

A Efetividade Da Tutela Antecipada nas Ações De Medicamentos Frente Ao Direito Constitucional À Saúde

GNOATTO, Fernanda¹
MORANDINI, Jaqueline²

RESUMO

A antecipação da tutela encontra-se positivada no artigo 273 do Código de Processo Civil, a ausência da efetivação da tutela antecipada nas ações de medicamentos repercute o acúmulo de ações no Judiciário e a má prestação da resposta jurisdicional, em prazo razoável. Além de causar danos irreversíveis à saúde do demandante, sinale-se que a saúde é o âmago da vida humana, sem essa essência, o ser humano não sobrevive. Por isso, estuda-se uma forma de aprimorar a efetivação da tutela em relação ao direito constitucional à saúde, a fim de proporcionar a todos que intentam ação judicial uma resposta mais efetiva. A decisão de deferimento da tutela antecipada será exarada, durante a tramitação processual, pelo magistrado desde que exista a verossimilhança dos fatos, além de preencher os requisitos do referido artigo, bem como poderá ser revogada ou modificada. Para isso, é preciso cautela ao analisar a pretensão por causa da iminência de danos irreparáveis ao demandante, ocasionalmente, converter-se-á em irreversibilidade da tutela antecipada, desde que haja, no bojo processual, provas que comprovam a reversão da situação fática. Ainda, traça-se o mínimo existencial à saúde, sendo o arcabouço do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse o marco teórico. Desta maneira, utiliza-se o método dedutivo com o escopo de solucionar os problemas da efetividade da tutela antecipada no meio social, bem como as jurisprudências como métodos de pesquisa.

Palavras-chave: Antecipação de Tutela. Dignidade da Pessoa Humana. Efetividade. Morosidade Judicial. Ponderação. Saúde.

INTRODUÇÃO

A efetividade da tutela antecipada nas ações que visam garantir o direito à saúde é a essência desse trabalho. Inicialmente, será conceituada a tutela antecipada abordando a premência da análise do pedido antecipatório, o perigo da demora, almejando proteger o bem jurídico que se encontra em risco iminente. Além disso, mencionará a reparação do dano causado a quem agiu demasiadamente e de forma censurável, por isso há necessidade de analisar com precisão os pedidos apresentados pelas partes pois há o perigo da

¹Acadêmica – Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS.

²Docente Orientadora- Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, RS.

irreversibilidade da tutela.

A saúde é direito fundamental, extremamente, essencial a vida do ser humano, é o liame do direito constitucional, por isso a saúde está entrelaçada a todas as dimensões dos direitos fundamentais, além de ser considerada uma cláusula pétrea. Nessa gama, o mínimo existencial e a reserva do possível demandam a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em outro momento, ocupar-se-á com a adversidade da efetividade da tutela antecipada, abordando os problemas da efetividade da saúde na sociedade; o aumento, gradativo, de ações de medicamentos no sistema judiciário sendo um dilema de todo o território brasileiro; a morosidade na resolução das questões judiciais dando ênfase a duração razoável do processo; a ausência das políticas governamentais e a realidade das pessoas que se encontram na situação de enfermidades com o sofrimento do tempo.

Por fim, demonstrar-se-á o reflexo das decisões judiciais na sociedade, com o escopo de aprimorar a efetividade das decisões da tutela antecipada nos casos concretos, tendo as jurisprudências como método de pesquisa. Ainda, embasar-se-á no marco teórico o princípio da dignidade da pessoa humana e no método dedutivo buscar-se-á solucionar as adversidades da efetividade da tutela antecipada no corpo social.

A TUTELA ANTECIPADA

Ab initio, é importante mencionar que a saúde deu-se origem a partir da existência do ser humano que começou a vivenciar com as pragas oriundas daquela época. Schwartz e Gloeckner mencionam em sua obra a primeira grande epidemia é “[...] A lepra, sinônimo de morte iminente, é ilustrada por diversos livros bíblicos [...]”³.

A demora na resolução do litígio e a necessidade de salvaguardar o bem jurídico a vida, diante da premência criaram a tutela antecipada no Código de Processo Civil, sendo esse um direito objetivo, com a finalidade de antecipar os efeitos de uma decisão futura, podendo

³SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2003. p.34.

ser revogada e modificada pelo magistrado, durante a tramitação processual. Contudo, constata-se que não existe dispositivo legal que mencione o prazo para postular a antecipação de tutela. Nessa linha de raciocínio, Scarpinella Bueno elucida que: “A falta de previsão de um prazo específico para o fim aqui discutido não quer, contudo, significar que não existam momentos procedimentais mais propícios à formulação do pedido de antecipação de tutela”⁴.

A parte de uma relação jurídica em iminência de um dano irreparável pode postular esse remédio jurídico, acoplar documentos comprobatórios para convencer o juiz acerca da verossimilhança da pretensão postulada, porém, a demora na resolução do litígio causa angústia à parte, eis que a sua pretensão não está totalmente satisfeita. Nessa percepção, os doutrinadores Marinoni e Arenhart proferem que “A tutela antecipatória pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo-se em verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo [...]”⁵.

Contudo, sabe-se que o deferimento ou o indeferimento da tutela antecipatória produzem efeitos jurídicos, portanto, a parte insatisfeita com a decisão interlocutória poderá interpor o recurso de agravo de instrumento com o alvo de modificar a decisão do juízo “*a quo*”.

A existência de verossimilhança dos documentos comprobatórios e o perigo de dano ao bem jurídico tutelado entendem-se pela concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte* devido ao *periculum in mora*, pois preenchem os requisitos do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil e, ainda, está visível que o indeferimento causará danos irreparáveis à parte. Neste sentido, colaciona-se um exemplo ilustrativo que segue:

[...] o pedido para que o réu seja obrigado a realizar (custear) tratamento quimioterápico a que necessita se submeter paciente acometido pelo câncer: o fato de não ser deferida antecipação de tutela em favor do autor determina a não – realização do tratamento, possivelmente causando a morte do paciente, com o perecimento do maior bem tutelado pelo direito enquanto ciência⁶.

⁴BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos específicos. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

⁵ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 211.

⁶FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**: Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar e Procedimentos Especiais. 7.ed. v. 3. São Paulo: Atlas. 2011. p. 27.

Sinale-se que o câncer, ainda, é uma doença incurável. Os pesquisadores da medicina não encontraram uma solução impecável, todavia, existem procedimentos para prevenir e remediar a doença existente. O juiz, ao analisar o pedido, deverá se colocar no lugar do sujeito, interpretar a situação fática, pois esse aciona o judiciário para conseguir um remédio jurisdicional, já que, na maioria das vezes, os postos de saúdes municipais e estaduais não estão custeando o procedimento.

A espera de deferimento da realização de procedimento cirúrgico representa uma cruz para quem aguarda a resposta jurisdicional. Na maioria dos casos, o tempo representa uma espada no coração; Por isso, não importa quantos minutos, horas, e dias podem passar, contudo importa que o bem não pereça em segundos de espera do pedido almejado, para que o bem jurídico seja salvo.

Assim, existindo lesão ao bem jurídico, qual seja a vida, dever-se-á indenizar a parte prejudicada, porém na visão de Theodoro Junior, a “[...] jurisdição não cabe apenas reparar o malfeito [...]”⁷. No prisma de Marinoni “[...] a única forma de tutela contra o dano é aquela que se presta em pecúnia. O ressarcimento, contudo, pode dar-se não só através de pecúnia, mas igualmente com a prestação de uma coisa [...]”⁸.

