

A TUTELA PROVISÓRIA E SUA APLICAÇÃO NAS DEMANDAS LIGADAS AO DIREITO À SAÚDE

Andrea Bezerra*

Hugo de Brito Machado Segundo**

Resumo: O trabalho em questão visa a abordar os fundamentos constitucionais da tutela provisória e o papel do Estado no controle dos conflitos sociais. Trata dos princípios que embasam a concessão das tutelas provisórias, permitindo a antecipação de provimentos jurisdicionais sem ferir o devido processo legal. Levantar-se-á discussão de como atuará o Poder Judiciário, diante das demandas ligadas à saúde e do aumento da judicialização, diante efetividade de tal direito. A hipótese que será defendida é que o Poder Judiciário deve seguir critérios na concessão das tutelas provisórias, baseados no princípio da proporcionalidade, notadamente no que tange ao perigo da irreversibilidade. Por último, almeja-se aferir como ponderar o fato de que tais demandas, embora sejam meios eficazes de atuação do Poder Judiciário no programa de política pública, precisam de cautela diante da interferência no planejamento orçamentário do Estado.

Palavras-Chave: Tutela provisória. Poder judiciário. Demandas ligadas à saúde.

Sumário: Introdução. 1. Fundamento constitucional das tutelas

* Mestranda em Direito no Centro Universitário Christus – Unichristus. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJ/CE.

** Professor Associado da Faculdade de Direito da UFC. Professor do Centro Universitário Christus – Unichristus. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e do Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET.

provisórias. 2. Princípios envolvidos na concessão de uma tutela provisória. 3. A efetividade da tutela antecipada na judicialização da saúde 4. Efeitos do provimento sobre terceiros, devido processo legal e irreversibilidade 5. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO



presente artigo busca examinar a utilização da tutela provisória no Direito brasileiro, a partir de pesquisa bibliográfica e com o uso do método hipotético dedutivo, demonstrando suas bases teóricas e fundamentos legais. Por outro lado, aponta como o Poder Judiciário faz uso desse instituto processual especificamente nas demandas ligadas à saúde, tendo em vista que a tutela urgente muitas vezes é imprescindível para a proteção do bem da vida, não subtraindo a importância de que se utilizem critérios para evitar que a concessão de tutelas provisórias interfira no planejamento orçamentário de outras políticas públicas, ou na equilibrada distribuição de recursos escassos, aspecto para o qual o arcabouço institucional ligado à figura não parece ainda adequadamente preparado.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

A palavra *tutela* remete à ideia de proteção, de amparo. O pensamento depende de conceitos, e estes são formados por processos analógicos, pelo que se diz que a analogia é o combustível e o fogo do pensamento¹. No presente caso, não é diferente: historicamente, a figura tutela jurisdicional, como se conhece hoje, deita raízes na necessidade que os grupos de animais

¹ HOFSTADTER, Douglas; EMMANUEL, Sander. *Surfaces and essences. Analogy as the fuel and fire of thinking*. New York: Basic Books, 2013, *passim*.

têm de se manterem coesos e, assim, de eliminarem os conflitos que eventualmente surjam entre seus integrantes e que sejam capazes de cindi-los. Daí o surgimento de líderes, que têm entre seus vários papéis a solução de conflitos entre seus membros². No Estado contemporâneo, esse papel, sensivelmente mais complexo e desenvolvido, ainda mostra sinais de sua origem, sendo a função do Judiciário imprimir alguma eficácia às normas que disciplinam as relações sociais e conferem proteção aos direitos constitucionais.

