

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/ UNITA
DIREITO**

**A IRREVERSIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS
ANTECIPADAS EM AÇÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À
SAÚDE**

HUGO PEREIRA MARANHÃO SILVA

CARUARU

2017

HUGO PEREIRA MARANHÃO SILVA

**A IRREVERSIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS
ANTECIPADAS EM AÇÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À
SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Professor Dr. Luiz Gustavo Simões Valença de Melo.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo primordial analisar os problemas causados pela irreversibilidade das tutelas provisórias de urgência antecipadas/satisfativas, em ações em que se tenha como objeto principal a efetivação do direito social à saúde e, quais serão as consequências no plano fático decorrente de tal irreversibilidade. No desenvolver deste trabalho serão abordadas algumas características do direito social à saúde e sua importância na consagração da dignidade da pessoa humana, bem como, será examinado quem são os seus destinatários, seu complexo significado e a possibilidade de sua prestação se dar de forma particular através de pessoas jurídicas de direito privado. Posteriormente, será elaborada uma pequena introdução sobre o instituto das tutelas provisórias e como elas se tornaram necessárias para o efetivo exercício da jurisdição, tudo com base nos ditames do Novo Código de Processo Civil. Logo após, será explicado as características inerente a todas as tutelas provisórias, suas divisões doutrinárias e sua importância em demandas judiciais que envolvam litígios relacionados ao direito à saúde. Em tópico final, será estudado a fundo os problemas gerados pela irreversibilidade das tutelas provisórias de cunho satisfativo nas reclamações levadas ao Poder Judiciário tendentes a materializar o direito à saúde e, quais são os motivos elencados pela doutrina para que a situação de irreversibilidade seja proibida e repudiada pelo nosso ordenamento jurídico, para tanto, buscou-se identificar em quais situações no plano fático poderá ser notada a impossibilidade de retorno dos efeitos das decisões que antecipam o direito. Também, será estudada algumas técnicas desenvolvidas para combater o perigo da irreversibilidade, entre elas a possibilidade de caução, como forma de tornar a irreversibilidade.

Palavras-Chave: Irreversibilidade. Saúde. Tutelas Provisórias.

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the problems caused by the irreversibility of the Interim Relief, preventive or satisfactory, in actions and which are the main purpose is the realization of the social right to health and, what will be the consequences in the factual plan arising from such irreversibility. In the following work some characteristics of the social right to health and its importance in the consecration of the dignity of the human, being will be addressed, as well as the purpose of which will be examined, its complex meaning and the possibility of its being given in a particular way through of legal entities governed by private law. Subsequently, a small introduction will be elaborated on the institute of Interim Relief and how they became necessary for the effective exercise of the jurisdiction, all based on the dictates of the New Code of Civil Procedure. Soon after will be explained the inherent characteristics of all the Interim Relief, Its doctrinal divisions and its importance in lawsuits involving litigation related to the right to health. In the final topic will be studied in depth the problems generated by the irreversibility of the Interim Relief in the claims brought to the Judiciary Power tending to materialize the right to health, and what are the reasons listed by the doctrine so that the situation of irreversibility is prohibited and repudiated by our legal system, so we sought to identify in which situations in the factual plane can be noted the impossibility of returning the effects of decisions that anticipate the right. Also, will be studied some techniques developed to combat the danger of irreversibility, among them the possibility of collateral, as a way to become irreversible.

Keywords: Irreversibility. Health. Provisional Guardianships.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DO DIREITO A SAÚDE.....	8
1.1 Da difícil precisão do conteúdo do direito à saúde.....	10
1.2 Do sujeito ativo e passivo do direito à saúde.....	11
1.3 Da assistência à saúde no âmbito público e privado.....	11
2 DAS TUTELAS PROVISÓRIAS ANTECIPADAS EM AÇÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À SAÚDE.....	13
2.1 Das tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil.....	13
2.2 Aspectos das tutelas provisórias de urgência.....	14
2.3 Aplicação das tutelas provisórias de urgência nas demandas judiciais que tratam do direito material à saúde.....	17
3 DA IRREVERSIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS ANTECIPADAS NAS AÇÕES QUE ENVOLVEM O DIREITO A SAÚDE.....	18
3.1 Das técnicas que visam minimizar os efeitos da irreversibilidade das tutelas antecipadas.....	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	22
REFERÊNCIAS.....	23