Com isso, constata-se que a parte causadora do dano deverá ressarcir o estrago, muitas vezes será em pecúnia e outras em prestação de uma atividade. A responsabilidade do dano será suportada por quem causou o evento, porém, muitas vezes, o perecimento do bem jurídico já aconteceu, por isso deve-se prevenir o acontecimento de atos danosos a saúde.

Então, vê-se a prevenção como a alternativa para evitar danos à vida de uma pessoa, sobre a ótica dos Santos Bedaque, deve-se ter como regra a prevenção quando analisar o pedido antecipatório a fim de “[...] evitar o risco de dano [...]”. Deste modo, é preciso uma análise técnica e subjetiva do pedido de tutela antecipada pois muitas vezes a realidade é diversa do conjunto comprobatório juntado aos autos, e o Estado se encontra distante da realidade para alegar a situação fática existencial, por isso a necessidade da resolução da lide em um prazo razoável.

⁷JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 52.ed.v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 66.

⁸SALVI, Cesare apud MARINONI, Luis Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.p.223.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A DIGNIDADE HUMANA

A assistência à saúde não exige cor, raça, sexo. Todas as pessoas têm direito ao acesso a ela na mesma proporcionalidade, independente das distinções, pois todos são considerados iguais. Desta maneira, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Município, de forma solidária, planejar a aplicação dos recursos arrecadados, anualmente, inovando os equipamentos dos hospitais e dos postos de saúde, também, deverá contratar médicos, enfermeiras, assistentes, enfim, uma equipe que suporte a demanda da região, com a finalidade de melhorar a saúde brasileira.

A saúde é a essência para o ser humano viver, sem ela, ninguém sobrevive, sinal-se que é o cerne da vida humana, porém, muitos cidadãos não valorizam a saúde que possuem, para tanto, é bom lembrar que muitos, ao amanhecer, não conseguem abrir os olhos ao despertar, não levantam da cama para preparar o café, não conseguem caminhar até o trabalho, e não realizam diversas atividades que uma pessoa normal desempenha no cotidiano. Infelizmente, nessa vida, algumas pessoas não conseguem realizar atividades simples do dia a dia por alguma deficiência ou por algum fato trágico ocorrido durante a vida que a interrompeu. Sendo assim, a saúde é o basilar do ser humano para a sua existência. Desta maneira, a convicção de saúde consiste

[...] numa conceituação ampla, como um conjunto de condições necessárias ao desenvolvimento satisfatório do ser humano, as quais englobam as mais diversas searas da vivência humana e fogem ao entendimento tradicional ligado exclusivamente à doença ou à sua prevenção⁹.

Tendo em vista a explanação do conceito de saúde, veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal enfatiza a saúde como direito de todos e constitui “[...] como a pedra

⁹ALVES, Paulo Roberto Ramos; MORANDINI, Jaqueline; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, Passo Fundo: RT, 2008, n.2, jul./dez. p. 142.

angular em nosso sistema jurídico [...]”¹⁰. O dispositivo legal elucida a saúde como preventiva para reduzir os riscos de doenças, já para Schwartz e Gloeckner “[...] O Estado ainda, toma para si o dever de promoção (qualidade de vida), proteção (prevenção) e recuperação (saúde terapêutica ou curativa)”¹¹.

Então, a saúde é essencial a todos e, se encontra atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, ninguém poderá negar ou deixar de prestar atendimento médico a alguém, sendo esse “[...] o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais [...]”¹², ou seja, “[...] conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais [...]”¹³.

Na visão de Schwartz e Gloeckner a saúde é como um “Direito de solidariedade é mecanismo de tutela destinado ao fomento de uma isonomia no alcance da satisfação ao direito garantido constitucionalmente [...]”¹⁴. Desta forma, verifica-se que o direito de solidariedade é o liame do direito à saúde, pois “[...] é condição para estabelecer as bases do bem-estar coletivo com a liberdade, levando-se em conta a pluralidade dos valores individuais e comunitários [...]”¹⁵.

A solidariedade é universal porque “[...] não é dependente somente de um Estado ativo, embora ele seja fundamental, mas tem como aliada a sociedade civil [...]”¹⁶. Todos os brasileiros possuem a responsabilidade de mudar para melhor o direito à saúde, veja-se que o Estado não atua sozinho depende da solidariamente das esferas Federais, Estaduais e Municipais. Ainda, busca soluções para amenizar os problemas, por exemplo, a vinda de médicos para o país é uma forma de auxílio à população “[...] cujo objetivo primeiro é salvar vidas em situação de emergência [...]”¹⁷. Então, o princípio constitucional da solidariedade “[...] é mais um dever da solidariedade em ajudar o seu próximo para manter acesa a chama

¹⁰SCHWARTZ, GLOECKNER, *A Tutela Antecipada no Direito à Saúde*, p. 55.

¹¹Ibidem.

¹²NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3.ed. São Paulo Saraiva 2010. p.59.

¹³SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva 2009. p. 135.

¹⁴SOARES, op. cit., p. 86.

¹⁵PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde uma perspectiva constitucional*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo. 2003. p.71.

¹⁶PILAU SOBRINHO, op. cit., p. 70.

¹⁷Ibidem, p. 74.

de uma esperança por dias melhores”¹⁸.

A medida provisória nº 621/2013 que instituiu o Programa Mais Médicos é uma forma de organizar e fortalecer a saúde brasileira. O programa tem a finalidade de diminuir a ausência de médicos, aprimorar a educação, bem como, proporcionar conhecimento aos médicos¹⁹.

Portanto, a saúde é um “[...] direito individual-coletivo da pessoa humana, fazendo a promoção e prevenção, visando a redução da complexidade da doença e primando pela qualidade de vida [...]”²⁰.

Na época, em que criaram as Santas Casas no Brasil às pessoas doentes, que possuíam condições financeiras procuravam assistência médica na Europa ou nas clínicas particulares, pois os recursos à saúde e os atendimentos médicos eram mais eficazes e melhores. Contudo, os pobres, devido à escassez de dinheiro, recebiam tratamentos de curandeiros negros e hospitais públicos, sinal-se que “[...] os doentes tinham muito medo de ser internados nos raros hospitais públicos e nas Santas Casas. Em suas enfermarias misturavam-se pacientes de todos os tipos, sendo comum dois ou mais doentes dividirem o mesmo leito [...]”²¹.

No parágrafo anterior, constata-se que as pessoas, daquela época, buscavam o atendimento particular porque era melhor que o público, porém esse resquício de procurar o particular perdura até nos dias atuais. Levando em consideração os aspectos históricos, é lamentável, a semelhança dos corredores dos hospitais públicos abarrotados de pessoas esperando o atendimento pelo SUS e, ainda, persiste a distinção entre o pobre e o rico. Este tem dinheiro; adquire um plano de saúde privado e melhor, possui a prerrogativa de um quarto melhor, com televisão, ar condicionado, e o que é avassalador é o isolamento dos demais. Já o pobre tem que ficar na fila de espera, reparte o quarto com outros doentes. Infelizmente, a saúde hospitalar tem muito a melhorar, e a desigualdade existe e persiste, então, muitos problemas perduram até hoje e atingem as camadas mais pobres da sociedade.