A atividade jurisdicional do Estado surgiu para equacionar conflitos surgidos no seio das relações entre os indivíduos que compõem a organização social. Sem ela, tais conflitos seriam resolvidos pelos próprios envolvidos, o que poderia ensejar a prevalência da força, e não do critério normativamente previsto, minando a própria coesão necessária à manutenção do grupo³. Diante da inconveniência da autotutela privada, e do inevitável surgimento de impasses jurídicos e violações de direitos, criou-se a inafastabilidade e o monopólio da jurisdição enquanto função do Estado, superando-se o uso da “justiça com as próprias mãos” ou da Lei do Talião (olho por olho, dente por dente).⁴

Nessa linha, o Estado desponta como terceiro supostamente desinteressado no conflito social, exercendo esse poder-dever, via de regra, através do Poder Judiciário, dizendo o direito no caso concreto e em última instância, sob o signo da imparcialidade, regulando os direitos entre indivíduos e fazendo uso da

² WAAL, Frans de. *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 132.

³ ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 220.

⁴ “Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 21)

força, se necessário. Assume, assim, o compromisso de apreciar e dispensar a proteção devida a toda e qualquer “lesão ou ameaça a direito”, nos moldes atualmente previstos no art. 5.º, XXXV, do texto constitucional. Mas o exercício da jurisdição, para dar-se com efetividade, exige que as partes sejam conduzidas, como resultado da prestação da tutela jurisdicional, a uma situação mais semelhante possível àquela na qual estariam os indivíduos se não tivesse havido o descumprimento do direito posto⁵.

O fator tempo é um risco à efetividade dos direitos, porquanto a tutela jurisdicional não se faz de forma instantânea. Aliás, é mesmo ínsita à noção de processo – série encadeada de atos – a necessidade de passagem do tempo (entre um ato e outro, para que se possa cogitar de “série”), por ser, por exemplo, necessário ofertar às partes que serão afetadas pela decisão final a oportunidade de participar do processo no qual ela será tomada, interferindo em sua formação. Some-se a essa demora natural, e necessária, eventuais lapsos temporais desnecessários, mas eventualmente presentes, por decorrem de limitações materiais, ou pelas mais diversas causas, incluindo (mas não se limitando a) insuficiências humanas. Nesse ínterim, em alguns casos, a demora pode ocasionar a ineficácia da tutela jurisdicional. Dessa forma, com o propósito de impedir o perecimento do direito, surge a ideia das tutelas provisórias.⁶

Como já referido, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Embora não o enuncie diretamente, também nesse dispositivo reside o fundamento jurídico para a concessão de uma tutela provisória, quando se tem, nela, a garantia da efetividade da apreciação que não pode ser excluída do Judiciário. Estando o Estado como detentor do monopólio do exercício da tutela de direitos,

⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 11.

⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Poder Público e Litigiosidade*. 1.ed. São Paulo. Editora Foco.2021.

reconhece-se-lhe a capacidade de antecipar a concessão de provimento quando o transcurso de razoável lapso temporal, por mais eficientes que sejam os serviços judiciários, possa gerar algum perigo à utilidade do provimento a ser concedido ao final.

Consoante afirma Teori Zavascki, em tais

“...ocasiões, ou se promove desde logo medida para garantir a execução e para antecipar a tutela requerida, ou se terá frustrada a futura execução e o próprio direito que eventualmente vier a ser reconhecido. Ora, se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional. Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência”.⁷

Portanto, art. 5º, inc. XXXV, CF/88, assegura o acesso à justiça efetiva e tempestiva, sendo a tutela antecipada o instrumento capaz de garantir aos cidadãos o acesso à justiça. No entanto, a partir da necessidade da prestação da tutela antecipada eficaz, não só o inciso XXXV do art. 5º, mas também outros dispositivos consagradores de princípios constitucionais, corroboram para fundamentar o instituto da tutela. E, por igual, para balizar as situações deferimento, e de indeferimento. Daí a necessidade de se dar maior atenção à forma como se procede à sua conciliação.

⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2009.

2. PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS NA CONCESSÃO DE UMA TUTELA PROVISÓRIA

Há inúmeras definições para os princípios. Diz-se, em linhas gerais, que são alicerces nas quais se fundam determinado tema, contribuindo na formação e fundamento das normas, compondo a estrutura do ordenamento jurídico⁸. Celso Antônio Bandeira de Melo assim os define:

[...] “princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”⁹.