INTRODUÇÃO

Como se sabe o direito à saúde é um dos direitos sociais previstos na Constituição Federal 1988 (CF/88) e sem dúvida é um dos principais, visto a relevância que possui no ordenamento jurídico pátrio. Qualquer cidadão que tenha uma vida sem as garantias necessárias para o gozo do referido direito, tem sua dignidade humana violada. É importante destacar que, o direito à saúde não só consiste em garantir a inexistência de enfermidades, mas também assegurar uma série de outras prestações e ações destinadas a melhoria de vidas das pessoas. Vale citar que, assistência à saúde em nosso país não é prestada exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) vez que, nossa carta magna, em seu artigo 197, permitir o ingresso da atividade privada no âmbito da saúde.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha previsto o direito à saúde como um dos direitos sociais extensíveis a todos, sua efetivação acaba por gerar alguns embates, principalmente por que referida prerrogativa sofre constantes violações e supressões. Almejando combater essas violações, muitas pessoas ingressam com demandas judiciais visando garantir a efetivação de seu direito à saúde. Acontece que, as ações que envolvam o direito à saúde não estão livres da ação danosa do tempo sobre o direito material alegado. Em muitas situações esperar que o judiciário resolva os constantes atos ilegais perpetrados em face do direito contido no art. 196/CF88 pode acarretar em consequências extremamente danosas para os beneficiários do supracitado direito, uma vez que, a pleora judicial nos dias atuais é veementemente lotada de inúmeros pleitos, o que faz nascer a famosa lentidão processual.

Como forma de superar o perigo da demora existentes nos processos cujo o objeto principal é o direito a saúde, a grande maioria das pessoas passaram a se socorrerem do instituto das tutelas provisórias de urgência, principalmente a de caráter antecipado como forma de obtenção do resultado pleiteado.

Percebe-se que, as tutelas provisórias de urgência, principalmente as antecipadas ganharam papel principal em demandas cuja a finalidade seja a concretização do direito à saúde, pois, demonstrada a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora teremos a procedência do pedido liminar e, conseqüentemente a efetivação do direito supostamente alegado. Todavia, questão de importante debate diz respeito a reversibilidade de algumas dessas tutelas

antecipadas concedidas, já que, muitas delas uma vez deferidas não permitem no plano fático sua reversibilidade, ferindo assim o disposto no art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil.

Inicialmente buscarei fazer uma breve explanação sobre o direito a saúde no âmbito nacional, posteriormente passarei a abordar a questão das tutelas provisórias em nosso ordenamento, terminando por analisar a questão sobre a irreversibilidade das tutelas provisórias antecipadas em ações cujo o objeto principal seja a consagração do direito à saúde.

Posto isto, o presente artigo científico fará uma análise sobre a questão da irreversibilidade das tutelas antecipadas, uma vez que, seus efeitos ganham grande destaque em ações que tutelam o direito à saúde, pois em muitas situações a antecipação dos efeitos do resultado final do processo caracterizarão prejuízos irreversíveis para o réu o que acaba se tornando completamente contraditório com um dos pressupostos das tutelas provisórias, que é o seu caráter temporário. Igualmente será estudado as técnicas criadas para reduzirem os impactos da irreversibilidade.

1 DO DIREITO À SAÚDE

Historicamente já se buscou uma conceituação do que seria saúde, alguns entendiam saúde como o resultado da influência do ambiente onde se encontravam agregados ao tipo de vida que levavam, ou seja, a conjugação desses dois vetores eram o que ditavam se um indivíduo tinha saúde ou não. Para outros, saúde é a análise de como os fatores externos (local de trabalho, fenômenos biológicos e leis da física) interagem com o organismo humano. Mas, o que prevaleceu por muito tempo foi a ideia de que a saúde era o estado de ausência de qualquer enfermidade. (LENY, 2011, p. 9 *apud* HIPPOCRATES, 1950, p. 90-111 *apud* PARACELUS, 1941, p. 43-126).

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, e o enorme abalo psíquico, econômico e social que a mesma deixou, criou-se a necessidade de estabelecer uma nova forma de enxergar o mundo e principalmente de enxergar o ser humano. Com a soma desses fatores nasce então a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que passou a reconhecer a saúde como direito de todos. Posteriormente,

foi dada a Organização Mundial da Saúde (OMS) a função precípua de tratar/organizar tal prerrogativa. (LENY, 2011, p. 11).

É importante destacar que, o nosso país desde suas primeiras constituições já tratava da saúde em seu arcabouço jurídico, claro que com muito menos relevância com a qual se tem hoje. Foi apenas com a constituição de 1988 que de fato o Brasil passou a dá uma maior relevância à saúde. Tal evento se deu porque após elaboração da já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, todos os estados soberanos passaram a de fato positivarem os direitos sociais, sendo assim diversos países adotaram em suas constituições vários preceitos ligados aos direitos sociais, inclusive o direito a ter uma saúde digna. (LENY, 2011, p. 15).

Efetivamente foi a CF/88 que, melhor elaborou os dispositivos referente ao direito a saúde, temos como exemplo os artigos: 6º; 7º, IV, XXII; 23, II; 24, XII; 156; 196; 197; 198 e etc., que versam sobre o direito a saúde. (LENY, 2011, pp. 17-19).

No Art. 196 da Constituição Federal de 1988, temos o seguinte conteúdo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômica que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Dissertando sobre o tema contido no artigo 156 da CF/88, mais especificamente em um de seus artigos, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, aduzem que:

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF/88), que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, pp. 1-2).

