

Direito Fundamental à Saúde (Tutela de Urgência)

MARIA CRISTINA BARROS GUTIÉRREZ SLAIBI

Juíza de Direito do TJ/RJ

Professora de Direito Processual Civil - UNIPLI

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, pretende-se abordar a questão do direito fundamental à saúde, matéria cada vez mais suscitada no meio jurídico, em razão do relevante número de ações, nos órgãos jurisdicionais, pleiteando a liberação e concessão de medicamentos, entre outras obrigações de prestação assistencial médica pelos entes públicos.

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, dispensando a *interpositio legislatoris*, pois, na verdade, o que está em questão é o direito à vida, à sobrevivência do ser, e esse direito é superior a todos.

Na sociedade brasileira, relevante parcela da população não tem condições de arcar com os custos envolvidos com a compra de remédios, ainda mais aqueles cujos medicamentos são essenciais a sua sobrevivência (entre os quais, podem-se citar os portadores de Aids (S.I.D.A.), de hepatite C e os hemofílicos).

A essas pessoas resta, então, recorrer aos entes públicos para o fornecimento de medicamentos, a título gratuito, mas na maioria das vezes não obtêm êxito, mormente quanto aos medicamentos mais caros, tendo de socorrer-se da via jurídica própria para terem seu direito assegurado. Sob o fundamento constitucional do acesso à Justiça, nela ingressarão para, através das tutelas de urgência, atingirem seus objetivos.

O tema, a princípio corriqueiro, envolve desgastantes embates jurídicos, principalmente quando várias são as liminares com pedidos de fornecimento de remédios pela União, Estado e Município, e os entes públicos tentam se esquivar de suas responsabilidades, imputando um ao outro o dever que lhes é comum, por vezes atrelados a questões de cunho essencialmente partidário-eleitoral.

O primeiro capítulo contém breve exposição sobre o direito fundamental à saúde, sua previsão constitucional e sua aplicabilidade direta e imediata, porquanto ser um dos direitos sociais basilares da Carta Magna. Além disso, será abordada a solidariedade dos entes federativos frente ao tema em questão, como também o objeto da obrigação assistencial de saúde, 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 capítulo a seguir, serão analisadas as tutelas de urgência, tendo por base o princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988). Discorrer-se-á sobre as chamadas medidas de urgência, aí inseridas a tutela cautelar e a tutela antecipada, institutos que se assemelham em sua finalidade, razão por que o legislador, atendendo aos clamores de parte da doutrina e da jurisprudência modernas, e buscando a concretude dos princípios da efetividade e economia processuais, estabeleceu-lhes a aplicação do princípio da fungibilidade, através do acréscimo do § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Pode-se afirmar que esse mero dispositivo trouxe um avanço legislativo, 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.

No desenrolar deste estudo, presente está a intenção de melhor esclarecer a finalidade de prestação assistencial à saúde pelo Poder Público, como dever constitucional e ético, posto que, como já afirmado, o direito à vida está acima de tudo. Na ausência dessa obrigação assistencial pelo Estado, presente está o Poder Judiciário para fazer cumprir a lei máxima do País, devendo o cidadão ver seu direito salvaguardado, ainda que através das medidas urgentes que, em seu benefício, foram criadas.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é direito fundamental social assegurado no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal.

É direito de todos e dever do Estado, aqui no sentido amplo de Poder Público (art. 196), destacando a Carta da República a relevância do tema em seu art. 197, com atendimento integral (art. 198, II), de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, *in fine*).

O fim da Constituição é a declaração e a garantia dos direitos fundamentais; o Poder vem a serviço do homem, simplesmente cumprindo as tarefas

constitucionais, como aquelas declaradas no art. 3º, porque fundamentos do Estado Democrático de Direito são a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, postos no art. 1º da Lei Maior.

A aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais e sociais, proclamada no § 2º do longo e não exaustivo art. 5º da Constituição, não se destina somente às suas dezenas de incisos; também outros direitos assegurados na Constituição, inclusive aqueles previstos na parte tributária, estão garantidos pela eficácia direta e imediata, a dispensar a *interpositio legislatoris*.

Nem se alegue que o Estado não pode realizar despesas sem previsões orçamentárias. Tal é verdadeiro no que concerne ao orçamento fiscal, referente aos órgãos públicos, mas não o é no que tange ao orçamento da seguridade social, em que se integram as atividades da saúde pública, onde gerenciam verbas que também, e principalmente, recebe de outras entidades.

Vejam-se as disposições do art. 165, § 5º, III, complementadas pelas constantes dos arts. 196 a 197, todas da Lei Maior.

