

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – TUTELA DE URGÊNCIA

**Professor: Rodolpho Vannucci
Aluno: Claudionor Francisco Paz**

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – TUTELA DE URGÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Rodolpho Vannucci, como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

**SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
2009**

**UNIVERSIDADE PAULISTA – UNIP
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – TUTELA DE URGENCIA

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato-Sensu* em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Rodolpho Vannucci, como exigência parcial para obtenção do título em especialista em Direito Processual.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho primeiramente ao meu DEUS,
pois sem ELE nada é possível e a minha família,
Adriana, Matheus e Gabriel.*

AGRADECIMENTOS

A todas as pessoas que passaram pela minha vida, pois de alguma forma contribuíram por ser a pessoa o que sou.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo apontar quais os aspectos materiais e processuais da atividade jurisdicional no que tange ao direito à saúde como direito fundamental. No primeiro tópico, faz-se, assim, uma análise da saúde como direito e dever fundamental na Constituição Brasileira de 1988, tratando-se, por derradeiro, de algumas questões acerca da fundamentalidade formal e material do direito à saúde e, também, acerca da sua positivação na ordem constitucional brasileira como direito de todos e dever do Estado e da sociedade. Exatamente por se tratar de direito à saúde, que não pode esperar, impõe-se a utilização das denominadas medidas de urgência, aí incluídas a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela a ser objetivados neste estudo.

Palavras-chave: Direito a Saúde. Tutelas de Urgências. Processo Civil

ABSTRACT

This study aims to point out that the substantive and procedural aspects of judicial activity regarding the right to health as a fundamental right. In the first topic, it is therefore an analysis of health as fundamental right and duty in the Brazilian Constitution of 1988, the case for last, some fundamental questions about the formal and material of the right to health and also about positive in its constitutional order as Brazilian law and duty of all of the state and society. Just because it is right to health, can not wait, it is the use of so-called measures, that included the protection measure and anticipate the effects of protection to be aimed in this study.

Keywords: Right to health. Jurisdictional action. Process civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DIREITO FUNDAMENTAL A SAUDE.....	13
1.1. A Saúde como Direito Social Fundamental.....	13
1.2. Direito Fundamental à Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	14
1.3. Solidariedade dos entes Federativos.....	16
1.4. A Assistência à Saúde como Obrigação de Fazer e como Direito Público Subjetivo do Cidadão e dever do Estado... ..	20
CAPÍTULO 2 – TUTELAS DE URGENCIAS.....	26
2.1. As Tutelas de Urgências no Direito Romano.....	26
2.2. Fundamento Constitucional do Acesso a Justiça.....	28
2.3. Tutela Cautelar e Antecipação de tutela: Principio da Fungibilidade.....	30
2.4. Tutela Antecipada na Sentença.....	36
CAPÍTULO 3 – O DIREITO À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO JUDICIAL.....	40
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um dos direitos sociais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todos e dever do Estado, no sentido amplo de Poder Público. Sua aplicação tem eficácia imediata e direta.

A Constituição transformou o direito à saúde como obrigação do Estado, pois garante a todos os cidadãos o direito à saúde, por força de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, onde o cidadão lesado em seu direito à saúde, pode se socorrer ao Poder Judiciário, e este, obriga o Estado a cumprir o dispositivo constitucional, haja vista que saúde é direito de todos e dever do estado (art. 196 da CF/88).

Ela reflete as novas concepções sobre a pessoa humana e os novos padrões de convivência bastante diferentes dos que predominaram até a primeira metade do século vinte, pois agora a pessoa deve ser tratada com preponderância sobre os demais valores que, por sua vez, devem ser harmonicamente cuidados para se obter e manter a justiça social.

Também é característica da nova ordem constitucional a ampla disponibilização do Judiciário para a solução dos conflitos, muitos deles decorrentes da inobservância dos direitos e garantias individuais implementados pela nova Lei Fundamental, segundo a qual nosso Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a ser alcançada com o cumprimento de objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais com a promoção do bem de todos.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde destaca-se expressivamente, assim como as responsabilidades do Estado afetas à prestação de tais serviços, tudo em função do *status* constitucional de relevância pública das ações e serviços de saúde.

Portanto, as políticas e ações de saúde não estão a critério absolutamente discricionário de um ou outro governante – federal, estadual ou municipal - ou ao sabor das conjunturas, devendo ser orientadas, planejadas e executadas segundo os princípios, diretrizes, direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, que também devem ser observados na legislação infraconstitucional, logicamente, como a Lei que institui o SUS.

No entanto, o Estado ideal que resulta da Constituição Federal e do ordenamento jurídico infraconstitucional está longe de ser alcançado, assim como a ideal plenitude dos programas de saúde e do Sistema Único de Saúde, notadamente pelo descuido de governantes

que não priorizam a saúde, pelos entraves orçamentários e pela ineficiência da administração pública que não consegue se programar e atuar de forma ótima diante das exigências legais.

Como nem diante da Constituição Federal e das leis, sendo imperativo, o poder público presta serviços de qualidade, e o cidadão, a pessoa humana, que suporta as dificuldades e prejuízos pela ineficiência e pela falta dos serviços de saúde, o que discrepa dos fundamentos e dos objetivos de nosso Estado Democrático de Direito previstos na Lei Fundamental.

A busca de soluções para os problemas relativos às ações e serviços de saúde é árdua tarefa para todos, sejam os profissionais da saúde, os compromissados com a ordem constitucional, governantes, gestores do Sistema Único de Saúde, instituições e associações, operadores do direito ou simples pessoas que nessa seara se defrontam com diversas demandas e óbices das mais variadas matizes.

Como instrumentos para o enfrentamento dos problemas há as ações individuais, ações civis públicas e as ações coletivas que caracterizam uma forma “epidemiológica” de se tentar alcançar soluções; neste rol, preferível são as ações civis públicas, pois alcançam um maior número de pessoas ou grupos, evitando, assim, uma enxurrada de ações individuais ao Poder Judiciário, tornando muito mais lenta a tramitação dos processos.

Porém, como nem diante do ordenamento jurídico, ao qual a administração pública está vinculada, se obtém o ideal de serviços eficientes, os mesmos obstáculos causadores da ineficiência podem surgir - e na maioria das vezes surgem - diante das decisões proferidas em ações civis públicas e ações coletivas, pois o Estado não está preparado para prestar serviços de saúde com qualidade a todos.

Se elas são os melhores instrumentos para um enfrentamento epidemiológico dos problemas de saúde e se as decisões proferidas por força delas não trazem o útil, esperado e necessário eficiente resultado imediato, não há como esquecer e não utilizar outros instrumentos previstos no ordenamento jurídico.

Não há como não se invocar outros atores sociais para a solução dos problemas, ainda que importe em enfrentamento clínico.

É bem verdade que esse modo pode parecer, no amplo contexto de políticas e ações governamentais, mero paliativo sem resultado positivo porque as questões da saúde devem apresentar soluções genéricas que efetivamente alcancem isonomicamente a universalidade das pessoas.

Porém, ao lado das questões e problemas da área da saúde existem vários outros individuais ou de algumas pessoas e de diferentes ordens e naturezas, problemas que são

correlatos e que negativamente interferem no acesso à saúde, no acesso aos serviços ofertados ou não.

O primeiro capítulo deste trabalho contém breve exposição sobre a saúde como direito social fundamental, sua previsão constitucional e sua aplicabilidade direta e imediata. Além disso, será abordado o direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, a solidariedade dos entes federativos frente ao tema em questão, como também a assistência à saúde como obrigação de fazer e como Direito Público subjetivo do cidadão e o dever do Estado, qual seja: o dever de fornecer não apenas medicamentos como ainda tratamentos, incluindo exames e cirurgias, necessários à efetivação do direito fundamental à saúde, no qual consiste em uma prestação de dar, fazer ou não-fazer.

Em seguida, serão analisadas as tutelas de urgências, tendo por base o princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), medidas de urgências (tutela cautelar e a tutela antecipada), institutos que se assemelham em sua finalidade, que busca dar mais efetividade e celeridade as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Feito um breve estudo histórico do surgimento das tutelas de urgências para posteriormente, tratar-se de sua importância como meio de racionalização do tempo do processo, os pressupostos necessários para se requerer a tutela de urgência, bem como o momento de sua concessão e as ações que a comportam, o momento oportuno de se requerer e, ainda, o poder de cautela do juiz quando da prolação da sentença.

A inclusão do § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 10.444 de 07 de maio de 2002, disciplinou o princípio da fungibilidade das tutelas de urgências, que deixou claro a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, trazendo um avanço significativo na relação processual, pois veio dar maior celeridade às medidas de urgência, independentemente do rótulo que a lei ou a doutrina lhe imponham – se tutela antecipada ou cautelar.

Discorreu-se um pouco sobre a possibilidade de antecipar a tutela em sentença, matéria que há pouco tempo era muito divergente.

Dedicou-se no capítulo 3, ao direito à saúde e sua proteção judicial, mostrando que o Poder Judiciário pode e deve intervir com o objetivo de permitir ao cidadão desprovido de recursos financeiros exigir do Estado o cumprimento do dispositivo constitucional de saúde a todos, por meio das tutelas antecipadas ou liminares.

