

**EFEITOS DA REVOGAÇÃO DA
TUTELA DE URGÊNCIA NA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A
(DES)NECESSIDADE DE
DEVOLUÇÃO DOS VALORES DOS
MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS EM
RAZÃO DE ORDEM JUDICIAL**

GABRIELA FIDELIX DE SOUZA

GABRIELA FIDELIX DE SOUZA

**EFEITOS DA REVOGAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A (DES)NECESSIDADE DE
DEVOLUÇÃO DOS VALORES DOS MEDICAMENTOS
ADQUIRIDOS EM RAZÃO DE ORDEM JUDICIAL**



Capivari de Baixo
2022

Editora FUCAP – 2022.

Título: Efeitos da revogação da tutela de urgência na judicialização da saúde e a (des)necessidade de devolução dos valores dos medicamentos adquiridos em razão de ordem judicial.

Autora: Gabriela Fidelix de Souza.

Capa: Andreza dos Santos.

Revisão: Da Autora.

Editoração: Andreza dos Santos.

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dr. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar’c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

S719E

Souza, Gabriela Fidelix de.

Efeitos da revogação da tutela de urgência na judicialização da saúde e a (des)necessidade de devolução dos valores dos medicamentos adquiridos em razão de ordem judicial / Gabriela Fidelix de Souza. Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2022.

ISBN: 978-65-87169-27-9

1. Direito Civil. 2. Saúde – legislação - Brasil. I. Título.

CDD 342.7

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866).

Editora FUCAP – Avenida Nilton Augusto Sachetti, nº 500 – Santo André, Capivari de Baixo/SC. CEP 88790-000.

Todos os Direitos reservados.

Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.



Publicado no Brasil – 2022.

GABRIELA FIDELIX DE SOUZA

Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Legale. Pós-Graduada em Direito à Saúde pela Verbo Jurídico. Advogada. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora titular da disciplina de Direito Civil II – Obrigações, no Centro Universitário Univinte.
E-mail: gabrielafidelix@hotmail.com.

“Justiça atrasada não é justiça,
senão injustiça qualificada e manifesta.”

(Rui Barbosa)

APRESENTAÇÃO

Há muito tempo novos paradigmas tornaram necessária a previsão de direitos sociais na Constituição Federal brasileira, o que gerou a ideia de que o Estado deveria agir com o fim de minorar os problemas sociais, visando a melhoria nas condições de vida dos hipossuficientes.

Dentre estes direitos destaca-se o direito fundamental à saúde, amparado nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal que resguarda a saúde como dever do ente estatal e direito de todos, atribuindo ao Estado a formulação e execução de políticas sociais e econômicas que objetivem garantir o acesso geral e equânime à assistência médico hospitalar.

Ocorre que apesar dessa garantia, este direito esbarra nos poucos recursos e na definição de prioridades pela Administração Pública. Assim, associando-se à falta de recursos na área da saúde, os cidadãos buscam tutelar o direito à saúde por meio de ações judiciais, cujo escopo é o fornecimento, pelos entes estatais, de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e outros tratamentos.

É sabido que a quantidade de demandas postulando medicamentos teve um imenso e progressivo crescimento nos últimos anos, vendo-se a morosidade da máquina judiciária em atender ao direito social à saúde e ao direito fundamental à vida, garantidos pela Constituição Federal (CF).

Nestas ações judiciais, postula-se, sobremaneira, a concessão da tutela de urgência, medida necessária para a antecipação da prestação da tutela jurisdicional, com o escopo de evitar prejuízo à parte. Assim, visando abrandar os males gerados em razão da demora e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo o ônus do tempo do processo e resguardando a situação de igualdade entre as partes, o Código de Processo Civil aceita a concessão da tutela de urgência quando preenchidos determinados requisitos, que serão trabalhados nas páginas que seguem.

Destaca-se, todavia, dentre estes princípios, o da reversibilidade, ou seja, a possibilidade de volta ao status quo ante, ao estado em que se encontravam antes da concessão da medida antecipatória.

Em decorrência deste princípio existem argumentos substanciais para as correntes que defende a necessidade de devolução dos valores auferidos em razão da decisão antecipatória quanto a que entende pela desnecessidade de devolução das quantias levantadas em virtude da ordem que antecipa o provimento jurisdicional final.

Assim, o presente livro apresentará as correntes que tratam sobre o assunto, destacando-se, inclusive, as jurisprudências sobre o tema.

Destaca-se, de antemão, que o entendimento majoritário é o de que os valores são irrepetíveis, isentando, portanto, o autor da demanda da devolução dos valores auferidos.

Contudo, se demonstrada a má-fé da parte requerente, deverá haver a devolução dos valores percebidos, porquanto não lhe eram devidos à época da decisão interlocutória.

É nesse viés que analisar-se-á os possíveis efeitos causados pela revogação da tutela de urgência nas demandas postulando o fornecimento de medicamentos pelo ente público, bem como se é necessária a devolução dos valores eventualmente auferidos pela parte em razão da decisão antecipatória.

Gabriela Fidelix de Souza.
Capivari de Baixo, 2022.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

1 INTRODUÇÃO	10
--------------------	----

CAPÍTULO II

2 PRINCIPAIS ASPECTOS ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA	14
---	----

2.1 Tutela provisória	17
-----------------------------	----

2.1.1 Tutela de urgência	24
--------------------------------	----

CAPÍTULO III

3 DIREITO A SAUDE	51
-------------------------	----

3.1 Noções introdutórias do direito à saúde	51
---	----

3.2 Direito à saúde como direito fundamental	52
--	----

3.3 Princípios basilares da judicialização da saúde.....	58
--	----

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	59
--	----

3.3.2 Princípio da igualdade	61
------------------------------------	----

3.3.3 Princípio da reserva do possível.....	64
---	----

3.3.3 Princípio da universalidade.....	66
--	----

3.3.5 Princípio da equidade	68
-----------------------------------	----

3.3.6 Princípio da proporcionalidade	70
--	----

3.4 A judicialização do direito à saúde.....	71
--	----

CAPÍTULO IV

4 EFEITOS DA REVOGAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A (DES)NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES DOS MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS EM RAZÃO DE ORDEM JUDICIAL	76
--	----

4.1 Irreversibilidade da tutela de urgência nas ações de medicamentos.....	76
--	----

4.2 Efeitos da revogação da tutela provisória concedida nas ações de medicamentos.....	82
--	----

4.2.1 A responsabilização do requerente pela medida antecipatória concedida em razão de sua ulterior revogação na sentença.....	84
---	----

4.2.2 A desnecessidade de devolução dos valores obtidos em decorrência da medida antecipatória nas demandas referentes ao direito à saúde ...	89
---	----

5 CONCLUSÃO.....	96
------------------	----

1 INTRODUÇÃO

Em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos mais importantes documentos a tutelar os direitos sociais e que classificou a saúde como elemento de cidadania e de direito do cidadão, incentivando, assim, a criação de órgãos especiais focados na manutenção de tal direito.

Em 1979, Karal Vasak divulgou uma classificação dos direitos fundamentais que se tornou emblemática ao reintroduzir o lema revolucionário dos franceses do século XVIII, “liberté, égalité et fraternité”¹, e rapidamente se alastrou como fundamento da vida social organizada e de respeito ao ser humano (SLAIBI FILHO, 2009, p. 302-303). Nos termos desta classificação, os direitos sociais pertencem à segunda geração de direitos, criando, desta forma, a ideia de que o Estado deveria agir com o fim de minorar os problemas sociais, visando melhorar as condições de vida dos hipossuficientes.

No Brasil, com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, passou-se a prever e garantir direitos sociais aos cidadãos, consagrando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos como uma das principais fontes destas garantias, as quais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, no sentido de promover melhores condições de vida àqueles que mais precisam, igualando situações sociais desiguais (SILVA, 2013).

Dentre os direitos sociais previstos na Carta Magna, destaca-se o direito fundamental à saúde, que possui amparo nos artigos 196 e 197 do referido ordenamento jurídico e resguarda a saúde como dever do ente estatal e direito de todos, atribuindo ao Estado a formulação e execução de políticas

¹ Liberdade, igualdade, fraternidade.

sociais e econômicas que objetivem garantir o acesso geral e equânime à assistência médico-hospitalar (BRASIL, 1988).

Embora a Carta Magna garanta que o direito à saúde é dever dos entes federativos e direito dos cidadãos, sendo de competência comum de União, Estados, Distrito Federal e Municípios o cuidado com a saúde e a assistência pública das pessoas, este direito/dever esbarra nos poucos recursos e na definição de prioridades pela Administração Pública. Assim, associando-se à falta de recursos na área da saúde, os cidadãos, conscientes de seus direitos, buscam tutelar o direito à saúde por meio de ações judiciais, cujo escopo é o fornecimento, pelos entes estatais, de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e outros tratamentos.

Em razão disso, o Poder Judiciário vem obrigando o Poder Executivo a atender à pretensão do requerente, seja fornecendo medicamentos ou proporcionando a realização do tratamento postulado, de modo que, se o Estado não os fornecer administrativamente, será aplicado o princípio da isonomia, devendo a Administração Pública viabilizar e financiar as necessidades dos cidadãos. Isso faz com que os gastos não programados com saúde tenham elevado crescimento, provocando a insuficiência de recursos financeiros para cumprimento das demais obrigações do ente estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 815, já decidiu que, demonstrada a necessidade e a impossibilidade de o cidadão custear a medicação postulada, o recebimento dos insumos é direito fundamental, devendo o ente público conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, sem criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional (BRASIL, 2015).

A efetividade da citada decisão é alcançada por meio da propositura de ação judicial de conhecimento condenatória, a qual busca a declaração de um direito subjetivo do autor,

almejando, ainda, a imposição da prestação de fornecimento do tratamento postulado, a ser realizada pelo ente público municipal, estadual ou federal.

Em razão da urgência do cidadão em ver tutelado seu direito à saúde, é possível que o Magistrado, verificando a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, preste a tutela jurisdicional em caráter de urgência, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão provisória apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, obrigando o Estado a fornecer o bem objetivado antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Cabe ao juiz analisar o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei, o que fará observando os documentos acostados pela parte, dentre os quais deverá constar a prescrição da medicação e a impossibilidade de substituição do medicamento requerido por aqueles fornecidos nas farmácias do Sistema Único de Saúde, bem como a imprescindibilidade do insumo.

Todavia, extrai-se do parágrafo 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil (CPC) que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, de modo que, considerando-se a possibilidade de reversão da decisão antecipatória, não deveria o Magistrado deferir o pedido de concessão de tutela de urgência (BRASIL, 2015). Entretanto, por se tratar de direito fundamental, muitas vezes o juiz opta pela consideração dos princípios basilares da sociedade e da judicialização da saúde quando sopesados com a lei processual.

Ocorre que, em determinados casos, com a instrução dos autos e, muitas vezes em razão da realização da prova pericial, entende-se possível a utilização de medicamento diverso daquele postulado, sendo admissível a utilização de

medicação disponibilizada administrativa e gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, o que provoca a revogação da tutela antecipatória e a conseqüente improcedência da ação.

Destarte, é possível que, mesmo havendo a antecipação da tutela, ao julgar o processo, após a realização da instrução processual, o juiz entenda pela improcedência da demanda, o que, nos termos do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil, faria o requerente, que auferiu vantagem à época devida, promover o ressarcimento do ente público pelo prejuízo que teve em razão da efetivação da tutela de urgência (BRASIL, 2015).

Em que pese a referida previsão no Código Processual, jurisprudência e doutrina vêm divergindo quanto à obrigatoriedade de ressarcimento pelo requerente ao ente público nos casos inerentes ao direito à saúde, havendo entendimentos que determinam ao cidadão o dever de ressarcir os valores auferidos com a antecipação da tutela e, de outra banda, argumentos contundentes no sentido de não haver a necessidade de devolução dos medicamentos e das importâncias percebidas.

Desse modo, busca-se analisar, à luz das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a (des)necessidade de repetição dos valores auferidos em razão da antecipação da tutela de urgência nas ações em que se postulam medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

2 PRINCIPAIS ASPECTOS ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA

Em razão da necessidade de haver um meio para efetivação dos direitos, em 1994, a Lei n. 8.952, amparada no direito italiano, francês e alemão, alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 e tornou legítimas as medidas provisórias satisfativas, fazendo surgir o instituto da tutela antecipada. Previsto no artigo 273 do mencionado ordenamento jurídico, tal instituto provocou um dos grandes avanços relativos à celeridade e à efetividade do processo, consagrando a possibilidade de o juiz, desde que preenchidos determinados requisitos, antecipar, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva de mérito^{2, 3, 4} (FADEL, 1998).

² No CPC/1973 levando-se em consideração a utilidade do processo e sua efetividade, distinguia-se as tutelas cautelares das satisfativas, consistindo a primeira em mera medida de segurança para garantia da finalidade útil do processo, ao passo que a segunda consistia na entrega do que o requerente postulava, assegurando, assim, a efetividade do processo.

Entretanto, por vezes, via-se a impossibilidade de antecipar a tutela sem a fruição do direito perseguido na demanda, de forma que a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer o que se chamou de “cautelares atípicas satisfativas”, provimento que antecipava provisoriamente a pretensão de direito material, deduzida no processo principal (FADEL, 1998, p. 11-12).

³ Embora não seja possível o atendimento da pretensão de mérito através da ação cautelar, é possível que, em casos de necessidades primárias de extrema gravidade, seja antecipada a medida, pois “[...] a medida cautelar não pode criar a situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante, como a entrega da coisa, a extinção da hipoteca, a desocupação do imóvel, salvo quando se tratar de satisfação de necessidades primárias (alimentos, relações de família etc.) (LACERDA, 1993, p. 87). Nesta ressalva que, eventualmente, poderá se estender a outras situações de extrema gravidade, “[...] ocorre a antecipação provisória e satisfativa da prestação jurisdicional [...], mas a providência não perde o caráter condicional e provisório, e não significa, em absoluto, prejulgamento definitivo” (LACERDA, 1993, p. 87). Nesse sentido, mesmo que fosse requerida uma medida com cunho cautelar, acabava-se por prover a prestação jurisdicional, satisfazendo, assim, a medida requerida.

⁴ O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua vez, na Apelação Civil n. 2013.062096-7 decidiu que “a ação cautelar pode ter caráter satisfativo quando o postulante simplesmente almeja obter documento próprio ou comum em poder do adverso, hipótese em que a demanda exaure-se em si mesma, sendo despicie da propositura da ação principal e a demonstração específica dos pressupostos gerais das

Em 2015, com o intuito de atender aos anseios dos cidadãos e buscando garantir um novo processo civil que privilegiasse a simplicidade na linguagem e na ação processual, bem como agilizasse o processo e resolvesse os problemas existentes sem afetar a eficiência da jurisdição⁵ editou-se a Lei n. 13.105, conhecida como Novo Código de Processo Civil (NCPC). Passando a vigorar em 18 de março de 2016, o NCPC teve, como um de seus escopos, unificar os requisitos exigidos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa, excluindo o processo cautelar autônomo⁶, de modo que, mesmo havendo diferença entre as tutelas, os pressupostos para concessão são os mesmos (BRASIL, 2015). Vislumbra-se, dos artigos 303 e 304 da Lei processualista, um instrumento que visa dar à parte a satisfação antecipada dos efeitos da tutela final com fulcro em decisão provisória. Mencionado mecanismo consiste na tutela antecipada antecedente, através da qual é possível ao requerente pleitear medidas de urgência satisfativas antes da propositura da petição inicial, de modo que a parte pode destacar o pedido dos efeitos da tutela unicamente para a obtenção da medida provisória.

medidas cautelares, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*" (SANTA CATARINA, 2013).

⁵ O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi incisivo em afirmar que a Comissão de Juristas encarregados de elaborar o anteprojeto buscou a todo instante atender às necessidades dos cidadãos, garantindo um novo Código de Processo Civil que privilegiasse "a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal" (BRASIL, 2010, p. 3).

⁶ O processo cautelar, como terceiro tipo de processo, era peculiar pela sua "instrumentalidade ao quadrado, isto é, pelo fato de que é um instrumento do instrumento que está a serviço de uma providência definitiva, de conhecimento ou de execução" (CALAMANDREI, 1936 apud DESTEFENNI, 2010, p. 44). Portanto, o processo cautelar tinha como pressuposto o perigo ocasionado em razão da demora na tramitação de um processo, bem como a probabilidade de que o pedido do autor recebesse provimento favorável, sendo, deste modo, um procedimento auxiliar e um instrumento de garantia da efetividade da atividade jurisdicional.

O NCCPC ainda prevê a possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente, ou seja, aquela concedida nos termos dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil, de modo que a decisão proferida tornar-se-á estável se não houver a interposição de recurso^{7,8,9,10} extinguindo-se, assim, o processo (BUENO *et al.*, 2016).

Outra novidade trazida pelo novo ordenamento processual jurídico consiste na tutela de evidência¹¹, a qual nasceu da necessidade de conferir à prestação jurisdicional maior efetividade e celeridade. Entretanto, em que pese a inegável relevância deste assunto, esclarece-se que tal instituto não é abordado no presente livro em razão de sua desconexão com o tema.

⁷ Apesar de o artigo 304 do CPC prever a necessidade de interposição de recurso para que não haja a estabilização da tutela antecedente, deve-se realizar uma interpretação ampliativa do *caput* do mencionado artigo, ao passo que qualquer manifestação do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada antecedente deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a estabilização. Ainda que o ordenamento jurídico não deixe claro ao leitor qual recurso deverá ser interposto da decisão que concede a medida antecipatória, tratando-se de processo na primeira instância, o recurso cabível será o agravo de instrumento – AI (nos termos do artigo 1.015, inciso I do CPC); se for perante algum Tribunal, contra a decisão monocrática por ele proferida, caberá agravo interno (artigo 1.021 do CPC); em sendo referente à acórdão, caberá recurso especial e/ou recurso extraordinário (BUENO, 2016).

⁸ Do enunciado n. 420, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, verifica-se a impossibilidade de estabilização da tutela cautelar, demonstrando que a estabilização da medida é cabível apenas quando for caso de tutela antecipada antecedente (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016).

⁹ Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2203270-58.2016.8.26.0000, pelo afastamento da estabilização da tutela, sustentando que essa medida só é aplicável às tutelas antecipadas antecedentes concedidas com fulcro no artigo 303 do Código de Processo Civil (SÃO PAULO, 2017).

¹⁰ Nesse sentido, colaciona-se, da decisão proferida no Recurso Cível n. 71006322978, de relatoria de Thais Coutinho de Oliveira, a estabilização da decisão e consequente extinção da medida em razão da não interposição de recurso (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

¹¹ Referido instituto, cuja origem deu-se no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, o qual preceituava que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, possui, no atual CPC, previsão no artigo 311 e visa, baseando-se em um juízo de probabilidade, conceder a tutela, independentemente de demonstração do perigo de dano (BRASIL, 1973).