Pilau Sobrinho proclama que “[...] os direitos fundamentais são os direitos que o homem obtém pelo simples fato de ter nascido, ou seja, são-lhe inatos e estendem-se a todos os indivíduos numa ordem universal, razão pela qual podem ser denominados de “direitos

¹⁸Ibidem.

¹⁹BRASIL. Medida Provisória. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/mpv/mpv621.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

²⁰PILAU SOBRINHO, *Direito à Saúde uma perspectiva constitucional*, p. 128.

²¹BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Ática. 2003. p. 10.

naturais”[...]”²²

A Constituição Federal divide, em cinco dimensões, os direitos fundamentais, os quais são: diretos individuais e coletivos, sociais, nacionalidade, políticos e partidos políticos; todos são considerados extremamente importantes para a sociedade.

Antes de adentrar no mérito das dimensões de direitos fundamentais, é importante ressaltar que o uso da terminologia gerações ou dimensões é criticada pelos doutrinadores, sendo que Sarlet adota a dimensão porque “[...] tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]”²³.

A saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, os outros direitos são iguais, não existe hierarquia, porém a saúde é o que mais se destaca na sociedade e se relaciona com todas as dimensões, algumas com mais ênfase outras com menos.

Outrossim, todas são essenciais para esse direito pois todas se completam, para a primeira dimensão é relevante o direito à vida. Nessa mesma esteira é considerado

[...] também, um direito individual. Com a ruína do Estado absoluto e a passagem rumo a um futuro absentista, privilegiando-se essas liberdades individuais, a relação Estado/cidadão é matizada. Por estar imbricada no direito à vida e mais do que isso, por se enquadrar na função promocional própria do Estado Democrático de Direito, a saúde se encontra materializada no titular do direito individual e oponível contra quem quer que seja [...]”²⁴.

Além disso, a segunda dimensão regulamenta as políticas públicas, as quais possuem o dever de disponibilizar remédios, aparelhos médicos, ainda são chamadas de direitos sociais

[...] caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados com fundamento do Estado Democrático [...]”²⁵.

²²PILAU SOBRINHO, op. cit., p. 58.

²³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

²⁴SCHWARTZ; GLOECKNER, **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**, p. 104.

²⁵MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011. p. 206.

A terceira dispõe que todos possuem direito a ela, por isso são sujeitos indeterminados, pois não existe a possibilidade de “[...] delimitar o seu alcance e sua extensão, determinando-se seus titulares [...]”²⁶. Ainda, é conhecida pela característica da indivisibilidade, pois “[...] o bem é de todos e de cada um e vice-versa, portanto, não existe um número certo de beneficiários”²⁷.

Os direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, também são importantes, mas não tão quanto os primeiros, porém é preciso que a medicina evolua para sanar os enigmas das doenças de eutanásia, câncer e tantas outras que parecem a vida ser humano.

O direito à saúde juntamente com as dimensões supra nominadas, estão englobadas ao direito de universalidade que “não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade”²⁸.

Muitas vezes os direitos universais são quimera, pois o direito à saúde é para todos, considerada cláusulas pétreas preconizando “[...] que a cláusula de inabolibilidade abrange todos os direitos fundamentais [...]”²⁹. Sendo assim, o direito à saúde não pode ser suprimido, é direito fundamental da vida humana e o Estado atua como guardião desses direitos e intervém no sentido de protegê-los de forma imediata, quando houver violação de direito.

Tendo em vista que a universalidade de direito à saúde abrange desde ao nascituro até o idoso findo, em face disso a efetividade, pois na realidade ocorre a adversidade, por isso a importância de entender o que é eficácia e efetividade, nesse jaez, segue abaixo a explicitação de eficácia “A eficácia é o atributo da norma jurídica relacionado à sua aplicação. Eficaz é a norma obedecida pelas pessoas a quem se dirige e aplicada pelos juízes. Uma norma pode ser eficaz, sem ser válida[...]”³⁰.

Há acirradas discussões quanto à efetividade e à aplicabilidade desse direito à sociedade, as revoltas ocorridas no país, neste ano, são exemplos que demonstram o descontentamento da população brasileira com as condições básicas garantidas constitucionalmente, principalmente, com o tema em voga. Então, percebe-se o aumento da

²⁶SCHWARTZ; GLOECKNER, op. cit., p. 109.

²⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247.

²⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 573.

²⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentos**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

³⁰COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. V.01. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 63.

demanda, devido ao crescimento populacional e a ausência de prestação por parte dos órgãos do Estado. Também, a falta de disponibilização de objetos, equipamentos tecnológicos e profissionais qualificados, resulta em má prestação do serviço.

Desse modo, “[...] Se a lei existente, válida e vigente não tem sido aplicada, sempre vale a pena procurar entender as causas dessa anomalia [...]”³¹. Sendo assim, o judiciário não pode ser um balcão de atendimento a ações de medicamentos, na realidade, é o que está acontecendo com o abarrotamento do sistema judiciário, “[...] pode-se dizer que o direito é efetivo, pois a norma é efetiva quando válida, mas nem por isso se torna eficaz”³². Diante da situação fática, não se pode admitir que este tipo de ação aumente, gradativamente, as demandas do sistema judiciário. A causa disso é a regulamentação de saúde pública a todos, ou seja, universaliza, porém, na maioria das vezes, não é efetiva.

Além disso, o tempo, também, influencia na aplicabilidade pois a demora interrompe a efetividade e, conseqüentemente, os efeitos. A imediata aplicação da saúde não é efetiva, porque o Estado garante e na realidade acontece ao contrário, por exemplo, ninguém pode negar atendimento seja no posto de saúde, no hospital, independente, de cidade ou estados em que residem, pois negar atendimento é como ceifar a sua própria vida. É lamentável pensar em situações como esta, porém, ainda existe o totalitarismo no país, pessoas que orientam seus funcionários a agirem dessa forma: para consultar é preciso comprovar residência e fazer a carteirinha do SUS, caso contrário, não se pode atender.

Diversas falhas existem tanto antes de ingressar com a ação quanto com a impetração da ação. Assim, veja-se a crise em

[...] três distintos graus nesta escala: em primeiro lugar é crise do Executivo, que normalmente chega ao seu termo quando se muda a chefia de governo ou advém, de maneira bem-sucedida, uma nova política; a seguir, crise constitucional – de solução ainda possível – mediante uma Emenda à Constituição ou, nos casos mais graves e excepcionais, por via da reforma total ou da promulgação doutra lei maior; enfim, se converte ela em crise constituinte, a de terceiro e derradeiro grau, quando deixa de ser tão-somente a crise de um Governo ou de uma Constituição para se transformar em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em seus últimos fundamentos³³.

³¹ULHOA COELHO, *Curso de Direito Civil*, p. 64.

³²PILAU SOBRINHO, *Direito à Saúde uma perspectiva constitucional*, p. 76.

³³BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 575-576.

Quantos intentam ação e não resistem, acabam adoecendo, “O cidadão recorre ao Estado na expectativa de que seus direitos sejam reconhecidos e de que sejam efetivados e garantidos os direitos constitucionalizados no ordenamento constitucional [...]”³⁴, porém, muitas vezes, a comprovação constante nos autos não coincide com a realidade, devido à ausência de fiscalização.

O problema da efetividade da saúde na sociedade ocorre porque a grande maioria depende das políticas públicas, por isso, é um paradigma. Desta maneira, é preciso “[...] um processo de transformação política, em que haja maior vontade política por parte dos governantes nas questões referentes à saúde pública [...]”³⁵.

