

O INSTITUTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE INSTITUTE FOR ANTICIPATING THE EFFECTS OF GUARDIANSHIP BEFORE THE REFORM OF THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

Recebido em: 20/10/2021

Aceito em: 10/12/2021

Aline Rodrigues Maroneze¹

Lucimary Leiria Fraga²

Daniel Fröhlich³

RESUMO: O presente trabalho dedica-se ao estudo da antecipação dos efeitos da tutela nas ações voltadas à garantir o direito à saúde dos cidadãos. Tem por objetivo analisar a forma como o Poder Judiciário está atuando na defesa do direito à saúde, mormente no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela. Parte-se da problemática de que, sendo a saúde um direito de todos, de que maneira o Poder Judiciário está viabilizando esse acesso, bem como quais são os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada, especificamente nas ações judiciais voltadas à saúde? Para enfrentar essa questão, faz-se primeiramente, um estudo conceitual e histórico sobre a antecipação de tutela, antes da reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 2015. Em prosseguimento, analisa-se o direito fundamental à saúde a luz da legislação constitucional. Como metodologia utiliza-se a pesquisa bibliográfica, leitura e análise da legislação pertinente, obras doutrinárias e materiais de apoio publicados na internet.

PALAVRAS- CHAVE: Judicialização da Saúde; Direito Fundamental; Tutela Antecipada.

ABSTRACT: The present work is dedicated to the study of the anticipation of the effects of the guardianship in the actions aimed at guaranteeing the right to health of the citizens. Its objective is to analyze the way in which the Judiciary is acting in the defense of the right to health, especially with regard to the anticipation of the effects of guardianship. It starts from the problem that, given that health is a right for everyone, how is the Judiciary making this access possible, as well as what are the requirements for granting injunctive relief, specifically in lawsuits aimed at health? To address this issue, a conceptual and historical study is first carried out on the anticipation of guardianship, before the reform of the Code of Civil Procedure, which took place in 2015. Next, the fundamental right to health is analyzed in the light of constitutional legislation. As a methodology, bibliographic research, reading and analysis of relevant legislation, doctrinal works and support materials published on the internet are used.

KEYWORDS: Judicialization of Health; Fundamental right; Early Guardianship.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES/ PROSUC. Mestra em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Fronteira Sul, Campus de Cerro Largo/RS (2020). E-mail: aline_maroneze@yahoo.com.br

² Mestra em Direito pelo PPGD, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo/RS. Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Fronteira Sul, UFFS – Campus Cerro Largo/RS. E-mail: lucimary23@hotmail.com

³ Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS-IESA. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Anhanguera. E-mail: d.frohlich@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu arcabouço legal preceitua que a saúde é um direito de todos e impõe ao Estado o dever de garantir esse direito fundamental, seja por meio de políticas públicas, seja por meio da disponibilização de recursos públicos que a financiem.

No entanto, os esforços dispendidos pelo Estado tornam-se insuficientes para garantir o acesso à saúde a todos que necessitam. Nesse diapasão, o Poder Judiciário é chamado à intervir para resolver às questões referentes à saúde da população.

Ocorre que, o processo demanda certo tempo até a prolação da sentença final, tempo esse que muitas pessoas não têm, pois necessitam com urgência de medicamentos, exames, consultas e cirurgias, a fim de evitar seu agravamento de saúde, e em muitos casos a morte.

Assim, o instituto da tutela antecipada mostra-se de suma importância para viabilizar o acesso à saúde em tempo hábil, evitando o perecimento do direito, pois antecipa os efeitos de uma possível sentença procedente, obrigando os entes federados a fornecer o tratamento postulado.

Nesse sentido, o presente trabalho pauta-se no estudo conceitual e histórico da antecipação de tutela; na análise do direito fundamental à saúde a luz da Constituição Federal, e por fim, a intervenção do Poder judiciário nas causas referentes ao acesso à saúde e a possibilidade ou não do deferimento da antecipação de tutela nas ações dessa natureza.

Por fim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a forma como o Poder Judiciário está atuando na defesa do direito à saúde, mormente no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela.