As mudanças ocorridas no instituto mostraram-se bastante radicais e positivas, razão pela qual este livro busca tratar com clareza algumas das modificações acontecidas (BUENO *et al.*, 2016).

2.1 TUTELA PROVISÓRIA

Constitucionalmente, a tutela provisória tem como razão a garantia fundamental da razoável duração do processo judicial e dos meios que asseguram a celeridade de sua tramitação¹², bem como a proteção jurisdicional, descrita no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, dispondo que a lei não excluirá lesão ou ameaça de lesão da apreciação do Poder Judiciário e tornando possível afastar eventual perigo ou ameaça que o provimento jurisdicional possa sofrer em razão da demora do processo (BRASIL, 1988).

Ocorre que a tutela antecipatória acaba por gerar a colisão entre os direitos fundamentais à efetividade do processo e à segurança jurídica, uma vez que, embora resguarde o acesso à justiça, provocando, além da atuação do Estado, a obtenção de uma decisão justa e potencialmente eficaz no plano dos fatos, torna possível, em contrário senso, que haja a privação não apenas da liberdade, mas também dos bens do demandado antes do devido processo legal (ORIONE NETO, 2002).

Em determinadas situações, a duração do processo e à espera da composição do conflito podem gerar prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, comprometendo a efetividade

¹² O artigo 5º, LXXVIII, da CF/88, c/c a Emenda Constitucional n. 45, consagrou esse direito constitucional, o qual, antes disso, era garantido em razão da ratificação, pelo Brasil, do Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Esse direito visa proteger a razoabilidade da duração do processo, bem como a garantia do devido processo legal (TALAMINI; WAMBIER, 2016).

da tutela. Nesses casos, o ônus do tempo pode recair precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem, ao final, será merecedor da tutela jurisdicional. Estabelece-se, então, uma situação injusta, na qual a demora do caminhar processual ocasiona vantagem para o litigante que, supostamente, não seria o merecedor do provimento. Desse modo, criam-se técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído e não mais recaia sobre quem aparenta ser o merecedor da tutela da justiça (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Considerando-se, portanto, não ser plausível exigir que a parte demandante aguarde pela tramitação dos autos, cujo lapso temporal poderá ser muito grande¹³, para então alcançar o que postula, sob pena de agravamento da situação e de ferimento dos princípios constitucionais da efetividade da jurisdição, da razoável duração do processo e da igualdade, concede-se o que hoje é chamado de tutela provisória.

Entre o pedido e a entrega efetiva – período durante o qual se exercerão o contraditório e a ampla defesa – decorrerá necessariamente um razoável espaço de tempo, por mais sumário que seja o rito procedimental e por mais eficiente que sejam os serviços judiciários. (ZAVASCKI, 2009, p. 26).

Em muitos casos, como, por exemplo, aqueles inerentes ao direito social à saúde, não seria plausível exigir que um cidadão, cuja saúde depende de um medicamento com valor acima de suas condições financeiras, aguarde toda a tramitação do processo judicial para, então, ter acesso ao remédio de que necessita. O lapso temporal existente entre a solicitação do insumo e a efetiva prestação do direito pode gerar o

¹³ Nesse sentido, a lentidão da Justiça também põe o autor da relação processual em posição de inferioridade, vez que somente ele é onerado em razão da demora na solução da demanda (FADEL, 1998).

agravamento da situação da paciente ou até mesmo levar ao seu falecimento.

Assim, com o fito de evitar o prejuízo da parte, sem qualquer implicância na posterior tramitação da demanda, e visando alcançar a justiça social, antecipa-se o provimento jurisdicional final, o qual será assegurado desde que preenchidos os requisitos exigidos para sua concessão, podendo ser revogado ou modificado a qualquer tempo durante o curso do processo, de acordo com o previsto no artigo 296 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Faz-se necessária, porém, a mudança do quadro fático para revogação ou modificação da tutela antecipada, devendo haver o desaparecimento ou a verificação da inexistência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o qual deve ser provado por meio de documentos e testemunhas (VAZ, 2002).

Essa modificação ou alteração da tutela provisória, assim como a concessão daquela antes negada,

[...] só pode ter lugar se a situação de fato subjacente ao processo também se alterar e fizer com que, por exemplo, desapareçam os pressupostos da manutenção da medida concedida, ou surjam os pressupostos que determinem sua concessão. Assim, e a rigor, não se pode dizer que a decisão é propriamente alterada, nessa hipótese. (TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 875).

A medida antecipatória poderá ser modificada ou revogada quando forem alterados os pressupostos que a determinam, sendo que a nova decisão produzirá efeitos imediatos [...] (ZAVASKI, 2009, p. 107). Em outras palavras, o juiz só poderá revogar a medida antecipatória deferida se reconhecer a ausência de um dos pressupostos exigidos que antes entendeu estar presente. (MARINONI, 2006).

Quanto aos dispositivos que possibilitam a modificação ou revogação da tutela antecipada deferida, importante ressaltar

que significam apenas permissão ao magistrado para inverter ou modificar sua decisão em função das alterações ocorridas no caso (WAMBIER, 2006).

A revogação ou modificação da tutela antecipada será possível em duas hipóteses. A primeira consiste no desaparecimento ou na verificação da inexistência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, provados por documentos ou testemunhas. Já a segunda hipótese equivale ao conhecimento, pelo juiz, das razões do réu, o que poderá originar a revisão da decisão proferida e acarretar a revogação ou modificação da medida antecipatória. (AMARAL, 2011).

Em contrapartida, não é dada ao magistrado a possibilidade de aprimorar pensamentos e decisões que já proferiu, motivo pelo qual, não convencido dos pressupostos exigidos para concessão da medida, ele não deve decidir. Ao juiz só será permitido tomar nova decisão após a efetivação do princípio do contraditório, ou seja, apenas depois de o réu exercer seu direito de defesa (BUENO, 2007).

A revogabilidade da medida está em perfeita harmonia com sua provisoriedade e reversibilidade, e pode ocorrer sempre que se modifique a situação fática que justificou a providência ou novas provas forem apresentadas. (LOPES, 2001, p. 100).

A contrário senso, para Grinover (*et al*, 2015) em razão da provisoriedade da medida, é possível sua revogação ou modificação no curso do processo de ofício pelo juiz e sem necessidade de fatos novos, bastando, para isso, que o magistrado se convença do equívoco cometido.

Assim, seja no decorrer do processo ou com a superveniência da sentença, a eficácia da medida poderá ser

afetada, uma vez que, com a decisão final, encerra-se a necessidade de permanência da tutela provisória¹⁴.

Gênero do qual a tutela de urgência e a tutela de evidência são espécies, a tutela provisória consiste no

[...] conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor (BUENO *et al.*, 2016, p. 247).

Desse modo, a tutela provisória compreende a fórmula de cognição sumária, traduzida na

[...] cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical¹⁵, no sentido de profundidade. [...] tendo, portanto, a acepção de “cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque parcial, já porque superficial” (WATANABE, 2000, p. 121).

As tutelas sumarizadas no sentido vertical objetivam, portanto,

[...] (a) assegurar a tutela jurisdicional do direito ou uma situação concreta que dela depende (tutela cautelar; art. 300

¹⁴ Ressalta-se, porém, que, de maneira excepcional, a tutela de cognição sumária pode sobreviver à tutela final, tendo em vista a medida possuir uma instabilidade que deve ser apreciada a partir da ideia de necessidade da tutela do direito.

¹⁵ A cognição, quando for analisada no plano vertical, poderá ser classificada, de acordo com o grau de sua profundidade, em exauriente ou sumária. Diz-se que a cognição exauriente é aquela completa, ao passo que a sumária é incompleta. Portanto, quando exauriente, só será permitido ao juiz emitir sua decisão baseada em um juízo de certeza, ao passo que, quando sumária, a atividade do juiz será a de examinar, com menor verticalidade, fatos e direitos postos sob sua análise, de modo que, ao fazê-la com razoável agilidade e baixa intensidade, o magistrado apoiar-se-á na probabilidade dos elementos examinados, vez que dificilmente conseguirá formar uma convicção de certeza acerca do direito alegado (WATANABE, 2000).

do CPC); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipada; art. 300 do CPC); (c) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo inconsistente, antecipadamente um direito (tutela de evidência; art. 311 do CPC); (d) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento comum, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais) (MARINONI, 2017, p. 33, grifo do autor).

Portanto, a tutela provisória permite ao juiz decidir provisoriamente e sem cunho de definitividade, com fulcro nos elementos constantes nos autos, representando um mecanismo capaz de agilizar a justiça concedida em termos provisórios em etapa processual de conhecimento, transformando o fato em direito, medida que poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

A tutela antecipada é a tutela do direito material ambicionado pela parte mediante o exercício da ação, consistindo na tutela de direito que o autor pretende obter ao final do processo, mas que, em razão do perigo de dano representado pela demora, é concedida antecipadamente, sendo prestada com base em probabilidade ou mediante cognição sumária (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Em suma, antecipar “significa adiantar no tempo, fazer antes do tempo previsto”, de modo que “antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar as eficácias potencialmente contidas na sentença” (ZAVASKI, 2009, p. 84).

[...] antecipar efeitos da tutela significa satisfazer, no plano dos fatos, o pedido formulado na inicial. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão de produzir no plano da realidade. Em outras palavras:

antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídica formal. (ZAVASKI, 2009, p. 85).

Em regra, a tutela provisória possui três espécies de classificações distintas, diferenciando-se quanto ao fundamento, quanto ao momento e quanto ao elemento artificial (BUENO *et al.*, 2016).

No que tange à distinção da tutela provisória quanto ao fundamento, ela poderá ser de urgência ou de evidência, consistindo, em regra, a primeira, na capacidade de satisfação, desde logo, da pretensão do autor, buscando inibir qualquer dano que possa decorrer da demora na prestação da tutela jurisdicional, ao passo que a segunda objetiva conceder um direito incontroverso à parte, sendo suas hipóteses previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil¹⁶ (BUENO *et al.*, 2016).

A segunda classificação prevê, quanto ao momento em que foi postulada, que a tutela poderá ser antecedente, quando fundamentada em urgência e for requerida antes do início do processo, havendo previsão legislativa dos artigos 303 a 310 do ordenamento processual, ou poderá ser incidente, quando requerida ao longo do processo, desde a sua petição inicial (BUENO *et al.*, 2016).

Por fim, poderá ser diferenciada, também, quanto ao elemento artificial, que consiste na distinção em tutela antecipada e em tutela cautelar, mantendo o dificultoso

¹⁶ Embora o presente trabalho acadêmico não possua o condão de estudar a tutela de evidência, necessário se faz, a título de conhecimento, trazer as hipóteses de cabimento da medida, as quais estão previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil, que condizem a: a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; b) possibilidade de as alegações de fato serem comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; d) petição inicial ser instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (BRASIL, 2015).

discernimento existente no já revogado Código de Processo Civil¹⁷ (BUENO *et al.*, 2016).

Como a finalidade do presente trabalho é realizar um estudo dos efeitos da revogação tutela de urgência nas ações de medicamentos, não se realiza uma análise detalhada da tutela de evidência, concentrando-se na tutela de urgência.

2.1.1 Tutela de urgência

A tutela de urgência, gênero do qual a tutela antecipada e a tutela cautelar são espécies, e cuja previsão ocorre no Livro V, Título II, da Parte Geral do Código de Processo Civil, pauta-se na necessidade da prestação da tutela jurisdicional, com o escopo de evitar prejuízo à parte.

Como demonstrado, a tutela de urgência consiste em técnica de cognição no plano vertical, condizente com o chamado “juízo de probabilidade”, visando abrandar os males gerados em razão da demora e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo o ônus do tempo do processo e resguardando a situação de igualdade em que as partes deveriam encontrar-se. Por esta razão, o processo civil aceita a concessão da tutela de urgência quando preenchidos determinados requisitos, os quais serão elencados e analisados em item próprio deste trabalho acadêmico.

¹⁷ O Projeto do Novo Código de Processo Civil instituído pelo Senado Federal continha em seu artigo 269, § 1º e § 2º, a distinção das medidas de natureza cautelar e de natureza satisfativa, preceituando que as medidas satisfativas visam antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida, enquanto as medidas cautelares visam afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo. Portanto, satisfazendo o direito pretendido, a tutela será antecipada, assegurando-o, será cautelar. Entretanto, é reconhecida, inclusive pelo legislador, a dificuldade de distinção entre as tutelas de urgência e cautelar, motivo pelo qual, na esteira do que já previa o artigo 273, § 7º, do CPC, o artigo 305, parágrafo único, do Código de Processo Civil resguarda a possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade quando uma mostrar-se mais adequada que a outra, deixando de lado a mera observância ao que dispõe a lei e buscando dar maior efetividade e celeridade na solução da lide (DOTTI, 2015).

Esse pleito, cuja incorporação deu-se com a Lei n. 8.952/1994, possuía previsão no revogado Código de Processo Civil de 1973, cujo artigo 273 dispunha acerca das “medidas de urgência”, consistentes na ação cautelar e na tutela antecipada, e tinha, como ponto de partida, o direito material, pelo qual se postulava meramente a tutela final e sua respectiva antecipação (BRASIL, 1973).

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tentou-se dar um tratamento harmônico à tutela provisória, de modo que, em seu artigo 294, parágrafo único, ao enumerar as diferentes naturezas que a tutela provisória pode ter, bem como as razões pelas quais há de ser concedida, demonstrou que ela é uma tutela diferenciada, pautada na cognição sumária, ou seja, não exauriente, fundada na verossimilhança ou na evidência, e podendo, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (GONÇALVES, 2017).

O objetivo de tal determinação é afastar o perigo a que a tutela jurisdicional está sujeita em razão da demora na tramitação do processo, criando, por bem, duas tutelas provisórias diferentes, consistentes na tutela de urgência, da qual a tutela provisória cautelar e a tutela provisória antecipada são subespécies, e na tutela de evidência (GONÇALVES, 2017).

Assim, a tutela provisória é uma espécie de tutela diferenciada,

[...] em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada. Sua finalidade é ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, o que ela alcança por meio da antecipação dos efeitos da sentença ou pela adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final, ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente. (GONÇALVES, 2017, p. 324).

As tutelas de urgência consistem, portanto, nas medidas concedidas no decorrer do processo, principalmente em seu início, e que possuem como princípio o perigo de ineficácia da tutela em razão de uma emergência, visando, por bem, cumprir a premissa constitucional de tutelar os direitos (SAMPAIO JÚNIOR, 2011).

Não temos mais ação cautelar e tutela antecipada, mas tutelas provisórias, que podem ser de urgência ou da evidência, aquelas se dividindo em tutelas provisórias de urgência cautelares e tutelas provisórias de urgência antecipadas. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 585).

Como forma de exemplificação, tem-se que, nas ações postulando o fornecimento de medicamentos em face do ente público, faz-se necessária a demonstração da urgência na utilização do insumo, de modo que, sendo comprovada a situação de urgência e, conseqüentemente, com o deferimento da tutela antecipada, caberá ao Estado disponibilizar a medicação requerida, pois o direito à saúde e, principalmente, à vida, são consagrados como fundamentais na Constituição Federal. Portanto, nestes casos, a medida assecuratória tem por objetivo efetivar o direito social em tela e promover mais agilidade nas decisões proferidas no processo de conhecimento, antecipando-se os direitos que necessitam de uma solução imediata por parte do Poder Judiciário.

Logo, as tutelas de urgência são instrumentos utilizados para dar efetividade ao direito, possibilitando que o cidadão tenha o provimento da tutela final resguardado, embora também gerem a possibilidade de colisão entre os direitos fundamentais da efetividade do processo e da segurança jurídica.

2.1.1.1 Pressupostos para concessão da tutela de urgência

Conforme já mencionado, o Código de Processo Civil de 2015 adotou um sistema mais simples que aquele utilizado pelo código processualista de 1973, unificando os requisitos para concessão da tutela, independentemente de qual se postula, seja ela cautelar ou satisfativa, de modo que, apesar da distinção entre as tutelas, os pressupostos para outorga são iguais.

Nesse sentido, o Fórum de Permanente de Processualistas Civis preceitua, no Enunciado n. 143, que a redação do artigo 300 superou a distinção até então existente entre os requisitos exigidos para concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa de urgência, “[...] erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016, p. 25).

As tutelas de urgência – cautelares e satisfativas – fundam-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz mais a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623).

Em seu artigo 300, caput, o código processualista preceitua que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, tipificando, assim, os requisitos autorizadores para a concessão dessa tutela (BRASIL, 2015).

Então, são basicamente dois os requisitos necessários para que seja alcançada a tutela de urgência:

(a) Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável. (b) A probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o fumus boni iuris. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623).

Para antecipação da tutela, é necessário que prova inequívoca convença o magistrado da verossimilhança das alegações do requerente, conjugando-se, outrossim, ao fundado receio de que a demora no andamento do processo ocasione ao postulante dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique demonstrado o abuso do direito de defesa, o qual pode ser revelado por manifesto propósito protelatório do réu (CARNEIRO, 1999).

Consistindo o primeiro requisito na prova da probabilidade do direito, exige-se, portanto, a demonstração da plausibilidade do direito invocado pela parte requerente. No CPC/1973, na ação cautelar, este princípio consistia no “fumus boni iuris”, ou seja, na fumaça do bom direito, ao passo que a tutela antecipada equivalia à prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

Mencionado requisito é apurado por meio das provas produzidas e daquelas que a parte pretende produzir, cabendo ao magistrado analisar se, possivelmente, a tutela definitiva será favorável ao requerente ou se é mais provável o julgamento da ação pela improcedência dos pedidos.^{18, 19}

“O autor deve convencer o juiz de que a tutela final provavelmente lhe será concedida”, pois a admissão dessa

¹⁸ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na AI n. 4005537-07.2016.8.24.000, entendeu que, existindo, nas ações em que se postulam medicamentos, prescrição médica atestando a necessidade de uso de insumo, é autorizada a medida antecipatória em sede de cognição sumária (SANTA CATARINA, 2016).

¹⁹ Da mesma forma, assim entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar o Agravo de Instrumento n. 1.0543.16.003622-3/001 (MINAS GERAIS, 2017).

probabilidade como suficiente à concessão da tutela é decorrente do perigo de dano (MARINONI, 2017, p. 130).

As tutelas antecipada e cautelar são incompatíveis com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que, em razão da urgência que cerca tais tutelas, elas não devem demandar tempo, sendo fundadas em uma cognição sumária²⁰, ou seja, cognição menos aprofundada em sentido vertical, razão pela qual é imprescindível a verificação dos pressupostos da tutela final, quais sejam, dano, inadimplemento, probabilidade do ilícito, ilícito já praticado etc. (MARINONI, 2017).