Felippe Carnelossi, ao tratar do tema aduz que: “com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a idealização dos direitos fundamentais sociais, entre estes o direito à saúde [...]”. (FURLANETO, 2011, p. 2).

Posto isso, é inegável a importância que o direito a saúde possui ao longo dos anos, inclusive demonstrou ser uma das grandes apreensões de nossos legisladores que, tentam efetivá-lo da melhor maneira possível. Percebo então que, após a Segunda Guerra Mundial todo o mundo virou os olhos para os direitos sociais, talvez pelo fato de que os mesmos precisavam ser colocados em prática, visto as inúmeras atrocidades que foram cometidas na guerra. Entre tais direitos, encontramos à saúde como forma de bem-estar do homem em meio a sociedade.

1.1 Da difícil precisão do conteúdo do direito à saúde

Ponto extremamente importante ao trabalhar o tema direito à saúde é que, não possuímos em nosso ordenamento jurídico definição exata do que seria referida garantia. Percebemos que, nossos legisladores ao elaborarem o art. 196 da CF/88 tiveram certo grau de dificuldade em exprimir qual seria seu conteúdo. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p.05 *apud* FIGUEIREDO, M. F., cit., p.81 e ss).

Vale para tanto analisar que a nossa Carta Magna não se limitou a discriminar um único conceito sobre o que seria o direito à saúde, pelo contrário, o Constituinte de 1988 procurou por sua vez, elaborar um conceito mais amplo do que simplesmente a noção de que saúde é a inexistência de qualquer enfermidade adquirida pelo ser humano. Percebemos então que nos dias atuais à saúde possui uma visão que vai muito além do sentido de garantir a cura das doenças, hoje é possível enquadrar mais dois outros sentidos ao referido princípio, são eles: o sentido “preventivo” e o de “promoção”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 05).

De fato, delimitar o objeto do direito a saúde é trabalho difícil e que muitas vezes traz mais dúvidas do que respostas prontas e delimitadas. Com já exposto, atualmente o direito à saúde abarca caminhos diferentes do que aqueles que estamos acostumados a pensar. A saúde como garantia constitucional insculpida no artigo 6º da atual constituição brasileira, deixou de ser interpretada como função exclusiva de restabelecimento da condição física do homem. Nos dias que correm, a referida garantia constitucional adquiriu dois sentidos, sendo um deles o de saúde como direito de defesa ou prevenção e o outro como sendo saúde como garantia de

proteção. O primeiro sentido, destaca-se por combater os abusos e ilegalidades cometidos por entes estatais e pessoas jurídicas de direito privado no que tange as garantias já firmadas e necessárias a uma boa prestação à saúde. Por sua vez, o segundo sentido relaciona-se com a noção de organização dos serviços prestados em pró da saúde, para este sentido facilitar e garantir uma melhor prestação dos serviços ligados à saúde é de fundamental importância, pois de tal forma acaba-se por se exteriorizar a garantia à saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 5).

Percebe-se então que, para compreender o que seria o direito à saúde é necessário um estudo aprofundado, já que, não encontramos nas normas positivas uma definição pronta. Na verdade, o direito social a saúde envolve uma gama de pensamentos e opiniões que valem a pena serem estudadas a fim de que se possa compreender seu real objetivo.

1.2 Do sujeito ativo e passivo do direito à saúde

Embora o conceito do direito à saúde encontre controvérsias sobre seu significado, parece que a questão referente a quem são seus titulares e destinatários encontram-se bem consolidada na doutrina, basta analisar que o caráter universal que reveste citada prerrogativa, impõe reconhecer que todos são sujeitos ativos desse direito, não importando sua nacionalidade, cor, religião ou raça. É necessário que se reconheça que, nos dias atuais à saúde tem caráter inclusivo não permitindo que critérios sociais, étnicos e nacionais ditem quem deve ou não ser merecedor de assistência à saúde de qualidade. Já no polo passivo, é impossível não visualizar o Estado como sendo aquele a quem se destina efetivar de fato a saúde. Todavia, o fato de encontrar o Estado como responsável pela manutenção do direito à saúde em momento algum, impõe a exclusão das responsabilidades nas relações firmadas entre particulares no âmbito da saúde privada. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 6 *apud* CASAUX, 2000, p. 631).

1.3 Da assistência à saúde no âmbito público e privado

Uma vez que o Estado é responsável pela efetivação do direito social à saúde, tratou o mesmo de criar uma solução para conseguir abarcar de forma eficiente e universal todos aqueles que necessitassem da assistência supracitada.

Para isso foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que tenta de forma básica assegurar aos cidadãos as garantias expressas no artigo 200 da atual Constituição Federal. (FURLANETO, 2011, p.1).