Parte-se da problemática de que, sendo a saúde um direito de todos, de que maneira o Poder Judiciário está viabilizando esse acesso, bem como quais são os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada, especificamente nas ações judiciais voltadas à saúde?

Para enfrentar essa questão, faz-se primeiramente, um estudo conceitual e histórico sobre a antecipação de tutela. Em prosseguimento, analisa-se o direito fundamental à saúde à luz da legislação constitucional, e por fim, busca-se investigar a intervenção do Poder judiciário nas causas referentes ao acesso à saúde e a necessidade ou não do deferimento da antecipação de tutela, bem como pesquisa-se sobre as decisões judiciais e o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça Gaúcho, em ações desta natureza.

Como metodologia utiliza-se a pesquisa bibliográfica, leitura e análise da legislação pertinente, obras doutrinárias e materiais de apoio publicados na internet.

BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITUAL DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

Importa iniciar os estudos do instituto da antecipação de tutela pelo seu contexto histórico, ao passo que nem sempre existiu essa prerrogativa garantidora de direitos. Como o processo demanda certo tempo até a prolação da decisão, muitas vezes, ocorria o perecimento do direito do autor. A fim, de assegurar direitos urgentes, é que nasce o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, visando garantir o direito, antes que esse se perca ao longo da tramitação processual.

No ano de 1994, o legislador inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da antecipação de tutela através da Lei 8.952. Sua introdução no Código de Processo Civil deveu-se à preocupação com o perecimento do direito devido à lentidão para a prolação das decisões definitivas de mérito, que afetavam sobremaneira o resultado prático final do processo. Contextualizando o surgimento do instituto da antecipação de tutela, Humberto Theodoro Junior, preleciona:

De início lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los afinal, à sentença de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação, constituiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um grande problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito. Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário a efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro de “denegação da justiça” [...] (2003, p.557)

E ainda, conforme Luiz Guilherme Marinoni, (2002, p. 26) no ano de 2002, foi dada nova redação para o instituto da antecipação da tutela, através do art. 273 do Código de Processo Civil, que sofreu modificações pautado no direito europeu, que já havia avançado acerca do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, que antecipava o provimento jurisdicional pautado em alguns requisitos, visando evitar o perecimento do direito do autor da ação.

A mudança oriunda do art. 273 do Código de Processo Civil veio com o objetivo de ser uma arma contra o perecimento do direito, pela demora na prolação da decisão final. Nesse sentido, Marinoni afirma:

O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de

parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade (1997, p. 20, grifo nosso).

De outra banda, impende trazer à colação o entendimento de Didier Jr, Braga e Oliveira, sobre a antecipação da tutela:

A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. Satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade (2008, p. 616).

Do mesmo modo, Zavaski explica que antecipar a tutela “nada mais significa que antecipar providências executórias que podem decorrer de futura sentença de procedência. Efetiva-se antecipação mediante atos tipicamente executivos” (2005, p. 71).

O doutrinador Sérgio Bermudes esclarece acerca da tutela antecipada e de sua natureza:

Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos de lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos (1996, p. 28).

Cumprido destacar que “não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas sim, os efeitos dela provenientes” (DIDIER JR, BRAGA E OLIVEIRA, p. 617)

Ademais, imperioso trazer o que leciona Ovídio Batista da Silva, acerca do artigo 273 e da antecipação de tutela:

A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas no art. 273, em sua nova redação, coincide com os *efeitos* – nunca com o conteúdo – de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias), que se caracterizam por sua natureza de efeitos *práticos*, não *normativos*, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver, os efeitos *normativos* da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados (2000, p. 265).

Importa mencionar sobre a conceituação da antecipação da tutela, que tem como um dos seus significados a proteção, nesse sentido, convém transcrever as palavras de Paulo Afonso Brum Vaz, que ensina:

A expressão tutela tem significado semântico, oriundo do latim, de defesa, proteção, amparo. Antecipar, do latim *antecipare*, significa fazer suceder antes do tempo próprio. A idéia é de adiantamento de algo que somente deveria ocorrer em outra oportunidade. Em linguagem jurídica, a antecipação da tutela nada mais é do que o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitiva (2002, p. 71).