Quem decide com base em *fumus boni iuris* não tem necessariamente conhecimento pleno e total dos fatos nem soluções jurídicas aplicáveis ao caso e, portanto, ainda não precisa ter formado plena convicção quanto a qual seja o direito aplicável. Justamente por isso é que, por ocasião do exame do pedido de tutela provisória, em princípio nada se decide acerca do direito da parte. (TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 881).

Destarte, não é necessário para a concessão da tutela urgência, seja ela satisfativa ou cautelar, o juízo de certeza, mas, sim, o de verossimilhança, “[...] efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623).

O segundo requisito exigido reside no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, equivalente ao antigo *periculum in mora* e que pode se expressar “à luz do seguinte dilema: ou se antecipa a proteção à pretensão mesma (total ou parcialmente, na medida do que se tem por imprescindível à

²⁰ Verifica-se que a liminar “*inaudita altera pars*”, quando justificada pela urgência que demanda o caso concreto, não violará o contraditório, haja vista ser fundada em cognição sumária, conforme Agravo de Instrumento n. 3000010-03.2017.8.26.000 (SÃO PAULO, 2017).

sobrevivência da pretensão), ou essa pretensão perece” (ORIONE NETO, 2002, p. 139).

A prova da probabilidade do direito deve, sim, existir, porém, o diferencial para concessão da medida antecipatória é o segundo pressuposto mencionado pelo caput do artigo, ou seja, o risco ao resultado útil do processo, equivalente ao antigo *periculum in mora* ou também denominado “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, de modo que,

[...] quanto maior o *periculum* demonstrado, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional (WAMBIER, 2015 apud FAVINI; SOUZA, 2015, p. 5).

O denominado *periculum in mora* equivale ao que a doutrina chama de “conceito jurídico vago ou indeterminado”, pois não possui conteúdo perfeitamente definido ou delimitado, ficando “[...] na dependência de interpretação flexível do juiz ajustada à natureza das coisas, segundo as circunstâncias do caso concreto” (LOPES, 2001, p. 61).

Além disso, não há critérios rígidos para determinação do que seria dano de difícil reparação, motivo pelo qual deve o juiz “[...] guiar-se pelas máximas de experiência, pelo bom senso e pela equidade” (LOPES, 2001, p. 61).

[...] o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). (ZAVASKI, 2009, p. 78).

Nesse mesmo sentido, “ou a medida é concedida quando pleiteada ou, depois, de nada mais adiantará a sua concessão. O risco da demora é o risco da ineficácia” (TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 882). A possibilidade de futuro ressarcimento pecuniário ao autor não afasta a caracterização do pressuposto, devendo-se considerar a utilidade específica do bem de vida pretendido, o que pode ser observado, por exemplo, nas ações requerendo o fornecimento de medicamentos ou a concessão de uma cirurgia. Os reparos que poderão ser feitos por simples ressarcimento no futuro não serão adequados, visto consistirem em direito sem conteúdo patrimonial ou em que esse conteúdo não constitui a utilidade principal almejada pelo postulante (TALAMINI; WAMBIER, 2016).

Mesmo que a probabilidade do direito invocado não seja tão robusta, se comprovado o perigo na demora na prestação jurisdicional, a tutela deverá ser concedida, haja vista que, na tutela de urgência, o importante é evitar o dano irreparável ou de difícil reparação. Quanto maior o perigo demonstrado, mais facilmente deverá ser concedida a tutela e menor poderá ser o *fumus exigido*.

Preenchidos os requisitos, caberá ao magistrado responsável pelos autos a concessão da medida postulada:

Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da medida, pois tem o dever de concedê-la, não tendo ele o poder discricionário para seguir caminho diferente deste. (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 300).

Também importante mencionar outro requisito indiretamente evidenciado, qual seja, o perigo de irreversibilidade da medida, cuja previsão, no § 3º do artigo 300 da lei processualista, dispõe que “a tutela de natureza

antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” (BRASIL, 2015).

Referido pressuposto negativo visa “inibir a antecipação da tutela no caso do que é comumente chamado de ‘periculum in mora inverso’” (BUENO *et al.*, 2016, p. 255). Do mesmo modo, quando,

Para restaurar o status quo, se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625).

A tutela exige o pressuposto negativo da irreversibilidade, anotando, porém, a relatividade do conceito de reversibilidade e a possibilidade de que, em certos casos, apresente-se uma irreversibilidade recíproca, o que implica “subsunção” dos efeitos antecipados em caso de procedência do mérito da demanda. Ademais, em caso de improcedência, os efeitos da tutela antecipada serão cassados e o status quo ante será restabelecido, com a consequente responsabilização do autor pelos prejuízos que a efetivação causar ao demandado (CARNEIRO, 1999).

Ocorre que é necessário analisar a constitucionalidade do referido ordenamento jurídico, pois a vedação da concessão da tutela não deve prevalecer nas situações em que o dano ou o risco a ser evitado ou minimizado é mais importante para o requerente que para o requerido. Nesses casos, deve-se aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade²¹, afastando-se o rigor literal do dispositivo.

²¹ A doutrina alemã divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação busca verificar se a medida empregada é o meio certo para alcançar o fim almejado (DIDIER JÚNIOR, 2007), consistindo, portanto, na “idoneidade da medida para produzir o resultado visado” (BARROSO, 2010, p. 260). Por sua vez, o subprincípio da necessidade consiste na verificação de inexistência de meio menos gravoso para a

Casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança.

Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador – entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente legítima. (SILVA, 1996, p. 142 apud THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 626).

Como forma de exemplificar, tem-se a situação na qual mercadoria perecível é retida na alfândega para exame sanitário quando os fiscais estão em greve. Nessa situação, imbuído do princípio da proporcionalidade, deverá o juiz analisar se a mercadoria não deverá ser liberada, tornando-se imprestável, ou se deverá ser liberada independentemente de exame sanitário, podendo ser comercializada sem esta precaução (ZAVASCKI, 1996 apud CARNEIRO, 1999).

Enfim, para que haja a concessão das medidas antecipatórias da tutela de urgência, devem estar presentes os requisitos da probabilidade do direito e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação²², sendo necessário, ainda, observar o requisito negativo da reversibilidade.

2.1.1.2 Espécies de tutela de urgência

Os estudos realizados mostraram que o surgimento das tutelas de urgência ocorreu com o fim de evitar a perda ou

obtenção do que é visado. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, equivale à análise realizada pelo juiz sobre qual das normas conflituosas deverá prevalecer no caso concreto.

²² Relativo ao tema, a decisão exposta no Agravo de Instrumento n. 0022513-15.2015.4.03.000 foi proferida no sentido de que, para concessão da tutela provisória de urgência, “é mister a demonstração dos requisitos da plausibilidade das alegações ou probabilidade do direito, além da demonstração do perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, consoante o disposto no art. 300 do CPC/2015” (BRASIL, 2017).

deterioração do direito do requerente, seja em decorrência do decurso do tempo ou por outro meio lesivo. Também permitiram entender que as tutelas de urgência são procedimentos de ritos especiais, mais ágeis e aptos a antecipar, durante a tramitação do processo, o objeto da ação, até que seja proferida a sentença, dividindo-se, atualmente, em duas modalidades: tutela cautelar e tutela antecipatória.

Esses provimentos correspondem às tradicionais medidas de urgência, conservativas (cautelares) e satisfativas (antecipatórias), e destinam-se a combater o perigo de dano que possa ser gerado em razão do tempo necessário para cumprimento das etapas do devido processo legal,^{23, 24} de modo que a tutela de urgência depende da premência do tempo, ao contrário da tutela de evidência (THEODORO JÚNIOR, 2016).

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se existe referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. (MARINONI, 1999, p. 93).

²³ O princípio do devido processo legal consiste na garantia dada pela Constituição Federal aos cidadãos de que, na solução de seus conflitos, serão obedecidos os mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme estabelecido em lei (PORTANOVA, 2008).

²⁴ De modo semelhante, “não se pode pensar *due process of law* só como preservação do rito, ‘como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo” (LACERDA, 1983, p. 10 apud PORTANOVA, 2008, p. 146).

Pode-se dizer que há uma zona de fronteiras entre as funções das tutelas de urgência:

Conquanto por técnicas distintas (uma visa proteger para permitir uma futura satisfação, enquanto outra satisfaz desde já para proteger), é evidente que ambas representam dois lados da mesma moeda, daí se dizer que a tutela de urgência pode assumir função conservativa (acautelatória) ou antecipatória dependendo do caso. É interessante observar que, por vezes, é difícil definir se a tutela visa à cautela ou à antecipação. Tome-se, como exemplo, a sustação de protesto que, se de um lado apresenta nítido caráter acautelatório, de outro, parece antecipar um dos efeitos que adviria com a fruição da tutela buscada a final. Há, nesses casos, uma evidente zona de fronteira entre tais funções – conservativa e antecipatória – no âmbito das tutelas de urgência, porém, isso não quer significar que sejam coisas distintas. Não são. Ambas são tutelas de urgência, cada qual desempenhando uma função predominante. (RIBEIRO, 2010, p. 87).

Desse modo, as tutelas de urgência são reavivadas quando se está diante de um risco plausível na efetivação da tutela jurisdicional, implicando o dever de realizar medidas para garantir a execução o ou antecipar os efeitos da sentença, sob pena de impossibilidade de execução futura do direito litigioso.

Nas ações postulando o fornecimento de medicamentos, pelo ente público, percebem-se situações nas quais o direito à saúde da parte requerente encontra-se em risco. Contudo, tal direito está acobertado pelo perigo de dano que pode ser gerado em caso de demora na prestação da tutela jurisdicional, motivando a antecipação e conseqüente satisfação do direito.

Abordados esses aspectos gerais, passa-se à análise das modalidades da tutela de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar.

2.1.1.2.1 Tutela antecipada

A tutela provisória possui três classificações diferentes, consistentes no fundamento, no momento e no elemento artificial²⁵ (BUENO *et al.*, 2016).

Pautada no elemento artificial, a tutela poderá ser antecipada ou cautelar, subdividindo-se, estas espécies de tutela, quanto ao momento em que são concedidas, podendo, desta forma, pautarem-se em tutela antecedente ou incidental.

Como visto, a tutela antecipada possui natureza satisfativa, de modo que ela antecipada, no todo ou em parte, o que foi pedido pelo autor na peça exordial.

Quando requerida com antecedência, será fundada em urgência e requerida antes do início do processo, em procedimento próprio, descrito nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil. Poderá, também, ser postulada incidentalmente, situação na qual será requerida ao longo do processo, podendo, inclusive, ser solicitada na petição inicial (BUENO *et al.*, 2016).

Concernente à tutela antecedente, o art. 303 do Código de Processo Civil dispõe que, em sendo a urgência contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se postula e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015).

Deferida a tutela, ao autor caberá aditar a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, complementando sua argumentação, juntando os novos documentos e confirmando o pedido de tutela final. Deve, ainda, ser determinada a citação e

²⁵ Como já demonstrado no item 2.1. do capítulo 2, concernente ao fundamento, ela pode ser de urgência ou de evidência; quanto ao elemento artificial, a distinção ocorre em tutela antecipada e tutela cautelar.

a intimação do réu para audiência de conciliação e mediação e, em não havendo autocomposição, iniciar-se-á o prazo para apresentação de contestação²⁶ (BRASIL, 2015).

Caso o requerente não emende a petição inicial, a demanda será extinta sem resolução de mérito, haja vista que o requerente estará

manifestando seu desinteresse em prosseguir com o feito, provavelmente porque a medida concedida já satisfizes sua situação de urgência. Por outro, deve-se aguardar a postura do réu, pois, caso esse recorrer, seu recurso estará prejudicado, contudo, evitará a estabilização. (LOURENÇO, 2017, p. 255).

Do caput do artigo 304 da lei processualista, extrai-se a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente “[...] se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, o que ocasionará a extinção do processo sem resolução de mérito^{27, 28, 29} de acordo com o § 1º do referido artigo (BRASIL, 2015).

Ressalta-se que, no mandado de citação e intimação do requerido, deve constar, expressamente, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida, em observância

²⁶ No caso do inciso II, a parte requerida será citada acerca do início do processo que se deu com a petição inicial da tutela antecipada antecedente e intimada sobre a concessão da tutela e a audiência de conciliação ou de mediação, nos termos do artigo 334 do mesmo ordenamento jurídico (BUENO *et al.*, 2016).

²⁷ No que concerne ao recurso cabível para evitar a estabilização da tutela antecipada, ressalta-se que não há unanimidade quanto ao recurso exigido, ao passo que se deve interpretar a exigência de recurso em sentido estrito, não sendo suficiente “a contestação, os embargos de declaração ou a suspensão da medida liminar” (LOURENÇO, 2017, p. 255).

²⁸ A necessidade de interposição de recurso é contrária ao desejo de reduzir a quantidade de recursos nos tribunais da federação; como forma de contrariar a estabilização, seria cabível a apresentação de contestação, haja vista que esta também demonstra oposição em relação à concessão da tutela sumária (MONTENEGRO FILHO, 2016).

²⁹ De acordo com o Enunciado n. 582, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, a estabilização da tutela antecipada deferida contra a Fazenda Pública é perfeitamente cabível (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016).

aos princípios do contraditório e da boa-fé objetiva (LOURENÇO, 2017).

Contudo, a doutrina permanece em dúvida quanto à estabilização, ou seja, se esta ocorrerá somente na falta de recurso apropriado para seu reexame. Para alguns doutrinadores, deveria ocorrer a interpretação ampliativa do caput do artigo 304, uma vez que “qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência [...]” de tal dispositivo (BUENO *et al.*, 2016, p. 261-262).

Tal entendimento é plausível porque diversas situações são possíveis: o réu poderá não recorrer, mas comparecer à audiência de conciliação ou de mediação; poderá manifestar-se nos autos pugnando a revogação da tutela provisória concedida; poderá dar-se por citado e, independentemente da referida audiência, contestar etc. (BUENO *et al.*, 2016).

Desse modo, a estabilização da tutela necessita não só do comportamento comissivo do autor, mas, também, do comportamento omissivo do réu, razão pela qual a mera manifestação do requerido nos autos impossibilitará que a tutela se estabilize (BUENO *et al.*, 2016).

Consigna-se, ademais, que a estabilização da tutela antecedente não se confunde com a coisa julgada, pois, conforme os §§ 2º e 6º do artigo 304, é concedida em cognição sumária, podendo ser afastada apenas por meio de decisão judicial em ação autônoma que a revir, reformar ou invalidar, devidamente proposta dentro do prazo decadencial de dois anos, contados a partir da decisão que extinguiu o processo³⁰ (LOURENÇO, 2017).

³⁰ Ressalta-se que, da decisão da ação autônoma que revir, reformar ou invalidar a decisão que estabilizou a tutela antecipada, é cabível a interposição do recurso de

Ressalta-se, por fim, que, havendo a estabilização, esta será irreversível, não cabendo ingresso de ação rescisória com o fim de desfazê-la³¹ (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016).

De outro modo, a tutela antecipada incidental, instituto que já possuía previsão no Código de Processo Civil de 1973, “não apresenta dificuldades, uma vez que será feito por simples petição nos autos”, devendo o requerente comprovar a existência dos requisitos legais exigidos³² (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 657).

Requerida a tutela, proceder-se-á à audiência, cumprindo o mandamento constitucional da ampla defesa e do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O artigo 300, § 2º, do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de ser concedida, liminarmente ou após justificação prévia, a medida de urgência (BRASIL, 2015). A regra geral é a oitiva prévia da parte requerida, porém, a liminar inaudita altera parte é justificada quando o risco de dano for imediato e sua coibição não permitir aguardar o contraditório. Em tais casos, ocorre a postergação do contraditório, e não a privação deste direito, porquanto, deferida a medida liminar, assegurar-se-á o direito de defesa ao requerido, podendo o juiz manter, revogar ou modificar o provimento de urgência (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Em razão do exposto, e com fulcro no artigo 295 do Código de Processo Civil, a tutela provisória requerida em caráter incidental, ou seja, no curso do processo que está em

apelação, tendo em vista que consiste em sentença terminativa, nos termos do artigo 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

³¹ O Enunciado n. 33 do Fórum de Processualistas Cíveis dispõe que “não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência” (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016, p. 12).

³² Vide item 2.1.1.1.

andamento, independe do pagamento de custas, haja vista que seguirá no processo principal.

Verifica-se, então, quanto ao momento de concessão da tutela, que o Novo Código de Processo Civil manteve a medida provisória incidental, conforme já previa o código processualista revogado, fazendo, porém, alusão à tutela requerida em caráter antecedente. Também passou a prever um rito próprio para sua tramitação, dispondo acerca da possibilidade de estabilização do referido instituto, com a conseqüente extinção, sem resolução de mérito do processo, se estabilizada a decisão que concedeu a medida.

2.1.1.2.2 Tutela cautelar

Caso os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio eficaz de assegurar a conservação do estado das pessoas, coisas e provas, haveria o risco de a prestação tornar-se inócua, o que levou à necessidade de criação das cautelares (THEODORO JÚNIOR, 2006).

Na Lei n. 5.869/1973, referente ao revogado Código de Processo Civil, existia um livro que tratava das cautelares, disciplinando as formas de medidas cautelares possíveis por meio de um procedimento apartado e autônomo, que visava assegurar e conservar o direito perecível postulado no processo principal. Desse modo, eram necessários dois autos para efetivação do direito postulado: o primeiro consistia no processo de conhecimento, enquanto o segundo era regido pelo procedimento cautelar, gerando, assim, uma ação cautelar³³ (THEODORO JÚNIOR, 2006).

³³ O processo cautelar tratava-se de um processo contencioso, mas que possuía função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, ou seja, para proteger o direito requerido, dirigindo-se, portanto, “à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa

O Código de Processo Civil de 2015 acertadamente reconheceu isso e extinguiu a autonomia do processo cautelar. Convém frisar: o novo Código de Processo Civil não prevê um processo cautelar autônomo e prevê que a tutela cautelar poderá ser deferida, uma vez preenchidos os requisitos, antes ou no curso do (único) processo. Não se cogita mais dois processos: um cautelar e outro principal; a tutela será sempre considerada no processo dito “principal”, seja na forma antecedente ou incidental. (RIBEIRO, 2016 apud FEIJÃO, 2016, p. 1).

Com o advento da nova lei processual, a tutela cautelar deixou de exigir um processo autônomo e apartado, passando a integrar e completar as tutelas provisórias de urgência, conforme depreende-se de seu artigo 294, parágrafo único (BRASIL, 2015).