Ainda que não dispusessem da verba que lhe é repassada pela União, não pode negar a prestação de serviços essenciais, como saúde, educação, segurança (e também Justiça e Assistência Judiciária) sob o mal engendrado argumento de que as verbas foram desviadas para outros fins que não aqueles estabelecidos na própria Constituição.

Nem se diga que os carentes são muitos, mais numerosos que as verbas públicas para atendê-los, pois as verbas públicas, como o próprio nome indica, vieram do povo e este estabeleceu na Constituição as prioridades, limitando a discricionariedade política e administrativa no gerenciamento dos recursos.

E a Constituição proclama, no art. 196, de forma solene: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo Marcos Maselli Gouvêa,²²⁵ cujo artigo constitui leitura obrigatória, o tema dos direitos fundamentais tem ressurgido, em vários países e contextos discursivos, com diferenciadas nomenclaturas. Comenta que a doutrina francesa, *mais preocupada em enaltecer-lhes o caráter limitador da potestas estatal*, prefere chamá-los de *liberdades públicas*, ao passo que os estudiosos ligados à tradição anglo-saxônica preferem a expressão *direitos civis*, *civil rights*, reforçando assim sua vinculação com a temática da cida-

225 GOUVÊA, Marcos Maselli. "Direito ao fornecimento estatal de medicamentos". p. 17. www.nagib.net/variedades.

nia e de seus reconhecimentos no âmbito da esfera pública (**civitas**); os alemães já se preocupam mais em *traçar-lhes uma fundamentação transcendente, frisam a essencialidade destes direitos através do uso da expressão direitos fundamentais*.

Especialmente no âmbito das ciências sociológicas e do direito internacional, ressalta Maselli, tornou-se vulgar a designação de direitos humanos, que *ressalta sua pertinência ao homem independentemente de qualquer outra circunstância*. A doutrina constitucionalista sobre esses direitos, baseada sobretudo na experiência da Carta de Bonn, *incorporou a terminologia alemã*.²²⁶

Acresce, ainda, Maselli, quanto aos denominados direitos prestacionais, as lições de Canotilho²²⁷ ressaltando que, embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos, poderão ensejar a indicação de uma prestação determinada caso somente exista um instrumento eficiente para consecução daquele fim:

O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

1.1. Solidariedade dos entes federativos

O federalismo cooperativo acolhido pela Constituição Federal de 1988 consagrou, no tema da 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 CRFB/88). É o que se extrai do disposto no art. 196 e seguintes.

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.

No sentido da solidariedade imanente dos entes federativos no atendimento ao direito fundamental da saúde, colhe-se o entendimento uníssono

226 Idem. *ibidem*. apud **Sovereign Virtue**. Cambridge (Mass.): Oxford, 2000. p. 309 e s.

227 Idem. *Ibidem*. apud CANOTILHO, José. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. [s.l.: s.n.] apud SARLET, Ingo. **Eficácia dos direitos fundamentais**. [s.l.: s.n.] p. 299.

dos Tribunais, 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 Câm. Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002).*

A solidariedade é instituto do Direito Civil e está prevista no art. 896 do Código Civil brasileiro de 1916 e no art. 265 do novo Código Civil de 2002, cabendo ao credor escolher qual dos devedores deseja acionar (art. 898 do Código Civil brasileiro de 1916 e art. 267 do novo Código Civil de 2002).

Tal destaque é de grande relevância, pois o cidadão hipossuficiente poderá escolher qual dos entes federativos irá acionar para ver efetivado o seu direito fundamental à saúde e de nada adiantará, como sói acontecer, as arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva ***ad causam*** ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados.

Assim vêm decidindo os Tribunais, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos necessários aos hipossuficientes.

Transcreve-se assim ementa do anterior Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Humberto Manes, onde destaca acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, na voz do eminente Ministro Celso de Mello, que, com percuciência e objetividade, sepulta a vazia alegação de que o direito à saúde encontra-se expresso em norma de caráter puramente programático:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA GRAVE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - S.U.S. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE

DE. 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 inconstitucional, 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 Câmara Cív., Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

A regra no Direito Público, neste e em outros países que se submetem ao império da norma jurídica genérica e abstrata, ditos Estados de Direito, é que tem a responsabilidade aquele que tem o poder de decidir e resolver. É o caso dos entes federativos na delicada questão de saúde pública.

1.2. Objeto da obrigação assistencial de saúde

A Constituição Federal de 1988, como já dito, proclamou a saúde como direito fundamental e dever do Estado (art. 196), destacando as prioridades a serem observadas pelo Sistema Único de Saúde (S.U.S.), em oito incisos do art. 200, deles se extraindo a utilização do conceito de saúde, em sentido amplo.

Assim, cabe ao Poder Público o dever de fornecer não apenas medicamentos, mas também os tratamentos, incluindo exames e cirurgias, que se fizerem necessários à efetivação do direito fundamental à saúde.