Antes do advento da tutela antecipada a lentidão na outorga da prestação jurisdicional causava sérios transtornos e prejuízos ao autor. Por isso a afirmação de Marinoni (1997, p. 21) que a “tutela antecipada é uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. [...] a antecipação de tutela certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar [...] a lentidão da justiça”

Marinoni e Arenhart escrevem que:

A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil (2010, p. 199).

Analisando o instituto, Reis Friede, preleciona acerca da sua natureza jurídica:

A natureza jurídica do instituto da tutela antecipada (ou antecipação de tutela) no direito brasileiro, por obra do óbvio, não é diversa daquela registrada na legislação estrangeira, sendo certo de que não se trata de medida de natureza assecuratória e de índole cautelar que tenha por objeto a preservação do direito reclamado para a futura possibilidade de exercício.

Trata-se, ao contrário, de incontestada forma de provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade (1996, p. 46-47).

Nesse mesmo sentido, Luiz Orione Neto (2002, p. 125) aduz que “a natureza jurídica do instituto da tutela antecipatória é, portanto, sempre *satisfativa* dos efeitos da tutela veiculada no pedido inicial”. Ainda, segundo Ozires Eilel Assan (1998, p.42) “antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar as eficácias potencialmente contidas na sentença”.

Ainda, segundo Luiz Orione Neto:

As tutelas de urgência – sejam do tipo cautelar ou satisfativa – apresentam como característica comum a sumarização do procedimento. Esse recurso consiste na redução do lapso destinado ao conseguimento da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, *inaudita altera pars*, ou após justificação prévia, mas em qualquer caso, sempre norteadas por uma cognição sumária (2000, p. 198-200).

Importante lembrar a observação de Dinamarco no sentido de que “a lei não fixa critérios para dimensionar a antecipação total ou parcial, nem estabelece parâmetros que devam ser respeitados para a sua aplicação” (1995, p. 140), o que sustenta a ideia de que o juiz dispõe de liberdade para escolher, dentre todos os efeitos antecipáveis, aqueles que sejam suficientes para proteger o direito que se encontre sob ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse norte, convém trazer a lição de Didier Jr., Braga e Oliveira sobre a tutela antecipada e o artigo 273 do Código de Processo Civil:

Enfim, o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado -, quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado (2008, p. 636).

Acerca do instituto do dano irreparável ou de difícil reparação, importa trazer os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno, que leciona:

[...] o "dano irreparável ou de difícil reparação" pode, com perfeição, ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência. Esse "perigo na 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 [...] isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais, antes do que, normalmente, não fosse a antecipação da tutela, sentiria. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido (Bueno, 2007, p. 42).

Dessa forma, antecipação de tutela surgiu em nosso ordenamento jurídico com o intuito de assegurar e garantir direitos urgentes, os quais poderiam perecer com a demora do processo até a prolação da decisão final, causando danos irreparáveis ao autor da ação, titular do direito. Por fim, a

antecipação de tutela veio salvaguardar direitos fundamentais, garantindo ao autor da ação a integralidade do direito postulado.

A SAÚDE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL DE TODOS E TODAS

A partir da análise do arcabouço legislativo da Constituição Federal de 1988 que parte-se da premissa que a saúde é um direito fundamental do cidadão, sendo direito de todos ter garantido seu acesso a fim de gozarem de uma vida com dignidade e qualidade de vida.

Nesse sentido, é pertinente trazer à colação os ensinamentos de Claudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra, que afirmam que “o primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu em 1946 com a Organização Mundial de Saúde, ao reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano independentemente de sua condição social ou econômica e de sua crença religiosa ou política” (2010, p. 58).

Nesse diapasão, entre os direitos consagrados como uma das mais importantes garantias fundamentais, está o direito à saúde, que além de ser uma garantia individual, é um direito social, uma vez que figura no arcabouço legal da Carta Magna como sendo direito de todos e dever do Estado.