A tutela cautelar propõe-se a dar efetividade à jurisdição e ao processo, tendo, como razão de ser, apenas a função de atuar no ordenamento jurídico, protegendo o direito, não o processo, e podendo ser utilizada somente como instrumento capaz de assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou de resguardar uma situação jurídica tutelável (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Nesse sentido, o que define a cautelaridade da tutela não é a provisoriedade ou a situação de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas, sim, sua função diante do direito material, haja vista que seu escopo consiste unicamente em assegurar o direito, razão pela qual a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte cujo direito é posto em perigo de dano.

O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera

maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 23).

técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 77).

Como já exposto, o Código de Processo Civil unificou os requisitos necessários para concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar, de sorte que, atualmente, não é mais cabível a antiga discussão acerca dos requisitos necessários para concessão de um ou de outro (BUENO *et al.*, 2016).

Ao uniformizar o regime aplicável às medidas cautelares e às satisfativas³⁴, o atual código processualista conservou o poder geral de cautela, tornando-o pertinente não apenas às medidas cautelares, mas a todos os provimentos provisórios, conforme depreende-se da leitura do artigo 297 do mencionado ordenamento jurídico³⁵.

O Código de 1973 previa a existência de medidas cautelares típicas e atípicas, sendo que estas últimas conferiam ao juiz o poder geral de cautela, o qual consistia na permissão para criação de providências cautelares não previstas em lei, havendo, assim, diferenciação entre o “poder geral de cautela”³⁶.

³⁴ Muitas vezes, via-se a dificuldade em distinguir as medidas cautelares das medidas satisfativas, de modo que requerendo uma, concluía-se que a outra deveria ter sido postulada. Visando distinguir as referidas medidas, tem-se que só é possível a diferenciação levando-se em conta a regra da *nulla executio sine titulo*, a qual esclarece: nos casos em que a execução precede a declaração, há execução cautelar, haja vista não serem colocados em funcionamento os meios executivos para satisfazer um direito já declarado, mas, sim, para resguardar um direito que pode chegar a ser declarado em fase processual ulterior (CALAMANDREI, 1936 apud MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

³⁵ Art. 297. CPC. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (BRASIL, 2015).

³⁶ O poder geral de cautela, que visa garantir a efetividade do processo, consistia na possibilidade de o juiz, verificando o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse lesão grave e de difícil reparação ao direito de outrem, determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas ao resguardo desse direito (THEODORO JÚNIOR, 2006).

³⁷ e o “poder específico de cautela”³⁸. Ocorre que, no atual sistema processual, não há mais tal diferenciação, falando-se apenas em poder de cautela e gerando economia de legislação (COSTA, 2016).

Assim, a tutela cautelar visa assegurar e proteger o direito postulado no processo, não significando, porém, que esteja vinculada ao reconhecimento do direito material a ser tutelado, pois é prestada para a eventualidade de reconhecimento do direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Ressalta-se que o parágrafo único do artigo 305 prevê a possibilidade de, entendendo o magistrado pela natureza antecipada do pedido formulado, reconhecer a fungibilidade, facilitando o acesso à justiça e resguardando a eficácia jurisdicional em detrimento das formalidades da lei (BRASIL, 2015).

A tutela cautelar supõe a ameaça de dano à tutela repressiva, não tendo sido criada com o intento de exercer função preventiva, e pressupõe, para seu requerimento, a transgressão do direito objeto da tutela jurisdicional final, bem como a demonstração de que esta violação poderá provocar um dano iminente no transcorrer do processo (DI MAJO, 1993 apud MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 90).

Ressalta-se que, no atual ordenamento jurídico, assim como a tutela antecipada, a tutela cautelar pode ser incidental ou antecedente. Quanto requerida em caráter antecedente, possui previsão nos artigos 305 a 310, sendo “[...] quase uma cópia do processo cautelar antecedente (também chamado de

³⁷ É um poder atribuído ao juiz, autorizando a concessão de medidas cautelares que não estão descritas em lei e buscando evitar a proteção de situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar (CÂMARA, 2006).

³⁸ O poder específico de cautela consiste na determinação, pelo magistrado, das providências típicas ou nominadas, cujas condições e procedimentos encontram-se especificamente prefixados pelo Código (THEODORO JÚNIOR, 2006).

preparatório) do CPC de 1973, com meros aprimoramentos redacionais” (BUENO *et al.*, 2016, p. 264).

Quando se tratar de tutela de urgência, o deferimento da liminar, de plano, sem a ouvida do réu, deve ficar restrito às hipóteses em que se possa constatar, sem dificuldades, a verossimilhança do alegado e a extrema urgência, quando ou não haja tempo hábil para ouvir o réu, ou disso possa resultar perigo para a eficácia da medida. (GONÇALVES, 2016, p. 770).

Como exemplo, citam-se as ações em que se postula a declaração de inexistência de débito e a consequente exclusão de negativação em órgão de restrição ao crédito, nas quais há a necessidade de se assegurar o resultado prático do processo principal, prestação jurisdicional que importará na manutenção do direito postulado na demanda até o seu provimento final³⁹.

2.1.1.3 Da tutela de urgência contra a Fazenda Pública

No que tange à tutela provisória, o artigo 1.059 do Código de Processo Civil consagra regras restritivas quando a medida for requerida em detrimento do ente público. Tais regras estão previstas nos artigos 1º a 3º da Lei n. 8.437/1992 e no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009⁴⁰, hipóteses em que se aplica a

³⁹ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no AI n. 1.0567.15.012458-2/001, entendeu que “a finalidade da medida cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução”, de modo que, presentes os requisitos exigidos pela lei, como a comprovação da existência da plausibilidade do direito por ela afirmado e a irreparabilidade ou difícil reparação de dano a esse direito caso se tenha que aguardar o trâmite normal do processo (MINAS GERAIS, 2016).

⁴⁰ Aplicando a restrição, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu decisões nos Agravos de Instrumento n. 0032005-76.2016.8.24.0000 e n. 0008867-80.2016.8.24.0000, ambos provenientes da Comarca de Blumenau, por meio dos quais servidor público requer a incidência do imposto de renda sobre a verba denominada “indenização por regime especial de trabalho policial civil”, em razão da previsão feita no artigo 1º da Lei n. 8.437/1992 e do artigo 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, normas que permanecem em vigor em razão do previsto no artigo 1.059 do Código de Processo Civil vigente (SANTA CATARINA, 2016).

chamada “suspensão de segurança” (BRASIL, 1992; 2009; 2015).

Em que pese a existência destas e de outras restrições, entende-se por bem não as estudar com grande afinco em razão da desnecessidade para a continuidade do presente trabalho acadêmico, o qual tem, por objetivo precípuo, a análise da tutela de urgência nas ações de medicamentos, sopesando-se, portanto, apenas as hipóteses inerentes à dita situação.

O caput do artigo 1º da Lei n. 8.437/1992 assim dispõe sobre a concessão de medidas cautelares em face dos atos do Poder Público:

Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (BRASIL, 1992).

Esta restrição conduz ao que vem disposto na Lei n. 12.016/2009, já estando, portanto, suficientemente albergada pela remissão àquele dispositivo (BUENO *et al.*, 2016).

O § 3º do referido artigo dispõe que “não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”, coibindo a concessão de liminar que finde o objeto pretendido na ação contra a Fazenda Pública e impossibilitando a aplicação da tutela de evidência, por meio da qual o magistrado antecipa os efeitos da tutela definitiva visto já estarem evidentes os fundamentos fáticos e/ou jurídicos do pedido (BRASIL, 1992).

Ocorre que, nos termos do Enunciado n. 35, do Fórum de Processualistas Civis, “as vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência”, é cabível a concessão da medida liminar

em face da Fazenda Pública (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016, p. 12). Deve-se, porém, ser observado o disposto no artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, acerca dos casos em que as vedações legais são aplicáveis, razão pela qual a concessão da tutela não poderá acarretar pagamento ou expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (DUARTE JÚNIOR, 2016).

A depender dos valores envolvidos no caso concreto, o direito mais evidente e mais carente de tutela deve ser tutelado ainda que de maneira satisfativo, isto é, ainda que 'esgotando o objeto da ação. (BUENO *et al.*, 2016, p. 270).

Tal entendimento vai ao encontro do disposto no Enunciado n. 419, no qual o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis afirma que a regra proibindo a tutela provisória com efeitos irreversíveis não é absoluta, pois visa garantir o acesso efetivo à justiça (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016).

Por sua vez, o artigo 3º da Lei n. 8.437/1992 traz a proibição de a sentença proferida produzir imediato efeito que “[...] importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional”, seja porque a apelação terá efeito suspensivo ou porque ela está sujeita à remessa necessária⁴¹ (BRASIL, 1992).

Essas restrições abrangem, sobremaneira, as medidas que causam impacto pecuniário à Fazenda Pública e que podem ser de difícil reversão de efeitos em caso de revogação da providência de urgência (RODRIGUES, 2016).

⁴¹ A remessa necessária encontra amparo no artigo 496 do Código de Processo Civil, o qual resguarda, em seu inciso I, que a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, necessitando, portanto, de confirmação pelo tribunal para que produza efeito (BRASIL, 2015).

Todavia, há divergência doutrinária quanto à possibilidade de antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, de sorte que doutrinadores como Conte e Ganesini defendem o entendimento minoritário, para o qual a concessão da medida antecipatória contraria o duplo grau de jurisdição⁴² e a regra constitucional do precatório⁴³ (RODRIGUES, 2016).

De outro norte, alguns autores ponderam que os institutos do precatório e do reexame necessário não são óbices à antecipação da tutela, principalmente porque, quanto ao último, não há que se falar em reexame necessário de decisão interlocutória determinando o cumprimento de uma obrigação pelo ente público. Ressaltam, também, que a regra do precatório exige expressamente o trânsito em julgado para a expedição da medida. Por outro lado, embora não se possa antecipar a tutela quando se tratar de pedido em dinheiro, nada impede a imposição de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa diversa de pecúnia ao requerente (CUNHA, 2009).

Considerando a cognição sumária que cerca a tutela provisória, em que pese o risco de a decisão vir a ser modificada em momento posterior, o impacto por ela gerado poderá ser irreversível ou causar grande ônus à Fazenda. Vale ressaltar que essas limitações não se fundam em mero capricho e não ofendem a igualdade material, haja vista consistirem em uma medida capaz de trazer consequências à efetivação de políticas públicas em virtude do dispêndio de recursos públicos para sua implementação (RODRIGUES, 2016).

A restrição feita pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil à tutela provisória agride o acesso à justiça garantido pelo

⁴² O art. 496 do Código de Processo Civil traz as hipóteses em que haverá, obrigatoriamente, o duplo grau de jurisdição, situações em que a sentença não produzirá efeito imediato, senão depois de confirmada pelo tribunal (BRASIL, 2015).

⁴³ Em linhas gerais, esta regra consiste na observância da ordem cronológica para pagamento a ser realizado pelos entes públicos.

artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XXXV⁴⁴, pois, “mesmo nos casos em que as regras buscam menos que restringir, apenas limitar sua concessão, há inconstitucionalidade” (BUENO *et al.*, 2016, p. 273).

Nos casos em que há o pedido de insumo com o fito de resguardar o direito à saúde, comprovadas as necessidades vitais e urgentes do fornecimento do medicamento pelo ente público, não existem óbices para o não deferimento da tutela antecipada, visto que, existindo prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verdade das alegações e havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação, o magistrado não encontrará empecilhos para a não decretação do fornecimento da medicação⁴⁵.

O direito à saúde, é claro, deverá ser sempre que possível atendido. O fato se encontra (e tormentoso, por sinal) na necessidade de socorrer do Estado para exercitar tal direito, caso contrário, se todos, mesmo aqueles que não necessitassem do socorro a essa via, delas se agarrassem, a falência do Estado seria inevitável. Adrede a essa conflituosidade, o julgador deve perquirir acerca da imediatidade do dano (estado de saúde, gravidade da doença, prontidão do atendimento à enfermidade) e das condições da medida. (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 153).

⁴⁴ Art. 5º. CF Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] (BRASIL, 1988).

⁴⁵ Nesse sentido, o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu, no Agravo de Instrumento n. 0020129-27.2016.8.24.0000, que, “caracterizados o risco à integridade física do agravado e a responsabilidade do Município agravante em prover os meios de acesso à saúde, inexistente óbice à antecipação dos efeitos da tutela para a concessão do medicamento indicado em favor de pessoa necessitada, nos precisos termos do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 300 do NCPC)” (SANTA CATARINA, 2016).

Outrossim, caso não houvessem os requisitos exigidos pelo artigo 273 do antigo Código de Processo Civil, e que hoje se encontram previstos no artigo 300 da lei processualista, inevitavelmente o Estado iria à falência, porquanto, “qualquer que fosse o problema, as pessoas iriam se socorrer do Estado, e as que realmente necessitam de um atendimento maior ficariam desatendidas” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 167).

Se é vedada a antecipação da tutela em face do Estado nos casos previstos na Lei n. 9.494/1997, cuja correspondência ocorre no artigo 1.059 do Código de Processo Civil, infere-se que, nas hipóteses não alcançadas por essa vedação, desde que preenchidos os requisitos autorizadores para concessão da medida, é possível deferir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública (CUNHA, 2009). Na mesma toada, têm-se os entendimentos da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao proferir decisão no Agravo de Instrumento n. 1.0000.16.035284-5/001, e do Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Agravos Regimentais nos Agravos em Regime Especial n. 420.158/PI⁴⁶ e n. 605.482/RS⁴⁷.

Como se observa, é majoritário o entendimento quanto a ser cabível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos não abarcados pela vedação expressa na Lei n. 9.494/1997.

⁴⁶ De acordo com o AREsp 420.158/PI, “é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública para obrigá-la a custear cirurgia cardíaca a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo determinar o bloqueio de verbas públicas. O direito fundamental, nestes casos, prevalece sobre as restrições financeiras e patrimoniais contra Fazenda Pública” (BRASIL, 2013).

⁴⁷ ⁴⁷ No AREsp n. 605.482/RS, o Superior Tribunal de Justiça proferiu: “[...] este Superior Tribunal tem admitido ser possível a execução provisória em face da Fazenda Pública para determinar a reintegração (e consequente reforma) do servidor, visto que não se trata de inclusão em folha de pagamento, mas de retorno de quem nela já se encontrava” (BRASIL, 2015).

Em que pese a existência de entendimentos tanto para a concessão da medida antecipatória contra a Fazenda Pública quanto para a não concessão, verifica-se que é preciso sopesar a necessidade da antecipação, uma vez que, embora o impacto gerado pela antecipação da tutela possa ser irreversível em momento posterior, sua não concessão poderá causar grave dano ao direito do requerente, inclusive com o risco de vir a ser inútil disponibilizá-la em momento posterior.

3 DIREITO A SAUDE

Tecidos os devidos comentários acerca da tutela provisória, faz-se necessário realizar algumas explicações acerca do direito à saúde, assunto elementar para o ingresso no tema central deste trabalho monográfico.

Tratar-se-á, portanto, do caráter de direito fundamental que cerca o direito à saúde, além dos princípios basilares deste direito, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da reserva do possível, da universalidade, da equidade e da proporcionalidade. Ainda, em decorrência do crescente número de ações que visam resguardar este direito, torna-se forçoso tratar, também, da inevitabilidade de judicialização deste direito.

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, direito social constitucionalmente garantido que integra o direito à vida, é resguardado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, em cujo bojo se garante, a todos os brasileiros e estrangeiros, a inviolabilidade do direito à vida. Tal prerrogativa é reafirmada no artigo 196 da Carta Magna, do qual se extrai que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, sendo de acesso universal e igualitário (BRASIL, 1988).

Desse modo, “o Estado assume a responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde e o faz por via de normas infraconstitucionais” (CASTRO, 2005, p. 1).

A Lei n. 8.080/1990 dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como acerca da organização e funcionamento dos serviços correspondentes, regulamentando o Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu

artigo 2º, a referida Lei complementa a Carta Magna ao sustentar que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

A tutela do direito à saúde apresenta duas faces, uma de preservação da saúde, que se relaciona às políticas de redução de risco de uma determinada doença, e a outra de proteção à saúde, que consiste em um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa (CASTRO, 2005).

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. (ORDACGY, 2007, p. 1).

Devido à criação do SUS, estabeleceu-se uma divisão de tarefas no que concerne ao fornecimento de medicamentos, ficando a cargo dos Municípios o provimento de medicamentos básicos, aos Estados, as medicações consideradas extraordinárias, e à União, os insumos excepcionais (CASTRO, 2005).

No entanto, ainda que seja dever dos entes públicos o fornecimento de medicamentos e tratamentos não fornecidos pelo SUS, a precariedade do sistema público ocasionou a judicialização da saúde, possibilitando que os cidadãos ingressem com demandas no sentido de ver garantido o seu direito à vida e à saúde.

3.2 DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O século XVIII é considerado o maior expoente dos direitos fundamentais, haja vista que a Declaração de Virgínia,

de 12 de janeiro de 1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno, manifestando a liberdade, a igualdade e a independência entre os homens, assim como a titularidade do poder nas mãos do povo, a liberdade de imprensa e de manifestação religiosa (MELLO, 2005; SILVA, 2013).

Entretanto, foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da Revolução Francesa, que se proclamou o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, direitos que mais tarde viriam a ser classificados como de primeira, segunda e terceira gerações, valores que se encontram nas disposições constitucionais contemporâneas e visavam a universalidade dos direitos do homem (MELLO, 2005; SILVA, 2013).

A contribuição do lema da Revolução Francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas constituições. A Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, foram os primeiros ordenamentos jurídicos a trazerem, de forma expressa, os direitos sociais, criando o Estado da Democracia Social, que representou a defesa da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007).

Com a preocupação de ver os direitos fundamentais do homem resguardados, sentiu-se a necessidade da criação de uma declaração capaz de “defender os direitos tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais” (SILVA, 2013, p. 165).

Por essa razão, a Organização das Nações Unidas adotou, em 1948, a Declaração dos Direitos Humanos⁴⁸, a qual,

⁴⁸ Esse documento “é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano” (BONAVIDES, 2007, p. 578).

no bojo de seus trinta artigos, reconheceu a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e como alicerce da liberdade, da justiça e da paz, resguardando, também, o ideal democrático, o direito de resistência à opressão e a concepção comum desses direitos. Entre seus artigos 1º e 21, foram assegurados os direitos e garantias individuais, dos quais decorre o direito à saúde, e, entre os artigos 22 e 28, os direitos sociais do homem⁴⁹ (ONU, 1948).

Pode-se dizer que os direitos fundamentais consistem nos direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, sendo os direitos do homem livre e isolado, direitos que o cidadão possui em detrimento do Estado (SCHMITT, 1954 apud BONAVIDES, 2007).