Sobre o conceito de medicamento, definiu De Plácido e Silva²²⁸ em sua notável obra **Vocabulário jurídico**, que se transcreve:

Medicamentum, derivado do latim, é aplicado vulgarmente para designar o remédio utilizado para a cura das enfermidades, ou para aliviar as dores. E,

228 4 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**, 20. ed. rev. e at. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Verbete “medicamento”.

assim, tanto designa os preparados ou produtos que já se encontram prontos nas farmácias, como os remédios aviados pelos farmacêuticos, em obediência às receitas médicas.

Distinguem-se, dizendo-se medicamento preparado e medicamento aviado. O primeiro é produto de laboratório. O segundo, feito na farmácia, conforme prescrição médica, formulada na receita.

Os medicamentos preparados dizem-se, tecnicamente, especialidades farmacêuticas. E sob essa denominação são classificados pelas leis fiscais. O suprimento de medicamentos às pessoas, quando necessário, inclui-se na manutenção ou assistência que lhes é devida por aqueles que estão obrigados a ela.

Cabe destacar que medicamento significa aquilo que traz efeito terapêutico, seja o medicamento propriamente dito ou eventualmente um alimento, como, v.g., um leite especial para bebê que padeça de alguma enfermidade e que possua efeito terapêutico - será, sem dúvida, um remédio necessário, quiçá, imprescindível.

2. TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1. Fundamento constitucional do acesso à Justiça

A Constituição Federal de 1988 não apenas consagrou como direito fundamental o acesso à Justiça, também chamado princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como também acresceu a expressão “ameaça a direito”, para abranger também as tutelas de urgência, como se vê em seu art. 5º, XXXV: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

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.

2.2. Cautelar e antecipação de tutela. Princípio da fungibilidade

Questão ainda tormentosa, especialmente na doutrina brasileira, diz respeito à cautelar e à antecipação de tutela, investigando-se se constituem institutos diferentes com finalidades diversas, ou, então, se apresentam um núcleo comum que somente se diferencia pelo aspecto formal, com que se apresentam no mundo jurídico.

Considera-se indispensável para esclarecimento do tema a leitura de artigo do Professor do Rio Grande do Sul Ovídio Baptista da Silva, onde demonstra a influência das idéias do Racionalismo no Direito Processual Civil, no que concerne às tutelas preventivas.

Sobre as dificuldades enfrentadas pela doutrina para conceber uma tu-

tela processual de natureza puramente preventiva, destaca Ovídio Baptista da Silva:²²⁹

... Para isso é indispensável acrescentar ao racionalismo, tão presente na formação da ciência jurídica moderna, especialmente no direito processual civil, mais dois ingredientes importantes. O primeiro deve-se à doutrina política da 'separação de poderes', marcada pela influência de Montesquieu, mas que nos vem, mais propriamente de Thomas Hobbes, a reduzir o Poder Judiciário a um poder subordinado, ou melhor, a um órgão do poder, cuja missão constitucional não deveria ir além da tarefa mecânica de reproduzir as palavras da lei, de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente intelectual, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela volitiva. A esse respeito, as lições de Chiovenda são exemplares. Várias passagens de suas obras poderiam ser oferecidas para confirmar esta assertiva. Sirva-nos apenas estas: 'Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell'attività intellettuale Del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge concernente le parti'.

No texto, ficam demarcadas a natureza meramente "intelectiva", enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a "vontade concreta da lei". Sua missão seria apenas verbalizar a "vontade da lei" ou a vontade do legislador. A outra passagem que merece referência é aquela em que o grande processualista, referindo-se à interpretação, dá-lhe a exclusiva tarefa de investigar a "vontade da lei", confirmando a premissa de seu sentido unívoco, porquanto não se haverá de supor que ela possa ter "duas vontades".

A conclusão que se deve extrair decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse "duas vontades" toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente compreendê-la", mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema "algébrico" da descoberta de sua "vontade". Torna-se fácil compreender as razões que, no Século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que eles fossem interpretados. Reproduziu-se no Século XIX a tentativa de Justiniano. A intenção que sustenta esse propósito é a mesma que, no início da Era Moderna, procurou eliminar a Retórica, enquanto ciência argumentativa, no campo do Direito, basicamente no campo do Processo.

229 SILVA, Ovídio Baptista da. "Racionalismo e tutela preventiva em processo civil". **Revista jurídica** (órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica), a. 50, n. 295, maio de 2002.