Nesse contexto, é importante lembrar que, na polêmica em torno da identificação de princípios, há autores que adotam critérios substantivos, ou materiais, ligados à importância ou à fundamentalidade da norma. Mesmo que sua estrutura consista na previsão de hipóteses e na prescrição de condutas a serem seguidas se e quando essas hipóteses ocorrerem. É o caso do assim chamado “princípio da anterioridade”. Há outros que preferem rotular com a palavra princípio apenas as normas que indicam a promoção de objetivos, fins e metas, ou um “estado ideal de coisas”, sem prescrever direta ou explicitamente os meios

⁸ “Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito”. De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807/808.

para tanto. Não se pretende entrar, aqui, nesse debate, mas apenas destacar que os princípios que subjazem à concessão de uma tutela provisória, quando entram em choque e demandam conciliação, são deste segundo tipo¹⁰, conformando-se no intuito de evitar o perecimento de direitos, mas, ao mesmo tempo, garantindo o mínimo de segurança. Cabe salientar que tais princípios não se dirigem apenas ao Legislativo, a impedir a supressão da apreciação pelo Poder Judiciário (no que inclusive têm a estrutura de regras), mas a todos que, direta ou indiretamente, atuem no sentido de esvaziar ou inviabilizar essa tutela.

O direito do acesso à justiça, também conhecido como “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, com efeito, está igualmente inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que pode ter entre seus desdobramentos a exigência de provimentos destinados à antecipação dos efeitos da decisão final, para proteger a prestação jurisdicional sem que o direito subjetivo a ser tutelado pereça.

Desta forma, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar a prestação jurisdicional, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito. A inafastabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a condução do processo destinado a viabilizar a prestação da jurisdição. Outro princípio que subjaz à concessão de uma tutela antecipada é o devido processo legal, positivado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, a dispor: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ao contrário do que se pode pensar, a tutela antecipada não fere o princípio em comento, apenas inverte os fatos do tempo, onde uma decisão é antecipada em face

¹⁰ Para um estudo comparado das várias doutrinas a respeito dos princípios jurídicos, e para uma crítica ao “sincretismo metodológico” eventualmente nelas verificado, confira-se SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 4.ed, São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*, e *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38 e ss.

de uma iminente lesão, postergando-se para momento posterior a prática de atos destinados a atender, em maior extensão, o aludido princípio, quando há motivos que o justificam.

No mesmo cenário, o artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 consagra o princípio da celeridade ou efetividade processual, definindo que “todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, a tutela antecipada contribui para combater a morosidade no intuito de que a falta de efetividade contribua para a deterioração do direito.

Por fim, e para que se possa aferir inclusive a pertinência da concessão da tutela, como forma de realizar os princípios anteriormente apontados, exsurge o princípio da motivação das decisões judiciais, insculpido no artigo 93, inciso IX da Carta Magna de 1988, nos seguintes termos:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Em outros termos, como qualquer outra decisão judicial, o ato de concessão de uma tutela provisória deve ser devidamente fundamentado, de maneira que o julgador que o profere justifique claramente os motivos que o levaram a antecipar a decisão.

Guarda relevo, nessa ordem de ideias, perquirir como tais princípios são realizados, por decisões concessivas – ou denegatórias – de tutelas provisórias, relativamente a questões relacionadas à saúde. Escolhem-se as demandas de saúde porque, mais do que em outras áreas, nestas, notadamente nas ligadas à saúde

pública e às políticas públicas destinadas a promovê-la, o choque entre os princípios envolvidos pode ser mais dramático. Além disso, há aspectos que transcendem os interesses e as questões discutidas em cada demanda, que o próprio modelo de processo individual, no qual elas são muitas vezes concedidas, talvez não seja inteiramente preparado para tratar.

3. A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação¹¹. Em seu art. 6.º, por sua vez, a Carta Magna reconhece a saúde como um direito social¹², reforçando sua natureza de direito fundamental.