Nesse diapasão, em 1979, Karel Vasak criou uma classificação dos direitos fundamentais, reintroduzindo o lema revolucionário do século XVIII – “liberté, égalité et fraternité” – que rapidamente se alastrou como fundamento da vida social organizada e de respeito ao ser humano (SLAIBI FILHO, 2009).

A primeira geração de direitos humanos consistia nos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. Por sua vez, a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade. Já a terceira geração representava os direitos de solidariedade, especialmente o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, resguardando o direito à fraternidade (PIOVESAN apud LIMA, 2003).

⁴⁹ Outro importante documento que resguarda os direitos humanos é a Declaração Americana de Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de San Jose da Costa Rica”, adotado em 1969, que busca consolidar, entre os países americanos, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, respeitando os direitos humanos essenciais (BRASIL, 2009).

Dentre os direitos fundamentais, encontram-se o direito à liberdade, à segurança, à igualdade, à educação, à moradia, ao trabalho, ao voto, à saúde etc.^{50,51}

Por estar intimamente ligado ao direito à vida, porquanto é um dos principais componentes deste direito, a saúde é direito de primeira geração, ou seja, são os individuais, nascidos e caracterizados pela titularidade individual de cada ser humano (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000 apud SCHWARTZ, 2001). O direito à saúde, consiste, portanto, em um direito absoluto, razão pela qual irrenunciável, intransmissível, indisponível e extrapatrimonial (COSTA, 1997 apud SCHWARTZ, 2001).

Por exigir, também, prestações positivas do Estado no sentido de garantia e efetividade da saúde, sob pena de ineficácia do direito, o direito à saúde é reconhecido pelo artigo 6º da Constituição Federal como direito de segunda geração (BRASIL, 1988).

Com a Carta Magna de 1934, foi inaugurado no Brasil o Estado social, passando-se a disciplinar os direitos sociais com o fim de melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, direitos estes que foram aprimorados pela Constituição de 1946 (SLAIBI FILHO, 2009).

Entretanto, foi apenas com a chamada Constituição Cidadã, de 1988, que o Brasil positivou os direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, elevado à condição de direito fundamental do homem. Ao consagrar, no artigo 5º, § 1º, da

⁵⁰ A discussão acerca destes direitos é muito ampla, de modo que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quanto ao direito à educação, proferiu decisão na Apelação Cível n. 2010.042443-8 no sentido de que “o direito à educação é um dos mais sagrados direitos sociais, porquanto a própria Constituição lhe confere o ‘*status*’ de direito público subjetivo, impondo à Administração Pública o encargo de propiciar, com políticas sociais concretas e efetivas, o amplo acesso aos estabelecimentos de ensino [...]” (SANTA CATARINA, 2010).

⁵¹ Do mesmo modo, o egrégio Tribunal de Justiça referido entendeu, quanto ao direito à moradia julgado na Apelação Cível n. 0302501-45.2015.8.24.0045, que o atraso na entrega de um apartamento ofende o mencionado direito fundamental (SANTA CATARINA, 2017).

Carta Magna, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os direitos sociais, o legislador demonstrou o claro intento de realização, no País, de uma diretriz de universalidade dos direitos e garantias fundamentais (SCHWARTZ, 2001)⁵².

Além de agasalhar a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional, a Carta Magna consagrou, expressamente, a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito jurídico-constitucional (SARLET, 2007).

Foi em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos que o direito à saúde se caracterizou como elemento de cidadania e direito do cidadão, incentivando a criação de órgãos especiais focados na manutenção desse direito (SCHWARTZ, 2001; CIARLINI, 2013).

Objetiva-se, portanto, garantir o acesso de todos os indivíduos, principalmente os hipossuficientes e mais fragilizados, a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado, em virtude do poder regulamentar exercido por este sobre a sociedade civil.

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2013, p. 288-289).

⁵² Ressalta-se, porém, que o Brasil só aderiu à Declaração em 1992, retardamento devido ao regime autoritário que regia o país até a época (SILVA, 2013).

Dentre os direitos sociais previstos na Carta Magna, está o direito fundamental à saúde, o qual é amparado pelos artigos 196 e 197, resguardando a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e incumbindo o poder público quanto à formulação e promoção de políticas sociais e econômicas capazes de garantir o acesso geral e equânime à assistência médico-hospitalar (BRASIL, 1988).

Consoante o artigo 5º, § 1º, da Lei Maior, sua aplicação no direito é imediata por consistir em um direito fundamental, por estar diretamente ligado à sobrevivência do indivíduo e por buscar promover o desenvolvimento pleno da dignidade da pessoa humana.

E é por meio das políticas sociais e econômicas que a saúde deverá ser garantida, com vistas a reduzir os riscos de doenças e outros agravos e fomentar o acesso de todos às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SOUZA NETO, 2013).

Em outras palavras,

[...] está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas. (TOJAL, 1994, p. 22 apud SCHWARTZ, 2001, p. 51).

Entretanto, embora a Constituição Federal preconize que o direito à saúde é dever dos entes federativos e direito dos cidadãos, sendo de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o cuidado com a saúde e a assistência pública das pessoas, o acesso a este direito esbarra na carência de recursos e na definição de prioridades pela Administração Pública.

Por conta disso, associando-se à exiguidade de recursos na área da saúde, os cidadãos, conscientes de seus direitos, buscam, por meio da propositura de ações, o fornecimento, pelos entes públicos, de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e outros tratamentos médico-hospitalares.

Verifica-se que a Lei Maior definiu, portanto, o papel do ente público estatal em relação à saúde, instituindo o dever do Estado de promover programas que assegurem a todos os indivíduos o acesso igualitário ao direito à saúde.

3.3 PRINCÍPIOS BASILARES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Os princípios consistem em normas que se distinguem das demais em razão da sua importância no ordenamento jurídico, representando a base de segmentos normativos, não consistindo, deste modo, meramente em uma forma jurídica.

[...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (CARRAZZA, 1999, p. 30).

Por integrar a seguridade social, ao direito à saúde são resguardados os princípios insculpidos no artigo 194 da Constituição Federal, competindo, portanto, ao Poder Público, assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, observando-se os princípios inerentes à salvaguarda deste direito.

Dentre os princípios que regem a relação entre Estado e cidadão quando condizentes ao direito à saúde, ressaltam-se, da doutrina especializada, os princípios da dignidade da pessoa

humana, da boa-fé, da igualdade, da reserva do possível, da universalidade, da equidade e da proporcionalidade, os quais estão intimamente correlacionados e são estudados nos próximos itens.

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fundamenta-se, nos termos do artigo 1º da Lei Maior, na dignidade da pessoa humana, princípio que constitui o núcleo de toda a ação estatal, pois o Estado tem como fim proporcionar o bem comum, que consiste na promoção da dignidade do ser humano, sendo, portanto, o pilar de interpretação do ordenamento jurídico e da Constituição Federal e consagrando a justiça social, valor constitucional supremo (BULOS, 2010; SOARES, 2010).

Assim, referido princípio consubstancia o espaço de justiça social, de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social, representando o sucesso contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão e refletindo “um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem”, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais etc. (BULOS, 2010, p. 499).

A dignidade consiste no respeito absoluto à vida humana e à integridade física e psíquica da pessoa, atendendo-se às condições mínimas de vida, de liberdade e a convivência igualitária entre os homens (AZEVEDO, 1991 apud MAGALHÃES, 2012).

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e

pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensado apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a serem preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrado numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados. (SOARES, 2010, p. 149).

Pode-se dizer que tal princípio objetiva garantir às pessoas uma vida digna, assegurando o mínimo de respeito à pessoa humana por meio do dever negativo de não se prejudicar ninguém e do dever positivo de realizar políticas públicas de cunho econômico e social (BARCELLOS, 2002; COMPARATO, 1999 apud NASCIMENTO, 2016).

O princípio da dignidade da pessoa humana permite reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais, não somente assegurando os direitos individuais do cidadão, mas, também, implicando efetivação dos direitos sociais, cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado (SOARES, 2010).

Para que a dignidade da pessoa humana seja assegurada, tem-se, primeiro, que resguardar os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, ordenamento que garante os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, assim como ao meio ambiente essencial à qualidade de vida (FIORILLO apud MARINONI; NUNES, 2010).

Com vistas a dar efetividade a este princípio, quando relacionado ao direito à saúde, o egrégio Tribunal de Justiça de

Santa Catarina vem proferindo decisões^{53, 54, 55, 56} que impõem o dever de corrigir omissão inconstitucional do Poder Público capaz de ferir o direito do postulante à dignidade da pessoa humana, de modo que o Poder Judiciário poderá imputar ao Poder Executivo a realização dos atos necessários à efetivação de tal direito.

Portanto, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem correlação com o direito à saúde, pois, ao atender necessidades básicas como a saúde, garante-se uma vida digna, pressuposto do direito fundamental à vida e ao direito social à saúde (FIGUEIREDO, 2007 apud CAMARGO, 2014).

3.3.2 Princípio da igualdade

Em razão do problema das desigualdades inerentes ao ser humano e à estrutura social na qual as pessoas estão inseridas, diversos foram os conceitos de igualdade que surgiram no sentido de dar um tratamento equânime a todos os homens, desejando-se idêntico acesso aos bens da vida. Dentre eles, os mais abrangentes são os de igualdade substancial e igualdade formal (GONZAGA, 2009).

A igualdade substancial é o “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida” (BASTOS, 2001, p. 5 apud GONZAGA, 2009, p. 2).

Já a igualdade formal consiste “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo

⁵³ Agravo de Instrumento n. 2015.004571-8 (SANTA CATARINA, 2015).

⁵⁴ Agravo de Instrumento n. 2009.021000-0 (SANTA CATARINA, 2010).

⁵⁵ Agravo de Instrumento n. 2011.006909-1 (SANTA CATARINA, 2011).

⁵⁶ Apelação Cível n. 2013.075020-8 (SANTA CATARINA, 2015).

ordenamento constitucional” (BASTOS, 2001, p. 7 apud GONZAGA, 2009, p. 2). Nesse sentido, Aristóteles, no século IV a.C., já prelecionava que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (GONZAGA, 2009, p. 3).

O ordenamento jurídico enfatiza a igualdade formal enquanto garante igualdades e algumas desigualdades positivas com vistas ao bem comum, de modo que as discriminações equivalem a atos legitimados pelo legislador a fim de suprir uma desigualdade já existente (GONZAGA, 2009).

Essas desigualdades positivas são um típico exemplo de reequilíbrio imediato, uma vez que há desequiparação entre as pessoas e é preciso uma atitude instantânea dos governantes (MELLO, 2005 apud GONZAGA, 2009).

O princípio da igualdade encontra-se insculpido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dele depreendendo-se que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à [...] igualdade” (BRASIL, 1988).

Essa igualdade determina que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia, entendida como “igualdade perante a lei” ou “igualdade como imparcialidade”, não rompendo, assim, o princípio da igualdade quando a norma jurídica diferencia pessoas e situações, dando-lhes tratamento distinto (MELLO, 2005, p. 10).

Pode-se dizer que o princípio da igualdade tem por finalidade vedar diferenciações desprovidas de razão legítima que as justifique. Assim, a imperatividade do Poder Judiciário em tornar palpável o direito à saúde pode ocasionar o desrespeito ao princípio da igualdade, pois, não raras vezes, as decisões proferidas no sentido de dar efetividade ao direito à saúde

substituem as políticas públicas de acesso igualitário e universal às ações e serviços de saúde.

A Constituição Federal, no artigo 196, trouxe, como critério, a universalidade dos recursos públicos fadados à saúde, ou seja, não importando se há diferença entre os cidadãos, todos têm direito à saúde (BRASIL, 1988). Importante ressaltar que o constituinte incorporou o critério da necessidade, determinando que o direito à saúde será dado a cada cidadão em conformidade com sua necessidade, de sorte que as pessoas com algum tipo de doença encontram respaldo para oferta diferenciada de recursos essenciais ao seu tratamento (MACHADO; RIGOLDI, 2014).

Desse modo, a regra da justiça intervém para determinar que sejam tratados do mesmo modo os indivíduos que se encontram em uma mesma categoria; portanto, no caso dos acometidos de doença grave, estabelece-se, por exemplo, primeiro, como um determinado indivíduo deve ser tratado e, somente depois, surge a exigência de garantir que tratamento igual seja reservado a todos os indivíduos em situação idêntica, quando, então, são proferidas decisões semelhantes para casos semelhantes.

Resguardando este princípio nas demandas em que se busca o acesso ao fornecimento de medicamentos e, portanto, a garantia inerente ao direito à saúde, o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu decisão preceituando:

A concretização judicial do direito à saúde, por constituir-se em medida excepcional, não viola o direito à igualdade de tratamento exigida pela Carta Republicana. Ao contrário, assegura a isonomia, tratando os desiguais em conformidade com suas desigualdades, porquanto, se atender ao que possui condições econômicas mais favoráveis quando milita em juízo visando a aquisição e manutenção da saúde, é dever do Estado, não cabendo distingui-lo pela classe social que integra, também o é seu dever, e com mais afinco, o atendimento daquele que não é

detentor das mesmas condições financeiras. (TJSC, Apelação Cível nº 2011.083679-1, da Capital. Rel. Des. Carlos Adilson Silva, julgado em 14/05/2013).

Enfim, o acesso ao direito à saúde, por meio das decisões que são proferidas pelo Poder Judiciário, possui o fim de assegurar tratamento desigual, em conformidade com as desigualdades de cada postulante.

3.3.3 Princípio da reserva do possível

O princípio da reserva do possível objetiva regular a vastidão da atuação do ente público no que tange à efetivação dos direitos sociais e fundamentais condicionados à prestação do Estado, sendo definido como “[...] uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos para tanto” (OLIVEIRA, 2011, p. 1).

Embora as decisões proferidas em face do ente público estatal possuam vínculo jurídico, sua efetivação está submetida à reserva do financeiramente possível (MENDES, 2012). Deste modo, o princípio da reserva do possível, em linhas gerais, consiste no limite imposto à atuação estatal para a efetivação dos direitos sociais, exigindo previsão orçamentária para as despesas públicas.

Exemplificando, tem-se que, por ser dever do ente estatal a concessão da segurança pública, além da disponibilização de educação, moradia, emprego e saúde, é necessário sopesar a importância destes direitos e das condições financeiras do Estado, haja vista que, certas vezes, a concessão de determinados direitos depende da privação de outros.

Ocorre que, nos casos postulando o acesso ao direito à saúde por meio do Poder Judiciário, não é cabível exigir do

magistrado a observação do preceito para concretização das normas constitucionais, não sendo possível, portanto, impedir-se que o juiz ordene ao Poder Público o cumprimento de determinada obrigação para promover o direito constitucional da saúde, pois cabe ao julgador tornar efetivo o direito fundamental quando em conflito com o orçamento estatal. Nesse sentido, ao apreciar a petição n. 1.246-SC, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, destacou:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5º e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (BRASIL, 1997).

Observa-se que a argumentação de limitação do orçamento público, mesmo que relevante e de observância indispensável, não basta para impedir o acesso dos cidadãos ao direito social à saúde, resguardado pela Constituição Federal.

O Estado deve garantir o “mínimo existencial”, ou seja, os direitos básicos das pessoas, devendo avaliar tanto a situação daquele que deverá fornecer o direito requerido, ou seja, o ente público, quanto a daqueles a quem se prometeu a satisfação da necessidade em tela. Porém, contrariamente ao atendimento do “mínimo existencial”, há a insuficiência de recursos financeiros do Estado, equivalente à “reserva do possível”, e que se consolida na análise da existência de recursos suficientes para promoção das obrigações do ente público estatal.

Corroborando tal entendimento, o Tribunal de Justiça catarinense, na Apelação Cível n. 2008.069481-8, entendeu que

A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamentos, sobretudo na necessária concretização do direito fundamental à vida e do direito de por ela lutar. (SANTA CATARINA, 2010).

Destarte, conclui-se que, se a prestação requerida estiver dentro da dita “reserva do possível”, o direito à saúde precisa ser garantido e promovido, de modo que o juiz, ao proferir a decisão determinando a obrigação de fazer pelo ente público, deve analisar se sua ordem será passível de atendimento, sem causar risco ao equilíbrio financeiro.

Quando se trata do direito à saúde, em detrimento do princípio da reserva do possível, é necessário que, em razão da fundamentalidade do direito, haja uma análise minuciosa acerca da concessão do postulado pelo requerente, avaliando-se a efetividade da medida frente à possibilidade de o Estado tornar efetiva a obrigação que lhe foi incumbida.

3.3.3 Princípio da universalidade

O princípio da universalidade é um dos princípios básicos do Sistema Único de Saúde⁵⁷, partindo do reconhecimento da saúde como um direito de todos e de que o Estado deve buscar meios institucionais para garantir o acesso aos bens e serviços sem limitações ou impedimentos (OLIVEIRA, 2010).

Nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição Federal, este princípio requer que a prestação de serviços públicos de saúde esteja ao alcance de todos os brasileiros e estrangeiros

⁵⁷ “[...] o Sistema Único de Saúde (SUS), que se apresenta, certamente, como a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, incumbindo-lhe a integração e a organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde”, possui previsão na Constituição Federal (CIARLINI, 2013, p. 30).

residentes no país, considerados titulares dos direitos fundamentais sociais (BRASIL, 1988).

Busca-se, dessa forma, assegurar a todos, igualmente, o acesso a ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde, satisfazendo as necessidades plenas dos indivíduos, conforme garantido pelo artigo 196 da Constituição Federal, e pelo artigo 7º, inciso I, da Lei n. 8.080/1990 (BRASIL, 1988; 1990). Neste sentido, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que os direitos sociais são direitos fundamentais, cuja efetivação não encontra obstáculos (BRASIL, 2010).

Como o direito à saúde é um direito humano positivado no ordenamento jurídico brasileiro, os indivíduos, apenas por sua condição de humanidade, possuem a condição de auferimento do direito, não cabendo, portanto, a oposição de barreiras para o acesso a ele.

Em entendimento semelhante, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 2008.054686-1 e a Apelação n. 0308765-96.2015.8.24.0039, proferiu decisão reconhecendo que

O direito à saúde, nem na Carta Política, tampouco em legislação infraconstitucional, tem seu exercício condicionado ou limitado à comprovação de pobreza ou hipossuficiência daquele que requer a assistência do Estado. (SANTA CATARINA, 2009; 2016).

Relacionado à gratuidade no acesso aos serviços, este princípio se afasta da ideia de que o acesso aos bens e serviços, no sistema de saúde público, deveria atender somente aos mais pobres (FERRAZ, 2008 apud OLIVEIRA, 2010).