E arremata Ovídio Baptista,²³⁰ instigando ainda mais a reflexão dos estudiosos, ao descortinar o lado oculto da idéia de perfeição do Direito criado: *A idéia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi relevada por uma eminente filósofa contemporânea, ao mostrar o pathos tirânico, conseqüentemente antidemocrático desse modo de compreender o direito. O direito “perfeito” elimina qualquer espécie de questionamento. É o direito do tirano.*

José Roberto dos Santos Bedaque²³¹ ressalta que se deve à genialidade de Piero Calamandrei a classificação que confere melhor sistematização ao universo da tutela cautelar. As medidas destinadas a assegurar a efetividade do processo podem representar:

a) *provimentos instrutórios antecipados: os provimentos instrutórios normalmente são proferidos no bojo do processo de cognição, no momento procedimental próprio para a produção da prova. Se, todavia, houver risco para o resultado dessa atividade, é possível antecipar o respectivo provimento, pela via da tutela cautelar, aqui destinada à conservação da prova;*

b) *provimentos destinados a assegurar a efetividade da execução, obstando o desvio de bens sobre os quais poderão recair os atos executórios;*

c) *provimentos interinos, que antecipam provisoriamente a sentença de mérito, com o objetivo de evitar danos irreparáveis a uma das partes. A relação de instrumentalidade, aqui, é diversa daquela identificada nos provimentos anteriores, que se limitam a assegurar meios para a emissão do provimento cognitivo ou executivo. A tutela cautelar concedida mediante provimento interino de mérito constitui antecipação do provável resultado definitivo, inerente ao provimento principal.*

Essa modalidade de cautelar se assemelha muito aos provimentos de cognição sumária, deles se afastando pelo caráter provisório do provimento, que jamais se torna definitivo, pois instrumentalmente ligado à tutela principal. Esta constituirá a única regulamentação da relação substancial litigiosa. Não configura mera ratificação do provimento cautelar, que é substituído e deixa de existir;

d) *provimentos judiciais determinando a prestação de caução, para garantir eventual prejuízo àquele contra quem foi proferida tutela cautelar ou de outra natureza, mas não definitiva.*

Tal posicionamento, contudo, vem sendo criticado por eméritos proces-

230 SILVA, Ovídio Baptista da. Ibid. *apud* SÉLLER, Ágens. **Más allá de la justicia**, cit., p.313.

231 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p.159-160. No mesmo sentido SLAIBI FILHO, Nagib. “Tutela antecipada”. www.nagib.net.

sualistas do Direito Brasileiro que afirmam a distinção entre processo cautelar, de caráter acessório e instrumental ao processo principal, e a antecipação de tutela, visto que nesta o juiz estará antecipando na mesma relação processual, parcial ou totalmente, o próprio provimento final de mérito. Destacam, ainda, a diversidade dos requisitos de cada instituto.²³²

Enfatizam os referidos juristas o avanço da legislação brasileira, ao positivizar expressamente no Código de Processo Civil as normas da antecipação de tutela, instituto este que já existia no ordenamento jurídico pátrio, como, por exemplo, os alimentos provisórios previstos na Lei nº 5.478/64, em seu art. 4º, bem como a liminar de reintegração ou manutenção nas ações possessórias, disciplinada no art. 928 do Código de Processo Civil.

Tais liminares ostentam, sem dúvida alguma, a natureza de tutela antecipada. A previsão legal expressa com o *nomen iuris* de antecipação de tutela veio com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o Código de Processo Civil, introduzindo-a em seus arts. 273 e 461 e respectivos parágrafos.²³³

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.²³⁴

... 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 espa-

232 DINAMARCO, Cândido Rangel. “O regime jurídico das medidas urgentes”. **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro, COAD, p. 1-13, jan. 2002. No mesmo sentido, BAPTISTA, Ovídio A. da Silva, **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1993. v. III, p. 17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “As liminares e a tutela de urgência”. **Doutrina**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, p. 221/247, 2001. (Coordenação de James Tubenclack.)

233 GUTIERREZ, Cristina. **Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

234 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibid.* apud FAZZALARI, Elio. *Provvedimenti cautelari*. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè 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*”.

nhola, citando as lições de J.S. Fagundes Cunha.²³⁵

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.

De toda a sorte, em salutar avanço legislativo e na linha que já vinha sendo adotada pela doutrina moderna e buscando a concretude dos princípios constitucionais da efetividade e da economia processuais, a recente Lei brasileira nº 10.444, de 7 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.

Entende-se que a expressão utilizada pelo legislador *poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos* pode dar margem à interpretação de tratar-se de mera faculdade do juiz e de ato discricionário, o que não é verdade.

Sobre a necessária distinção entre ato jurisdicional discricionário e vinculado, tratou a autora do presente trabalho.²³⁶

Não há que se falar em discricionariedade quando a lei faculta ao seu aplicador certa margem de avaliação quanto à verificação dos fatos postos em questão.