Todavia, é a responsabilidade do Estado planejar “[...] políticas públicas de saúde que visem não somente à cura de doenças, mas, também, à prevenção e à promoção da mesma[...]”³⁶. Na mesma esteira, Ribeiro Bastos dispõe que a prestação de saúde compete ao Estado, o qual “[...] consiste numa integração das ações e serviços públicos de saúde, tendo por diretrizes o princípio da descentralização, no nível de cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade”³⁷.

A saúde é essencial à vida humana e “[...] o direito à saúde vige regrado pelos parâmetros de preocupação social [...]”³⁸. Todavia, o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível não estão expressamente regulamentados no texto constitucional, mesmo assim são considerados “[...] um direito humano [...]”³⁹.

Deste modo, [...] o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital[...]”⁴⁰, bem como “[...] não há como negar o fato de que, sem o mínimo existencial, uma considerável parcela da população seria tolhida da sua potencial capacidade de eleger e dirigir a própria vida [...]”⁴¹. Diante da explanação, verifica-se que “[...] o mínimo existencial deve garantir mais do que a mera sobrevivência física dos indivíduos, afinal, a noção de uma vida condigna exige mais do que a singela existência [...]”⁴², assim, “[...] pode-se dizer que levar

³⁴PILAU SOBRINHO, **Direito à Saúde uma perspectiva constitucional**, p. 79.

³⁵Ibidem, p. 86.

³⁶PILAU SOBRINHO, **Direito à Saúde uma perspectiva constitucional**, p. 99.

³⁷RIBEIRO BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, p. 670.

³⁸SCHWARTZ; GLOECKNER, **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**, p. 85.

³⁹Ibidem, p. 87.

⁴⁰SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.322.

⁴¹CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

⁴²Ibidem, p. 118.

uma vida digna significa ter esse conjunto de capacidades básicas. Como decorrência, o mínimo existencial deve contemplar os meios que assegurem aos indivíduos, no contexto da sociedade [...]”⁴³.

É necessária a realização de projetos a fim de assegurar e garantir o mínimo de condições para as necessidades humanas, ou seja, “[...] garantir a todos um mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia”⁴⁴.

Além disso, a reserva do possível é importante ao direito à saúde, elucida Sarlet

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade [...]”⁴⁵.

Para a efetivação da reserva do possível em relação “[...] aos enfermos, que, sendo dignos como pessoas, nem sempre levam uma vida digna, por estarem física, psíquica ou fisiologicamente lesados ou limitados, como alguém que, por exemplo, esteja em coma”⁴⁶, essa situação, obriga ao Estado

[...]a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamada não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica⁴⁷.

Nesse sentido, colaciona-se o precedente jurisprudencial

⁴³Ibidem, p. 125.

⁴⁴Ibidem, p. 117.

⁴⁵SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.287.

⁴⁶RIZZATTO NUNES, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência, p. 64.

⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 285.

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (DIREITO À SAÚDE). AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. 1. A promoção da saúde constitui-se em dever do Estado, em todas as suas esferas de poder, caracterizando-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios, e, estando devidamente demonstrada a necessidade do medicamento e a impossibilidade da autora em custeá-lo, mostra-se adequada a sentença que julgou procedente seu pedido. 2. Versando a controvérsia em termos de mínimo existencial da vida humana, é de se impor a adoção de medidas de eficácia objetiva para que esse interesse público indisponível seja resguardado, como no caso, em que está devidamente demonstrada a necessidade do material, bem como dos medicamentos, e a impossibilidade da autora em custeá-los. 3. Comprovada a necessidade da utilização Das fraldas geriátricas pleiteadas, em razão de apresentar grave doença, bem como a sua insuficiência financeira em arcar com tal despesa, é de ser acolhida a pretensão. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes Nº 70050569052, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 14/12/2012)⁴⁸.

O acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça demonstra que o mínimo existencial não é somente o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgia quanto à saúde, mas também, as necessidades do indivíduo, como, por exemplo, no caso supra relatado referente às fraldas que o indivíduo precisava, houve divergência nos votos, um desembargador entendia que era necessário preservar a saúde, e o outro se posicionou pela não concessão de fraldas descartáveis, “[...] por entender que as fraldas descartáveis não são medicamentos, nem indispensáveis à vida do paciente”⁴⁹.

O Estado é ténue, eis que tem o dever de fornecer um mínimo de condições materiais ao indivíduo, “[...] garantir e promover a saúde, proporcionando não somente o atendimento, mas também a distribuição dos remédios para que as pessoas possam obter a cura das doenças”⁵⁰.

O Judiciário possui a função de sanar estes problemas que se trata de políticas públicas, sendo assim, utilizará dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, mínimo existencial e reserva do possível e analisará a realidade dos fatos, em caso de conflitos “[...] observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o

⁴⁸RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70050569052, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis**. Relator: Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

⁴⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes n. 70050569052, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis**. Relator: Rogerio Gesta Leal. Porto Alegre, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

⁵⁰PILAU SOBRINHO, **Direito à Saúde uma perspectiva constitucional**, p. 107.

núcleo essencial de outro direito fundamental”⁵¹. As condições são mínimas, porém, é preciso que sejam efetivas a todos, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana.

A proporcionalidade é um princípio essencial ao direito, pois é uma forma de “[...] controle do princípio da igualdade [...]”⁵²a fim de combater a desigualdade humana, como por exemplo, o paciente que contrata um atendimento particular em hospital possui um quarto separado dos demais, não é proporcional ao paciente que está sendo atendido pelo SUS que compartilha o mesmo quarto com os demais doentes. Sinala-se que essa desigualdade persiste desde o surgimento das Santas Casas no Brasil e é uma desigualdade social, pois os ricos possuem tratamento diferenciado ao do vulnerável economicamente.

Além disso, é de salientar que o processo não poderá ser moroso, por isso deverá ter uma duração razoável, visto que “[...] o acesso à justiça está umbilicalmente vinculado à efetividade e instrumentalidade do processo”⁵³. Neste sentido, traça-se um exemplo ilustrativo do cotidiano, o qual segue: quem nunca ficou sentado no banco da estação rodoviária à espera do ônibus? Infelizmente, é tenebroso. Os segundos, minutos não transcorrem; porém, muitas vezes, horas se passam, confessa que parece ser o fim do mundo. Esse exemplo é paralelo ao demandante que intenta uma ação pleiteando medicamentos e espera a resposta jurisdicional, a qual é alvoroço, pois é a sua vida que está sendo almejada, e o decurso de um segundo é uma esperança, porém; é neste momento que as pessoas valorizam o tempo.

Atualmente, muitas pessoas não possuem a certeza da eficácia judicial, encontram-se entre a vida e a morte, mas esperam, desesperadamente, a análise e a decisão de deferimento dos pedidos postulados, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgia. Os custos destes são de valores exorbitantes e os jurisdicionados não possuem condições de adquiri-los, isso, demonstra que a demora causa sofrimento e a pendência do processo causa mais transtornos do que a publicação de uma sentença desfavorável.

Assim, é necessária a provocação do Estado para resolver o litígio existente, a parte possui o direito à efetividade da jurisdição em prazo adequado a fim de obter uma decisão justa e de forma eficaz. No entanto, atualmente, o tempo está sendo inimigo do processo e da parte que espera a resolução do litígio. Neste sentido, assevera Fernandes Góes que:

⁵¹SARLET, A **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.288.