No caso da titularidade do direito fundamental à saúde, que corresponde à primeira parte do art. 196, atribui-se àquelas pessoas que possuem alguma doença ou mesmo às que estão sujeitas a algum fator de risco. Insta frisar que na nossa Carta Magna também consta ser a saúde no Brasil regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam e da descentralização da gestão administrativa.

Bahia e Abujamra ressaltam que o princípio da dignidade da pessoa humana é “um princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma” (2010, p. 47).

Porquanto, quando a Constituição Federal preconiza que toda pessoa tem direito à saúde, referindo-se às garantias fundamentais do ser humano, está protegendo e primando pela vida e dignidade de todo cidadão.

È indiscutível que “diante da vida em sociedade, devemos pensar, também, sobre a necessidade de serem observados os deveres, pois muitas vezes o direito de certo indivíduo depende

do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito” (LENZA, 2014, p. 1.067).

Nesse passo, é de inteira responsabilidade dos entes federados o fornecimento gratuito de tratamento médico ou cirúrgico aos cidadãos, para a prevenção ou cura de doenças, conforme preconizado pelos arts. 6º, 23, inciso II, 194 e 196 da Constituição Federal.

Nesse ínterim, por ser o direito à saúde um direito de todos, qualquer cidadão tem direito à tratamentos médicos condignos, por isso é facultado ao cidadão escolher entre os entes federados, responsáveis solidários no fornecimento dos meios a garantir o acesso ao direito à saúde, qual irá prestar essa assistência. Nesse ínterim, imperioso trazer os ensinamentos de José Afonso da Silva:

[...] pelo princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (2013, p. 311).

Por fim, não restam quaisquer dúvidas que o direito à saúde é um direito fundamental, pois reflete outro direito de suma importância em nosso ordenamento jurídico pátrio, o da vida, amplamente defendido pela nossa Constituição Federal. Quando esses direitos são negados ou ameaçados por terceiros, nasce ao titular a prerrogativa de buscar em juízo a efetividade de tudo que está previsto e garantido em lei, por meio do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, independente de sua situação econômica.

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NAS AÇÕES JUDICIAIS PELA GARANTIA DA SAÚDE DO CIDADÃO

O país enfrenta grandes dificuldades para tornar eficazes as medidas de acesso universal e igualitário da saúde a todos os cidadãos, embora prevista na Constituição Federal.

As políticas públicas de saúde atuais não estão sendo suficientes para atender às necessidades da população, sendo necessária a intervenção judicial, a fim de garantir um tratamento médico digno e adequado à população.

No entanto no judiciário: “o processo [...] demanda tempo para ser concluído, pelo fato de se desenvolver por meio de sucessão ordenada de atos, ligados por um vínculo de instrumentalidade e

todos voltados a um mesmo fim” (KLIPPEL; BASTOS, 2013, p. 1.496-1.497), no caso em voga, a aquisição dos meios de proteção necessários à saúde da população.

Os autores ainda destacam que “[...] além do tempo fisiológico do processo, observa-se uma demora patológica, excessiva, gerada por diversos fatores, que vão da falta de aparelhamento do Estado e se estendem à desmedida recorribilidade [...]” (KLIPPEL; BASTOS, 2013, p. 1.497).

Nessa perspectiva, a fim de evitar prejuízo no direito do cidadão, ou até mesmo o perecimento desse direito, é que surge a antecipação de tutela buscando dar mais eficácia e efetividade nas ações cujo provimento é urgente, como é o caso das ações judiciais na área da saúde.

Sobreleva, ressaltar a existência de alguns requisitos autorizadores, que a lei elenca para que seja deferida a tutela antecipada, com segurança para ambas as partes, conforme posicionamento de Alexandre Freitas Câmara:

Em primeiro lugar, fala a lei em “prova inequívoca”, que convença o juiz da “verossimilhança da alegação”. As duas expressões são, ao menos aparentemente, antagônicas. Isto porque a prova inequívoca seria aquela indene de dúvidas, ou seja, capaz de formar no julgador um juízo de certeza. De outro lado, porém, afirma o texto legal bastar a verossimilhança da alegação, ou seja, bastaria que a alegação parecesse verdadeira (já que verossimilhança, como se sabe, é a aparência da verdade). A certeza, como examinado em passagem anterior desta obra, é obtida através de cognição exauriente, enquanto a verossimilhança é alcançada na cognição rarefeita. Parece-nos, pois, que ao unir estes dois conceitos radicalmente opostos, pretende a lei a afirmação de um conceito que se coloque em posição intermediária entre aqueles dois: a cognição sumária, a qual leva à formação de juízos de probabilidade (2006, p. 458).