No Brasil, uma parte da população não tem condições de arcar com os custos da saúde, sejam eles ligados a internações, medicamentos e tratamentos, buscando, por isso, o Poder Judiciário, com a finalidade de obter essa prestação assistencial. É o que aponta Letícia Elias¹³:

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

¹² Art.6º “A educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

¹³ ELIAS, Letícia Preve. *Judicialização da Saúde: A tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde*. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed>. Acesso em: 14 janeiro 2021.

O direito à saúde faz parte do mínimo existencial, o Estado de modo positivo, deve garantir as condições mínimas de saúde às pessoas, de modo a torná-lo efetivo. No entanto, essa prestação do atendimento à saúde não ocorre de forma voluntária pelo Estado, razão pela qual, as pessoas mais necessitadas precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de concretizar o direito à saúde, haja vista que o meio judicial acaba por ser a única alternativa para a satisfação desse direito.

A ausência de recursos públicos, a racionalização ou mesmo alocação dos gastos em outras demandas, são gatilhos para o aumento da judicialização no setor da saúde. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2019, as pesquisas apontam mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país. O número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016.¹⁴

Nessa linha, o debate sobre o aumento da judicialização é complexo. Por um lado, sabe-se que todo cidadão tem direito à saúde garantido na Constituição Federal, através do Sistema Único de Saúde - SUS. Por outro, o Poder Executivo critica a ação de juízes que, sem informações amplas, transparentes, objetivas, e desconhecedores do programa de orçamento de forma global, com as necessidades e os planejamentos do Estado, acabam por emitir provimentos judiciais que alteram destinação de valores ou na distribuição de outros recursos (como leitos hospitalares), que são escassos, para atendimentos em demandas individuais, aprofundando as desigualdades sociais e eventualmente privando terceiros – talvez mais merecedores – desses mesmos bens da vida.¹⁵

¹⁴ *Judicialização da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas de Solução*. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

¹⁵ *A despeito de os custos políticos de estabelecer quais vidas devem ser salvas sejam*

Conforme desabafo constante do sítio eletrônico da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais,

Alguns juristas acreditam que os tribunais estão criando um sistema público de saúde com duas portas de entrada: um para os cidadãos que podem recorrer e ter acesso a justiça, e conseqüentemente a qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outro para o resto da população, que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, as pessoas que acessam o SUS pela via administrativa acabam penalizadas e muitas vezes perdem o seu lugar na fila de espera para uma demanda judicial, podendo apresentar até maior complexidade/gravidade do quadro clínico de saúde.¹⁶

Como apontam os números, o crescimento da judicialização da saúde colaborou diretamente para o aumento da litigiosidade¹⁷, tornando, por consequência, o Poder Judiciário ainda mais moroso. Mas, em litígios dessa natureza, quando há o risco de perecimento do direito, é da própria vida do demandante que se pode estar cogitando, pelo que se faz mais visível a incompatibilidade com a espera. Daí ser comum que em tais demandas surjam pedidos de antecipação de tutela.

Mas não é por isso, por haver grave e incontestável risco

muito grandes, a discussão precisa ser realizada, pois a total ausência de critérios tem o potencial de trazer resultados muito mais desastrosos, que podem ferir a isonomia consagrada constitucionalmente e dar ensejo à discriminação e a privilégios injustificáveis, além de diminuir a eficácia dos recursos disponíveis. LIMA, George Marmelstein. MOROZOWSKI, Ana Carolina. *Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao-leitos-situacao-escassez>. Acessado em 7 de janeiro de 2021.

¹⁶ *Judicialização da Saúde*. Disponível em <https://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acessado em 9 de janeiro de 2021.

¹⁷ Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim. (PARANHOS, Vinicius Lucas. *Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado*. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.)

de dano irreversível, representado pela própria morte do demandante, que não se deve perquirir a respeito da presença dos requisitos autorizadores para a concessão de uma tutela provisória. Então, para comprovar a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, uma das premissas é que o pedido esteja devidamente instruído e fundamentado, encontrando, pelo menos em uma análise inicial, amparo na ordem jurídica posta. Ou, em outros termos, que o direito subjetivo da parte demandante, a ser assegurado pelo provimento final, exista, ou seja de existência plausível ou verossímil. Mas não só, deve-se demonstrar por igual que o indivíduo carece com urgência da efetividade do pedido.