No âmbito público, a saúde é efetivada de fato através do SUS que por sua vez apresenta a finalidade colocar no plano prático todas as premissas constitucionais referentes ao direito à saúde. Premissas essas que, muitas vezes configuram-se na prestação de atendimentos necessários a todos, logo aqui é destacado seu caráter universal. (FURLANETO, 2011, pp.11-12).

Felippe Carnelossi Furlaneto, ao discorrer sobre o SUS afirma que:

[...] o SUS – Sistema único de Saúde constitui-se como sistema, equiparado a um plano de saúde, público, que visa executar o dever do Estado em prestar assistência universal à saúde de sua população, bem como desenvolver ações protetivas e preventivas. (FURLANETO, 2011, p.12-13).

No que tange ao setor privado, embora a CF/88 traga o Estado como principal responsável pelo exercício da prestação à saúde, ela não proíbe em momento algum a participação privada na execução de ações que visem garantir a efetivação do direito à saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 09).

Sobre o tema, Maury Ângelo Bottesini, discorre o seguinte:

O arcabouço constitucional que disciplina a Saúde permite a exploração em regime empresarial dos serviços médico-hospitalares desde a regra constitucional do art. 197, dispondo que ***são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*** (BOTTESINI, 2012, p.48).

Em nosso cenário nacional destacam-se duas formas de prestação particular voltadas para a saúde, a primeira delas trata-se dos convênios e contratos firmados entre o poder público e a pessoas jurídicas de direito privado, que não tem o lucro como principal objetivo. Nesse tipo de prestação os entes privados acabam por substituir o Estado no seu dever de assistência, todavia, tal substituição encontra parâmetros definidos em contrato ou convênio. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 09 *apud* GREGORI, 2007, p. 28 e 32-33).

A segunda forma de prestação privada do direito à saúde é chamada “Saúde Complementar”, que é administrada pelas operadoras e seguradoras de planos de saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 09).

O Ministro Marco Aurélio Mello, citando Gabriel Schuman, expõe um dos significados que saúde complementar possui:

Entende-se por “saúde suplementar” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denominada, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura prestação privada de assistência médica hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde. (MELLO, 2012, p. 4 *apud* Schulman, 2009, p. 201).

Pode-se dizer que a saúde complementar teve seu surgimento com a ineficiência do SUS de prestar o tratamento adequado a toda a população, dessa forma, alguns médicos e pessoas jurídicas enxergaram nessa triste realidade uma oportunidade de comercializarem seus serviços de assistência médica hospitalar. (FURLANETO, 2011, p.1).

2 DAS TUTELAS PROVISÓRIAS ANTECIPADAS EM AÇÕES QUE VERSEM SOBRE O DIREITO À SAÚDE

2.1 Das tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil

No atual cenário social em que a jurisdição é exercida, visualizá-la como instrumento de concretização das leis do Estado tornou-se uma visão completamente obsoleta. A variedade e a grande quantidade de conflitos que, encontram-se ao nosso redor fez com que a atividade jurisdicional tivesse como objetivo primordial a proteção/tutela ao direito material pleiteado. Em outras palavras, a jurisdição nos dias de hoje caracteriza pela proteção a tutela principal, ou seja, ao direito material sobre o qual afirma-se ter direito. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 609).

Todavia, percebe-se que, a referida proteção aos direitos materiais demanda um certo lapso temporal, o que em muitas situações não poderá ser suportado pela

parte, seja pela situação de urgência ou simplesmente pelo perigo do direito alegado deteriorar-se. Em razão desses temores, certas técnicas de sumarização foram criadas visando diminuir os riscos causados pelo fator tempo. Tais técnicas foram denominadas por Humberto Theodoro Júnior de Tutelas Diferenciadas. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 609).

As tutelas provisórias encontram-se inscritas entre os artigos 294 e 311 do Novo Código de Processo Civil (NCPC), e basicamente apresentam três tipos de características específicas, são elas: a característica de assegurar a eficácia final do processo, ou seja, uma função exclusivamente conservativa/cautelar; também podem apresentar como atributo a capacidade de antecipação do resultado final almejado com o processo, mostrando dessa forma uma faceta de caráter satisfativo/antecedente (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 610); e por último e bem mais recente característica que as tutelas provisórias podem apresentar, refere-se a proteção a situações de cunho eminente injusto, situações essas que a parte pode concretamente comprovar possuir o direito material. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 611).

2.2 Aspectos das tutelas provisórias de urgência

Como já trabalhado e explicado em tópico anterior, segundo as lições de Humberto Theodoro Júnior, as tutelas provisórias têm a função precípua de contornar os problemas que a demora na solução dos litígios pode acarretar para as partes, podendo as mesmas adquirirem o caráter conservativo, satisfativo e de evidência. (THEODORO JÚNIOR, 2016, pp. 609-610).

Todavia, o presente trabalho versará sobre os problemas ligados a irreversibilidade que as concessões das tutelas provisórias antecipadas podem acarretar no plano fático nas relações jurídicas existentes entre autor e réu em demandas que envolvam o direito à saúde. Para tanto será necessária uma breve análise dos tipos de tutelas de urgência e suas características.