Consoante nesta linha de pensamento, Humberto Theodoro Junior, aduz que, “é inequívoca (...) a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo” (2010, p. 674)

Assim, convém trazer os ensinamentos de Elpídio Donizetti Nunes, que leciona sobre a prova inequívoca na antecipação de tutela:

Por prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos convirjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações (2004, p. 126).

Nesse mesmo passo, Carreira Alvim, discorre sobre o tema, no seguinte sentido:

Prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável (1996, p. 92).

Assim, impende trazer o posicionamento de Alexandre Câmara, que leciona acerca do “*fumus boni iuris*”, que se refere à toda tutela sumária, não sendo requisito específico das medidas cautelares, nesse sentido:

[...] exige-se que a existência do direito alegado pelo demandante seja provável (o que se liga ao próprio sentido do vocábulo "provável", entendido como "aquilo que se pode provar"). Assim, sendo, conclui-se que o primeiro requisito para a concessão da tutela antecipada é a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante (2006, p. 459).

Ocorre que contrapondo o direito à efetividade da tutela jurisdicional que busca assegurar o direito à saúde, refletindo o bem da vida, com o direito à segurança jurídica do réu, deve-se dar primazia ao direito à efetividade, já que o direito à vida se sobrepõe a qualquer outro direito ou princípio do nosso ordenamento jurídico, sob pena do requisito da reversibilidade da tutela antecipada inutilizar sua eficácia e aplicabilidade.

Nesse ínterim, acerca dos princípios constitucionais, basilares do nosso ordenamento jurídico, convém trazer o entendimento de Bueno, que afirma:

[..]. O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o do princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa), constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. (BUENO, 2007, p. 5).

No tocante à irreversibilidade do provimento, o juiz deve prezar pelo bom senso. Ora, os fornecimentos de tratamentos médicos visam assegurar o direito à saúde, evitando consequentes problemas advindos da sua não utilização. Desse modo, Zavascki ressalta que “[...] a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela” (2005, p. 100).

A reversibilidade dos efeitos da tutela também é tratada como um requisito que deve ser abrandado, uma vez que a sua exigibilidade em alguns casos, pode afrontar princípios constitucionais fundamentais.

Nesse diapasão, o entendimento majoritário da jurisprudência do Egrégio Tribunal Gaúcho, assevera que para a concessão da tutela antecipada, exige-se a possibilidade da reversibilidade dos efeitos do provimento. Contudo, esta exigência deve ser abrandada nos casos em que resta provado que o tratamento pleiteado seja imprescindível para a saúde da parte autora, o que significa que a regra não é absoluta.

Importa ressaltar os ensinamentos de Vaz sobre a irreversibilidade do provimento antecipatório:

A irreversibilidade diz respeito aos efeitos práticos do provimento, que correspondem à efetiva tutela, não a ele próprio. Assim, a reversibilidade somente é importante no *plano fático*, pois no *plano jurídico* sempre é possível a reversão, que pode ocorrer com a revogação da decisão antecipatória ou com a sentença de improcedência (2002, p. 139, grifos do autor).

Ademais, pertinente trazer o entendimento de Theodoro Junior, (2011, p. 689) acerca da reversibilidade da tutela que afirma que: “só é realmente reversível, para os fins do §2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso[...].”

Convém colacionar os ensinamentos de Zavascki, no seguinte sentido:

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício de seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, torna-se absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo (2005, p. 100).

Pode-se perceber que a tutela será deferida sempre que restar demonstrada insofismavelmente a urgência no provimento jurisdicional e o direito líquido e certo do autor.