A finalidade deste estudo é entender como o Poder Público, União, Estado, Municípios, prestam a assistência à saúde a seu cidadão, cumprindo assim seu dever

constitucional do direito à vida. Na falta de cumprimento dos preceitos Constitucional pelos órgãos governamentais, surge o Poder Judiciário como a último recurso para o cidadão exigir, por meios de ações individuais ou coletivas, que se cumpra a lei máxima do País, através dos dispositivos legais criados para esses fins e garantindo a ele um mínimo de dignidade.

CAPÍTULO 1 – DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

1.1. A Saúde como Direito Social Fundamental

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”. Constituição Federal de 1988, artigo 196.

Para a Organização Mundial de Saúde, a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental, social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, datada de 26 de junho de 1.946, que considerou a saúde como o primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”¹.

Essa definição não se restringe à limitada ótica do processo saúde-doença individual, mas, na proteção do indivíduo e da coletividade com políticas e ações que envolvam todos os setores de intervenção estatal necessária à vida saudável, incluindo-se o meio ambiente, o trabalho, a alimentação, o saneamento básico e a habitação, a assistência social e os serviços de saúde prestados pelo Estado.

O direito à saúde é um direito social fundamental da pessoa humana, reconhecido e positivado nos mais diversos ordenamentos jurídicos, em vários deles como mandamento constitucional, direito assegurado no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Portando, cabe ao Estado garantir o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo, as pessoas têm o direito de exigir desse mesmo Estado, uma prestação positiva ou negativa concernente ao direito à saúde.

Na análise do direito à saúde como direito fundamental chama a atenção à necessidade de maior efetivação no cumprimento da prestação positiva à saúde, pois este é o principal direito fundamental social previsto na carta Magna do Brasil.

Para proteção e efetivação dos direitos fundamentais, ressalta-se a importância do Poder Judiciário, que para a efetivação destes direitos, deve-se mirar apenas na Constituição,

¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. p. 53. In: BALSEMÃO, Adalgiza [et alii] **Manual Conceitual do Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Universidade de Brasília. Faculdade de Direito da Unb. Núcleo de Estudos em Saúde Pública da Unb/CEAM, 2002. p. 47 - 72.

de modo que se a lei lhe for contrária, ou ainda a falta de lei, não pode servir de óbice para que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais.

1.2. Direito Fundamental à Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A constituição da República Federativa do Brasil, na esteira dos mais modernos ordenamentos jurídicos mundiais, dispõe, em seu artigo 6º, que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Já o artigo 196 da Magna Carta assegura que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O artigo 198 determinou a criação do SUS, organizando-o em rede regionalizada e hierarquizada para cumprir atribuições relativas à saúde.

A administração pública, cujo fim é gerir a coisa pública para que se atinja o bem comum, o bem-estar social, não pode descuidar da saúde, individual ou coletiva, pois a sociedade e o Estado têm como fundamento o próprio indivíduo.

É como consta na Constituição Federal, onde está assentado que: 1) nosso Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana; 2) são nossos objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais com a promoção do bem de todos; 3) a saúde é, ao lado de outros direitos (v.g. educação, trabalho, moradia, segurança, previdência social e assistência aos desamparados) um direito social; 4) as ações e serviços de saúde são de relevância pública e; 5) a saúde pública é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços (art. 196).

Nesse contexto constitucional está inserido o direito social à saúde, direito de todos e dever do Estado que a garantirá com as referidas políticas sociais e econômicas que reduzam os riscos de doença e protejam e recuperem os portadores de doença, cabendo ao Estado

promover o acesso universal e igualitário aos serviços pertinentes (art. 6º, e 196 *usque* 200), que são de relevância pública (art. 197).

A proteção que a ordem jurídico-constitucional brasileira dispensa ao direito à saúde pode ser estudada sob os mais diversos aspectos, ganhando relevo á ótica da saúde com direito fundamental da pessoa humana, que tem implicação direta com no que diz com sua eficácia e efetividade.

Na assistência pública à saúde, pode-se afirmar que prestações positivas defluem não apenas dos mandamentos constitucionais, mas também dos comandos legais que estruturam o SUS e demais mecanismos reguladores da assistência à saúde (Lei nº 8.080, de 19.09.90, Lei nº 8.142, de 28.12.90 e Atos Normativos Complementares), além de algumas legislações especiais protetoras de portadores de determinadas patologias como a AIDS (A Lei nº 9.313/96), Câncer e doenças mentais (Lei 10.216/2001). O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, artigos 8º, 9º, 15 e segs.) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 7º e segs.) também possuem comandos legais específicos garantidores do acesso integral à saúde.

Ainda no campo constitucional, o capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos vem trazendo primordialmente o princípio da isonomia (Art.5º, *caput*, CF), grande vetor da implementação dos direitos sociais, a partir da evolução da sua concepção, no sentido de compreendê-lo como o tratamento desigual daqueles que estiverem em situações distintas, dentro de critérios de razoabilidade², o que levou ao raciocínio concernente ao dever do Estado de realizar prestações positivas visando à fruição dos direitos por todos, ante as diferenças sociais.

O princípio da universalidade da jurisdição, consagrado no inciso XXXV do Art.5º da CF, garante, sem exceções, a apreciação pelo Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça de direito, com o objetivo de romper os tabus da ausência de competência do Poder Judiciário para a análise de certos campos tradicionalmente vedados à sua apreciação, como a discricionariedade do administrador e do legislador.

No Brasil, atualmente, vigora um sistema misto de assistência à saúde, uma vez que se o art. 196 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) assegura que saúde é direito de todos e dever do Estado. O art. 199 da Lei maior também assegura à iniciativa privada a participação no setor.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed.ver. , São Paulo: Saraiva, 1992. p.243.

1.3. Solidariedade dos Entes Federativos

O sistema federativo adotado pelo Brasil, consagrado pela Constituição Federal de 1988, principalmente relativo à saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CF/88).

Com a norma Constitucional o dever de prestar Saúde recai sobre todos os entes públicos, indistintamente, em razão da solidariedade constitucionalmente prevista (art. 23, II, da Constituição Federal).

Neste sentido, é farta a jurisprudência, *verbis*:

a) “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.
2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.

4. Agravo regimental não-provido”

(AGA – Ag. Reg. no Ag. Inst. nº 858899 – STJ – 1ªT.; Rel. Min. JOSÉ DELGADO; pub.: DJ 30/08/2007, pg. 219).

b) “AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA EM AÇÃO ORDINÁRIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE DE RECURSOS – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM, SAÚDE E ECONOMIA PÚBLICAS – PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO.

I - A vida e a saúde são direitos fundamentais constitucionalmente, sendo dever do Estado organizar-se para atender aos necessitados de forma efetiva e eficiente (arts. 6º e 196 da Carta Magna);

II - O art. 23, II, da CF dispõe ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública. Por outro lado, na formação de um sistema único, reconheceu-se à solidariedade das diversas esferas institucionais do Poder Público no que tange à prestação de saúde (art. 198, CF), aí se inserindo tanto a União, como também os Estados e os Municípios;

III - Não se pode dizer, portanto, que o fornecimento do colírio a uma única pessoa portadora de glaucoma crônico (a autora da ação), em risco de perda total da visão e sem recursos (patrocinada, inclusive, pela Defensoria Pública da União) venha a causar lesão à ordem, saúde e economia do Município de Duque de Caxias, ainda mais se observamos que a determinação contida na decisão se dirige não só ao Requerente, mas a todos os réus, aí incluídos a União e o Estado do Rio de Janeiro, competindo aos mesmos uma atuação conjunta e organizada, consoante, aliás, estipula o ordenamento constitucional;

IV - Eventuais dificuldades do Município para assumir suas atribuições constitucionais, sob a alegação de que o governo federal não repassa os recursos de

forma regular e automática, não podem ensejar o descumprimento de comandos constitucionais que protegem o cidadão, o qual não pode sofrer as conseqüências de problemas internos da Administração;

V - Agravo Interno desprovido.”

(TRF 2ª Região – Órgão Especial. PET 1411. Rel. Des. Walmir Peçanha. DJ de 27.05.2004)

c) "PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ADC 04/DF. DECISÃO NÃO SUJEITA AO DUPLO GRAU.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela, determinando que a União forneça, com a devida urgência, o medicamento SANDOSTAIN ao Autor.

2. Não há que se falar, observada a orientação dos Tribunais Superiores, em ilegitimidade passiva ad causam da União, posto que o dever de prestar Saúde recai sobre todos os entes públicos, indistintamente (STF, RE 195.192/RS, DJ 22.2.2000; STJ, RESP 763.167/SC, DJ 14.11.2005; STJ, RESP 507.205/PR, DJ 17.11.2003).

3. É responsabilidade do Ministério da Saúde prover o SUS dos medicamentos necessários ao uso da população mais carente.

4. Entendo presentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada, traduzidos na verossimilhança do direito alegado - direito a vida, a saúde, a dignidade - assim como a possibilidade de dano irreparável, considerada a doença que acomete o autor e os riscos que a falta do medicamento pode acarretar a sua saúde, como observado pela Juíza a quo, mormente quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, das quais a saúde e a integridade física são desdobramentos naturais deste bem maior.

5. A Lei 9.494/97 deve ser interpretada restritivamente, de modo que, salvo as exceções nela previstas, a antecipação da tutela é aplicável em desfavor dos entes públicos. Considerando-se que na espécie a tutela foi antecipada com vistas ao fornecimento de medicamento, situação não inserida entre as vedações da Lei 9.494/97, possível a antecipação dos efeitos da tutela.