A discricionariedade ocorre quando o aplicador da lei possui liberdade de escolha das conseqüências, vale dizer dos efeitos, como, por exemplo, quando se faculta ao juiz perdoar o autor da receptação culposa, desde que primário (art. 180, § 3º, do Código Penal), ou determinar a maneira pela qual será cumprida a obrigação de prestar alimentos (Código Civil, art. 403, parágrafo único).

235 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.

236 Op. cit., p. 35-36, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. v. 8, p. 183.

O art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, ao elencar as condições para o deferimento da liminar em mandado de segurança, utiliza conceitos jurídicos indeterminados. E é claro, consoante lembra Barbosa Moreira:

‘Haverá maior ou menor dose de subjetivismo na consideração de tal ou qual fundamento como relevante, e na avaliação da eventual ineficácia da providência, se retardada. Nisso, contudo, esgota-se a liberdade – se assim é lícito falar do juiz. Daí em diante, sua atitude está predeterminada. Uma de duas: ou ele entende configurados os dois pressupostos, e tem o dever de conceder a liminar (infringindo a lei se não a conceder), ou não os entende configurados, e tem igualmente o dever de denegar a liminar (infringindo a lei, da mesma sorte, caso não a denegue). A decisão não é discricionária, mas vinculada’.

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 pena de vulneração ao princípio constitucional de acesso efetivo à jurisdição, esculpido no já citado art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois, como já dizia Rui Barbosa, *Justiça tardia não é Justiça.*²³⁷

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal – vem fazendo prevalecer o conteúdo, a pretensão posta em Juízo, em detrimento da forma, destacando-se decisão do Pleno, na voz do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que conheceu do Mandado de Segurança como Reclamação, determinando a sua conversão:

Ementa: I. Mandado de segurança dirigido originariamente ao Supremo Tribunal Federal, que, invocando o art. 102, I, n, da Constituição, requer avocação de outra impetração de segurança em curso no Tribunal de Justiça; conversão em reclamação, dado o verdadeiro objeto do pedido. II. Plausibilidade da alegação de competência originária do STF para julgar o mandado de segurança requerido ao Tribunal de Justiça: embora o impetrante, Juiz de Direito, postule licença-prêmio com base na legislação local e o ato coator lhe resista a pretensão, por se tratar de magistrado em disponibilidade, a solução da lide passa pela questão prejudicial de saber, em face da LOMAN, se os juízes, em tese, tem direito à licença especial, matéria esta, que o STF já entendeu de interesse geral da magistratura, de modo a induzir a sua competência originária excepcional (AgRg Ag. 130.513, 6.11.89, Gallotti, RTJ 130/1.285) (AO 153 QO-AgR/RS Ag. Reg. na Questão de Ordem na Ação

237 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.

Originária, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, votação unânime, j. 07/05/1992, publ. DJ de 07/08/1992 - obs.: converteu-se o Mandado de Segurança contido na AO-153 em Reclamação e Agravo).

2.3. Tutela antecipada na sentença

Tema ainda tormentoso na doutrina e na jurisprudência diz respeito à possibilidade de concessão de antecipação de tutela na sentença.

Acreditamos que sim.

Não raras vezes ocorrem situações concretas em que se depara o magistrado 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. 462 do Código de Processo Civil.

Sustentam aqueles que divergem de tal entendimento pelo descabimento da concessão de tutela antecipada na sentença, mormente quando figurar como réu a Fazenda Pública, esta em sua acepção lata (União, Estados e Municípios), invocando como óbice principal a norma do art. 475, II, do Código de Processo Civil, que consagra o duplo grau obrigatório nas sentenças proferidas em face da Fazenda Pública - vale dizer, a sentença estaria sujeita ao duplo efeito, não podendo ser executada senão depois de confirmada pelo Tribunal.

Ora, tal argumento não pode afastar a tutela de urgência garantida como direito fundamental de acesso à justiça.

Nem se pode conceber que a decisão concessiva de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, antes da sentença, em cognição sumária (salvo nas hipóteses vedadas do art. 1º da Lei nº 9.474/97, em casos de aumento de vencimentos ou concessão de gratificações a servidores públicos), seja desde logo executada, e aquela proferida na sentença quando já existe a cognição exauriente não possa ser executada, até porque, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal na ADCM 4, *o acautelar é imanente ao julgar*. Seria uma contradição em seus próprios termos.

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, da Constituição Federal e no Projeto de Reforma do Poder Judiciário, que acresce o inciso LXXVIII ao rol do art. 5º da Constituição, positivando o direito constitucional da parte à celeridade processual.²³⁸

238 GUTIERREZ, Cristina. *Ibidem*. No mesmo diapasão, SLAIBI FILHO, Nagib. "Direito à

Nos termos do disposto no art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, o que não exclui a sua sede no documento em que se manifesta a sentença.