Partindo de um modelo de ponderação, pela aplicação do princípio, ou postulado, da proporcionalidade, propõe-se um modelo sistemático que permita demonstrar em quais situações pode o direito à saúde prevalecer, mesmo encontrando inúmeros percalços procedimentais, especialmente quando o polo adverso da medida antecipatória é o Poder Público.

4. EFEITOS DO PROVIMENTO SOBRE TERCEIROS, DEVIDO PROCESSO LEGAL E IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.

Quando se concede uma tutela provisória, é importante que o magistrado afira se está presente, ou não, o risco de irreversibilidade, ou seja, o risco de o provimento, que deveria ser provisório – e só é válido deferi-lo antecipadamente por conta disso – tornar-se permanente, por sua irreversibilidade no plano dos fatos.

É importante lembrar que, de um lado, apenas quando do desfecho de um processo judicial, depois de às partes envolvidas se dar plena oportunidade de participação, produzir provas, recorrer etc., elas podem sofrer os efeitos de uma decisão que interfira em sua vida, liberdade ou quaisquer outros direitos

subjetivos. Trata-se de exigência do devido processo legal, anteriormente referido. Mas, diante de situações excepcionais, de risco de ineficácia desse provimento final, certas medidas podem ser adotadas, provisoriamente. A condição, portanto, para que se postergue para um segundo momento a prática de atos destinados a atender ao devido processo legal, é que, depois de realizados esses atos, caso se apure que a tutela provisória não deveria ter sido deferida, ela possa ser revogada, cassada ou reformada.

Explicitando essa ideia, o art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil proíbe a antecipação de tutela “quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. O problema surge, contudo, quando o juiz se depara com situações nas quais há irreversibilidade dos dois lados. Em outros termos, caso defira a tutela provisória, cria situação irreversível, mas, caso indefira, também. Em casos assim, deve comparar os direitos e valores em conflito para decidir pela solução que lhe parece mais justa. Aferir quem tem melhor “fumaça do bom direito”, ou seja, quem, no mérito, ainda que em uma análise preliminar, parece ter mais razão. E, quanto ao perigo da demora, qual dano seria mais difícil de ser reparado, o sofrido no caso de concessão, ou no caso de indeferimento do provimento provisório.

Assim explica Daniel Mitidiero¹⁸:

A técnica antecipatória, no entanto, pode dar azo à prolação de provimentos cujos efeitos não são reversíveis. Não há qualquer descaracterização da natureza do provimento antecipado em face da possibilidade de eficácia irreversível. Nada obsta, obviamente, à prolação de antecipação de tutela capaz de satisfazer desde logo o direito da parte, inclusive integralmente. A vedação à prolação de provimentos com efeitos irreversíveis nada tem a ver com a satisfatividade do provimento. São conceitos obviamente distintos. A vedação à irreversibilidade dos efeitos do provimento concerne apenas à impossibilidade de concessão da antecipação de tutela quando houver perigo de

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

inviabilização de retorno ao status quo ante.

No entanto, é possível estabelecer critérios para o deferimento da tutela provisória, tendo por base o princípio da proporcionalidade, posto que ao deferir ou indeferir um provimento dessa natureza, o juiz está a trabalhar com princípios constitucionais que eventualmente se antagonizam no processo, notadamente no que tange às relações entre esse e o tempo.¹⁹

A literatura processual geralmente cogita de dois requisitos que devem estar presentes, a saber, a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Mas o que se observa, na prática judicial, é que, a rigor, estando presente a fumaça do bom direito, mesmo que não haja o perigo da demora evidente, o juiz pode vir a deferir a tutela provisória, desde que não haja o risco de irreversibilidade. Assim como a tutela pode ser deferida mesmo diante da fumaça do bom direito não restar tão evidente, desde que tampouco haja clareza da falta de razão do autor, desde que presente esteja, com maior intensidade, o perigo da demora. Os requisitos, de algum modo, calibram-se mutuamente, sendo o menor peso de um, em cada caso, eventualmente compensado pelo maior peso do outro, sem que se possa cogitar de uma fórmula rígida e tarifada para a concessão do provimento urgente.