A enumeração quantitativa das características das tutelas provisórias pode variar de autor para autor. Fredie Didier Jr., aponta 3 características das tutelas provisórias são elas: sumariedade da cognição, precariedade e inaptidão a tornar-se indiscutível pela coisa julgada (DIDIER, 2016, p. 582). Já Humberto Theodoro Júnior, não difere muito ao citar as características das tutelas provisórias,

enumerando a sumariedade e provisóriedade, como “traços comuns existentes entre a tutela de urgência e a tutela de evidência.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 617).

As tutelas provisórias de urgência por serem destinadas a evitar uma situação dano, passaram a ser configuradas no NCPC/15 em dois tipos, são elas as tutelas provisórias cautelares e as antecipatórias. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 610-611).

Por tutela cautelar, podemos entender a técnica destinada exclusivamente a garantir que o processo como instrumento da jurisdição seja respeitado e não perca sua finalidade. De nada adiantaria ingressar com uma demanda judicial, pleiteando determinado direito ou objeto, se o mesmo pode ser desfeito ou danificado antes mesmo da resposta final do juízo. (GRECO, 2015, p. 197).

Entretanto, o que não se pode visualizar na tutela de urgência cautelar é que, possa a mesma antecipar os efeitos solução do litígio, já que está é uma característica das tutelas de urgência antecipada. Leonardo Greco, aduz o seguinte a respeito do assunto:

A tutela cautelar pode ter por conteúdo uma providência instrutória do processo em curso, como uma produção antecipada de proa, ou uma medida assecuratória de bens ou de situações jurídicas para assegurar a eficácia da decisão final no processo principal, mas nunca tem o mesmo conteúdo do acolhimento do pedido principal, porque não se destina a antecipá-lo, mas assegurar-lhe a eficácia. (GRECO, 2015, p. 197).

Já a tutela antecipada/satisfativa, por sua vez, [...] “corresponderia sempre a uma decisão interlocutória de acolhimento provisório, no todo ou em parte do pedido formulado pelo autor” [...] (GRECO, 2015, p. 197). Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior ensina que a tutela de urgência satisfativa é aquela que:

[...] para evitar ou fazer cessar o perigo de dano, confere, provisoriamente, ao autor a garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Seu objeto, portanto, se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal. São efeitos da futura acolhida esperada desse pedido que a tutela satisfativa de urgência pode deferir provisoriamente à parte. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 661).

As tutelas provisórias de urgência ainda se dividem em antecedentes e incidentes. As tutelas de urgência antecedentes “[...] são as que precedem o pedido principal [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 622). Por sua vez, as tutelas

provisórias incidentes “[...] são as que surgem no curso do processo, como incidentes dele (art. 294 e 295, CPC/15)”. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 622).

Humberto Theodoro Junior indica que as tutelas provisórias de urgência, possuem apenas dois requisitos para sua concessão, sendo eles o *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo) (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623). O *fumus boni iuris*, seria averiguação dos fatos narrados no pedido inicial, verificando se os mesmos encontram proeminente grau de verdade, ou seja, deve-se verificar se a situação narrada realmente aconteceu, todavia, não basta a verificação de que a situação aconteceu, ainda é necessário que tais fatos ao serem analisados encontrem respaldo no ordenamento jurídico. (DIDIER, 2016, p. 608 *apud* BEDAQUE, 2003, p.336 *apud* CARNEIRO, 2004, p. 28).

Interessante opinião é a de Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar sobre o *fumus boni iuris* que, “Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 624).

Já o *periculum in mora*, consiste simplesmente no temor/medo de que enquanto se aguarde uma solução do litígio, o direito perseguido venha a perde-se pelo decurso do tempo. (DIDIER, 2016, p. 610 *apud* MITIDIERO, 2015, p.473).

Humberto Teodoro Júnior, em fundamentação, aduz que:

Não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça [...] (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 65).

Logo, é perceptível que para o legislador colocar o *periculum in mora* como um dos requisitos necessários para concessão de qualquer tutela provisória de urgência, teve o tempo como principal preocupação. Confirmando o raciocínio aqui exposto, Humberto Theodoro Júnior, chega a dizer que as tutelas provisórias têm como um dos primeiros fundamentos, evitar que a tutela jurisdicional, que as partes pleiteiam e possivelmente possuem direito, seja prejudicada por um lapso de tempo desmedido, uma vez que, a demora, muitas das vezes é suportada pelo autor da demanda. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 610).