⁵²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal, Coimbra: Almedina. 2003. p. 1297.

⁵³GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. 1ª ed. Editora Saraiva. 2004.p. 134.

O tempo pode ser considerado como amigo e, ao mesmo tempo, inimigo do direito. Amigo, quando o moderniza, e inimigo, quando sente seu estado de impotência ante a celeridade dos acontecimentos fáticos e a impossibilidade de acompanhá-los. Nessa corrida contra o tempo, o Poder Judiciário é o único que pode amenizar seus efeitos.⁵⁴

A demora processual representa uma ofensa à dignidade do cidadão, afronta o princípio da isonomia e da proporcionalidade, enquanto o réu aguarda a solução do conflito. Desta maneira, verifica-se que o acúmulo de serviço e a ausência de servidores são fatores que influenciam na demora processual, porém, é o Estado que possui imensa responsabilidade na resolução do litígio, e a celeridade não pode ser levada a extremos, devem-se observar os atos e procedimentos e esses devem ser realizados com eficiência, para não prejudicar as partes.

O atendimento jurisdicional e a resolução do litígio, em prazo razoável, repercutem na sociedade de forma benéfica, pois a parte vencedora estará satisfeita com a procedência da sua pretensão, não causará insatisfação e insegurança às partes, devido à resolução do conflito em menor tempo e, também, a parte olhará o poder judiciário com outros olhos pois estará satisfeita com a agilização da justiça.

Em relação à forma subjetiva do princípio da proporcionalidade, verifica-se a complexidade do mesmo quando existirem bens no mesmo parâmetro, pois um jurista pode assimilar que o direito à saúde é mais importante do que o direito à vida, e outros pensam de forma diversa, todavia ambos são relevantes à pessoa, então, constata-se que nem sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade será totalmente eficaz e terá o mesmo fim.

Então, “[...] o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais [...]”⁵⁵, o magistrado na sua visão ótica terá o poder de decidir o caso concreto, com a utilização do princípio da proporcionalidade.

⁵⁴FERNANDES GÓES, **Princípio da proporcionalidade no processo civil**, p. 33.

⁵⁵BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p. 426.

A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

A adversidade da efetividade da tutela antecipada na sociedade é lamentável, por isso as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para resolver os problemas de saúde em busca da “[...] justiça sob a égide da efetividade do processo”⁵⁶.

Atualmente, o crescimento, vertiginosamente, de ações de medicamentos ocorre em todas as Comarcas do Estado Brasileiro ocasionando o abarrotamento de processos nos Fóruns e, ainda, a demora de responder a pretensão jurisdicional. Deste modo, percebe-se que a tutela não está sendo efetiva por parte do poder executivo e do judiciário, este não está conseguindo atender todas as demandas, por isso, quem sempre a tutela é efetiva em um prazo razoável. Assim, estoura momentos de crises no judiciário, devido ao acúmulo de demandas, as quais não estão tendo a atenção necessária e precisa, então em vicissitude da efetividade da saúde.

Além disso, verifica-se que o autor sofre com a demora na resolução do litígio, apesar da parte considerar o seu processo como único, por isso, o tempo é considerado o seu rival porque ninguém consegue domá-lo, mesmo que todos primem pela efetividade do direito à saúde.

Antes de tudo, se faz uma análise nas redes de comunicações, as quais fornecem várias informações a todos telespectadores. Estes meios de comunicação demonstram a deficiência da saúde, sendo não só um problema do Brasil, mas também mundial. Para resolver, é necessário partir do problema. Para isso, é importante mencionar o caso da paciente, Renata Kachniacz Garcia, dona de casa, a qual se encontrava mais de um ano, mobilizada em uma cama, sem poder dormir, aguardando ser chamada para realizar dois exames, os quais são: endoscopia e uma ecografia mamária, essa situação ocorreu devido a

Falta de médicos e vagas em hospitais, descumprimento da legislação - como a que determina prazo máximo de 60 dias para início do tratamento contra câncer pelo Sistema Único de Saúde (SUS) - e demora no chamamento para consultas e exames são as pontas das montanhas de

⁵⁶PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p.101.

problemas na saúde gaúcha, indicadas por 98 leitores e por pacientes durante duas semanas [...].⁵⁷.

A ausência de médicos nos postos de saúde e hospitais é uma deficiência da saúde, existe a falta de organização pelos órgãos públicos ao solicitar os medicamentos, pois muitos são “[...] comprados a mais e não utilizados, que precisam ser destruídos porque passaram do prazo de validade e, portanto, oferecem risco aos pacientes [...]”⁵⁸.

Diversos pacientes se encontram em situação grave, permanecem dias nos corredores esperando o atendimento médico e por uma vaga hospitalar, como por exemplo, a realização de cateterismo cardíaco.

É lastimável encontrar-se em uma situação de doença e não poder voltar atrás, apenas olhar para o lado e se deparar com outros pacientes: um gemendo de dor ou a espera de realização de uma cirurgia, e o que é mais lamentável é que muitos acabam morrendo nos corredores hospitalares sem receber o atendimento médico. Além disso, é extremamente miserável dizer que o ser humano não passa de mais um número de paciente dentre tantos doentes.

Quantas pessoas que se encontram em uma cadeira de rodas. E esses, ainda, possuem a liberdade de sair, olhar a beleza da natureza, conversar, mesmo que dependam de um terceiro para realizar diversas tarefas.

Por outro lado, a situação é horrível para quem sofre de uma doença que não tem cura, luta dia após dia em busca da sobrevivência como, por exemplo, o câncer no cérebro e tantas outras enfermidades que não existem curas até o momento.

Às vezes, é necessário ficar no nosocômio por alguns dias para valorizar a vida. As horas são a dor da busca da cura, porém, nem sempre é encontrado o remédio que possa solucionar a doença contida. O tempo é o sofrimento, o inimigo, o traidor, para quem se encontra sobre uma cama, imobilizado; porém, nem sempre a justiça consegue atendê-lo em tempo, mesmo que “[...] a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde

⁵⁷ Investimento na área da saúde ainda esta longe do necessário no Estado. **Jornal Zero Hora Versão Digital**, Porto Alegre, 27 jul. 2013. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/07/investimento-na-area-da-saude-ainda-esta-longo-do-necessario-no-estado-4214375.html>>. Acesso em 27 jul. 2013.

⁵⁸ AZEVEDO, Cássio Rocha; CARVALHO, Érico. A Saúde dos Hospitais. **Revista Jurídica Consulex**, ano XV :Consulex, n 348, jul., 2011, p.30.

para todos [...].⁵⁹.

Deste modo, constata-se que o país não está apto para analisar decisões urgentes em tempo hábil. Então, o judiciário possui a competência de resolver essas situações. Não é a “[...] criação de varas específicas para questões da saúde”⁶⁰ que sanará o problema da superlotação de processos nas Comarca, mesmo que conste “[...] 240 mil ações na Justiça relacionadas a direito à saúde”⁶¹. Afinal, deve-se pensar em resolver o problema no início e não quando chega ao judiciário, o qual se encontra abarrotado de processos de medicamentos.