6. Nos termos do preciso ensinamento vertido no REsp 424863/RS, relatoria do Ministro Franciulli Netto, DJ 15.9.2003, "O artigo 475 do CPC não constitui óbice à medida antecipatória, pois é cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. 'As sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária. Assim, liminares concedidas em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc., bem como tutelas antecipadas concedidas contra o poder público, devem ser executadas independentemente de reexame necessário. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal' (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 780, nota n. 3 ao artigo 475 do CPC)".

7. Comungo do entendimento, reiteradamente adotado tanto nesta Egrégia Turma quanto nos demais Membros desta Colenda Corte, segundo o qual o deferimento da medida pleiteada se insere no poder geral de cautela do juiz que, à vista dos elementos constantes do processo, pode melhor avaliar a presença dos requisitos indispensáveis ao deferimento da tutela vindicada, mormente quando resta claro que os documentos juntados foram somente aqueles que, em tese, beneficiariam apenas o agravante.

9. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.”

(AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 112388 - TRF2ªReg; 8ªT., Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND; pub.: DJU 28/03/2006, pg. 167).

O art. 198 previu a criação de um sistema único de saúde e seu § 1º dispôs que o financiamento dar-se-ia com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em observância ao regramento constitucional, a Lei nº 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pelos entes federativos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, regulamento o Sistema único de Saúde, como preceitua o seu artigo 2º:

“Art. 2.º - A saúde é um direito fundamental do ser humano devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

“Art. 5.º - São objetivos do Sistema único de Saúde SUS:

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção e recuperação da saúde com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6.º - Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

.....

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7.º - “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A solidariedade entre os entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde fica estampada no entendimento dos Tribunais Superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se ementa do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Roberto de Abreu e Silva:

EMENTA: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (Apel. Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002).

A solidariedade é instituto do Direito Civil e está no art. 265 do Código Civil, cabendo ao credor escolher qual dos devedores deseja acionar (art. 267 do Código Civil),

razão pela qual o cidadão poderá escolher qual dos entes federativos irá acionar para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde, conforme ementa do Relator e Desembargador Humberto de Mendonça Mannes:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA GRAVE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – S.U.S. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE.

Administrativo. Saúde Pública. Aposentado pobre e portador do Mal de Alzheimer. Embora conjunta a ação dos entes integrantes do Sistema Único de Saúde, pode o necessitado acionar qualquer deles, ante o princípio concursus partes fiunt, já que a solidariedade, que o excepciona, não se presume (Código Civil, art. 896). Rejeição, por isso, da preliminar de chamamento ao processo da União e do Estado. "O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000). Confirmação da sentença que condenou a Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis a fornecer os medicamentos necessários conforme ordem médica (Apel. Cív. nº 2002.001.08324, TJ-RJ, 5ª Câm. Cív., Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

Por ser a saúde competência comum de União, Estados e Municípios (art. 23, II, da CF/88), o cidadão pode demandar contra qualquer dos entes federados na busca da proteção de saúde, constituindo-se em dever comum dos entes garantirem o direito à saúde. A jurisprudência dos tribunais brasileiros demonstra esse entendimento.

SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS POR ENTIDADE PÚBLICA MUNICIPAL, PARTICIPANTE DO SUS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM PLEITO ORDINÁRIO. DIREITO À VIDA. DEVER COMUM DOS ENTES FEDERADOS. ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES PRETORIANOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO PODE PENALIZAR O CIDADÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA. As entidades federativas têm o dever ao cuidado da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência de saúde, a teor do disposto no art. 23 da Constituição Federal. Assim, não se pode prestar à fuga de responsabilidade a mera arguição de violação ao princípio do orçamento e das normas à realização de despesa pública, quando verificado que o "Estado" na condição de instituição de tributo especial dirigido a suplementar verbas de saúde não o faz com competência devida". (Agravo de Instrumento n.º 1999.002.12096, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves, Julgado em 02/05/2000)

1.4. A Assistência à Saúde como Obrigação de Fazer e como Direito Público Subjetivo do Cidadão e Dever do Estado

A tutela jurisdicional específica do direito à saúde e à concretização das decisões judiciais concessivas das tutelas reclamadas deverá na relação jurídica, ser caracterizada como obrigação de fazer, vinculando o cidadão como credor e, como devedores, o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A obrigação consiste uma prestação de dar, fazer ou não-fazer, que tanto pode ser estabelecido por relações obrigacionais contratuais como por imposição legal.

A universalização do acesso à saúde, Os artigos 6º e 196 da Constituição Federal asseguram à saúde como direito fundamental do cidadão e dever do Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cumpre ao "Estado" em ambas as esferas (Federal, Estadual e Municipal) implementar as políticas necessárias para o atendimento integral ao serviço de saúde.

A Constituição da República estabelece no art. 198: § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Inobstante a solidariedade, os gestores (União, Estados, Distrito Federal e Município) subdividiram a responsabilidade entre si para cumprir o mandamento constitucional. A Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS) dispõe:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

...

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

...

Art. 9º. A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

...

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

...

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

...

X - observado o disposto no artigo 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

...

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

Quando o Poder Público se abstém no fornecimento do medicamento ou o tratamento terapêutico necessário, cumpre ao Poder Judiciário assegurar a garantia constitucional de acesso à saúde.

A cláusula da reserva do possível não se presta como argumento de que os direitos sociais consagrados na Constituição Federal são meramente programáticos ou de que estariam submetidos à disponibilidade material orçamentária. Essa cláusula poderia ser invocada pelo ente federativo desde que comprovada a ausência de recursos para implementar o direito constitucional de acesso universal à saúde.

A subdivisão da competência entre os gestores é possível aos gestores do SUS distribuir entre os três entes federativos (União, Estados e Municípios) as atribuições para cada tipo de tratamento, desde que isso não dificulte ou impeça o acesso à saúde.

O artigo 198, II, da Constituição Federal, impõe o dever de assistência integral ao cidadão por parte do "Estado", não importando qual ente federativo está sendo provocado para a prestação do serviço, pois, como asseverado, a responsabilidade é solidária com estabelecido expressamente no § 1º do dispositivo mencionado.

O art. 7º, II, c/c a do art. 35, § 1º, ambos da Lei Federal nº 8.080/90, impõem o dever ao sistema de integralidade da assistência em nível curativo individual e importa em destinação de recursos orçamentários da União independentemente de procedimento prévio das demais unidades. As diretrizes do Sistema Único de Saúde incorporadas ao texto constitucional e reguladas pela Lei nº 8.080/90, constituem normas de eficácia plena.

A alegação do princípio da reserva do possível para não cumprir o ordenamento constitucional somente poderá ser invocado no caso de comprovada a impossibilidade material para implementar as políticas de saúde.

A simples falta de previsão orçamentária, elaborada pelos próprios entes federativos não pode ser invocada.

A subdivisão da competência para o fornecimento de medicamentos ou o tratamento de saúde entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios em função de portarias expedidas pelo Ministério da Saúde se enquadra na atividade administrativa de organização dos gestores de saúde para racionalizar a distribuição das receitas, de acordo com a competência de cada responsável, desde que essa distribuição de atribuições comprometa o acesso à saúde.

Em razão das discussões que a matéria em foco tem gerado, é necessário que se façam algumas considerações sobre as normas de subdivisão da competência entre os órgãos gestores da saúde.

A Portaria MS nº 675, de 30 de março de 2006 que aprova a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde visando consolidar os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde em todo o País estabelece a responsabilidade pela gestão do Sistema Único de Saúde, distribuindo as competências do seguinte modo:

- I - DOS GOVERNOS MUNICIPAIS E DO DISTRITO FEDERAL:
 - a) gerenciar e executar os serviços públicos de saúde;
 - b) celebrar contratos com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como avaliar sua execução;

- c) participar do planejamento, programação e organização do SUS em articulação com o gestor estadual;
 - d) executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico e de saúde do trabalhador;
 - e) gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
 - f) celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, assim como controlar e avaliar sua execução; e
 - g) participar do financiamento e garantir o fornecimento de medicamentos básicos.
- II - DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DO DISTRITO FEDERAL:
- a) acompanhar, controlar e avaliar as redes assistenciais do SUS;
 - b) prestar apoio técnico e financeiro aos municípios;
 - c) executar diretamente ações e serviços de saúde na rede própria;
 - d) gerir sistemas públicos de alta complexidade de referência estadual e regional;
 - e) acompanhar, avaliar e divulgar os seus indicadores de morbidade e mortalidade;
 - f) participar do financiamento da assistência farmacêutica básica e adquirir e distribuir os medicamentos de alto custo em parceria com o governo federal;
 - g) coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, alimentação e nutrição e saúde do trabalhador;
 - h) implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados juntamente com a União e municípios; e
 - i) coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros.

Ainda a Portaria GM nº 3.916 de 30 de outubro de 1998, que aprova a Política Nacional de Medicamentos, estabelece entre outras coisas:

4.2. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

...

O gestor estadual deverá coordenar esse processo no âmbito do estado, com a cooperação técnica do gestor federal, de forma a garantir que a aquisição realize-se em conformidade com a situação epidemiológica do município, e que o acesso da população aos produtos ocorra mediante adequada prescrição e dispensação.