Sobre o tema já decidiu a signatária em ação de rito ordinário proposta por policial militar em face do Estado, objetivando a desconstituição do ato administrativo que o excluiu das fileiras da Polícia Militar e a sua conseqüente reintegração, observadas as promoções a que faria jus, bem como a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos. Requereu o autor a antecipação de tutela para reintegrá-lo no cargo, com os vencimentos devidos, a fim de possibilitar-lhe, inclusive, o tratamento médico adequado de que necessitava.

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente concedido, com referência à reintegração do policial militar, em face da manifesta urgência, visto que somente assim o autor poderia obter tratamento de saúde adequado, cuja saúde vinha se agravando, como documentado nos referidos autos.

Observe-se que não poderia o autor suportar mais o lapso temporal até a entrega definitiva da prestação jurisdicional, caso o réu fizesse uso dos recursos processuais disponíveis, podendo até desaguar no mais Alto Tribunal do País.

Rejeitou-se, contudo, o pedido de antecipação de tutela para pagamento de vencimentos atrasados, cuja via própria é o precatório judicial, consoante reza o art. 100 da Constituição Federal.

Sobre o cabimento de tutela antecipada na sentença, vale transcrever, dentre outros, as lições de Alexandre Freitas Câmara,²³⁹ em sua conhecida obra **Escritos de Direito Processual**:

Dito de outra forma: tanto se poderá conceder tutela antecipada antes da sentença, em caráter interinal, com base em cognição sumária, como se poderá conceder a antecipação na própria sentença, com supedâneo em cognição exauriente.

Negar a possibilidade de concessão da tutela antecipada na sentença, salvo melhor juízo, contraria o princípio do devido processo legal (due process of law), entendido este como a garantia constitucional do processo justo. Salvo melhor juízo não se pode pensar em processo justo, que funcione verdadeiramente como instrumento de acesso à ordem jurídica justa, se este processo não dispõe de instrumentos capazes de permitir que dele se extraia o máximo de proveito. Corolário desta idéia é a garantia da tutela jurisdicional adequa-

duração razoável do processo". **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 10, p. 118-142, 2000, e em www.nagib.net.

239 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 166/167.

da, decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, e explicitada pelo art. 75 do Código Civil, segundo o qual a todo o direito corresponde uma ação que o assegura. Este dispositivo assegura a existência no ordenamento jurídico pátrio, de remédios processuais adequados à proteção de todos os direitos e demais posições jurídicas de vantagem. Ora, haverá casos em que a tutela jurisdicional de um certo direito só será adequada se prestada através de sentença que, desde logo, será capaz de produzir efeitos.

... Ora, sendo de se distinguir o ato jurídico do instrumento que o formaliza, nada impede que num só instrumento venham representados dois distintos atos jurídicos. Pense-se, para corroborar o que vem sendo afirmado, em um processo em que tenha havido cumulação de demandas (por exemplo, o autor postulou a rescisão de um contrato e também a condenação do demandado ao pagamento de perdas e danos). Ainda que se tenha, in casu, uma sentença formalmente única, ter-se-á, em verdade, duas distintas decisões, uma julgando cada uma das pretensões. Fenômeno análogo se dará quando em um ato, formalmente único, o juiz conceder a tutela antecipada e proferir sentença. Não obstante se esteja diante de um único instrumento, substancialmente será possível distinguirem-se dois atos processuais distintos: a decisão interlocutória que concede a tutela antecipada e a sentença, que julga o pedido formulado pelo demandante...

No mesmo sentido, Carreira Alvim,²⁴⁰ ressaltando entendimento jurisprudencial inovador, no sentido de admitir a antecipação de tutela até mesmo nos embargos de declaração, como se transcreve:

Jurisprudência a respeito.

No âmbito dos tribunais de apelação, estaduais e federais, a jurisprudência tem sido condescendente com a antecipação da tutela na sentença, em capítulo próprio, confirmando tais decisões, como forma de corrigir a atecnia do sistema processual, de permitir, como regra, a efetivação de uma simples decisão interlocutória, calcada na verossimilhança (probabilidade), e não admitir a execução imediata (e provisória) da sentença, fundada no juízo de certeza, afora as exceções contidas no art. 520, segunda parte, incisos I a VII, do Código de Processo Civil (homologar a divisão ou a demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirmar a antecipação dos efeitos da sentença).

O Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 279.251-SP) seguiu a mesma diretriz,

240 CARREIRA ALVIM, J. E. "Tutela antecipada antes da sentença e tutela antecipada na sentença de mérito". **Doutrina**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, n. 13, p. 166-167, 2002.

e ampliou até o alcance dessa possibilidade, assentando que a tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração.