No entanto, no que se refere à irreversibilidade dos efeitos da tutela ainda pairam muitas discussões na doutrina, sendo que existem os defensores de que a antecipação só será deferida se o provimento puder ser reversível, visando evitar causar prejuízos ao réu, e *contrario sensu* a outra corrente doutrinária defende que a antecipação de tutela sempre merecerá ser concedida quando se tratar de direitos urgentes, deixando um pouco de lado a reversibilidade ou não da medida, já que

estes autores entendem sempre ser reversível, com a prolação da sentença de improcedência da demanda.

Por fim, a antecipação de tutela veio salvaguardar direitos que necessitam de provimento e apreciação urgentes, e sempre será concedida quando restar amplamente demonstrada a urgência e o direito do autor, através da prova da verossimilhança de suas alegações e do *fumus boni iuris*, que traduzido do latim de forma livre significa a fumaça do bom direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegura o direito fundamental ao acesso à saúde, de forma universal e igualitária, sendo que como um direito social, alcança a todos. Porém, diante dos estudos realizados para a elaboração do presente trabalho, pode-se observar que nenhum poder público, de fato assume a responsabilidade pela efetivação desse direito, mas buscam eximir-se de suas obrigações.

Embora tenham sido implantados pelo governo programas de saúde de notoriedade, os recursos raramente condizem com a necessidade enfrentada pela população, que acaba se valendo do judiciário para adquirir os mais variados tipos de medicamentos e tratamentos de saúde.

Contudo, em face da precária situação da saúde brasileira, muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário. Essa atuação é inteiramente constitucional, bem como a concessão das tutelas antecipadas nas ações urgentes na área de saúde, sempre que restar demonstrada nos autos, o direito e a necessidade imediata do fornecimento do medicamento ou tratamento médico.

A proteção à vida, a garantia do direito de ter uma existência digna, deve ser o propósito de todos os operadores do direito.

Notadamente, o progressivo número de demandas judiciais, referentes aos medicamentos e tratamentos médicos é alarmante. E a falta do acesso à saúde é uma das principais causas do abarrotamento de processos no Poder Judiciário.

Para reverter esse cenário de caos, onde o Estado não dá conta da demanda e o Poder Judiciário tem cada vez mais ações referentes à garantia da saúde dos cidadãos, é que torna-se necessária a implantação de medidas efetivas que busquem viabilizar o acesso à saúde às pessoas, sem que estas necessitem valerem-se do Poder Judiciário para assegurar-lhes o mínimo de dignidade.

Já no que tange ao pressuposto da irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela, outro ponto crucial do presente estudo, restou cristalina a sua relatividade. Já que no caso concreto o juiz analisará a situação dos autos para deferir ou não sua aplicabilidade. Já que nas ações relativas à saúde esse pressuposto deverá ser abrandado em prol de um bem maior.

Por fim, a antecipação de tutela nas ações de saúde trata-se de medida de grande importância já que busca salvaguardar direitos constitucionais urgentes, evitando seu perecimento. E será deferida sempre que restar demonstrada a urgência do direito do autor e o abuso cometido por terceiro, bem como a prova inequívoca do direito e o *fumus boni iuris*, sendo que a reversibilidade ou não da tutela será analisada no caso concreto específico, sob pena de inviabilizar direitos maiores.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASSAN, Ozires Eilel. **Da Tutela Antecipada**: teoria, legislação, jurisprudência e prática. Campinas: Aga Júris Editora, 1998.

BAHIA, Claudio José; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde**: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14ª. edição. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. Salvador: JusPodvim, 2008. 2v.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento da sentença e coisa julgada. 2ª ed., Salvador, Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Tutela Específica à Luz da Denominada Reforma do Código de Processo Civil**. 3.ed. Belo Horizonte. Del Rey, 1996.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. Bahia: JusPodvim, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Volume 2. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado da Lide**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2.ed. São Paulo: Método, 2002.

_____. **Tratado das medidas cautelares**: teoria geral do processo cautelar. São Paulo: Lejus, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.vol. II.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 45.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. II.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 46.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II.



VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada**: Doutrina e Jurisprudência. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.