5.3. GESTOR ESTADUAL

Conforme disciplinado na Lei nº 8.080/90, cabe à direção estadual do SUS, em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.

Nesse sentido, constituem responsabilidades da esfera estadual:

- coordenar o processo de articulação intersetorial no seu âmbito, tendo em vista a implementação desta Política;
- promover a formulação da política estadual de medicamentos;
- prestar cooperação técnica e financeira aos municípios no desenvolvimento das suas atividades e ações relativas à assistência farmacêutica;
- coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito;
- apoiar a organização de consórcios intermunicipais de saúde destinados à prestação da assistência farmacêutica ou estimular a inclusão desse tipo de assistência como objeto de consórcios de saúde;
- promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
- assegurar a adequada dispensação dos medicamentos, promovendo o treinamento dos recursos humanos e a aplicação das normas pertinentes;
- participar da promoção de pesquisas na área farmacêutica, em especial aquelas consideradas estratégicas para a capacitação e o desenvolvimento tecnológico, bem como do incentivo à revisão das tecnologias de formulação farmacêuticas;
- investir no desenvolvimento de recursos humanos para a gestão da assistência farmacêutica;
- coordenar e monitorar o componente estadual de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;

implementar as ações de vigilância sanitária sob a sua responsabilidade;
 definir a relação estadual de medicamentos, com base na RENAME, e em conformidade com o perfil epidemiológico do estado;
 definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos referidos no Capítulo 3, "Diretrizes", tópico 3.3. destinado ao orçamento adequado à sua aquisição; utilizar, prioritariamente, a capacidade instalada dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do estado;
 investir em infra-estrutura das centrais farmacêuticas, visando garantir a qualidade dos produtos até a sua distribuição;
 receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda;
 orientar e assessorar os municípios em seus processos de aquisição de medicamentos essenciais, contribuindo para que esta aquisição esteja consoante à realidade epidemiológica e para que seja assegurado o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo;
 coordenar o processo de aquisição de medicamentos pelos municípios, visando assegurar o contido no item anterior e, prioritariamente, que seja utilizada a capacidade instalada dos laboratórios oficiais.

5.4. GESTOR MUNICIPAL

No âmbito municipal, caberá à Secretaria de Saúde ou ao organismo correspondente as seguintes responsabilidades:

coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito;
 associar-se a outros municípios, por intermédio da organização de consórcios, tendo em vista a execução da assistência farmacêutica;
 promover o uso racional de medicamentos junto à população, aos prescritores e aos dispensadores;
 reinar e capacitar os recursos humanos para o cumprimento das responsabilidades do município no que se refere a esta Política;
 coordenar e monitorar o componente municipal de sistemas nacionais básicos para a Política de Medicamentos, de que são exemplos o de Vigilância Sanitária, o de Vigilância Epidemiológica e o de Rede de Laboratórios de Saúde Pública;
 implementar as ações de vigilância sanitária sob sua responsabilidade;
 assegurar a dispensação adequada dos medicamentos;
 definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população;
 assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando sua programação à do estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna;
 adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do município;
 utilizar, prioritariamente, a capacidade dos laboratórios oficiais para o suprimento das necessidades de medicamentos do município;
 investir na infra-estrutura de centrais farmacêuticas e das farmácias dos serviços de saúde, visando assegurar a qualidade dos medicamentos;
 receber, armazenar e distribuir adequadamente os medicamentos sob sua guarda.

Nesse contexto, denota-se que cumpre ao Estado definir elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente além daqueles de dispensação em caráter excepcional, considerados os critérios técnicos e administrativos respectivos.

Ao Município cumpre a responsabilidade de definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do

perfil nosológico da população, assegurando o suprimento desses medicamentos básicos destinados à saúde da população, podendo ainda incluir produtos e medicamento essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde como responsabilidade concorrente do município.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de forma descentralizada e com direção única em cada esfera de governo, a fim de que haja o atendimento integral e prioritário para a atividade preventiva.

A hierarquia e a subdivisão da universalização da saúde não afastam a responsabilidade solidária, mas por uma questão de racionalização do serviço da administração público deve cidadão tentar suprir as necessidades de saúde junto ao Gestor ao qual foi atribuída a responsabilidade para que nasça o interesse jurídico em obter a tutela jurisdicional.

Essa distribuição de competência nada mais é que a racionalização do tratamento de saúde para a sua otimização. As portarias ministeriais servem de orientação para a descentralização das verbas da saúde.

No sistema único de saúde idealizado e no âmbito de repartição de responsabilidades das esferas de governo, cabe ao gestor federal, por meio do Ministério da Saúde, a implementação e a avaliação da Política Nacional de Medicamentos e, inclusive, a aquisição e distribuição de produtos em situações especiais.

Ao gestor estadual incumbe assegurar a adequada dispensação dos medicamentos e definir o elenco de medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de dispensação em caráter excepcional.

Ao gestor municipal cumpre definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, assegurando o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população.

A universalização da saúde leva à responsabilidade solidária, de modo que a subdivisão de competência não exclui a responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Município.

CAPÍTULO 2 – TUTELAS DE URGÊNCIAS

2.1. As Tutelas de Urgências no Direito Romano

A reflexão sobre o excessivo tempo de duração das demandas constitui temática recorrente, estando constantemente em pauta dentre os juristas. De longa data, ou mais precisamente, desde o Direito Romano é percebida uma preocupação com a efetividade do processo devido à morosidade das demandas, conforme adverte Carmignani ³.

Para resolver tal problemática, inseriu-se dentre as tutelas pretorianas, os interditos, consistindo num procedimento mais ágil oferecendo proteção ao titular do direito aparentemente lesado através de cognição sumária.

Os interditos visavam, segundo Carmignani ⁴, dirimir os obstáculos da aplicação tempestiva dos direitos. Desse modo, para a doutrinadora era possível quebrar com a morosidade e formalidade do procedimento da *actio*, concedendo a tutela interdital oportunamente ⁵.

Esse período era denominado de clássico tendo enorme relevância, pois se obteve uma abertura das fórmulas, estendendo-se o direito ao conflito social. Assim, Cruz e Tucci ⁶ adverte a faculdade do pretor adaptar a fórmula de um interdito para uma situação análoga e, ainda, conceder o interdito para uma nova situação.

No poder de império do pretor romano, salienta-se de acordo com Ferreira ⁷, os primeiros resquícios de uma medida cautelar, quando através dos interditos podiam-se assegurar os bens de uma parte ofendida para uma futura execução.

Nesse sentido, o autor exemplifica como poder geral de cautela a *missio in possessionem*, sendo “uma medida preventiva e por isto mesmo cautelar pela qual o pretor ordena entregar a coisa que é objeto de um litígio a um litigante ou a um curador” ⁸.

³ CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela Antecipada**. São Paulo: LTr, p. 09, 2001.

⁴ Op. Cit. p. 17.

⁵ Op. Cit. p. 18.

⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 114.

⁷ FERREIRA, Pinto. **Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 44.

⁸ Op. Cit. p. 45.

Assim, os interditos para Birchal ⁹ foram às primeiras manifestações do processo cautelar. Ademais, os interditos possuíam a cognição sumária, tendo em vista, a análise dos fatos e a concessão ou não da ordem segundo o referido doutrinador. Tal cognição era realizada oralmente diante do pretor, e caso fosse acatada tal ordem o litígio ficaria encerrado, diante desse poder de império do pretor. Caso contrário, passar-se-ia ao estabelecimento da *litis contestati* e redação da fórmula, nomeando-se o Jurisconsulto para decidir o litígio definitivamente, tendo como base a fórmula redigida pelo pretor.

Entretanto, o caráter impositivo do pretor romano não prevaleceu sendo predominado pelo procedimento da *actio*, ou seja, a mera declaração do direito descumbida do poder de império. Com isso, há uma supressão das fases do período formular, inaugurando-se o período extraordinário onde o próprio magistrado instruía e julgava o feito. Ao longo dos anos, percebe-se a presença da *actio* em detrimento do *interdicto*, ambos, institutos do direito romano de proteção e defesa dos indivíduos. Desse modo, começa-se o detrimento dessas tutelas diferenciadas em favor da plenitude da defesa e segurança jurídica, sendo imprescindível para alcançar tais objetivos uma cognição exauriente.

Assim, foi sendo concebido o direito, primeiramente abstraindo-se o fato da norma com a resolução dos casos pelos jurisconsultos que passaram a aplicar a norma abstratamente como numa dedução matemática. Dito de outro modo, o jurisconsulto decidia conforme a fórmula redigida pelo pretor e, em conseqüência, não ‘sentia’ o contato com as circunstâncias fáticas ‘escondidas’ através da redação da fórmula do pretor.

Posteriormente com a universalização deste procedimento substituindo-se a força executiva dos interditos pelo procedimento da *actio*, e por conseqüência desvalorizando-se a cognição sumária e a oralidade exercida diante do pretor romano, foi fácil obter uma norma distante da realidade social.

A partir de então, até os dias atuais convive-se com a norma distante da realidade social. Por derradeiro, esta generalização da norma, conduziu o processo outrora, para servir como instrumento de poder e autoritarismo dos Reis que temiam a interpretação e autonomia dos magistrados.