Do mesmo modo vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: ... Quanto à tutela antecipada (*rectius*: antecipação dos seus efeitos), tem-se que já transitou em julgado à míngua de impugnação pelo recurso adequado. Com efeito, publicada a interlocutória específica, com normal intimação das partes, dos autos não consta certidão nem cópia de que tenha havido agravo de instrumento contra essa decisão. Quanto à ela, limitou-se a Fazenda Pública Estadual tão-só a pedir suspensão de seus efeitos, fazendo com apoio no art. 1º da Lei nº 9.494/97 c/c art. 4º da Lei nº 8.437/92, expediente esse que, não tendo força impugnativa recursal, não poderá subsistir depois da sentença de mérito, a qual, de resto, houve por bem em confirmar a concessão da tutela antecipada. Ressalte-se que, por último, ainda desta vez o Estado do Maranhão não usou o recurso específico de agravo, o qual, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, quando nela (sentença), há capítulo de conteúdo de decisão interlocutória. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Ademais, quanto à possibilidade da concessão da tutela antecipatória no seio da sentença, apesar de ser uma inovação, não vejo nenhum empecilho que obste a sábia decisão proferida pelo magistrado. Tal situação está prevista no art. 273, inciso I, da Lei Processual Civil, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, que estabelece que o juiz poderá conceder a tutela antecipada caso haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação...²⁴¹

Outra alteração legislativa, na esteira da evolução doutrinária e jurisprudencial, que merece destaque foi incluir a sentença que confirma antecipação de tutela no rol das hipóteses em que o recurso de apelação é recebido apenas no efeito devolutivo, consoante se vê no inciso VII do art. 520 do Código de Processo Civil, que se transcreve:

Art. 520. A apelação será recebida em seus efeitos devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

(...)

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

2.4. Limites objetivos da lide. Natureza *rebus sic stantibus* da obrigação prestacional de saúde

²⁴¹ PETMC-2334/MA, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, publ. no DJ de 21/08/2001.

Em nosso ordenamento jurídico, os limites objetivos da lide, aos quais se deve ater o julgador, estão previstos nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

(...)

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Em se tratando de ação objetivando a condenação do Estado a fornecimento de medicamentos, dá-se através da obrigação de fornecer não apenas os medicamentos, mas também os tratamentos que a Ciência reputar necessários.

Note-se que tal dispositivo sentencial, ao primeiro súbito de vista, pode parecer em desacordo com os limites objetivos da lide, em face da ausência de pedido expresso, embora tal se possa extrair como conclusão lógica da causa de pedir retratada no processo.

Inexiste ofensa aos limites objetivos da lide. Trata-se de obrigação de natureza ***rebus sic stantibus***, expressão a qual é bem elucidada por Plácido e Silva:²⁴²

É a locução latina utilizada na terminologia jurídica para designar a cláusula contratual, que se julga inserta nas convenções, em virtude da qual o devedor é obrigado a cumprir o contrato, somente, quando subsistem as condições econômicas existentes quando fundado o ajuste.

'Rebus sic stantibus' quer, precisamente, significar o mesmo estado das coisas, ou a subsistência das coisas.

Desse modo, a denominação atribuída à cláusula explica o próprio conceito: o contrato se cumpre se as coisas (rebus) se conservarem; desta maneira (sic), no estado preexistente (stantibus), quando de sua estipulação, isto é, desde que não tenham sofrido modificações essenciais.

*Nesta razão, a cláusula '**rebus sic stantibus**' é tida como um pressuposto contratual.*

Assim, dúvida não há quanto à natureza ***rebus sic stantibus*** da obrigação (dever) do Poder Público. Duas razões podem ser destacadas: (a) a Constituição Federal consagrou em seus arts. 6º, *caput*, e 196 a saúde como direito fundamental e dever do Estado tutelá-la, e não apenas o dever de for-

242 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 20. ed. rev. e at. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 676

necer medicamentos - não pode assim, o julgador, sob pena de vulneração à Lei Maior, restringir o conteúdo da norma constitucional; (b) impossível limitar as necessidades e o avanço da Ciência Médica pela cega obediência à lista de remédios que serve, exclusivamente, para indicar os repasses da União para o Estado e para o Município, salvo permanecendo o mesmo estado das coisas.

Atualmente existem inúmeras doenças crônicas, inclusive consideradas ainda incuráveis, como, v.g., a AIDS e a hepatite C, cujos medicamentos originalmente prescritos são substituídos por outros mais novos ou às vezes por peculiaridades de cada paciente, função privativa de especialista, cujo laudo médico é exigido nos autos.

Nem se sustenta o fundamento de eventual tentativa de fraude, pois cabe ao Executivo, nos moldes constitucionais, fiscalizar e velar pelo correto uso da verba destinada à saúde.