Entretanto, em certos casos nos quais o cidadão ingressa com ação judicial postulando o fornecimento, pelo ente estatal, de algum medicamento ou tratamento, os tribunais vêm

entendendo que a carência de recursos e, assim, a falta de condição econômica do requerente, é um requisito constitutivo do direito do autor, como é o caso da decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 0140837-43.2015.8.24.0000, nas Apelações Cíveis n. 2013.006548-4 e n. 0000334-50.2013.8.24.0029, proferidas pelo Tribunal de Justiça catarinense (SANTA CATARINA, 2017; 2013; 2017).

Em que pese a tentativa de afastar os empecilhos relativos às ações postulando o acesso ao direito à saúde, em razão de sua condição de direito fundamental e do princípio da universalidade, e sopesando-se o princípio da universalidade com o da reserva do possível, é cediço que se deve impor requisitos para concessão do direito ao requerente. Isso porque não seria justo determinar ao Estado o fornecimento de determinado medicamento a uma pessoa que possui plenas condições financeiras de adquiri-lo, ainda mais que, em razão da falta de recursos públicos, outros direitos dos cidadãos seriam privados, a exemplo do direito à segurança pública.

3.3.5 Princípio da equidade

O princípio da equidade funda-se na noção de liberdade e igualdade, dispondo que todo cidadão necessitando de acesso às ações e serviços da saúde deve ter esse direito assegurado, verificando-se, assim, um modo de corrigir a desigualdade passível de intervenção de políticas.

Este princípio tem como fim tratar desigualmente os desiguais, buscando alcançar a igualdade de oportunidades de desenvolvimento pessoal e social entre os cidadãos e reconhecendo, para tanto, a desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas

desigualdades são injustas e devem ser superadas (TEIXEIRA, 2011).

Pode-se dizer que o princípio da equidade visa reconhecer as diferenças nas condições de vida e saúde e nos anseios das pessoas, evidenciando que o atendimento aos indivíduos ocorre de acordo com suas necessidades, oferecendo-se mais a quem mais precisa e menos a quem requer menos cuidados.

Um exemplo de aplicação deste princípio encontra-se nos atendimentos de urgência em hospitais, em que a prioridade no atendimento é definida por critérios combinados, como a gravidade do caso e o horário de chegada ao local, de modo que, quem necessita de um atendimento mais urgente, como uma vítima de grave acidente, será atendido antes de alguém que requer uma atenção menos urgente, mesmo tendo chegado mais cedo na unidade de saúde (BRASIL, 2014). Se o Sistema Único de Saúde oferecesse a todos os cidadãos o mesmo atendimento, estaria oferecendo coisas desnecessárias para alguns e deixando de atender às necessidades de outros, mantendo as desigualdades (BRASIL, 2000 apud ESCOREL, 2009).

Enfim, ao ser aplicado em conformidade com o direito à saúde, o princípio da equidade deve, em sua ação, observar e considerar as diferentes necessidades dos sujeitos⁵⁸ (PESSALACIA; OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2011).

⁵⁸ Na Remessa Necessária-Cv n. 1.0000.15.085544-3/002, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu decisão no sentido de que, reconhecida a imprescindibilidade do tratamento postulado pela requerente, deve ser a ela concedido o direito requerido (MINAS GERAIS, 2017).

3.3.6 Princípio da proporcionalidade

Este princípio equivale a critério de validade de limitações aos direitos fundamentais, considerando-se, para tanto, que a solução não seja excessiva, mas adequada à satisfação e/ou restrição do direito.

Mais que um princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade, é uma forma de interpretação constitucional, um princípio apto a afastar a utilização de medidas arbitrárias, exorbitantes, restringindo a discricionariedade administrativa, a tutela jurisdicional, a atuação do poder de polícia, ou ainda, na esfera normativa do Estado, a atividade legislativa. Exige, por outro lado, uma conduta racional, ponderada e equilibrada. Mais que razoabilidade, o princípio da proporcionalidade prioriza a realização dos valores e dos princípios constitucionais. (BATTOCHIO, 2007, p. 27 apud SCHWARZ, 2012, p. 1).

O princípio da proporcionalidade é o meio que o cidadão poderá utilizar “[...] contra o uso exacerbado do uso da discricionariedade e da arbitrariedade do poder público”, buscando, desta forma, quando relacionado ao direito à saúde, evitar o cerceamento na defesa de tal direito (RIBEIRO, 2002 apud SCHWARZ, 2012).

Portanto, quando relacionado à efetivação do direito à saúde, o princípio em comento determina que o Estado obedeça a alguns critérios, de modo a não poder agir privilegiando um direito fundamental em detrimento de outro⁵⁹ (NUNES, 2015).

⁵⁹ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Agravo de Instrumento n. 0018001-34.2016.8.24.0000, ressaltou as palavras do Ministro Celso de Melo: “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (SANTA CATARINA, 2016).

[...] a proporcionalidade, na ótica do critério da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, é capaz de evitar abusos que possam vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde. Por exemplo, se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de stress, às custas do Estado em um determinado ‘SPA’ em Gramado ou Campos de Jordão [...] (GANDINI *et al.*, 2013 apud SILVA; VITA, 2014, p. 253).

Logo, em observância ao princípio da proporcionalidade, a medida determinada pelo magistrado deve ser propícia a atingir os fins ambicionados, estando atrelada à ideia de bem comum e ao bom senso nas relações entre os cidadãos e o Estado.

3.4 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O acesso à saúde, como visto, é um direito fundamental essencial ao respeito à dignidade da pessoa humana e encontra-se expresso na Constituição Federal. Também conforme evidenciado, incumbe ao Estado garantir, mediante políticas sociais e econômicas, o acesso equânime às ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde.

A concretização dos direitos fundamentais inerentes à saúde deve ser considerada a partir da relação entre o direito à saúde e o direito à vida e entre aquele e o princípio da dignidade da pessoa humana, sempre ponderando a questão orçamentária da Administração Pública.

Em que pese a Constituição Federal, em seu artigo 2º, preceituar que as funções dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicas entre si (BRASIL,

1988), verifica-se que a atuação do Poder Judiciário, no quadro atual, tomou novos parâmetros, influenciando no âmbito das políticas públicas e dando margem à ocorrência da chamada judicialização da saúde.

Nesse sentido, discute-se até que ponto pode o Judiciário interferir na atuação do Executivo visto que, ao determinar, por meio de decisão judicial, o fornecimento de tratamento médico ao cidadão, compromete parte do orçamento destinado à saúde coletiva para beneficiar demandas particulares.

Teoricamente, todos possuem direito ao mínimo existencial, o qual é garantido por meio do acesso ao direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à vida. Porém, conjuntamente, deve ser verificada a “reserva do possível”, relativa à possibilidade financeira do Estado e consubstanciando-se na disponibilidade de recursos para promoção da condenação do Poder Público à prestação do tratamento médico requerido, argumento este a ser acolhido apenas se o Estado evidenciar que a decisão acarretará mais prejuízos que benefícios à efetivação de direitos fundamentais.

Assim, a precariedade do sistema público de saúde e a insuficiência de fornecimento gratuito de medicamentos originaram a judicialização da saúde, uma vez que, em razão disto, a população viu-se obrigada a recorrer às tutelas de saúde para efetivação do seu tratamento médico (ORDACGY, 2007 apud BERGONZI, 2015).

Sustentando tal entendimento, o Ministro Barroso julgou o Agravo Regimental n. 801676 afirmando que, quando houver colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o Supremo Tribunal Federal “[...] impõe que a solução do conflito seja no sentido de preservação do direito à vida” (BRASIL, 2014).

É notório o crescente número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamento médicos, verificando-se, nos dados emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, em 2016, foram ajuizadas cerca de 1.346.931 demandas relacionadas à judicialização da saúde⁶⁰.

Não obstante esse crescente número, o fenômeno da judicialização vem sendo entendido por parte da doutrina como uma violação ao princípio da separação dos poderes, da previsão orçamentária e do princípio da reserva do possível. De outra banda, como já exposto, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, afirmou:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. (BRASIL, 2010).

“O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes”, razão pela qual pouco importa se, com a judicialização do direito à saúde, estar-se-á opondo-se às ações praticadas pelo poder Executivo, porquanto o que se

⁶⁰ Destaca-se, porém, que o relatório do CNJ, referente às demandas do ano 2016, incluiu novos assuntos que não estavam disponíveis no relatório de 2015; entretanto, “[...] o novo diagnóstico numérico indica que existe uma **explosão** de novos processos sobre a Judicialização da Saúde no Brasil. As medições anteriores apontavam: (a) **854.506** demandas em 2015 (segundo pesquisa feita no Relatório Justiça em Números de 2016 – versão digital); (b) **392.921** processos em 2014 e; (c) **240.980** processos judiciais em 2011” (SCHULZE, 2017, p. 1, grifos do autor).

busca garantir é a eficiência do direito básico à saúde e à vida. (BARROSO apud BERGONZI, 2015, p. 43).

Decerto, os gastos em saúde pública merecem ser melhor repensados pelo Estado, devendo-se tratá-los como um investimento. Ordinariamente, a ausência de investimentos em saúde conduz à majoração dos recursos destinados à previdência e à assistência social, cabendo ao Estado, como dever finalístico de sua atuação e consoante o princípio constitucional da eficiência, zelar pela melhor destinação dos recursos públicos disponíveis. Nesse contexto, a Judicialização surge como importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado (de acordo com os parâmetros constitucionais), seja através da salvaguarda direta do bem pretendido pelo cidadão enfermo, seja obrigando, ao menos de forma indireta, o Poder Executivo a ser mais eficiente na condução de suas políticas públicas. (FRANCO, 2012 apud BERGONZI, 2015, p. 44).

À vista disto, vislumbra-se que a doutrina diverge no que tange à efetivação do direito à saúde, de modo que parte defende a atuação do Poder Judiciário como essencial para garantir os direitos fundamentais e parte sustenta que a judicialização da saúde é uma ameaça à separação dos Poderes e uma interferência indevida do Judiciário.

Ocorre que esse crescente número de ações judiciais acaba por mobilizar grande quantidade de agentes públicos, acarretando, ademais, desconforto entre os Poderes Judiciário e Executivo. Não se pode olvidar, porém, que a judicialização da saúde visa tutelar e efetivar o direito básico do cidadão não concretizado por meio de políticas públicas (BARROSO, 2007 apud BERGONZI, 2015).

Em decorrência da omissão do Poder Público, compete ao Poder Judiciário tornar palpável o direito à saúde, possuindo, as decisões que reconhecem o direito a perceber medicamento, teor mandamental, o que possibilita a implicação de mecanismos de coerção para sua imposição (GOUVÊA, 2003; LEAL, 2006 apud BERGONZI, 2015).

A demanda judicial brasileira mais recorrente no âmbito da saúde é constituída por pedidos de medicamentos, os quais, em razão das omissões administrativas, respaldam-se na prescrição médica e na urgência em obter o insumo postulado. Embora a Constituição Federal determine ser de competência solidária dos entes federativos garantir o direito à saúde, conforme artigo 23, inciso II, da Lei Maior, têm-se notado repetidas escusas da União, dos Estados e dos Municípios em cumprir a assistência farmacêutica (BRASIL, 1988). Daí a inevitável atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, direito fundamental cujo descumprimento pode afetar a dignidade humana e o mínimo existencial.

Apesar de os Poderes serem independentes uns dos outros, verifica-se que, nos casos referentes ao direito à saúde, os Poderes Executivo e Judiciário acabam necessitando um do outro, haja vista que, para o cumprimento da obrigação determinada pelo Judiciário, o Executivo deverá tornar efetiva a medida concedida, ao passo que, em razão do princípio da reserva do possível, para o Executivo promover a dispensação de tratamento médico aos cidadãos cujos casos são mais particulares, é necessário que o Judiciário ordene a medida.

Ademais, deve-se buscar garantir a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, os quais são assegurados, nos casos das ações em que se postula o fornecimento de medicamentos, por meio da concessão do direito à saúde, demonstrando a indispensável judicialização deste direito.

4 EFEITOS DA REVOGAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A (DES)NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES DOS MEDICAMENTOS ADQUIRIDOS EM RAZÃO DE ORDEM JUDICIAL

Tecidas as devidas considerações acerca da tutela de urgência e do direito social à saúde, insta entrar, em definitivo, na análise do tema central deste trabalho monográfico: a aplicação do requisito negativo da irreversibilidade da tutela de urgência, os efeitos da revogação da medida antecipatória e a desnecessidade de devolução dos valores dos medicamentos auferidos em razão de ordem judicial.

Estes assuntos geram discussões doutrinárias e jurisprudenciais tanto para um lado quanto para outro, com ambos utilizando argumentos pertinentes para sustentar seus entendimentos, os quais se pretende analisar buscando um entendimento que seja mais justo frente às limitações do Estado brasileiro.

4.1 IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Conforme já mencionado⁶¹, um dos requisitos para concessão da tutela de urgência é a irreversibilidade, de modo que o artigo 300, § 3º, do Código de Processo Civil, dispõe sobre a não concessão da medida antecipatória quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (BRASIL, 2015).

Tal determinação justifica-se porque a lei deseja a possibilidade da volta ao status quo ante, com a “[...] reposição

⁶¹ Capítulo 2, item 2.1.1.1, deste trabalho monográfico.

ao estado das coisas tal qual estas existiam antes da providência” (TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 423).

Ocorre que essa proibição deve ser flexibilizada, com o intento de atender a situações excepcionais em que a não concessão da tutela de urgência, em razão da irreversibilidade da medida, implicaria sacrifício da tutela jurisdicional (LOPES, 2001).

Assim, deve-se evitar a interpretação literal do dispositivo que veda a concessão da medida antecipatória quando recair, no caso em comento, o perigo de irreversibilidade, haja vista a doutrina majoritária entender “[...] que a irreversibilidade não diz respeito ao provimento que antecipa a tutela, e sim aos efeitos práticos gerados por ele” (NEVES, 2011, p. 1.172).

A irreversibilidade, nesse caso, é fática, consistente, portanto, na irreversibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência, conforme preceituado a seguir:

Há situações em que, mesmo irreversível, a medida há de ser deferida. Imagine-se, por exemplo, um requerimento de autorização para uma transfusão de sangue emergencial a um menor, para salvar-lhe a vida, porque um dos pais, por questões religiosas, opõe-se, ou, ainda, um pedido para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por greve dos servidores, não é realizada. Nessas e em outras situações, mesmo diante da irreversibilidade, há de ser concedida a tutela de urgência. (WAMBIER *et al.*, 2015, p. 501).

A referida flexibilização possui, como fundamento jurídico, o princípio da proporcionalidade, o qual determina que, em caso de conflito nos autos, o juiz deve avaliar os interesses em jogo e dar prevalência àquele de maior relevância, como é o caso dos direitos inerentes à vida, à saúde e à integridade física.

Este princípio prevê que, mesmo estando em análise interesse não indenizável, “devem ser ponderados os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente,

conceder-se a antecipação” (TALAMINI; WAMBIER, 2016, p. 423). Logo, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade é uma das respostas à tentativa de solucionar o confronto existente entre a rapidez e a segurança, de forma que as medidas concedidas com fulcro na plausibilidade não fiquem restritas à necessidade de reversibilidade.

É necessário superar a interpretação literal do dispositivo para contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. (BUENO *et al.*, 2016, p. 255).

Ademais,

Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir com razoabilidade os interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico. Embora todos os direitos sejam merecedores de respeito e proteção, o sistema confere status mais elevado aos direitos fundamentais do cidadão, irrenunciáveis, indisponíveis e imprescritíveis (LOPES, 2001, p. 73).

Nos casos em que “o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador”, se estiver ele entre permitir a destruição do direito ou tutelá-lo, ainda que cercado de simples aparência, torna-se legítima a possibilidade de tutelar o direito (BAPTISTA, 1996, p. 142 apud THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 634).

A irreversibilidade não pode atuar como um limite intransponível à técnica da tutela jurisdicional diferenciada, seja na tutela antecipada, seja na execução provisória da decisão recorrida. Na verdade, compete ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; significa

que o órgão jurisdicional deve mostrar-se consciente, sempre por meio de decisão motivada, dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação – trata-se de medir o periculum in mora comparando-o com “periculum in mora” reverso. (LUCON, 2016, p. 238).

À vista disto, caberá ao juiz agir com cuidado e cautela, considerando que eventuais prejuízos patrimoniais podem ser resolvidos por perdas e danos, mas, por exemplo, nos casos em que se busca resguardar o direito à vida, o requisito negativo deve ser ponderado e, em atenção ao princípio da proporcionalidade, os valores e bens jurídicos devem ser devidamente sopesados, de modo a tomar uma decisão que ofenda minimamente as partes e garanta o maior direito tutelado à outra.

Tal entendimento mostra que o princípio da proporcionalidade é indispensável à análise da concessão ou não da tutela provisória. Se a denegação da tutela for capaz de provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito além daquele que a concessão da medida causaria ao réu, deve ela ser concedida. Assim, verificada a urgência, o julgador deverá realizar a análise dos efeitos negativos da denegação sobre o direito da parte e, convencendo-se do risco que a parte poderá sofrer no caso de negativa da medida, concederá a tutela (LUCON, 2016).

Veja-se o caso das ações de medicamentos: o requerente ingressa com uma demanda postulando medicação que, no momento do ingresso da ação, entendia-se indispensável para garantia do seu direito à vida e à saúde; acostando aos autos os documentos necessários para início da ação, postula, por bem, a antecipação dos efeitos da tutela. Verificado o cumprimento dos requisitos autorizadores da antecipação da medida de urgência, caberia ao magistrado analisá-la.

Adstrito ao pressuposto da irreversibilidade e, considerando-se que, no decorrer da ação poderiam ser geradas provas capazes de demonstrar a não necessidade da parte, indispensavelmente, daquela medicação postulada, ao magistrado caberia postergar a análise da tutela de urgência (WAMBIER, 2016).

Caso fosse, todavia, deferido o pedido de concessão da medida antecipatória e, posteriormente reconhecida a improcedência do pedido realizado pelo demandante na sentença de mérito, constatando-se, pois, que o requerente não tinha o direito alegado – e que por conta de “um exame menos profundo da causa, pareceu ser favorável” –, deverá aquele que foi beneficiado em razão da antecipação da tutela ressarcir os danos suportados pelo demandado (WAMBIER, 2016, p. 159).

Contudo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e considerando-se a segurança jurídica da parte adversa, sobretudo o prejuízo que pode ser provocado em caso de indeferimento da medida, bem como a incerteza no provimento jurisdicional fim, deve ser resguardado o direito fundamental à vida e o direito social à saúde do requerente, verificando-se o cabimento da antecipação dos efeitos da tutela⁶².