Por conseguinte, com a supressão dos interditos do Direito Romano perde-se em efetividade e evidencia-se posteriormente uma tendência de codificação dos direitos. Como bem adverte Wolkmer ¹⁰, aproxima-se o direito à lei e esvazia-se com a idéia de justiça. Na

⁹ FIUZA, César (coord.); BIRCHAL, Alice de Souza; OLIVEIRA, Allan Helber de et al. **Direito Processual na História**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 116.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

verdade, pretendeu-se ‘geometrizá-los’ conflitos sociais como se isso fosse possível, com intuito de controlá-los. Entretanto, para alcançar tal pretensão não seria possível a existência de um forte instrumento em favor dos cidadãos romanos. Por isso, os interditos precisavam perder sua força executiva!

Essas considerações são revelantes devido à pungente influência da forma processual do Direito Romano na formação do Processo Civil Brasileiro. É nesse contexto que se pretende estabelecer algumas ponderações. Em que medida influencia-se o predomínio da *actio* no atual Processo Civil Brasileiro? Seria um retorno ao passado quando se reluta em admitir juízos de cognição sumária? Como se mantém até os dias atuais, um procedimento em que se retira a força executiva das decisões? De que maneira o pensamento racional induziu a codificação do direito?

Por óbvio, tais indagações têm por único objetivo levantar a discussão acerca da dificuldade de se implementar juízos de cognição sumária e examinar tal problemática nas raízes de formação do Processo Civil Brasileiro.

2.2. Fundamento Constitucional do Acesso à Justiça

O acesso à justiça foi consagrado com a promulgação da Constituição Federal, garantia esta, expressa no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal do Brasil, que reconheceu o direito ao acesso à justiça como forma de defesa dos direitos individuais dando efetividade a este direito.

Exatamente por se tratar de direito à saúde – que não pode esperar – impõe-se à utilização das denominadas medidas de urgência, aí incluídas a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela.

O legislador não se ateve apenas ao fato de garantir assistência judiciária àqueles menos favorecidos financeiramente e que dificilmente teriam acesso a uma tutela jurisdicional, considerando, também a assistência judiciária pré-processual, como dever do Estado.

A doutrina brasileira utiliza o termo *acesso à ordem jurídica justa*, como uma solução justa por meio da participação no processo, garantido a todos o devido processo legal.

Isto porque embora o Estado, tenha o dever de fazer valer a regra jurídica concreta garantindo aos destinatários do direito o acesso à justiça como uma das garantias fundamentais da Constituição, não tem o poder de fazê-lo involuntariamente, ou seja, é preciso a provocação das partes para que o Estado através da jurisdição venha exercer o seu papel diante da sociedade prestando a tutela jurisdicional.

Embora a Constituição garanta a todos o acesso à justiça, no dia a dia, se vê outra coisa, pois a sociedade brasileira é muito desigual e em contrapartida os governantes em nada colaboram para diminuir tal situação, ao invés de se utilizarem dos meios de comunicação para informarem à população que, em sua maioria, é carente em todos os sentidos, inclusive da informação.

Neste sentido, encontra-se a opinião louvável de Afonso da Silva.

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje, que tratar "como igual" a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça" (Cf. *Cappelletti, Processo, Ideologia e Sociedad*, p. 67). Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovar insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá à orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134).¹¹

Por outro lado, a norma é eficaz desde que praticada, como ensina Humberto Theodoro Junior:

A função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflito de interesses (lide ou litígio), e sempre na dependência da invocação dos interessados, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos praticados.¹²

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 222/223.

¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. – 22 ed.ver.atual.- São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005. *apud* José Frederico Marques, **Manual de Direito Processual**, 1ª ed., 1974, vol. I nº 102, p. 125.

2.3. Tutela Cautelar e Antecipação de tutela: Princípio da Fungibilidade

Tema de importância na atual conjuntura do direito positivo brasileiro é o que concerne a execução contra a Fazenda Pública, e, a possibilidade de haver a tutela antecipatória nas ações que envolvem as instituições públicas.

A concessão de um provimento liminar que, provisoriamente, assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica.

Antecipa os efeitos da sentença de mérito (por meio de decisão interlocutória) – não fazendo coisa julgada material, pois é providência que tem natureza jurídica mandamental. Se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido.

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça a prestação jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Justifica-se pelo princípio da necessidade e da efetividade, posto que sem ela importaria em denegação da justiça. Acarreta, destarte, em uma execução provisória daquilo que se espera se efeito de uma sentença ainda por proferir.

Segundo se lê no art. 273: “o juiz antecipará, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, o próprio dispositivo que determina, assim, o objeto da antecipação e traça seus limites, pois ao juiz só cabe decidir de acordo com o pedido, não podendo se exceder nem *ultra* nem *extra petita*.

Tem como pressupostos o requerimento da parte, pois condiciona à iniciativa da parte a antecipação dos efeitos do pedido. De modo absoluto exclui a iniciativa do próprio judiciário por força do princípio dispositivo (art. 262, CPC, “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.) Legitimam-se a pleitear a antecipação o autor (que originou a pretensão) – em seu lugar os intervenientes que *atuam ad coadjuvandum tantum* (MP e assistente) e o réu, na hipótese de ter formulado contra-pedido (art. 278, § 1º, CPC) ou reconvindo (art. 316) e ao terceiro que tenha formulado pedido, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos.

A existência de prova inequívoca, ou seja, é qualquer meio de prova, em geral documental, capaz de influir, positivamente, no convencimento do juiz – prova suficiente para

o surgimento do verossímil. O *fumus boni iuris* deverá estar especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos.

A verossimilhança da alegação, *pois a* antecipação de mérito pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de relativa certeza quanto à verdade dos fatos – supõe provada nos autos a matéria fática. Pressupõe prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade, ou seja, simples plausibilidade do direito alegado em relação à parte adversa (evidência indiscutível).

Além do mais, exige mais dois requisitos alternativos, que são: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou, alternativamente, o abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. As duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

A 1ª hipótese é o *periculum in mora* (perigo da demora), segundo o art. 273, I. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória e o risco concreto (e não 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). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação.

Na 2ª hipótese a expressão “manifesto propósito protelatório”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Os abusos de direito de defesa comportariam a relação aos atos praticados para defender-se, ou seja, atos processuais. Já o manifesto propósito protelatório seriam os resultados do comportamento do réu (atos e omissões). De toda forma, mesmo que abusivo o ato, não retarda a antecipação, pois o juiz dispõe de poderes para combater estes procedimentos. Nessa compreensão, conclui-se, o “propósito protelatório” é expressão que na sua abrangência comportaria também os abusos de direito de defesa.

Não há prazo assinado à postulação, nem pode haver, considerando a heterogeneidade das situações. Em regra geral o autor postulará na inicial, mas não impede pedido posterior, pois, por exemplo, só após a resposta do réu se conceberá abuso no direito de defesa.

O ato que antecipa a tutela gera efeitos dentro e fora do processo. A tutela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (art. 273, § 4º), desde que ocorra fato novo, pois é inconveniência de o juiz conceder o bem da vida para retirá-lo logo depois. Contra a decisão de antecipação em 1º grau caberá agravo de instrumento.

É vedado antecipação dos efeitos de tutela que produzam conseqüências irreversíveis no mundo dos fatos. Entretanto, sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora.

A inclusão do § 7º ao artigo 273 no Código de Processo Civil, feita pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, que entrou em vigor no dia 08 de agosto de 2002, disciplina o princípio da fungibilidade das tutelas urgentes, deixando clara fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar, segundo nos ensina Luiz Rodrigues Wambier: “Diversamente do que se pode parecer com uma leitura rápida, a providencia de natureza cautelar pode ser postulada ainda que não haja expressado pleito de tutela”¹³.

No que se refere à discussão doutrinária sobre os requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade, Flávio Cheim Jorge noticia que parte da doutrina e dos Tribunais preceitua a exata aplicação do artigo 810 do diploma anterior, isto é, para a aplicação da fungibilidade se faz necessária a não incidência de erro grosseiro e má-fé.

Para ele, não seria essa a melhor alternativa, uma vez que não admite o requisito negativo da má-fé. Lembra do *desagrado da doutrina em razão da extrema dificuldade para fixar os contornos e pressupostos caracterizadores da má-fé*. Afirma que *os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade nos recursos são a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro*¹⁴.

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, escrevendo à luz dessa nova disposição legal, admitem a fungibilidade entre as tutelas de urgência, típicas ou atípicas:

Parece-nos, todavia convincente o argumento de que, se a todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, e necessariamente, uma cautela. Ou seja, assegurar o direito de ação é o mesmo que assegurar o direito à eficácia da providência jurisdicional pleiteada, quando se demonstra que há o risco de esta ficar comprometida. Não preenchidos os requisitos do tipo legal, mas demonstrados

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo**. p. 36.

¹⁴ JORGE, Flávio Cheim, **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 209-223.

fumus e periculum – plausibilidade e risco de ineficácia da medida –, deve o magistrado conceder a medida inominada.¹⁵

Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

É regra processual surrada em direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor, mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. (...) O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula”. Essa é a base do princípio da substanciação da causa de pedir.¹⁶

Tais princípios evidenciam-se que cabe ao juiz realizar a atividade jurisdicional sem se preocupar com fundamento legal invocado pelo autor, pois goza de absoluta liberdade dentro dos limites fáticos aportados no processo, aplicando o direito sob o enquadramento que entender adequado.