2.3 Aplicação das tutelas provisórias de urgência nas demandas judiciais que tratem do direito material à saúde.

A saúde é um direito indisponível e, que sem dúvidas guarda inabalável relação com o direito à vida. Todo ser humano tem o direito por exemplo a ter uma assistência médica digna e de boa qualidade. Qualquer um que tenha referido direito violado, por quem quer que seja pode socorrer-se do judiciário para resolução do problema. Todavia, algumas lides envolvendo questões referentes a saúde, como fornecimento de medicamentos ou procedimentos cirúrgicos, não podem aguardar grande lapso de tempo para serem resolvidas, uma vez que, as consequências pela demora na tomada de uma decisão definitiva, pode acarretar em consequências não desejadas. Veja o que discorre Aline Jurcar Zavaglia Vicente Alves ao tratar sobre o tema:

Nas ações que têm por objetos questões ligadas à saúde, tais como fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias demandadas em face do Sistema Único de saúde, o uso de tais instrumentos antecipatórios da tutela são fundamentais, dada sua premência e urgência da situação de fato. (ALVES, 2017, p. 2)

Visando solucionar os problemas daqueles que necessitavam de uma resposta rápida e eficiente do judiciário para solução de seus problemas, o legislador acabou prevendo em nosso ordenamento jurídico o instituto das tutelas provisórias. Com o nascimento das tutelas provisórias, estas passaram a ser utilizadas como instrumentos de efetivação dos direitos sociais, com grande destaque na área da saúde. (ALVES, 2017, pp. 1-2 apud MARQUES, 1974, p. 156).

Sem dúvida, as tutelas provisórias garantiram acesso mais célere para aqueles que necessitavam de alguma resposta para seus problemas. Respectiva solução, no âmbito da saúde acabou por viabilizar a antecipação de alguns resultados ligados a procedimentos, tratamentos médicos, internamentos e fornecimentos de medicamentos, não necessitando dessa forma, o litigante suportar os efeitos do tempo. (ALVES, 2017, p. 7).

Nas lides envolvendo o direito a saúde percebe-se que, a urgência por sua vez, alcança um pico máximo de destaque, já que muitas vezes trata-se de ocasiões em que teremos como situações fáticas o sujeito que está gravemente ferido, ou, o

paciente portador de doença grave, que aguarda a liberação de determinado tratamento (ALVES, 2017, p. 8). Destaca Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves que, a urgência requisito imprescindível do artigo 300, do CPC/15, é visto como situação que deve ser resolvida na menor quantidade de tempo possível, todavia, os conceitos de urgência e emergência, possuem conotações diferenciadas na área da saúde, porém, não há impedimento que ambos os conceitos estejam abarcados pelo artigo 303, CPC/15. (ALVES, 2017, p. 4).

Para tanto a autora enfatiza que ao interpretar as palavras urgência e emergência podemos perceber que ambas podem ser confundidas como sinônimas uma da outra, e por sinal, tudo indica que é essa a ideia adotada pelo NCPC/15, porém a título de curiosidade no âmbito da saúde respectivas palavras não apresentam significados compatíveis entre si, sendo a emergência tida como uma situação extremamente grave, que ninguém poderia dar-se ao luxo de esperar qualquer manifestação de terceiros para que se recebesse autorização para tomar as medidas necessárias para a reversão da gravidade. Por sua vez, urgência destaca-se na área da saúde como sendo situação de acidentes de trabalho ou complicações decorrentes de gravidez. Embora na área de saúde ambas palavras possam ser direcionadas a situações completamente diferentes, para o Código de Processo Civil, ambas são enquadradas em situações de urgência, que o art. 300, NCPC/15, exige. (ALVES, 2017, pp. 4-5).

3 DA IRREVERSIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS ANTECIPADAS NAS AÇÕES QUE ENVOLVEM O DIREITO A SAÚDE

Como se sabe, as demandas que são levadas ao judiciário estão sujeitas a sofrerem as consequências do tempo. Porém, quando falamos em direito à saúde, muitas vezes nos deparamos com situações que não comportam a longa espera por uma solução definitiva do litígio por parte do judiciário, por esse motivo muitas pessoas que necessitam de uma resposta rápida para a concessão de um medicamento, realização de uma cirurgia, autorização de internação em hospital ou a realização de certo tratamento sem cobertura contratual em plano de saúde, utilizam-se do instituto das tutelas provisórias, principalmente as de caráter antecipada para verem o direito a saúde garantido constitucionalmente efetivado de fato. Ocorre que, a antecipação do direito alegado muitas vezes cria situações que

não permitem a reversibilidade de seus efeitos, descumprindo de tal forma o preceito estabelecido no artigo 300, § 3º, NCPC/15.

Yarshell e Pereira, citando Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao trabalharem sobre as tutelas provisórias antecipadas destacam que, como as mesmas beneficiam apenas o autor da demanda sua concessão deve ser averiguada com bastante calma e moderação pelo magistrado no momento de julgamento, uma vez que, a variedade de consequências que podem advir de tal provimento jurídico exigem do magistrado certa cautela em seu julgamento, para isso deve o mesmo se prestar a verificar a existência de compatibilidade e probabilidade do direito alegado. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p. 175 *apud* Cf, 2001, p.732).