É notório que a saúde é o básico para o ser humano viver, a Constituição garante o direito à vida e à saúde, mas apenas uma pequena proporção da população consegue acesso. Investir na saúde é aumentar a expectativa de vida, senão, continuaria como na década de 50, nessa época “diminuiu os casos de doenças infecto-contagiosa e parasitárias, na maior parte do território nacional a mortalidade estava muito acima dos índices dos países desenvolvidos”⁶² e a expectativa de vida era baixa de “[...] um brasileiro era de 51 anos em Porto Alegre, 49 em Belém e 37 em Recife [...]”⁶³.

Acresce que muito se tem a fazer para melhorar, bem como se buscar a igualdade de tratamento, pois não é proporcional tratar o direito privado como o melhor, produz resultado imediato, e o direito público como o pior, é mais moroso. Deve-se equilibrar, a fim de tratar os iguais desiguais e os desiguais na mesma proporcionalidade, um exemplo, é a diferença de atendimento do SUS e do particular.

Sabe-se que é impossível chegar-se a uma sintonia perfeita nessa proposta de interação social. Ma atingindo-se uma considerável redução de desarmonia, há possibilidade de diminuir-se as demandas judiciais, onde o direito social ao revés de mal distribuído (quando o é) torna-se preocupação-mor do Estado⁶⁴.

Então, a prestação de serviços dos hospitais deveria ser o melhor, haja vista que as

⁵⁹SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, p. 294-295.

⁶⁰CNJ recomenda criação de varas específica para questões de saúde. AJURIS, Porto Alegre. Disponível em 07 ago. 2013. <<http://www.ajuris.org.br/2013/08/07/cnj-recomenda-criacao-de-varas-especificas-para-questoes-de-saude/>>. Acesso em 30 ago. 2013.

⁶¹CNJ recomenda criação de varas específica para questões de saúde. AJURIS, Porto Alegre. Disponível em 07 ago. 2013. <<http://www.ajuris.org.br/2013/08/07/cnj-recomenda-criacao-de-varas-especificas-para-questoes-de-saude/>>. Acesso em 30 ago. 2013.

⁶²BERTOLLI FILHO, **História da saúde pública no Brasil**, p. 42

⁶³Ibidem.

⁶⁴SCHWARTZ, GLOECKNER, **A Tutela Antecipada no Direito à Saúde**, p. 107.

peessoas buscam o tratamento da doença e permanecem dias, meses e até anos, a fim de serem cuidadas. Por isso, deveria ser melhor do que o Hospital Israelita Albert Einstein⁶⁵, eis que a vida humana é única e merece salutar.

O deferimento da tutela antecipada é o remédio processual a todos os necessitados. Segundo o doutrinador Montenegro Filho “O deferimento da tutela antecipada não garante ao autor conviver com os efeitos da decisão que lhe foi favorável [...]”⁶⁶. Sendo assim, quando ocorrer a irreversibilidade, a revogação ou modificação, o requerente não vivenciará com os efeitos da decisão exarada.

Imperioso é “[...] o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável”⁶⁷. A irreversibilidade da tutela é a “Solução dessa natureza somente pode ser admitida em situações absolutamente excepcionais, em que os valores em conflito revelem a necessidade de antecipação, embora irreversíveis os efeitos”⁶⁸. Nesse sentido, segue o julgamento do Tribunal de Justiça Gaúcho.

SAÚDE. MEDICAMENTO. TUTELA ANTECIPADA. RESTITUIÇÃO. É direito do réu reaver as despesas indevidas realizadas em cumprimento à tutela antecipada. a restituição far-se-á nos próprios autos. eventual irreversibilidade fática do ressarcimento há de ser provada pelo autor. Recurso Provido. (Agravado de Instrumento n. 70054608401, 22ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/06/2013)⁶⁹.

Pelo o que se vê no acórdão colacionado que expõe um exemplo de irreversibilidade da tutela atacada por agravo de instrumento, a qual foi movida pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de José Antônio Mello Luzardo. O Procurador Estadual solicitou a restituição do valor de medicamentos pago ao demandante e ostentou que o agravado “[...] apesar de ter recebido as referidas caixas, continuou a retirar o fármaco, administrativamente, pediu a

⁶⁵ **Albert Einstein é o melhor hospital da América Latina, diz estudo de instituições de saúde latino-americanas.** Disponível em: 17 de setembro de 2013 <<http://www.hospitalar.com/index.php?http://www.hospitalar.com/noticias/not5616.html>>. Acesso em: 30 de out. 2013.

⁶⁶ MONTENEGRO FILHO, **Curso de Direito Processual Civil: Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar e Procedimentos Especiais**, p. 35.

⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 251.

⁶⁸ BEDAQUE, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...**, p.332.

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravado de instrumento, n. 70054608401**, da 22ª Câmara Cível. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Porto Alegre, 25 de jun. de 2013. Disponível em <www.tj.rs.gov.br> Acesso em 21 ago. 2013.

restituição dos valores recebidos ou, sucessivamente, a sustação da entrega do medicamento por três meses [...]”⁷⁰, o juízo *ad quem* entendeu por dar provimento à apreciação do pedido de restituição de valores nos autos.

Montenegro Filho filia-se “[...] à corrente doutrinária que defende a possibilidade de o magistrado deferir a tutela antecipada quando, mesmo diante do perigo da irreversibilidade, mostra-se do lado do autor de evidente dano irreparável ou de difícil reparação [...]”⁷¹, o autor menciona como, por exemplo, “[...] à necessidade de realização da intervenção cirúrgica, sob pena de falecer”⁷², segue no mesmo sentido o precedente jurisprudencial

Nessa situação de conflito de normas entre o artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil, o qual menciona o perigo da irreversibilidade da tutela antecipada versus o inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil. Esse visa evitar um dano irreparável à vida da pessoa. A resolução do caso obriga utilizar os princípios da ponderação da isonomia, além da hermenêutica. Averiguar-se-á se o pedido de tutela antecipada preenche os requisitos legais, a iminência de lesão ao bem jurídico e as possíveis conseqüências; para isso, deverá ser analisado, o caso específico.

A existência de conflitos entre dois bens jurídicos

[...] de um lado o bem jurídico vida, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, interesse meramente patrimonial, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material se a medida for posteriormente revogada, chegando-se à conclusão de que nunca deveria ter sido deferida, já que a verossimilhança da alegação não se confirmou no término da fase de instrução probatória, relevando-se verdade diferente no mundo dos autos⁷³

A evidência de litígio de dois bens jurídicos do mesmo grau de lesividade, os quais se encontram vulneráveis, sensíveis, ambos serão preservados com “[...] uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao longo do processo, colocando-os em pé de igualdade, ela não pode criar, para nenhum deles, situação de desigualdade [...]”⁷⁴.

⁷⁰RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento, n. 70054608401**, da 22ª Câmara Cível. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza, Porto Alegre, 25 de jun. de 2013. Disponível em <www.tj.rs.gov.br> Acesso em 21 ago. 2013.

⁷¹MONTENEGRO FILHO, **Curso de Direito Processual Civil...**, p. 33.

⁷²Ibidem.

⁷³Ibidem.

⁷⁴BUENO, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...**, p. 46.

É de salientar que “[...] poucas as situações em que a antecipação gera efeitos irreversíveis [...]”. Caso se trate da “[...] antecipação (proteção da vida, saúde), outra alternativa não há senão conceder a medida, ainda que isso implique transformar a tutela sumária em definitiva”⁷⁵.

O caso concreto será analisado pelo magistrado competente, o qual sob a livre convicção, decidirá o litígio com fundamento não somente da lei, mas das jurisprudências, doutrinas e princípios. Em casos “[...] excepcionais, deve o magistrado pautar-se com extremo cuidado, ponderando os valores em conflito. Pode, para evitar dano irreparável parte contrária, exigir caução”⁷⁶.