O legislador, ao positivar medidas notadamente antecipatórias, destinado ao processo cautelar, acabou por ignorar supostas diferenças entre as duas tutelas de urgência, na época não existia tal separação.

Alcides Munhoz da Cunha assim se manifesta:

Desde logo cabe adiantar que a ideologia instrumentalista não se compadece com formalismos estéreis. As fórmulas *cautelares conservativas e cautelares antecipatória*, ou ainda, (que seja!) *medida cautelar e medida antecipatória*, não foram suficientemente assimiladas, compreendidas, distinguidas ou aproximadas pela doutrina e jurisprudência. Exatamente por isso as imprecisões conceituais não deveriam turbar a efetividade dessas tutelas de urgência; pois não se pode objetivamente considerar como *erro grosseiro* as questões que são objeto de divergências atuais na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, a preocupação em demonstrar a adesão a essa ou aquela concepção tem motivado a negativa de tutela adequada às situações de urgência.¹⁷

O mesmo se faz, analisando o texto da lei, verifica-se a inexistência de ressalvas ou condições para a aplicação da fungibilidade.

A norma somente observou o preenchimento dos respectivos requisitos. Cândido Rangel Dinamarco afirma que “nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, haver qualificado como coação os fatos narrados”¹⁸.

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providências de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os requisitos legais, deferir a medida cautelar incidental no processo ajuizado, embora seja um processo de conhecimento.

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo**. p. 61.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34-35.

¹⁷ CUNHA, op. cit., p. 335.

¹⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 93.

O magistrado, caso se depare com medida típica requerida inadequadamente como atípica, deve analisar seus pressupostos legais específicos e, caso os verifique, pode conceder o pleito. Caso não verifique o preenchimento dos requisitos específicos, mas entenda que existe urgência capaz de tornar sem efeito a prestação jurisdicional, deve conceder a medida sob a forma inominada.

Ao tratar dos tipos de tutela cautelar (típicas e atípicas), José Roberto dos Santos Bedaque inclui, como já dito, a tutela antecipada, que denomina “tutela cautelar antecipatória”, invocando ensinamentos de processualistas italianos atuais, como, v.g., Fazzalari:¹⁹

(...) Em qualquer dessas formas de tutela cautelar, a segurança constitui o escopo último, ainda que para alcançá-lo seja necessário satisfazer provisoriamente o direito pleiteado, antecipando o conteúdo do provimento final. São também cautelares, apesar do conteúdo antecipatório.

Na mesma esteira, acresce Bedaque, reportando-se à doutrina espanhola, citando as lições de J.S. Fagundes Cunha²⁰:

Quando a tutela cautelar opera adiantamento total ou parcial de efeitos da futura sentença do processo principal, o faz por ser este o único modo de cumprir a função encomendada, assegura a efetividade de seus resultados, daí que a instrumentalidade, caráter fundamental das medidas cautelares, deva estar também presente com relação a medidas de conteúdo antecipatório.

A Lei brasileira nº 10.444, de sete de maio de 2002 acresceu ao art. 273, do CPC, que trata da antecipação de tutela, o § 7º, que permite ao juiz aplicar o princípio da fungibilidade, dada a urgência, conhecendo a medida de urgência, independentemente do rótulo ou *nomen iuris* utilizado, se tutela antecipada ou cautelar, examinando a pretensão posta em Juízo, consoante se transcreve:

Art. 273. (...)

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

No caso, a aparente “faculdade” atribuída ao juiz para aplicar o princípio da fungibilidade (art. 273, § 7º, CPC) é, na verdade, um poder-dever do magistrado, desde que presentes os seus pressupostos, sob de vulneração ao princípio constitucional de acesso

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ibid. *apud* FAZZALARI, Elio. **Provvedimenti cautelari**. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffré Editore, 1988. v. XXXVII, p. 842. A observação é de Fazzalari, para quem alguns provimentos cautelares *assicurano la tutela anticipando il contenuto della futura sentenza di merito; altri – come i sequestri – svolgono la funzione cautelare con misure adeguate (nel sequestro viene preservato il bene), ma senza anticipare quella pronuncia. La distinzione può segnarsi indicando i primi provvedimenti, ed essi soltanto, come cautelari e anticipatori*”.

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Ibid. *apud* CUNHA, J. S. Fagundes. Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol. **Revista de Processo**, n. 95, p 135-151.

efetivo à jurisdição, esculpido no já citado art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois, como já dizia Rui Barbosa, *Justiça tardia não é Justiça*²¹.

²¹ GUTIERREZ, Cristina. **Dever judicial de adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo.** Forense Imobiliária, Rio de Janeiro, n. 9, p. 11-14, jan. 2001; Revista Ibero-Americana de Direito Público, v. III, p. 35-40; Revista da Emerj, v. 4, n. 13, p. 107-116.

2.4. Tutela Antecipada na Sentença

A doutrina e a jurisprudência vêm, ultimamente, admitindo a possibilidade de concessão de antecipação da tutela na sentença.

A princípio toda a discussão era voltada à concessão da tutela antecipada liminarmente, isto é, quando do recebimento da petição inicial pelo juiz. Depois, com sua efetiva aplicação, a discussão passou a girar em torno da possibilidade de sua concessão durante o processo ou até mesmo em sede de recurso.

A doutrina divergia sobre o assunto. E a divergência se resumia, basicamente, pela posição do doutrinador frente aos princípios que regem o processo civil, pois havia dúvidas sobre como se atacar a sentença que julga o mérito e concede a antecipação da tutela. Aqueles que interpretam o inciso VII, do art. 520, elasticamente, nele vislumbrando também a decisão que concede a tutela antecipada e não só a que a confirma, dirão que é apelação: uma só e recebida apenas no efeito devolutivo. Outros cindirão a sentença, de modo a não ofender o princípio da unirecorribilidade, vendo nela tantas decisões quantos sejam seus capítulos, de modo a admitirem que possam ser ofertados recursos diversos contra o mesmo ato judicial.

A solução de mais de um recurso, ou seja, apelação contra a sentença em si e agravo contra a decisão concedendo a antecipação não parece a mais correta, não só contrapondo-se ao princípio da unirecorribilidade, que considera a decisão do ponto de vista formal, mas também se opondo ao critério de definição do cabimento dos recursos, quando se tomou por base não o conteúdo do ato decisório, porém a sua posição dentro do processo, prevendo-se apelação contra as decisões que o encerrem e agravo contra as interlocutórias. Todavia, do ponto de vista prático e para se evitar dano irreparável ao recorrente, sem dúvida alguma, é a solução que se afigura a melhor.

Não se alargasse o sentido do inciso VII, do art. 520, a decisão concedendo a antecipação da tutela cairia no vazio, de vez que a apelação teria duplo efeito e aquilo que se pretendeu antecipar ficaria apenas na intenção. Diante da exegese ampliativa, o risco de dano irreparável passa a ser enorme, de vez que o recurso não será óbice à execução da medida. O agravo, porém, preservaria a literalidade do inciso VII, do art. 520, e embora não tenha efeito suspensivo, guarda a possibilidade de obtê-lo, impedindo, destarte, a execução de imediato, além de ser mais prontamente despachado e julgado.

No entanto, a jurisprudência inclina-se para a admissibilidade somente de um recurso contra a sentença, qual seja, o de apelação, como se decidiu no agravo de instrumento n. 174706, do Tribunal Regional Federal -3a Região. Naquele julgado, relatado por THEREZINHA CAZERTA, é reafirmado o princípio da unirecorribilidade, lembrando à relatora a possibilidade da ação cautelar prevista no art. 800, como forma de se evitarem os riscos de dano irreparável (Revista Dialética de Direito Processual, vol. 4/151). Não se nega que a decisão, quanto ao recurso, é correta. Ao evocar a possibilidade da cautelar, porém, admite o acórdão o apelo apenas no efeito devolutivo, ofendendo, nesse passo, o inciso VII, do art. 520.