O fato das tutelas antecipadas terem como características a satisfatividade, é razão suficiente para se ter extremo cuidado na concessão de tal instituto, uma vez que, ainda não se tem uma solidez do direito alegado, por esse motivo deve-se evitar [...] “criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. Daí a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá ao final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação original. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, pp.185-186 *apud* DINAMARCO, 1996, p.148).

O art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil dispõe que “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” Discorrendo sobre o referido artigo 300, § 3º, Humberto Theodoro Júnior aduz: [...] “Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625). Entende ainda o autor que, embora o periculum in mora seja um dos requisitos exigidos para a concessão das tutelas provisórias de urgência em favor do autor, não pode tal requisito dar ensejo ao deslocamento da situação ou resultado danoso para o polo passivo da demanda. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625).

De fato, é importante que a função jurisdicional cumpra o dever de solucionar os litígios a ela levados, e mais importante é que os resolva em tempo razoável, evitando a deterioração do direito posto em questão, todavia, não poderá conceder qualquer provimento a título de estar almejando a efetividade da jurisdição, pois

muitas vezes preza-se mais pela segurança jurídica que as decisões judiciais devem ter, do que simplesmente a noção de cumprir metas. Conceder provimento de urgência, que por ventura possa vir a ser revogado ou modificado no futuro, gera uma situação de instabilidade, que se iguala ao fato de se possuir uma jurisdição incompetente. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625).

Um provimento reversível, é aquele que não encontra dificuldade alguma em retomar a situação anterior em que se encontrava. Qualquer empecilho que possa vir a complicar esse restabelecimento, deve ser interpretado como requisito negativo a concessão de uma tutela de urgência. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625).

Muitos pedidos de tutelas antecipadas nas ações de saúde levados ao judiciário objetivam obrigar os responsáveis pela administração dos serviços públicos e privados de saúde, concederem por exemplo determinados medicamentos ou procederem a determinados atos médicos.

E é aí que se encontra o principal problema ligado a reversibilidade das tutelas antecipadas, pois os procedimentos e tratamentos médicos são em sua grande maioria irreversíveis, uma vez realizados. Logo, quando é concedida a medida antecipativa, caso ao final essa respectiva tutela seja julgada improcedente em sede de sentença, não haverá meios ou métodos para restabelecimento da antiga situação de fato. (YARSHELL; PEREIRA, 2012. p. 188 *apud* CÂMARA, 2006, p.52).

Entretanto, exigir o regresso em muitas das vezes não garantiria benefício algum ao réu tanto econômico como ético, pois, [...] “ninguém, em sã consciência, gostaria de ver o consumidor, curado pelo procedimento médico deferido pela decisão antecipatória de tutela, voltar ao estado patológico anterior” [...]. (YARSHELL; PEREIRA, 2012. p. 188 *apud* CÂMARA, 2006, p. 52).

Yarshell e Pereira, ainda inspirados pelo pensamento de Alexandre Freitas Câmara, aduziram que:

[...] “em muitos casos em que se autoriza a realização de intervenções cirúrgicas ou outros procedimentos médicos, estes não podem ser revertidos. O que “Significa dizer que uma vez efetivada a tutela jurisdicional, isto gerará uma situação fática irreversível, pois não será mais possível fazer com que o consumidor retorne ao estado anterior” (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p. 171-172 *apud* CÂMARA, 2006, p. 52).

Todavia, embora a situação da irreversibilidade deva ser combatida, existiram situações em que, mesmo se visualizando a possibilidade de que os efeitos da concessão da tutela antecipada não serão reversíveis, ainda sim, deverá o magistrado optar por sua antecipação (ALVES, 2017, p. 5 *apud* MOREIRA, 2011, pp.595-606). O que deve ocorrer em tais situações é um juízo do mal menor, onde será analisado, em qual das situações – concessão ou não concessão da tutela – importará em consequências de grandes danos para o réu. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p. 188 *apud* BEDAQUE, 2009, pp. 373-377).

3.1 Das técnicas que visam minimizar os efeitos da irreversibilidade das tutelas antecipadas

Pode-se dizer que embora a irreversibilidade possa causar variada gama de prejuízos ao polo passivo das demandas que versem sobre o direito a saúde, utilizá-la como escusa para negar qualquer provimento tendente a consagração de tal princípio deverá ser analisada com cuidado, uma vez que, o mesmo reveste-se de grande importância social. Em muitos casos, o magistrado deverá utilizar-se de técnicas tendentes a minimizar os efeitos da irreversibilidade das tutelas provisórias como solução ao problema em questão. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p. 188).