Por ser o direito à saúde intrínseco ao direito à vida e resguardado, não apenas pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por diversos pactos internacionais, a concessão da medida antecipatória, nesses casos, por se tratarem de situações excepcionais e que podem ser justificadas, independem da reversibilidade.

Nesse sentido:

⁶² Do enunciado n. 419, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, verifica-se afirmação nesse mesmo sentido: “não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis” (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016, p. 54).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO - PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE MAMA - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC DEMONSTRADOS - IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DO ENTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - PRAZO REDUZIDO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL - MAJORAÇÃO. É cabível a concessão liminar contra a Fazenda Pública para o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde da paciente necessitada, não se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, há de se conceder antecipação de tutela obrigando o ente público a fornecer o tratamento de que necessita a agravada para manutenção de sua saúde. “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Min. Celso de Melo). [...] A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamento ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.000373-4, de Brusque, rel. Des. Jaime Ramos, j. 03-09-2015)⁶³.

⁶³ Este entendimento também foi acolhido no julgamento dos Agravos de Instrumento n. 2015.007890-6, n. 2015.031333-6, n. 2014.076339-4, do Tribunal de Justiça catarinense (SANTA CATARINA, 2016; 2015; 2015). Igualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.039815-0/001, previu que se

Diante de todo o exposto, verifica-se que, embora haja previsão expressa do requisito negativo da irreversibilidade (artigo 300, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015), a aplicação dessa medida deve ser sopesada pelo princípio da proporcionalidade, pois, nos casos das ações postulando o fornecimento de medicamentos pelo ente estatal, este requisito pode ter sua aplicação mitigada. Isso porque, entre resguardar o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito à vida, ou o direito patrimonial do ente estatal, caberá ao julgador o respeito ao direito fundamental à vida, bem maior resguardado não apenas pela Constituição Federal, mas por diversos pactos e convenções internacionais⁶⁴.

4.2 EFEITOS DA REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Por possuir eficácia temporal e base cognitiva sumária, a tutela provisória terá eficácia enquanto durar a situação que justificou sua concessão, sendo que não necessariamente a sentença manterá a medida antecipatória concedida, podendo, desta forma, a medida, ser revogada ou modificada em decorrência de circunstâncias concretas, fáticas ou jurídicas (CABRAL; CRAMER, 2016).

O Código de Processo Civil, em seus artigos 296 e 298, resguarda a possibilidade de a tutela provisória ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que mediante decisão fundamentada, em que o juiz deverá expor seu convencimento de modo claro e preciso⁶⁵ (BRASIL, 2015).

deve visar a preservação da integridade física do requerente em detrimento de eventual dano a ser suportado pelo Poder Público, haja vista o possível risco gerado em caso de não concessão da medida ser mais gravoso que o dano a ser eventualmente suportado pelo ente estatal (MINAS GERAIS, 2016).

⁶⁴ Conforme visto no capítulo 3, item 3.2, do presente trabalho monográfico.

⁶⁵ Idem.

Verifica-se, pois, que a eficácia da medida antecipatória poderá ser afetada tanto no decorrer do processo quanto com a superveniência da sentença, haja vista que, com a decisão final, encerra-se a necessidade de permanência da tutela provisória, podendo, entretanto, a tutela, sobreviver à tutela final em razão da necessidade de apreciar-se a imprescindibilidade da tutela do direito.

No caso das ações de medicamentos, muitas vezes os fármacos postulados não são fornecidos administrativamente pelo ente público. Com a instrução da demanda, o magistrado, que antes entendeu pela necessidade de antecipação da medida, pode vislumbrar a possibilidade de utilização de medicamento diverso daquele postulado na exordial e a admissibilidade da utilização de medicação disponibilizada administrativa e gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde. Deste modo, a revogação da tutela antecipada é deferida e a ação torna-se improcedente.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado n. 140, que assim dispõe: “a decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda da eficácia da tutela antecipada” (DIDIER JÚNIOR; SICA, 2016, p. 24).

Por óbvio, concedida a medida antecipatória com o fim de que o requerido fornecesse ao requerente aquele insumo ou tratamento médico que afirmava ser indispensável, com a superveniência de sentença que, realizada a instrução da demanda, entenda pela improcedência dos pedidos realizados pela parte autora ou pela extinção da ação, a perda da eficácia da tutela antecipada será medida salutar.

Tal entendimento permite perceber que, mesmo havendo a antecipação da tutela, é possível ao magistrado, ao julgar a demanda após a realização da instrução processual, entender pela improcedência dos pedidos da ação. Nesta situação, a medida antecipatória restaria revogada e colocar-se-ia sob

análise o disposto no artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil:

Independente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; [...] (BRASIL, 2015).

Ocorre que tanto doutrina quanto jurisprudência vêm divergindo quanto à aplicação deste dispositivo, discrepância que passará a ser analisada de maneira mais extensiva a seguir.

4.2.1 A responsabilização do requerente pela medida antecipatória concedida em razão de sua ulterior revogação na sentença

Em razão do previsto no artigo 302, inciso I, do Código Processual Civil, há quem entenda ser exigível a devolução dos valores correspondentes aos medicamentos pagos por força de ordem judicial, entendimento este fundamentado na assunção, pelo requerente, dos riscos inerentes à judicialização, na responsabilidade processual e na proibição do enriquecimento indevido⁶⁶. Por conseguinte, se a decisão for desfavorável ao autor, ser-lhe-á imputado o dever de assumir os gastos decorrentes do processo, uma vez que os bens obtidos no provimento judicial não se incorporam ao seu patrimônio.

À vista disso, tem-se que a tutela antecipada visa preencher uma lacuna deixada na legislação processual, motivo pelo qual somente poderá ser deferida quando observado o requisito da reversibilidade dos efeitos fáticos, sendo

⁶⁶ Enriquecimento ilícito correspondente ao enriquecimento indevido que, de acordo com o artigo 884 do Código Civil, consiste no “proveito ou vantagem patrimonial obtido por aquele que, sem justa causa, enriquecer à custa de outrem” (LUZ, 2014, p. 176).

indispensável a reposição da parte que saiu lesada, em decorrência da antecipação da medida, ao status quo ante, sob pena de ofensa à garantia constitucional do contraditório (GONÇALVES; GENELHU; CORREA, 2014).

Tal cobrança é fundamentada na assunção dos riscos inerentes à judicialização da saúde e na responsabilidade processual, os quais são assumidos pela requerente ao ingressar com a demanda, de modo que se a decisão final lhe for desfavorável, ainda que tenha havido a obrigação de prestação a ser cumprida pelo ente estatal em momento inicial, a requerente terá o dever de assumir os gastos decorrentes do processo.

Em que pese a necessidade de observância do requisito da reversibilidade da medida quando da concessão da tutela antecipada, em dadas situações este requisito é relativizado – como nos casos em que repousa a extrema urgência de obtenção da tutela sumária, a exemplo das demandas postulando o fornecimento de medicamentos, um procedimento cirúrgico ou a preservação de direitos fundamentais –, de modo que o cumprimento da medida nitidamente produz efeitos irreversíveis, “porém aptos a se restituírem no plano patrimonial por força da responsabilidade objetiva⁶⁷ (art. 302 [...])” (ALVIM *et al.*, 2016, p. 390).

Referida posição é aplicada nos casos de ações previdenciárias, nas quais a natureza dos valores percebidos a título beneficiário é a mesma dos auferidos por conta do fornecimento dos medicamentos. Exemplificando, tem-se que o

⁶⁷ Buscando-se não entrar com afinco na discussão acerca da responsabilidade civil, necessário faz-se apenas saber a diferenciação entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva. De maneira genérica, responsabilidade objetiva é aquela de prescindir da culpa do agente para existir, possuindo previsão no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRAGA NETTO, 2009). Por outro lado, na responsabilidade subjetiva, “regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente”, possuindo previsão no *caput* do artigo 927 do Código Civil (NADER, 2016, p. 33).

Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1401560, entendeu pela revogação da tutela antecipada que determinara a concessão de benefício a ser pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS):

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. ARTIGO 115 DA LEI 8.213/1991. CABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 2/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. 2. Firmou-se em sede de representativo de controvérsia a orientação de que a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. 3. A principal argumentação trazida pela embargante consiste em que a tutela antecipada que lhe reconheceu o direito à aposentadoria por idade rural, posteriormente, revogada pelo Tribunal *a quo*, foi concedida de ofício pelo Magistrado de primeiro grau, sem que houvesse requerimento da parte nesse sentido. 4. A definitividade da decisão que antecipa liminarmente a tutela, na forma do artigo 273 do CPC/1973, não enseja a presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integram, em definitivo, o seu patrimônio. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada, consoante artigo 273, § 2º, do CPC/1973. 5. Quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu *decisum* não é irreversível. Nos dizeres do Ministro Ari Pargendler, que inaugurou a divergência no âmbito do julgamento do representativo da controvérsia, mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo que recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no Juiz, ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a

antecipação de tutela tem natureza precária. 6. Do texto legal contido no artigo 115 da Lei 8.213/1991, apesar de não expressamente prevista norma de desconto de valores recebidos a título de antecipação da tutela posteriormente revogada, é possível admitir, com base no inciso II e, eventualmente, no inciso VI, o ressarcimento pretendido. 7. Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no REsp 1401560/MT, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 27/04/2016, DJe 02/05/2016) (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu decisão na Apelação Cível n. 70053169322 entendendo, em demanda que postulava o fornecimento de medicamento pelo ente público, pela possibilidade de restituição dos valores pagos em decorrência da antecipação da tutela, sob pena de ser gerado o enriquecimento indevido da parte autora:

[...] Tendo o Estado despendido valores para a aquisição de medicamentos por força da antecipação de tutela posteriormente revogada, tem ele o direito à devolução da quantia, nos mesmos autos, sob pena de enriquecimento indevido da parte autora, mormente verificado que esta possui condições financeiras de arcar com o tratamento que lhe foi ministrado. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível nº 70053169322, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 24/04/2013) (grifo nosso).

A Vigésima Primeira Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 70058647470, teve entendimento semelhante: a parte autora, que teve deferida a medida antecipatória para recebimento dos medicamentos postulados na exordial, e, ao final, teve o provimento negado, com consequente improcedência dos pedidos formulados na inicial, deveria restituir a quantia sequestrada do ente estatal para aquisição dos insumos, uma vez que possuía condições financeiras de adquiri-los.

É que a destinação dos recursos públicos para quem não deles necessita faz com que o Estado deixe de atender outros cidadãos necessitados ou outras obrigações que poderiam ser cumpridas e abarcar um elevado número de pessoas, razão pela qual caberia a restituição dos valores despendidos pelo ente estatal para cumprimento da medida antecipatória.

Portanto, ainda que o princípio da universalidade, em regra geral, resguarde o acesso de todos à saúde, aduzindo que o Estado deve buscar meios de garantir o acesso universal a este direito social⁶⁸, vislumbra-se a necessidade de analisar com mais cautela a concessão de medicamento ou tratamento quando a parte requerente possui condição econômica de adquirir os medicamentos postulados. Isso porque a carência de recursos financeiros pelo postulante, quando sopesado com o princípio da reserva do possível, torna-se um requisito a ser observado na concessão da medida nestas ações judiciais, ficando mais evidente a necessidade de observância deste princípio nos momentos em que os entes públicos brasileiros passam pela escassez de recursos.

Não se trata, portanto, de uma sanção à parte que indevidamente requereu a tutela provisória, mas de indenização advinda de eventual prejuízo acarretado ao requerido por conta da concessão/efetivação da tutela sumária e superficial pleiteada por conta e risco do requerente da medida. (CASTRO, 2016, p. 123).

Desse modo, com o fim de evitar o enriquecimento sem causa da parte requerente, há entendimento defendendo que, nos termos do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil, aquele que teve garantida a antecipação dos efeitos da tutela, em caso de posterior revogação da medida e consequente

⁶⁸ Conforme estudado no capítulo 3, item 3.3.5, deste trabalho.

improcedência ou extinção da demanda, deverá arcar com os prejuízos causados à parte contrária em razão da efetivação da medida (BRASIL, 2015).

São estes, pois, os entendimentos que embasam a corrente favorável à necessidade de responsabilização da parte autora e consequente restituição dos valores por ela auferidos em decorrência de decisão antecipatória dos efeitos da tutela.

4.2.2 A desnecessidade de devolução dos valores obtidos em decorrência da medida antecipatória nas demandas referentes ao direito à saúde

O artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil, reza que, em caso de improcedência da demanda, a parte responderá pelo prejuízo causado à parte contrária em decorrência da efetivação da tutela de urgência⁶⁹, conforme já mencionado (BRASIL, 2015).

Realizando-se a análise literal do supracitado instituto, e relacionando-o às demandas nas quais se requer o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares pelo ente público, verifica-se que o requerente deveria ressarcir o ente público pelo prejuízo que este teve em razão da efetivação da tutela de urgência, mesmo que, à época, a vantagem lhe fosse devida.

De outra banda, doutrinadores criticam o “reconhecimento da responsabilidade objetiva nas hipóteses em que a parte obtém a tutela antecipada e posteriormente o pedido final é julgado definitivamente improcedente”, sustentando que se deve sopesar o previsto no artigo 302, em seu inciso I, porque, reconhecendo a necessidade de responsabilização pelo

⁶⁹ Essa regra é genérica, devendo ser observada independentemente de se tratar de tutela incidental ou antecedente, cautelar ou antecipada (BUENO, 2016).

prejuízo causado em decorrência da antecipação da medida, o juízo sumário seria retroativamente apagado, ao invés de apenas substituído (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 472).

Tal opinião permite verificar a mitigação do requisito da irreversibilidade quando da concessão da tutela antecipada, razão pela qual, doutrinária e jurisprudencialmente, vislumbra-se a antecipação dos efeitos do provimento final em ações como as que postulam o fornecimento de medicamentos ou de tratamentos médico-hospitalares.

Percebe-se que o objetivo dessas ações é resguardar o direito fundamental à vida e o direito social à saúde; conseqüentemente, entende-se que os insumos ou valores percebidos para sua aquisição são irrepetíveis, em razão da natureza alimentar que os circunda, haja vista revelarem-se indispensáveis ao provimento de necessidades médicas.

Assim já julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. EFEITOS *EX TUNC*. INAPLICABILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES GASTOS PARA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Consoante entendimento da Sexta Turma deste Tribunal, "a revogação de ato judicial que assegurou o fornecimento de medicamento à autora, decorrente da extinção do processo sem resolução de mérito, deve operar efeitos 'ex nunc'" (AC n. 0031547-42.2014.4.01.3803 – Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – e-DJF1 de 23.07.2015). 2. Extinto o processo, sem resolução do mérito, não há que se falar em devolução dos medicamentos fornecidos e das importâncias fornecidas para a sua aquisição, considerando que os valores "que revelem natureza alimentar ou se destinem a suprir necessidades médicas, são irrepetíveis" (STJ: AREsp n. 447.339 – Relator Ministro Benedito Gonçalves – DJe de 27.02.2014). 3. Sentença mantida. 4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. (TRF1, Apelação Cível 0005721-

44.2009.4.01.3300, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, j. 02/05/2016, e-DJF1 DATA 11/05/2016) (grifo nosso)⁷⁰.

No mesmo sentido julgou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVOS RETIDOS. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA. LEGITIMIDADE. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. MULTA (ASTREINTES). FALECIMENTO DO AUTOR. PERDA DE OBJETO. EXTINÇÃO. MULTA DIÁRIA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCESSÃO. [...] 7. Hipótese em que, dado o falecimento da parte autora, configurada a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público é um direito intransmissível, em razão de sua natureza personalíssima, impondo-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI e IX, do CPC. 8. A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepetíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar. [...]. (TRF4, APELREEX 5000833-18.2014.404.7202, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 10/12/2015) (grifo nosso).

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu na mesma acepção ao julgar a Apelação Cível n. 2011.038087-8, salientando que os efeitos da extinção do

⁷⁰ O julgamento da Apelação Cível n. 0024829-09.2012.4.01.3800, proveniente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, também teve entendimento semelhante (BRASIL, 2014).

processo envolvendo medida antecipatória operam efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem à decisão proferida anteriormente:

[...] INVIABILIDADE, IGUALMENTE, DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESPENDIDOS COM O CUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA - BOA-FÉ CARACTERIZADA - REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC PREENCHIDOS NO MOMENTO DE SUA CONCESSÃO, POR DECISÃO JUDICIAL - PRETENSÃO, ADEMAIS, ENVOLVENDO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, PROTEGIDO PELO SISTEMA CONSTITUCIONAL - REVOGAÇÃO DA TUTELA COM EFEITOS *EX NUNC*. "[...]. Em face da perda superveniente do objeto da ação, resta mantida a sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, incisos IV, do Código de Processo Civil. 3. Incabível a devolução dos valores porventura despendidos na aquisição dos medicamentos, em face da antecipação dos efeitos da tutela. Precedentes do STJ e desta Corte. [...]" (TRF4, AC 2008.72.07.001299-9, Terceira Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 04/08/2010). Os efeitos da extinção da lide sem resolução do mérito, envolvendo decisão antecipatória da tutela em ações que visam a proteção de um bem jurídico salvaguardado pelo sistema constitucional, são necessariamente *ex nunc*. Noutras palavras, apenas revogam os efeitos futuros da tutela, não sendo crível, tampouco necessária a devolução dos valores despendidos pelo Estado de Santa Catarina para o fornecimento dos fármacos ao demandante, notadamente quando percebidos sob o crivo da boa-fé e com amparo em decisão judicial. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.038087-8, de Joaçaba, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 14-05-2013) (grifo nosso).

De igual modo, o Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar a Apelação n. 0010431-75.2015.8.060.115, que correspondia à solicitação de devolução dos valores referentes ao custeio de medicamentos e materiais fornecidos à requerente até o seu falecimento, ressaltou a existência de dois entendimentos acerca do tema:

Um primeiro entendimento, majoritário, isenta o autor do processo de devolver os valores, sob fundamento de que os valores são irrepetíveis. O segundo entendimento afirma que é possível a devolução desde que demonstrada a má-fé da parte autora (fraude, simulação, conluio, etc.). (CEARÁ, 2017).

Esse também foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao julgar a Apelação Cível n. 0000684-78.2008.404.7215/SC:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROTOCOLO ESPECÍFICO PARA O TRATAMENTO DA DOENÇA NO ÂMBITO DO SUS. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NÃO-COMPROVAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EFEITOS *EX TUNC*. EXCEÇÃO. VALORES DESPENDIDOS. DEVOLUÇÃO. NÃO-CABIMENTO. CONECTÁRIOS. [...]. 5. Configuração de caso de exceção à atribuição *ex tunc* à revogação da antecipação da tutela. [...]. 7. Incabível, ainda, a devolução dos valores despendidos com os respectivos medicamentos, diante da revogação da antecipação de tutela (TRF4, AC 0000684-78.2008.4.04.7215, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 24/08/2010) (grifo nosso).