AÇÃO ORDINÁRIA – AIDS – PRESERVAÇÃO DA VIDA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – TUTELA ANTECIPADA – DEFERIMENTO – SENTENÇA CONFIRMADA – DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO – Duplo Grau de Jurisdição. Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Fornecimento de remédios para tratamento da AIDS. Responsabilidade que insere na esfera de atuação do Município na preservação da saúde. Manutenção da sentença em reexame necessário. I – Denominou a Constituição, de direitos individuais, o conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade e, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inserindo-se o fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS na esfera de atuação obrigatória do Poder Público, na preservação da vida. II – Manutenção da sentença em reexame necessário. (TJRJ – DGJ 517/1998 – (Ac. 24081999) – 14ª C.Cív. – Rel. Des. Ademir Pimentel – J. 02.06.1999)

EXAME MÉDICO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – TUTELA ANTECIPADA – ART. 273 – C.P.C. – ART. 23 – INC. II – ART. 196 – ART. 197 – ART. 198 – ART. 5 – CAPUT – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – ART. 284 – CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tutela antecipada deferida nos autos de ação de procedimento ordinário, obrigando o Estado do Rio de Janeiro a entregar remédios e garantir exames a aidéticos. Improvimento do agravo. As vítimas da Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS), por serem doentes portadores de gravíssima doença, não merecem, de toda a sociedade, de cada ser humano, um pensamento isento de preconceito e impregnado de compreensão, de solidariedade e de amor cristão. Em obediência à Constituição Federal e à lei infraconstitucional, a ajuda aos aidéticos ou às vítimas de doenças ameaçadoras de morte, não pode compactuar com delongas ou lentidão de providências. A saúde do cidadão foi prevista como compromisso formal e expresso do Estado, como se vê, entre outras disposições, a contida no inciso II, do artigo 23, da Carta Política, que a clara ser ‘competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência’. Por outro lado, não se olvide o disposto na Carta de Princípios, artigos 5º, caput, 196, 197 e 198, nos artigos 284 e seguintes da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e nas Leis nºs 8.080/90 e 9.313/96. Ademais, a tutela antecipada concedida homenageia o due process of law, princípio alçadorado à nobreza constitucional, como se vê o artigo 5º, inciso LIV, da Carta Política. O argumento de que a tutela antecipada não pode ser concedida contra a Fazenda Pública, cede lugar à ponderação visível nestas palavras de NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 3. Edição, página 549, in verbis: ‘Fazenda Pública. Pode ser concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que respeitados os limites constitucionais impostos às execuções contra a Fazenda’. Com efeito, é assegurado o direito à tutela antecipada, se decalcada em garantias da Lei

Maior, como evidenciado se encontra na hipótese versada, garantias essas que não podem ser prejudicadas por legislação infraconstitucional. Assim, o deferimento da tutela antecipada, com fiel observância dos fatos, das formalidades e cautelas, bem como das exigências do artigo 273, do Código de Processo Civil, obrigando o Estado do Rio de Janeiro a garantir exames e medicamentos a aidéticos, impõe o improvimento do Agravo. (CLG) (TJRJ – AI 4.208/97 – Reg. 280998 – Cód. 97.002.04208 – RJ – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Albano Mattos Corrêa – J. 24.03.1998)

Compatível com esse entendimento segue ementa do Recurso Especial decidido pelo Superior Tribunal de Justiça pela 6ª Turma (Resp. Resp 524017/MG – Rel. Paulo Medina – julgado em 16.09.2003):

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. APELAÇÃO. RECURSO CABÍVEL.

De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecuráveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação. Recurso especial não conhecido.

Nas situações concretas, o magistrado deparava com a situação em que o pedido de tutela antecipada não chegou a ser apreciado no curso da tramitação do processo ou então foi apreciado e rejeitado, mas novas provas foram produzidas ou ocorreram fatos supervenientes, que devem ser levados em consideração pelo juiz no momento da sentença, conforme reza o art. 461 do Código de Processo Civil.

A não-concessão da tutela antecipada na sentença, quando presentes os requisitos legais em se tratando de tutela de urgência, vulnera o efetivo acesso à jurisdição, assegurado no art. 5º, XXXV, e LXXVIII da Constituição Federal, que garante a inafastabilidade de Poder Judiciário e a celeridade processual.

Além do mais, dispõe o § 2º, do artigo 273, do CPC, que “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”, a lei impôs mais um requisito a ser cumprido por quem requeira a antecipação. Dessa forma, para ver atendido seu pedido, deverá, o autor, atentar para a existência de prova inequívoca e *periculum in mora* (quando seu pedido se fundar no inciso I, do artigo 273), ou de prova inequívoca e abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (quando sua pretensão se baseie no inciso II, do artigo 273), como também demonstrar ao juiz de que a alteração da medida é possível de reversão.

Poderá ser requerida e deferida a antecipação de tutela estando o processo em grau de recurso, sendo então o pedido (mais freqüentemente pela incidência do art. 273, II), formulado ao relator. A urgência pode inclusive caracterizar-se, em nível recursal, pela

previsível demora decorrente do acúmulo de processos, ou resultar da necessidade de remessa dos autos – máxime nos tribunais superiores – para parecer do Ministério Público

Além do mais, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu, também, a possibilidade de concessão da medida, em embargos declaratórios, conforme ementa do Recurso Especial, nº 279251/SP., que teve como Relator o Ministro da 4ª Turma Ruy Rosado de Aguiar, que segue:

TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração. A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido.

O que se observa é que presentes os pressupostos legais, relacionados no art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela deverá ser deferida, bastando para tanto ser requerida pela parte interessada.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À SAÚDE E SUA PROTEÇÃO JUDICIAL

Várias são as decisões judiciais tomadas no campo da saúde, com destaque para o fornecimento de medicamentos para tratamento de doenças graves como o câncer e a AIDS. Outras ainda obrigam os entes públicos a financiar das mais variadas formas, ações e serviços em favor da saúde preventiva e curativa, olvidando-se muitas vezes do caráter universal igualitário que as prestações de saúde devem atender.

Outras, na contramão do estudo dos direitos fundamentais, negam eficácia ao artigo 196 da Constituição Federal atribuindo a norma o caráter de programa de governo, destituída de aplicação imediata, com supervalorização do obstáculo da reserva do possível.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região ²²: Em sede de fornecimento de medicamentos, são solidariamente responsáveis a união, o estado e o município. A Lei nº 9.313/96 determina o custeio das despesas com o tratamento da AIDS com recursos do orçamento da seguridade social da união, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Em outra decisão sobre o mesmo objeto, o TRF – 2ª Região ²³, além de enfrentar a problemática da competência federativa para o fornecimento dos remédios, ampliou o dever do Estado sobre a relação de medicamentos determinado a entrega de medicamentos ainda que não constante da relação indicado pelo Ministério da Saúde:

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.313/96 que "os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento". 2 - (...). 3 - (...). 4 - Ademais, ainda que o medicamento pretendido não se encontre inserido nas recomendações do ministério da saúde, releva aduzir que um ato administrativo normativo não pode se sobrepor a uma norma constitucional, sobretudo diante da peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, devendo ser afastada a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96. Precedente do STJ. 5 - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Precedente do STF. 6 - Apelação e remessa necessária conhecidas, mas improvidas.

²² TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.019048-8 – (350949) – 5ª T.Esp. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Couto de Castro – DJU 23.03.2006 – p. 102. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

²³ TRF 2ª R. – AC 2002.51.60.002243-8 – 8ª T. – Relator Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 25.11.2005 – p. 399. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM

Em outro julgado mais específico, o TRF – 2ª Região²⁴ expõe de forma clara a abrangência do dever de fornecer medicamentos: in casu, embora o medicamento kaletra não esteja inserido nas recomendações do ministério da saúde, fundamental é que o fornecimento gratuito seja de toda a medicação necessária ao tratamento dos soropositivos, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo ministério da saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente.

Também de lavra do TRF – 2ª Região²⁵ faz-se a colação de outro julgado que contempla em seu conteúdo o estado de carência do postulante o que se ajusta com o entendimento perfilhado neste trabalho sobre distribuição racional de prestações:

O cumprimento do dever político-constitucional de proteção à saúde, consagrado no art. 196 do texto básico, obriga o estado (gênero) em regime de responsabilidade solidária entre as pessoas políticas que o compõem, dada a unicidade do sistema (art. 198, CF/88), a par de restar incluso, nas atividades voltadas a assegurar tal direito fundamental, o fornecimento gratuito de medicamentos e congêneres a pessoas desprovidas de recursos financeiros, para a cura, controle ou atenuação de enfermidades. 2 – A união, os estados, o Distrito Federal e os municípios são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente. 5 – Recursos da União Federal e do Estado do Rio de Janeiro desprovidos. 6 – Recurso do município do Rio de Janeiro e remessa necessária parcialmente providos.

Acórdãos no mesmo sentido²⁶. Também sobre o dever do Estado ao fornecimento de medicamentos, temos os seguintes julgados proferidos pela 1ª Turma do STJ²⁷ e 2ª Turma do STF²⁸, respectivamente:

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV.

2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau

²⁴ TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.004064-1 – 8ª T. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 27.10.2005 – p. 264. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

²⁵ TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.011288-3 – 8ª T.Esp. – Relator: Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 24.10.2005 – p. 286. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

²⁶ TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.007327-0 – (340614) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 9. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.014803-4 – (324546) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 91. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.031250-8 – RJ – 1ª T. – Relatora: Juíza Liliane Roriz – DJU 04.11.2004 – p. 218. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.021912-4 – 6ª T. – Relator: Des. Fed. Sérgio Schwaitzer – DJU 29.09.2003 – p. 205. In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

²⁷ STJ-Resp 684646/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0118791-4; Relator Ministro Luiz Fux (1122); data de julgamento: 05/05/2005; DJ 30.05.2005, p. 247. In: www.stj.gov.br.

²⁸ (STF – AGRRE 271286 – 2ª T. – Relator: Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000 – p. 00101) (Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo, caderno 1, nº 08/01, ementa 1/15871, 2ª quinzena abr.2001). In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. Precedentes desta Corte, entre eles, *mutadis mutandis*, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos." Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Perante o STF o entendimento é mantido, valendo destaque o voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello.

Direito Constitucional – Direito à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público. Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento Judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita

de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Esta última decisão demonstra que o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantida pela Constituição Federal.