A respeito do tema, vem sendo esse o entendimento adotado pela autora deste trabalho, *in verbis*:

Isto posto, julgo procedente o pedido para confirmar a antecipação de tutela, declarando o direito subjetivo da autora a receber os remédios que a Ciência Médica reputar necessários para a sua saúde e condenar os réus a provê-los em obrigação de fazer 'rebus sic stantibus', bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios, ao quais, na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$ 200,00 (duzentos reais).

Aliás, justamente em razão do grande avanço da Ciência Médica, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro José Delgado, em célebre acórdão, afastou a argüição de coisa julgada formada por sentença, confirmada pelo Tribunal, que reconheceu inicialmente a paternidade e o conseqüente dever alimentar decorrente de tal filiação, visto que com o avanço da Ciência aquele que havia sido considerado pai, submetendo-se a exame de DNA (cujo percentual de certeza quanto à paternidade é de 99,99999%), descobriu que não era pai, inexistindo a filiação declarada, cuja ementa se transcreve: *Paternidade. Contestação.*

As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos. Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a

existência do vínculo de filiação. Decadência. Código Civil, artigo 178, § 3º. Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa. (...) Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial (REsp nº 194866/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20/04/1999, publ. DJ de 14/06/1999).

O raciocínio, como se nota é o mesmo, o avanço da Ciência alterando o estado anterior das coisas permitiu que se afastasse a argüição de coisa julgada, relativizando-a.

Sobre o tema “relativização da coisa julgada”, escreveu Cândido Rangel Dinamarco artigo paradigma,²⁴³ no qual cita a decisão do Ministro José Delgado e a fórmula proposta pelo constitucionalista português Jorge Miranda, ***in verbis***:

I – o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

II – a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III - o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV – o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

V – a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI – a garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença da sentença passado em julgado;

VII – a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

VIII – o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa

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

julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.

Merece aplausos a coragem de Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar de tema tão atual e instigante, ressaltando, em seu artigo, a necessidade de se alcançar uma desejável e equilibrada relativização da garantia constitucional da coisa julgada através de duas ordens de raciocínio que desenvolve, formulando a seguinte proposta:

(...)

a) a indicar critérios para a relativização racional e equilibrada da coisa julgada, sopesando valores e opinando sobre os quais devem prevalecer sobre o desta e quais não, em quais circunstâncias sim e em quais circunstâncias não etc.;

b) a sugerir os modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito, ou seja, os remédios de que dispõem os litigantes para atenuar a liberação do vínculo que a coisa julgada representa.

Enfim, pode-se depreender de tais ensinamentos que, neste século XXI, urge repensar a definitividade da coisa julgada material quando em conflito com o valor ético da Justiça.

CONCLUSÃO

O direito à saúde 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, posto que o elemento saúde é essencial ao direito de viver com dignidade.

Demonstrada tal premissa maior, reservemo-nos a sintetizar as idéias que colhemos, ao longo dos capítulos deste trabalho, sobre a postulação a esse bem maior junto aos entes governamentais e, na sua falta, às instâncias judiciárias, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, na busca emergencial de atendimento médico, tratamentos clínicos, medicamentos, entre outros.

Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar 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.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, no que diz 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.

Essa questão é relevante porque o cidadão hipossuficiente tem o poder de escolha entre as esferas governamentais para acionar e ver efetivado o seu direito à saúde, não prosperando quaisquer arguições, pelo Estado e pelo Município, de ilegitimidade passiva *ad causam* ou mesmo os pedidos de chamamento ao processo dos demais entes federados. Nessa linha, já vem decidindo os Tribunais brasileiros, inclusive em razão do caráter de urgência que norteia as ações em face do Poder Público pleiteando remédios e tratamentos essenciais aos hipossuficientes.

Conclui-se que o Estado tem obrigação de natureza *rebus sic stantibus*, mormente naqueles casos de doenças crônicas (em face dos sensíveis avanços da Medicina e das peculiaridades de cada paciente), atestadas por laudo médico de profissional habilitado, mesmo porque o cidadão deste século XXI tem o direito fundamental de usufruir dos avanços tecnológicos como corolário do seu direito à dignidade.

No que tange à tutela antecipada e à medida cautelar, embora permaneça a salutar discussão, especialmente na doutrina, sobre sua real aplicação, já se consagrou entre os doutrinadores nacionais a constatação de serem esses institutos espécies da tutela de urgência. São, portanto, medidas cabíveis em todas as ações jurídicas que objetivem a tutela emergencial de saúde. Para tanto, devem os juízes competentes para a matéria, ao deferirem as liminares, se basear em laudos médicos dados pelos próprios hospitais públicos.

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*. ♦