A pretensão de antecipação da tutela deferida poderá ser revogada ou modificada no decurso do trâmite processual, por isso que a demora na resolução do litígio causa angústia à parte, eis que a sua pretensão não está totalmente satisfeita. Neste sentido, Destefenni dispõe que: “[...] Com a antecipação, o autor pode obter certa dose de satisfação, de tal forma que sofre menos com a demora do processo”⁷⁷.

Aliás, “Modificar a tutela significa substituir o juiz a tutela antes deferida por outra, mais adequada a satisfazer o pedido do autor a ou não prejudicar demasiadamente o réu”⁷⁸. Nesse desiderato, segue o entendimento jurisprudencial.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE SEM OFENSA AO CONTRADITÓRIO. PARTE AGRAVADA QUE SEQUER POSSUI REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PATOLOGIA: OSTEOARTICULAR CRÔNICA (CID 10: M 16 E M 81). TUTELA ANTECIPADA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO. DEVER DOS DEMANDADOS QUANTO AO FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO AOS QUE DELES NECESSITAM. INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO PARA ALTERAÇÃO DA PRESCRIÇÃO MÉDICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento nº 70055844740, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 06/08/2013)⁷⁹

A jurisprudência acima colacionada demonstra a situação da parte autora, a qual

⁷⁵SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, p.332.

⁷⁶SANTOS BEDAQUE, op. cit., p.329.

⁷⁷DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁷⁸FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p.60.

⁷⁹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravado de instrumento, nº 70055844740*, da 1ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Porto Alegre, 06 de ago. de 2013. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

ingressou com uma ação judicial com o propósito de adquirir tratamento à doença *Osteoarticular Crônica*. A decisão de 1º grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela porque “[...] não há qualquer indicação de risco de vida ou ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação em caso de o tratamento postulado não ser realizado imediatamente[...]”⁸⁰, porém, o juízo de 2º grau modificou a decisão sob o fundamento de que “[...] não há como o Judiciário negar a prestação jurisdicional à parte autora, sob pena de se causar um mal maior, já que aqui se trata dos direitos à vida e à saúde da pessoa, assegurados pela nossa Constituição Federal”⁸¹.

Outrossim, segue exemplo de modificação de tutela, qual seja “Sobrevindo a morte da vítima, o juiz, que deferira a tutela apenas para que o réu custeasse o tratamento, modifica a tutela para obrigar o mesmo réu a pagar as pensões alimentícias”⁸².

A revogação ou a modificação são decisões que “[...] não podem ser entendidos como um mero “pensar de novo” ou um “pensar melhor”. Se o magistrado não se sentir apto para decidir o pedido, ele o indefere ou, quando menos, determina a produção de provas a seu respeito [...]”⁸³. Esta produção de provas pode ser pericial, documental e, ainda, através de audiência.

Na dúvida, o magistrado deverá usar a lei “[...]na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o Jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique [...]”⁸⁴. Em suma, a análise, minuciosamente, é exigida ao tratar do direito à saúde para evitar danos ao bem jurídico. Caso tenha que modificar ou revogar o pedido antecipatório compete ao juiz embasar a decisão com fundamentação em decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A pessoa vive se tiver saúde, por isso “[...]é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Ela depende tanto do indivíduo como dos meios físicos, socioeconômico e cultural”⁸⁵

⁸⁰RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento, nº 70055844740**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Silveira Difin, Porto Alegre, 06 de ago. de 2013. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

⁸¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento, nº 70055844740**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Silveira Difin, Porto Alegre, 06 de ago. de 2013. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 24 ago. 2013.

⁸²SAHIONE FADEL, **Antecipação da Tutela no Processo Civil**, p.61.

⁸³BUENO, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil...**, p.58.

⁸⁴PORTANOVA, **Motivações ideológicas da sentença**, p.127.

⁸⁵DALLARI, Sueli Gandolfi. **A Saúde do Brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1987. p.15.

A responsabilidade é do Estado, o qual “[...] deve garantir o direito à saúde do povo. Sabe-se, também que para cumprir esse objetivo o Estado precisa planejar suas atividades e que os indicadores sanitários são instrumento muito importante nessa tarefa [...]”⁸⁶.

Todavia, a realidade que ocorre nos corredores dos hospitais é lastimável. Pessoas que ficam dias nas filas esperando um atendimento médico, muitas ficam anos à espera de um exame médico para, posteriormente, serem tratadas. Além de tudo, a falta de leito e a superlotação de hospitais são problemas existentes, conforme o conteúdo da notícia da Capital do Rio Grande do Sul, a qual menciona a dificuldade de encontrar vagas em hospitais. Veja a notícia infra mencionada.

O caso mais grave é o do Hospital de Clínicas, que atende mais que o triplo de sua capacidade — são 157 pessoas internadas para 49 leitos disponíveis. Um vazamento na ala de enfermagem da unidade Álvaro Alvim impossibilitou o uso de 16 dos 30 leitos disponíveis no local. Segundo o hospital, o problema deve permanecer por pelo menos mais uma semana

⁸⁷.

A vulnerabilidade econômica da maior parte da população brasileira também repercute nesse dilema da saúde, pois “[...] muitos brasileiros que conseguem ser atendidos continuam doentes porque não recebem os medicamentos prescritos e não têm condição de adquiri-los [...]”⁸⁸.

É importante salientar que “[...] a saúde depende do nível de vida do povo, sendo influenciada diretamente pelos fatores socioeconômico-culturais, que qualificam o desenvolvimento”⁸⁹.

Compete aos governos federais, estaduais e municipais atuarem através de políticas públicas a fim de “[...] assegurar esse direito os Estados deverão organizar seus serviços de saúde com base no nível local”⁹⁰.

A realização de planejamento é preciso em todas as esferas dos governos. Assim, é

⁸⁶GANDOLFI DALLARI, **A Saúde do Brasileiro**, p.17.

⁸⁷Emergência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre opera com o triplo da capacidade. **Jornal Zero Hora Versão Digital**, Porto Alegre, 03 out. 2013. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/10/emergencia-do-hospital-de-clinicas-de-porto-alegre-opera-com-o-triplo-da-capacidade-4289150.html>>. Acesso em 03 de out. 2013.

⁸⁸GANDOLFI DALLARI, op. cit., p.13.

⁸⁹Ibidem, p.21.

⁹⁰DALLARI, Sueli Gandolfi. **Municipalização dos Serviços de Saúde**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p.25.

necessário

[...] a) a criação de políticas públicas visando ao fomento da saúde e à melhor organização dos mecanismos de defesa já existentes; b) a atuação maciça do Ministério Público e do Poder Judiciário nas questões referentes à saúde; c) a aquisição de conhecimento pelos titulares das garantias constitucionais, dos direitos que lhes assistem bem como dos meios a serem empregados para atingi-los⁹¹.

Desafogar o judiciário é necessário. Para isso, deve-se pensar em alternativas eficazes para que os litígios existentes sejam resolvidos antes de ingressar no judiciário. Convém mencionar a ausência de ferimento ao princípio constitucional do acesso à justiça, ou seja, busca-se resolver os litígios existentes no meio social, deixando a jurisdição desafogada, já que nos Fóruns brasileiros existem aproximadamente “[...] 240 mil ações na Justiça relacionadas a direito à saúde [...]”⁹².