Nesse sentido a alegação de reserva do possível, consoante não isentar o poder público da entrega de prestações sociais, cria ao Poder Judiciário o dever de verificar a efetiva impossibilidade de prestação. Tudo isso em total consonância com o princípio da repartição dos poderes, pois em tais situações o Judiciário corretamente faz a fiscalização da legalidade dos atos do Poder Executivo.

Nesse sentido, as reiteradas decisões do Poder Judiciário, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE.

1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C.

2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.

5. Recurso especial desprovido.” (STJ. REsp nº 658.323-SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, in DJ de 21.03.2005)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO GRATUITA. DEVER DO ESTADO. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196).

2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte.

3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos.

4. Agravo Regimental não provido.”(STJ. AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, in DJ de 06.12.2004)

“CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. HEPATITE C. RESTRIÇÃO. PORTARIA/MS N.º 863/02.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2. O medicamento reclamado pela impetrante nesta sede recursal não objetiva permitir-lhe, apenas, uma maior comodidade em seu tratamento. O laudo médico, colacionado aos autos, sinaliza para uma resposta curativa e terapêutica "comprovadamente mais eficaz", além de propiciar ao paciente uma redução dos efeitos colaterais. A substituição do medicamento anteriormente utilizado não representa mero capricho da impetrante, mas se apresenta como condição de sobrevivência diante da ineficácia da terapêutica tradicional.

3. Assim sendo, uma simples restrição contida em norma de inferior hierarquia (Portaria/MS n.º 863/02) não pode fazer tábula rasa do direito constitucional à saúde e à vida, especialmente, diante da prova concreta trazida aos autos pela impetrante e à mingua de qualquer comprovação por parte do recorrido que venha a ilidir os fundamentos lançados no único laudo médico anexado aos autos.

4. As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico.

5. Recurso provido”. ”(STJ. REsp nº 658.323-SC, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Turma, in DJ de 20.09.2004)

As decisões acima transcritas refletem o posicionamento do Poder Judiciário em casos análogos, onde o direito à saúde e à vida foram garantidos, mediante o fornecimento pelo Poder Público dos medicamentos necessários ao tratamento mais adequado e digno do paciente acometido de moléstia grave e desprovido de recursos financeiros para adquiri-los, sobretudo havendo relatório médico contundente acerca da necessidade da droga em questão.

A proteção judicial conferida ao direito a saúde é ampla, e os Tribunais têm proferidos decisões favoráveis aos postulantes por associar a saúde a um dos cânones do direito a vida, e parte indissolúvel da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

Não há dúvida que a demora na prestação jurisdicional é um dos maiores problemas enfrentados pela justiça brasileira, tanto o é, que a emenda Constitucional nº 45 de 2004, elevou a categoria dos direitos fundamentais e assegurou a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O direito à saúde, garantidos na “Constituição Cidadã” que foi positivado pela primeira vez na história das constituições brasileiras, não é só um dos direitos básicos tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil, mas também por vários documentos jurídicos internacionais atinentes a direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.

O direito à saúde não pode prescindir de sua análise como direito social fundamental da pessoa humana, reconhecido e positivado nos mais diversos mandados constitucionais e legislação infraconstitucional, mas sim, reconhecido pelo Estado, que o direito à saúde do cidadão é um dever e uma obrigação, como preceitua o art. 196 da CF/88 (... a saúde é direito de todos e dever do Estado.); configurando, assim, verdadeira obrigação para o Poder Público e o direito subjetivo do cidadão.

Cabe desta forma o Estado garantir o exercício de tal direito, e ao mesmo tempo, o cidadão exigir deste mesmo Estado uma prestação positiva ou negativa.

Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionarem à população meios idôneos e eficazes para que tenha acesso a diagnóstico e prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados. Para tanto, é essencial uma constante fiscalização estatal no cumprimento desses deveres pelos órgãos administrativos responsáveis.

Verificou-se a respeito à saúde pública, a solidariedade das pessoas federativas, de tal modo que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (art. 23, inc. II). Tanto é que, em seu art. 198, previu o legislador a criação de um sistema único de saúde e, em seu § 1º, dispôs que o financiamento ocorreria com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

A solidariedade é um instituto previstos nos artigos 265 e seguintes do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a faculdade do credor em escolher qual dos devedores pretende acionar. Diante disto, observamos que cabe ao autor da demanda escolher em face de quem

irá propor a ação - União, Estado ou Município - de nada adiantando as alegações de ilegitimidade e o chamamento ao processo, feitas por algum ente federado acionado individualmente.

Pois não se pode exigir do cidadão parcos de recursos e muitas vezes de instrução, o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, sujeitando-se aos argüições de ilegitimidade passiva *ad causam*, do princípio da reserva legal ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados.

Conclui-se que o Estado tem obrigação prestar a assistência judicial à saúde a todos, face a universalização da saúde, garantidos pelo arts. 6º e 196 da Constituição Federal, provendo as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cumpre o estado em ambas as esferas implementar as políticas necessárias para o atendimento integral ao serviço público.

E, em casos, onde o Poder Público se abstém ao fornecimento de medicamentos ou tratamento terapêuticos de doenças crônicas (em face dos sensíveis avanços da Medicina e das peculiaridades de cada paciente), atestadas por laudo médico de profissional habilitado, cumpre o Poder Judiciário assegurar a garantia constitucional de acesso à saúde, pois o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos, drogas de última geração, decorrente do seu direito à dignidade.

A tutela antecipada e a medida liminar solucionaram a deficiência do sistema processual, harmonizando o devido processo legal, o contraditório, a celeridade e prestação jurisdicional justa, resolvendo a demora da justiça e os efeitos maléficis do tempo, permitindo ao juiz, protagonista principal do processo, antecipar a prestação jurisdicional em qualquer oportunidade, no início, durante, ao final do processo ou na fase recursal. A tutela de evidência e o pedido incontroverso são as manifestações pujantes da sua imensa utilidade. Eis a grande ferramenta que este dispositivo nos proporciona para a solução rápida, eficiente e justa dos conflitos.

Observe-se ainda que qualquer norma infraconstitucional que rege as tutelas de urgência deve ser interpretada conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois esta é sua verdadeira fonte – até porque, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADCM nº 4, *o acautelar é imanente ao julgar*.

A proteção judicial conferida ao direito à saúde é ampla; pois é um direito à vida (*caput* do artigo 5º da CF/88) e, está previsto no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, portanto, é uma cláusula pétrea, prevista e inserida no § 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. *Apud* BALSEMÃO **Manual Conceitual do Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Universidade de Brasília. Faculdade de Direito da Unb. Núcleo de Estudos em Saúde Pública da Unb/CEAM, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.* *apud* FAZZALARI, Elio. **Provvedimenti cautelari**. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffré Editore, 1988. v. XXXVII.

_____. José Roberto dos Santos. *Ibid.* *apud* CUNHA, J. S. Fagundes. Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol. **Revista de Processo**, n. 95, p 135-151.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ConstituicaoConstitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20. dez. 2008.

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

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n.º 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A Origem Romana da Tutela Antecipada**. São Paulo: LTr, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1. ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

CUNHA, J. S. Fagundes. Notas sobre as medidas antecipatórias e a técnica dos procedimentos sumários no direito argentino e espanhol. **Revista de Processo**, n. 95, p 135-151.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativização da coisa julgada. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, COAD, p. 1-13, jun./jul. 2002.

FERREIRA, Pinto. **Medidas Cautelares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

FIUZA, César (coord.); BIRCHAL, Alice de Souza; OLIVEIRA, Allan Helber de et al. **Direito Processual na História**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GUTIERREZ, Cristina. Dever judicial de adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo. *Forense Imobiliária*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 11-14, jan. 2001; **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, v. III, p. 35-40; *Revista da Emerj*, v. 4, n. 13, p. 107-116.

JORGE, Flávio Cheim, **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. – 22 ed.ver.atual.- São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005. *apud* José Frederico Marques, **Manual de Direito Processual**, 1ª ed., 1974, vo.I n° 102.

TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.019048-8 – (350949) – 5ª T.Esp. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Couto de Castro – DJU 23.03.2006 – p. 102. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2002.51.60.002243-8 – 8ª T. – Relator Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 25.11.2005 – p. 399. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.004064-1 – 8ª T. – Relator: Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 27.10.2005 – p. 264. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.011288-3 – 8ª T.Esp. – Relator: Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 24.10.2005 – p. 286. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.007327-0 – (340614) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 9. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.014803-4 – (324546) – 3ª T. – Relator: Des. Fed. Paulo Barata – DJU 01.12.2004 – p. 91. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.031250-8 – RJ – 1ª T. – Relatora: Juíza Liliane Roriz – DJU 04.11.2004 – p. 218. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM. TRF 2ª R. – AC 2001.51.01.021912-4 – 6ª T. – Relator: Des. Fed. Sérgio Schwaitzer – DJU 29.09.2003 – p. 205. In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

STJ-Resp 684646/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0118791-4; Relator Ministro Luiz Fux (1122); data de julgamento: 05/05/2005; DJ 30.05.2005, p. 247. In: www.stj.gov.br.

(STF – AGRRE 271286 – 2ª T. – Relator: Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000 – p. 00101) (Repertório de Jurisprudência IOB. São Paulo, caderno 1, nº 08/01, ementa 1/15871, 2ª quinzena abr. 2001). In: *Juris Síntese IOB JSI59*, Mai-Jun. 2006. CD-ROM.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo**. p. 61.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.