No caso em tela, entendeu-se que, por não haver má-fé e os valores auferidos serem irrepetíveis, em razão de possuírem natureza semelhante à verba alimentar, não ocorreria a restituição das quantias percebidas⁷¹.

Não haveria, porém, sentido em negar-se a antecipação da tutela, p. ex., a um portador terminal do vírus da AIDS⁷², que

⁷¹ Na Apelação Cível n. 5003108-84.2012.404.7112, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que, “não havendo má-fé, não há necessidade de restituição dos valores despendidos pelos entes federativos para aquisição dos fármacos alcançados à parte autora” (BRASIL, 2016).

⁷² *Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

propõe demanda em face do Estado para dele obter periodicamente um medicamento necessário para o combate aos sintomas, sob a hedionda alegação de que o consumo dos remédios geraria o sério risco de não mais se poder repô-los aos estoques farmacêuticos públicos. (COSTA, 2016, p. 413-414).

Visto que o objetivo da medida antecipatória é resguardar bens jurídicos garantidos constitucionalmente, ou seja, a vida e a saúde, sua revogação produzirá, de acordo com os entendimentos majoritários, efeito *ex nunc*⁷³, não sendo necessária a devolução dos valores despendidos pelo ente público para o fornecimento dos tratamentos ao requerente.

A contrário senso, viu-se no item anterior que alguns tribunais entendem pela necessidade de devolução dos valores auferidos pela parte requerente quando do cumprimento da obrigação gerada em razão da antecipação dos efeitos da tutela. Exemplo disso foi o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, ao julgar a Apelação Cível n. 70053169322, entendeu pela necessidade de devolução dos valores percebidos pelo postulante em razão da concessão da medida antecipatória e de sua posterior revogação.

Em que pesem os relevantes argumentos elencados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pela doutrina que possui o mesmo entendimento – enriquecimento indevido da parte autora e assunção dos riscos inerentes ao processo – verifica-se que, por se tratar de direito inerente à vida, ou seja, do direito à saúde, que busca resguardar a dignidade da pessoa humana, é necessário reconhecer a natureza alimentar e o caráter irrepetível dos valores recebidos em razão da medida

⁷³ No que concerne ao conceito do termo em latim, é o “efeito produzido a partir de agora. Efeito da lei ou da sentença que somente se produz em relação a fatos futuros, não retroagindo a fatos ou atos passados” (LUZ, 2014, p. 172).

antecipatória, quando auferidos com a apreciação da boa-fé do requerente.

5 CONCLUSÃO

Muito se discute quanto à medida antecipatória acerca da colisão entre os direitos fundamentais à efetividade do processo e à segurança jurídica, de modo que, embora a decisão antecipada resguarde o acesso à justiça, proporcionando uma decisão justa e eficaz, também pode ela privar bens do demandado antes do devido processo legal

Deste modo, nos casos relacionados ao direito à saúde, um dos objetos deste estudo, a demora no fornecimento do provimento postulado pelo requerente, seja ele um medicamento ou um procedimento cirúrgico, poderá gerar o agravamento da situação do paciente ou levar ao seu falecimento, motivo pelo qual não seria cabível aguardar todo o lapso temporal existente entre o ingresso da demanda e a decisão final do processo.

A concessão da tutela provisória, a qual está adstrita à presença dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, além do requisito da reversibilidade, permite ao juiz que decida provisoriamente e sem cunho de definitividade, consistindo em um mecanismo capaz de agilizar a justiça concedida em termos provisórios, em etapa de conhecimento, e podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Em que pese a existência do requisito da reversibilidade da medida antecipatória, é necessária a flexibilização desta exigência, a qual ocorre, como visto, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, e determina que, em caso de conflito nos autos, deverá o magistrado dar prevalência ao interesse da parte que possui maior importância.

Assim, nos casos inerentes ao direito à saúde, é de ser reconhecido o status mais elevado deste direito fundamental, possibilitando que o juiz conceda a tutela antecipada, ainda que

se esgote o objeto da ação, quando convencido da urgência de ser permitido, à parte, o gozo do provimento jurisdicional.

Demonstrada a urgente necessidade do objeto requerido nas demandas em que há o pedido de fornecimento de medicamento ou de outro insumo, não deve existir óbice ao deferimento da medida antecipatória, porquanto, havendo colisão entre o direito à saúde e os interesses orçamentários do Estado, deve-se buscar preservar o direito à vida, promovendo a mitigação do requisito da reversibilidade.

Objetiva-se, portanto, garantir o acesso de todos os indivíduos, essencialmente os hipossuficientes e mais fragilizados, a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo ente estatal.

Ocorre que, deferida a medida antecipatória e, posteriormente, entendendo, o magistrado, pela improcedência dos pedidos realizados na exordial ou pela extinção da ação, a medida antecipatória restará revogada, colocando-se em análise a necessidade ou desnecessidade de restituição ao ente público dos prejuízos que lhe foram causados em razão da tutela antecipada.

Os tribunais e a doutrina, em sua maioria, têm entendido pela desnecessidade de responsabilização do requerente pela medida antecipatória em razão de sua posterior revogação, considerando irrepetíveis os valores auferidos pelo requerente para suprir as necessidades médicas, haja vista a natureza alimentar que os circunda, de modo que a decisão extinguindo a tutela antecipada produzirá efeitos ex nunc, ou seja, não retroagirá à decisão proferida anteriormente.

Existe, ainda, um entendimento minoritário que defende, de outra banda, a necessidade de responsabilização do requerente pela antecipação do provimento jurisdicional, sustentando que, ao ingressar com a demanda, a parte assume os riscos inerentes à judicialização da saúde, além de concordar

com a responsabilidade processual e com a proibição de enriquecimento indevido, sendo, essa responsabilidade, objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa do agente.

Sopesando os argumentos, infere-se que a concessão da tutela de urgência é medida impositiva quando verificada a presença dos requisitos da probabilidade do direito e de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Por consistir em direito inerente aos bens maiores, ou seja, à vida e à saúde, devem ser afastados os empecilhos capazes de dificultar o acesso a estes direitos, independentemente do perigo de irreversibilidade da medida.

Nesse caminhar, deve ser reconhecido o caráter irrepetível dos valores auferidos em razão da ordem judicial antecipatória que decorre da natureza alimentar que os circunda, pois são indispensáveis ao suprimento das necessidades do requerente e exercem efeitos ex nunc, ou seja, não são retroativos à decisão concessiva da tutela de urgência.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Angélica Arruda *et al.* (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BERGONZI, Géssica. **A judicialização da saúde como garantia da efetivação de direito fundamental**. 2015. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2015. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/878/1/2015GessicaBergonzi.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minha.biblioteca.com.br/#/books/9788502146617/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 13 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 out. 2017.
- BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo em Regime Especial n. 420.158/PI**. Relator: Min Humberto Martins, 26 de novembro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1285230&num_registro=201303532593&data=20131209&formato=PDF>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo em Regime Especial n. 605.482/RS**. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 24 de novembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1468241&num_registro=201402827470&data=20151211&formato=PDF. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1401560/MT**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília/DF, 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/242159994/recurso-especial-resp-1401560-mt-2012-0098530-1/inteiro-teor-242159998?ref=juris-tabs>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental n. 801676**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão Liminar nº 815**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, 07 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623261>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos**. nov./2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em: 14 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 1.246-SC**. Relator: Sepúlveda Pertence, 10 de abril de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0005721-44.2009.4.01.3300**. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Sexta Turma, 02 de maio de 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00057214420094013300/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 0024829-09.2012.4.01.3800**. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24955406/apelacao-civel-ac-248290920124013800-mg-0024829-0920124013800-trf1?ref=topic_feed. Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 0022513-15.2015.4.03.000**. Relator: Desembargador Nelton dos Santos. São Paulo, 18 de outubro de 2017. Disponível em: https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514199807/agravo-de-instrumento-ai-155075420154030000-sp/inteiro-teor-514199843?ref=topic_feed. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 0000684-78.2008.404.7215/SC**. Relator: Fernando Quadros da Silva, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF401990930>. Acesso em: 14 ago. 2017

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 5003108-84.2012.404.7112**. Relatora: Marga Inge Barth Tessler, 18 de maio de 2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF411429563>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação e Reexame Necessário n. 5000833-18.2014.404.7202**. Relator Fernando Quadros da Silva, 10 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF410389060>. Acesso em: 26 ago. 2017

BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Tutela antecipada**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

CAMARGO, Caroline Leite de. Saúde: um direito essencialmente fundamental. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 17, n. 120, jan./2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14074. Acesso em: 10 out. 2017.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 13. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 21/99. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde**: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro. 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14736-14737-1-PB.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 123-147.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0010431-75. 2015. 8.060.115**. Relator: Maria de Fátima de Melo Loureiro, 30 de agosto de 2017. Disponível em: <http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3138455&cdForo=0&vIcaptcha=sriwd>. Acesso em: 12 ago. 2017.

CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da tutela provisória. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397-447.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. São Paulo: Dialética, 2009. *E-book*.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SICA, Heitor. (coord.). **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. mar. 2016. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

DOTTI, Rogéria. **Tutela cautelar e tutela antecipada no CPC de 2015: unificação dos requisitos e simplificação do processo**. Abr./2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DUARTE JÚNIOR, Zulmar de Oliveira. Comentários aos artigos 200-202, 693-699 e 719-725. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 319-321.

SCOREL, Sarah. **Equidade em saúde**. 2009. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/equasau.html>. Acesso em: 04 out. 2017.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FAVINI, Caroline; SOUZA, Maria Carolina Rosa de. **Os pressupostos para a concessão da tutela de urgência e da tutela da evidência no novo código de processo civil**. 2015. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/ixmic/paper/viewFile/143/25>. Acesso em: 25 jul. 2017.

FEIJÃO, Muller Monte. **O CPC de 2015 e a tutela de urgência**. jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50267/o-cpc-de-2015-e-a-tutela-de-urgencia>. Acesso em: 12 ago. 2017.

GONÇALVES, Marcos Vinicius. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5.

GONÇALVES, Marcos Vinicius. **Novo curso de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; GENELHU, R. T. P.; CORREA, R. D. **Irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada**. 2014. Disponível em: <http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/irreversibilidade-dos-efeitos-tutela-antecipada.htm#sdfootnote73sym>. Acesso em: 12 set. 2017.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. O princípio da igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias? **Scientia FAER**, Olímpia/SP, ano 1, v. 1, 2009. Disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/0B_3MGy0sXiVUSjRvTHdKRmoxUE0. Acesso em: 05 out. 2017.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

LACERDA, Galeno. **Comentário ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a>

teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/2. Acesso em: 05 jul. 2017.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil**: sistematizado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (coord.). **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 233-253.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**. Barueri, SP: Manole, 2014.

MACHADO, Vivianne; RIGOLDI, Edinilson Donisete. **A tutela jurisdicional da saúde**: sob o enfoque do princípio da igualdade. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f5d21999da31330>. Acesso em: 09 set. 2017.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Novo curso de processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. 2012. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisMúltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.039815-0/001**. Relator: Peixoto Henriques, 31 de julho de 2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371193497/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000150817336001-mg/inteiro-teor-371193527#>. Acesso em: 27 ago. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.16.035284-5/001**. Relatora: Áurea Brasil, 11 de agosto de 2016. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000160352845001. Acesso em: 14 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0543.16.003622-3/001**. Relator: Kildare Carvalho, 06 de julho de 2017. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10543160036223001. Acesso em: 14 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0567.15.012458-2/001**. Relator: Marcos Lincoln, 16 de março de 2016. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10567150124582001. Acesso em: 14 set. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária-Civil n. 10000150855443002**. Relatora: Sandra Fonseca, 19 de maio de 2017. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459826771/remessa-necessaria-cv-10000150855443002-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 set. 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: *E-book*.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NASCIMENTO, Márcio Rodrigues. **Princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional do direito à saúde**. jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45851/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-garantia-constitucional-do-direito-a-saude>. Acesso em: 30 set. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/ixmic/paper/viewFile/143/25/>. Acesso em: 22 ago. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Josemarionunes de Souza. **Princípio da proporcionalidade diante do direito fundamental à saúde**. 2015. Disponível em: <https://josemarionunes.jusbrasil.com.br/artigos/194332273/principio-da-proporcionalidade->

diante-do-direito-fundamental-a-saude. Acesso em: 21 set. 2017.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. **Direito à Saúde**, v. 12, n. 3, p. 234-239, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v12n3/v12n3a04.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

OLIVEIRA, Tayanne Martins de. A judicialização da saúde: atuação do Poder Judiciário para efetivação de garantia constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2895, jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19240>. Acesso em: 29 set. 2017.

ORDACGY, André da S. **A tutela de saúde como um direito fundamental do cidadão**. 2007. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 13 ago. 2017.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante**. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

PESSALACIA, Juliana Dias Reis; OLIVEIRA, Valéria Conceição; GUIMARÃES, Eliete Albano de Azevedo. Equidade de assistência à saúde no Brasil: uma análise segundo o princípio bioético da justiça. **Revista de Enfermagem do Centro Oeste Mineiro**, v. 1, n. 2, p. 283-295, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em: 13 set. 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70058647470**. Relator: Almir Porto da Rocha Filho, 09 de abril de 2014. Disponível em: <https://url.gratis/XDGAfa>. Acesso em: 30 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70053169322**. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, 24 de abril de 2013. Disponível em: <https://url.gratis/LwIJcu>. Acesso em: 30 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Recurso Cível n. 71006322978. Relator: Thais Coutinho de Oliveira, 30 de março de 2017. Disponível em: <https://url.gratis/x01XzJ>. Acesso em: 13 set. 2017.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A fazenda pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares. São Paulo: Atlas, 2011. *E-book*.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0018001-34.2016.8.24.0000**. Relator: Carlos Adilson Silva, 14 de junho de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAACNwVAAC&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0020129-27.2016.8.24.0000**. Relator: João

Henrique Blasi, 28 de junho de 2016. Disponível em: <https://url.gratis/j6kUHj>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0032005-76.2016.8.24.0000**. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, 30 de agosto de 2016. Disponível em: <https://url.gratis/5Mz318>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0140837-43.2015.8.24.0000**. Relator: Júlio César Knoll, 02 de outubro de 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAEM3AAAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2008.054686-1**. Relator: José Volpato de Souza, 23 de abril de 2009. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOEhaAAB&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2009.021000-0**. Relator: Pedro Manoel Abreu, 13 de abril de 2010. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAABfFIAAA&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2011.006909-1**. Relator: Pedro Manoel Abreu, 07 de junho de 2011. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAHAHSPUAAB&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2015.004571-8**. Relator: Carlos Adilson Silva,

11 de agosto de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANoC3AAb&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2015.000373-4**. Relator: Des. Jaime Ramos, 03 de setembro de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpVOAAY&categoria=acordao. Acesso em: 30 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2015.007890-6**. Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins, 17 de março de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=agravo%20de%20instrumento&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANq2tAAA&categoria=acordao. Acesso em: 17 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça **Agravo de Instrumento n. 2015.031333-6**. Relator: Jaime Ramos, 27 de agosto de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=agravo%20de%20instrumento&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANo3/AAB&categoria=acordao. Acesso em: 16 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça **Agravo de Instrumento n. 2014.076339-4**. Relator: Jaime Ramos, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=agravo%20de%20instrumento&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALKvDAAY&categoria=acordao. Acesso em: 17 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 4005537-07.2016.8.24.000**. Relator: Luiz Fernando Boller, 22 de novembro de 2016. Disponível em <https://url.gratis/xNyBHq>. Acesso em: 14 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0000334-50.2013. 8.24.0029.** Relator: Júlio Cesar Knoll, 08 de agosto de 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAACfChAAE&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0308765-96.2015.8.24.0039.** Relator: Luiz Fernando Boller, 03 de maio de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAACbLSAAR&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2008.069481-8.** Relator: Pedro Manoel Abreu, 10 de março de 2010. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000CWZ20000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=2294866&pdf=true>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.038087-8.** Relator: Carlos Adilson Silva, 14 de maio de 2013. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAACISKaAL&categoria=acordao. Acesso em: 29 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2011.083679-1.** Relator, Carlos Adilson Silva, 14 de maio de 2013. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAACISUAY&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.006548-4.** Relator: Des. Jorge Luiz de Borba, 10 de junho de 2013. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NXR50000&nuSeqProcesso>

Mv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5727368&pdf=true. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.062096-7**. Relator: Des. Henry Petry Junior, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PRAU0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6182066&pdf=true>. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2013.075020-8**. Relator: Edemar Gruber, 30 de julho de 2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANopqAAZ&categoria=acordao. Acesso em: 13 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Reexame Necessário n. 2010.042443-8**. Relator: Jaime Ramos, 19 de agosto de 2010. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAPlunAAE&categoria=acordao. Acesso em: 29 set. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0008867-80.2016.8.24.0000**. Relator: Carlos Adilson Silva, 06 de setembro de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABA7AADAAGmlqAAB&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2203270-58.2016.8.26.0000**. Relator: Mônica Serrano, 10 de agosto de 2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10714765&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d776b878421d4d2dbe45eb5e9f882967&vICaptcha=wxfu&novoVICaptcha=. Acesso em: 17 set. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 3000010-03.2017.8.26.000**. Relator: Luciana Bresciani, 31 de agosto de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10753112&cdForo=0>. Acesso em: 17 set. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. **Efeitos da revogação da tutela antecipada na judicialização da saúde**. jun. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/revogacao-da-tutela-antecipada>. Acesso em: 22 out. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. **Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil**. set. 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 30 ago. 2017.

SCHWARTZ, Germano A. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano A. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde**: aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

SCHWARZ, Monica Araújo. **A ineficácia do direito fundamental à saúde**. dez. 2012. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9624. Acesso em: 29 set. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Karina Zanin da; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3439>. Acesso em: 30 set. 2017.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Disponível em: *E-book*.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Art. 5º, caput: segurança. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 229-232.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do sistema único de saúde**. 2011. Disponível em: http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença e processo cautelar e tutela de urgência. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 2.

VAZ, Paulo Afonso. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coord.). **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil: a nova regra nem é tão nova assim. *In:* RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (org.). **Desvendando o novo CPC.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 157-160.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLFGANG, Ingo Sarlet. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 2, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: **E-book.**

Gabriela Fidelix de Souza é Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Legale. Pós-Graduada em Direito à Saúde pela Verbo Jurídico. Advogada. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora titular da disciplina de Direito Civil II – Obrigações, no Centro Universitário Univinte.



ISBN: 978-65-87169-27-9



9786587169279