Desta forma, constata-se que cabe ao município local prestar a assistência, fornecendo fraldas descartáveis, medicamentos, enfim assistência à saúde. Com isso, diminuirão as ações de medicamentos na justiça, tornando-a mais célere e eficaz. Ainda, as partes não poderiam mais reclamar da morosidade judicial.

Assim, o processo se adequaria em melhores resultados concretos na garantia do devido processo legal, veja-se a percepção de Bedaque “A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todo têm direito não a um resultado qualquer, mas um resultado útil [...]”⁹³. No entanto, nem sempre o processo mais rápido será o mais adequado e mais eficiente, por isso que o “[...] Processo devido é o processo tempestivo, capaz de oferecer, a tempo e modo, a tutela jurisdicional”⁹⁴.

A existência de proteção ao bem jurídico deve ser atendida com rapidez, antes que o mesmo pereça e a obrigação de fornecer medicamentos compita aos entes federados atuarem solidariamente no pólo passivo em ação judicial.

Tendo em vista que “[...] o direito à saúde será efetivamente assegurado quando o

⁹¹ALVES; MORANDINI; SOBRINHO, Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, p. 145.

⁹²CNJ recomenda criação de varas específica para questões de saúde. **AJURIS**, Porto Alegre. Disponível em 07 ago. 2013. <<http://www.ajuris.org.br/2013/08/07/cnj-recomenda-criacao-de-varas-especificas-para-questoes-de-saude/>>. Acesso em 30 ago. 2013.

⁹³BEDAQUE, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**, p.284.

⁹⁴DONIZETTI, Elpidio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 15. ed.rev.ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2011.p.94.

Estado se responsabilizar pela prestação de todas aquelas atividades consideradas como o mínimo existencial que deve ser oferecido a todo o povo [...]”⁹⁵. A ausência de fornecimento de medicamentos pelo prazo fixado pelo magistradopoderá ser efetuado o bloqueio de valores das verbas públicas. Na mesma órbita é o julgamento do Supremo Tribunal Federal

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL(Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 607582, Supremo Tribunal Federal,Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 13 de ago. de 2010)⁹⁶.

Na repercussão entre o bem jurídico tutelado e a impenhorabilidade, prevalecerá o primeiro, pois o objeto encontra-se em iminência e caso não seja apreciado a tempo, consequências graves e irreversíveis, à vida do ser humano, podem acontecer. É de salientar que a ausência de fornecimento de medicamentos também ocasionará a violação do dispositivo previsto na Constituição Federal. Por isso, a análise do “[...] art. 273 do CPC mostra que a lei brasileira, na busca incessante da efetividade do processo, com instrumento assecuratório da paz social, veio fornecer ao juiz os instrumentos necessários ao atingimento do ideal da justiça rápida e efetiva”⁹⁷.

Porém, ainda se vivência a desigualdade nas prestações de serviços de saúde, a qual é “[...] dividida em classes; e não é harmônica, pois essas classes vivem em conflito”⁹⁸, por isso que existe a diferença da prestação de serviço do particular em relação ao público. O primeiro é mais ágil e efetivo porque existem “[...] mecanismos de promoção de responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas de direito privado e das pessoas jurídicas de direito público [...]”⁹⁹, já o segundo é lento devido ao grande número de serviço e não sofre punições que prejudicam, pois “o Estado dificilmente assume a responsabilidade que se resolve em indenização pecuniária. Por outro lado, nessa situação, ele é politicamente responsável”¹⁰⁰.

Dessa maneira, “[...] O problema filosófico dos direito do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à

⁹⁵DALLARI, A Saúde do Brasileiro, p.12.

⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário** n.607582. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 13 de ago. de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 06 out. 2013.

⁹⁷FADEL, **Antecipação da Tutela no Processo Civil**, p.21.

⁹⁸PORTANOVA, **Motivações ideológicas da sentença**, p.62.

⁹⁹GANDOLFI DALLARI, **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**, p.119.

¹⁰⁰GANDOLFI DALLARI, **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**, p.119.

sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios[...]"¹⁰¹.

A saúde, que está atrelada aos direitos fundamentais, compete aos Estados [...] implementar políticas econômicas e sociais que visem a redução do risco de doenças e outros agravos e que proporcionem o acesso de todos – igualmente – às ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde"¹⁰².

Atualmente, busca-se proteger a vida do ser humano. Por isso que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹⁰³.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidários, tendo como residual os municípios que “[...] devem, de acordo com suas leis de organização, planejar, inclusive, a prestação dos serviços de saúde”¹⁰⁴, primando pela efetividade dos direitos de tutela atendendo a dignidade humana, visto que

[...] é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete — que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade — para a busca da solução¹⁰⁵.

Portanto, culmina-se “[...] a renovação de toda uma estrutura organizacional e, principalmente, o repensar de paradigmas que regem o atual pensamento político”¹⁰⁶, bem como a mudança de hábitos na sociedade auxiliará a diminuição do acúmulo de processo. Assim, a Justiça seja mais efetiva, a qual “colmata uma função larga e tenebrosa, qual seja, distribuir justiça[...]"¹⁰⁷ a todos que necessitam para sua manutenção.

Considerações Finais

Por todo o exposto, verifica-se que a efetividade da tutela antecipada é o impasse da

¹⁰¹BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 10ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.24.

¹⁰²Ibidem, p.120.

¹⁰³BOBBIO, op. cit., p.23.

¹⁰⁴GANDOLFI DALLARI, op. cit., p.74.

¹⁰⁵RIZZATTO NUNES, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana...**, p. 70.

¹⁰⁶ALVES; MORANDINI; SOBRINHO, Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, p. 145.

¹⁰⁷SCHWARTZ; GLOECKNER **Tutela Antecipada no Direito à Saúde**, p. 128.

saúde, devido a permanência de diversos problemas que perduram na sociedade brasileira, tais como a ausência de leitos nos nosocômios, a falta de médicos, enfermeiras, medicamentos, aparelhos, eclodindo o acúmulo de processos judiciais, além da ausência dos entes públicos.

Além do mais, veja-se que o mínimo existencial não é concedido a todos os seres humanos, o qual é necessário para viver-se com dignidade. A universalidade de gratuidade das prestações de serviços relacionadas à saúde não está atendendo a demanda, eis que não proporciona as condições mínimas para uma vida saudável e tranquila. Além disso, constata-se que o tempo é o reflexo na efetivação da tutela antecipada, não é a criação de novas varas relacionada à saúde que melhorará a efetivação e a superlotação de processos nas Comarcas deste país.

Portanto, é necessário que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, planejam, organizam e tenham mais comprometimento na prestação da saúde a toda população, além disso, devem promover palestras a fim de incentivar a população brasileira a mudar hábitos que aumentem a expectativa de vida e a proteger-se das enfermidades, como por exemplo, o acompanhamento médico em contínuos períodos. Ainda, visto que a saúde é a espinha dorsal do ser humano, veja-se a necessidade de melhorar o cumprimento das obrigações dos setores públicos, deve-se prezar a igualdade do público com o privado, para isso o público fiscaliza o privado, e vice-versa. Assim, ter-se-á mais efetividade da tutela antecipada, em um prazo razoável, através do princípio da instrumentalidade e dos princípios constitucionais, para atingir o resultado de forma válida, eficaz e efetiva.

REFERÊNCIAS