverá, obrigatoriamente, utilizar o critério ou princípio da proporcionalidade, juntamente com o princípio da necessidade, “ponderando os bens em jogo e considerando as vantagens e desvantagens que a medida a ser aplicada causará, de modo que, a opção adotada seja mais vantajosa do que o prejuízo decorrente da limitação.” (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 218).

Importante destacar que o novo CPC traz poucas modificações no que diz respeito à concessão da tutela antecipada, sobretudo no que diz respeito à irreversibilidade da

decisão, e nestes casos a análise deverá ser mais apurada pois é evidente o conflito de direitos, muitas vezes de igual importância.

6 AS PRINCIPAIS MUDANÇAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À RESPEITO DA TUTELA ANTECIPADA

A análise das mudanças trazidas pelo novo CPC em relação ao antigo foi feita pela leitura e interpretação do texto, tendo em vista que há pouco material de pesquisa, haja vista a recente publicação do texto da lei. Em relação à tutela antecipada, as maiores diferenças entre o atual código e o novo consistem na sua forma procedimental, pois a petição inicial poderá se limitar ao pedido da tutela antecipada, onde deverá ser demonstrado também o perigo do dano ou risco ao resultado útil do processo. Se concedida o autor terá prazo para aditar a petição e requerer a juntada de outros documentos e a confirmação da tutela.

Após, haverá a citação do réu, e o prazo para contestação iniciar-se-á após a realização da audiência. Com a devida vênia ao legislador, o § 2º do artigo 303 deixa margem para inúmeras interpretações quando dispõe:” Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.” Da simples leitura vislumbra-se que o aditamento é obrigatório, pois a ação julgada extinta sem resolução do mérito (grifo meu), revoga a liminar concedida. Se o juiz entender que a tutela antecipada não deve ser deferida haverá o prazo de 05 dias para emenda da petição inicial, situação que dará ao autor nova chance de demonstrar com provas e fatos a motivação para o pedido da antecipação da tutela.

Se o réu não recorrer da decisão que antecipou os efeitos da tutela a decisão se tornará estável, e a ação será extinta, no entanto, ambas as partes poderá ajuizar nova ação com o intuito de rever, modificar ou invalidar a tutela concedida. O prazo para interpor nova ação que pretende alterar a tutela concedida será de dois anos. Por fim, o último artigo que trata da forma procedimental da tutela concedida afirma que a decisão



que concede a tutela não fará coisa julgada, mas sim estabilidade, que só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar.

Outra importante mudança que o novo CPC trouxe foi em relação à tutela de evidência, pois afasta a necessidade da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo para sua concessão. Portanto, quando o juiz verificar que as atitudes do réu são abusivas e com intuito protelatório, ainda que não haja perigo de dano, o juiz poderá conceder a tutela antecipada. As outras hipóteses que autorizam a concessão da tutela antecipada sem a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo estão dispostas nos incisos II, III e IV do artigo 311 do novo CPC:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Embora o novo CPC tenha trazido a mesma proibição da concessão da tutela antecipada em caso de irreversibilidade da medida, ele traz também algumas novidades a respeito da proteção do direito do réu, pois prevê que o juiz poderá exigir caução idônea para ressarcir os danos potenciais que a parte poderá ter com a concessão da tutela.¹⁰ Esse pressuposto já está disposto no código atual, no entanto está previsto somente nas ações cautelares e não na tutela antecipada. Ainda, o artigo 302 e seus incisos preveem que a parte responderá pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência poderá causar à parte adversa, segue o texto:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
I - a sentença lhe for desfavorável;
II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

As mudanças mencionadas podem ser vistas de modo positivo pois a parte que requerer a tutela antecipada deverá estar ciente de que arcará com os prejuízos que o seu pedido poderá causar à outra parte.

A principais mudanças inseridas no novo CPC à respeito da tutela antecipada dizem respeito ao procedimento, sobretudo no pedido inicial que poderá se ater somente à tutela antecipada, demonstrando a necessidade e o perigo de dano. O novo CPC prevê, ainda, a estabilização da tutela antecipada, que ocorre quando a medida é deferida e não há recurso para impugná-la, portanto, para as questões que envolvem o direito à saúde o novo CPC não trouxe grandes inovações, vez que a tutela antecipada inserida no código atual, quando concedida, já satisfaz o direito do autor.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde, como bem de extrema relevância à vida e à dignidade humana, é tratada atualmente pela Constituição Federal como direito fundamental, o que a torna prerrogativa indisponível do cidadão, demonstrando a preocupação do legislador em garantir a todos uma existência digna, em harmonia com os ditames da justiça social.

A atuação do Judiciário, por sua vez, é cada vez mais requisitada, tendo em vista a escassez de investimentos e a inércia do Estado em garantir as políticas públicas que atendam os cidadãos. Neste cenário a legislação processual civil prevê que as medidas urgentes poderão ser analisadas com maior brevidade, sobretudo as questões que envolvem saúde e que merecem uma atenção especial do julgador.

É consenso entre os doutrinadores que o direito processual civil deve estar de acordo com a Constituição e a concessão da tutela antecipada nesses casos garante a efetividade e a celeridade que o tema requer, justamente por se tratar de direito de



considerável importância, uma vez que a demora poderá trazer ao autor riscos ou danos irreparáveis e irreversíveis.

Ao tratar da matéria o magistrado deverá ponderar acerca do pressuposto negativo que impede a concessão da tutela antecipada, justamente por se tratar de direito fundamental, evitando que o jurisdicionado sofra as consequências de um processo moroso e ineficaz.

Desta feita, a concessão da tutela antecipada em casos que envolvam o direito à saúde é fundamental para que os cidadãos que se encontram desamparados pelo poder público possam conseguir especial proteção à vida e a dignidade humana, devendo existir especial atenção do magistrado na prestação da tutela jurisdicional, na tentativa de tratar os necessitados com a urgência e importância que o tema requer, devendo a legislação processual garantir ao cidadão o respeito aos seus direitos fundamentais e um processo justo e célere, demonstrando o respeito do Estado à sua própria Constituição.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Robertos dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**, 3 ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1**, São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 4**, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Tutela Antecipada**, São Paulo, Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Licções de direito processual civil**. Vol. I 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Licções de direito processual civil**. Vol. III 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



DIAS, Iberê de Castro. **Processo Civil**. Vol. II , 3. ed. São Paulo, Millenium, 2005

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

FILHO, Ruy Alves Henriques. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil, volume 1: teoria geral de processo de conhecimento (1ª parte)** 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10. Ed. São Paulo. RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. Vol. IV 6. ed. São Paulo. RT, 2014.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Especiais-Responsabilidade Civil**. Vol. V, São Paulo: RT, 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodriguees, Eduardo Talamini, **Curso Avançado de Processo Civil**; v. 2, 13. ed. São Paulo. RT, 2013.

_____. **Curso Avançado de Processo Civil**; v. 1, 13. ed. São Paulo. RT, 2013

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coordenação). **Aspectos polêmicos da antecipação de Tutela**. São Paulo. RT 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela** 3. Ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais**. Revista do TRIBUNAL Regional Federal 1. Região, v. 7 n. 3, p. 15-32 jul./set. 1995.