Visando evitar situações prejudiciais que a concessão dos efeitos antecipativos das tutelas possam causar, nosso legislador criou a figura do artigo 300, § 1.º, do NCPC/15, que prevê como Humberto Theodoro Júnior aduz, o poder do magistrado de [...] “impor ao requerente a prestação de uma caução, que pode se real ou fidejussória, e que tem o fito de ressarcir qualquer prejuízo que a providência sumária possa, eventualmente, acarretar ao requerido” [...] (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 636). Entretanto, percebe-se que na verdade tal medida apenas tem a intenção de tornar a irreversibilidade quantificável economicamente, porém não tem o fito de impedi-la. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p. 188).

Alexandre Freitas Câmara, no que se refere a caução como forma de tornar a irreversibilidade patrimonialmente reversível, aduz que:

Sempre que possível, deverá o juiz determinar ao demandante que preste caução, real ou fidejussória, a fim de garantir eventual reparação do dano sofrido pela operadora do plano de saúde no caso de ser julgada a improcedente a pretensão do demandante.

(YARSHELL; PEREIRA, 2012, pp. 188-189 *apud* CÂMARA, 2006. p. 52).

Além da caução, outra forma de amenizar os efeitos da irreversibilidade concentra-se na possibilidade de os juízes analisarem se os requisitos de concessão das tutelas provisórias estão presente em grau de suficiente razoabilidade, caso após uma cautelosa verificação notar-se que a razoabilidade não é o bastante, deverá o magistrado conceder o direito de forma parcial ou por um outro bem equivalente. Podemos citar como exemplo, a internação de um paciente em hospital diferente do que foi pleiteado, mas que apresenta as mesmas condições de tratamento, e com custos menores. (YARSHELL; PEREIRA, 2012, p.189 *apud* CÂMARA, 2006, p. 53).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância que o direito social à saúde possui, tanto é que a nossa constituição deu um papel de destaque ao mesmo ao inseri-lo nos direitos sociais. Assim, à saúde encontra-se em um patamar de proteção diferenciado. Todavia, percebe-se que ainda assim existem violações ao mencionado direito, e em decorrência de tais situações muitas pessoas acabaram encontrando no poder judiciário a esperança para combater as violações à saúde.

Todavia, o judiciário se mostrou lento para dar uma solução aos litígios em tempo razoável, o que em muitos casos em que o direito a saúde está em jogo não é permitido sob o risco de um resultado danoso acontecer, como por exemplo nas situações em que determinado paciente solicita o custeio por parte do Estado ou das Operadoras de Planos de Saúde algum medicamento de que necessita com urgência, pois sem ele poderá ter sua vida extinta.

Então para superar a situação do tempo muitas pessoas acabam utilizando o instituto das tutelas provisórias, principalmente as de caráter antecipado para adiantarem o resultado final do direito pleiteado. Porém, tais institutos, tem a característica da provisoriedade e em regra não admitem que suas concessões possam gerar efeitos irreversíveis, salvo nos casos em que é previsto o fenômeno da estabilização – o fenômeno mais conhecido de estabilização está previsto no artigo 304, CPC/15, onde é previsto a possibilidade de a decisão que conceder a tutela provisória ter seus efeitos estabilizados pela não interposição de recurso

cabível para a situação, portanto o que se percebeu foi que em ações que versem sobre direito à saúde, dificilmente os efeitos de uma tutela antecipada poderão retroagir, assim acaba-se transferindo para a figura do réu o ônus do dano.

Contudo, pode-se perceber que, embora a irreversibilidade deva ser combatida, tanto por haver a imposição legal nesse sentido, como por que evita-se transportar os danos sofridos pelo autor para a figura do réu, existirão situações, principalmente em casos em que o direito a saúde está em jogo que não será possível o juiz negar o provimento antecipativo sob a motivação de gerar uma situação irreversível. Na verdade, o que se pode esperar dos juízes em situações como essas é que, analisem a situação com extrema ponderação, verificando a proporcionalidade da situação e se necessário poderão os mesmos valerem do instrumento da caução como forma de minimizar os problemas da irreversibilidade, o que não se pode, entretanto é que a irreversibilidade seja um empecilho para a consagração do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALVES, Aline Jurca Zavaglia Vicente. **Anamnese e o Juiz: Contribuições à efetividade sistêmica da Tutela Antecipada Antecedente nas Ações Individuais de Saúde**. Disponível em: < www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 26/04/17.

BOTTESINI, Maury Ângelo. **Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – princípios básicos da atividade – suporte jurídico-legal e constitucional**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FURLANETO, Felipe Carnelossi. **Direito à saúde e a iniciativa privada: O dever estatal e a Limitação dos contratos de planos de saúde**. Disponível em: < www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 26/04/17.

GRECO, Leonardo. **A tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015**. In: JUNIOR, Fredie Didier (Org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Bahia: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 11. Ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Volume I**, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Direito de Proteção à saúde: Efetividade e limites à intervenção do poder judiciário**. Disponível em: < www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/04/17.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da constituição federal de 1988**. Disponível em: < www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 26/04/17.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Disponível em: < www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 16/07/2017.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Antecipação de tutela nos contratos de seguro-saúde**. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.