Caso se faça um comparativo entre tais requisitos, e os subprincípios em que se subdivide o princípio ou postulado da proporcionalidade, vê-se que uma decisão que antecipa uma tutela deve se orientar pela adequação (fumaça do bom direito), necessidade (perigo da demora) e proporcionalidade em sentido estrito (exame da possível irreversibilidade).²⁰ Tem-se, afinal, um meio (a tutela provisória), a ser utilizado na consecução de um fim (a efetividade da tutela jurisdicional), sendo o postulado da proporcionalidade a ferramenta por excelência para realizar esse controle da relação entre meios e fins.

¹⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 12 ed.-São Paulo. Atlas.2020, p.510.

²⁰ *Idem*

No entanto, nos litígios ligados à saúde, onde os demandantes se socorrem do Poder Público diante da falta de recursos próprios para custear um tratamento, medicamento ou mesmo atendimento médico adequado, em caso de improcedência do pedido, quando do julgamento final, dificilmente será possível reparar o dano causado ao Estado, caso este tenha tido de arcar com o tratamento em atenção a tutela provisória concedida no curso da ação. A irreversibilidade é praticamente certa. Mas, por outro lado, caso a decisão final aponte a procedência do pedido, a não concessão da tutela provisória terá causado à parte demandante no caso da litigância na saúde, a natureza de urgência na concessão dos pedidos faz parte da condição do bem da vida. Raras são estas ações que não tem arraigado no seu bojo o perigo da demora e o risco da irreversibilidade.

No entanto, ao mesmo tempo em que a judicialização, através do acesso à justiça, efetiva direitos sociais, ela também interfere no planejamento orçamentário do Estado, voltado à efetivação desses mesmos direitos ao restante da população. O magistrado deve, portanto, estar atento à escassez de recursos e aos impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado quanto poderá prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes para terceiros.²¹ Em outras palavras, além de aferir se quem pede o provimento aparentemente possui o direito que afirma, e sofrerá dano se isso não lhe for reconhecido, é preciso levar em conta que o provimento poderá afetar terceiros, que também precisam dos serviços do Estado, e que não terão acesso a eles porque os recursos a tanto necessários serão utilizados em prol dos que submeteram a questão ao Poder Judiciário. É o caso de quando o juiz determina que se interne alguém em um leito

²¹ LIMA, George Marmelstein, EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará

de UTI, sendo que estes são escassos, levando o médico do serviço público a internar aquele que o juiz determinou, em detrimento de outra pessoa, que pode estar em situação mais grave e assim pode terminar morrendo. O médico, se por critérios técnicos pudesse escolher, talvez optasse por internar na UTI o paciente mais grave, mas como tinha de cumprir a ordem judicial, interna o outro, menos grave, e o primeiro vem a falecer. Esse primeiro paciente não participou do processo que culminou com a internação daquele que lhe privou do leito, e a sua morte por certo não entrou na conta da ponderação feita pelo magistrado.

Portanto, ao decidir conceder uma tutela provisória, em questões ligadas à saúde pública, ou a outras áreas em que o Estado atua atendendo as necessidades da população, que são imensas, com o uso de recursos que são escassos, é preciso atenção a esse aspecto, que é adicional aos requisitos normalmente apontados pela literatura do direito processual, e que foram sintetizados na parte inicial deste artigo. Não se trata apenas de contrastar aparência de direito de autor e réu, ou risco de irreversibilidade, mas a interferência sobre o atendimento da mesma necessidade em relação a terceiros que não demandaram o Judiciário. Em outros termos, ao efetivar um direito fundamental que implique interferência na distribuição desses recursos escassos, pode se estar colaborando para a não implementação de direitos de terceiros, que talvez deles necessitassem ainda mais, contribuindo-se assim para um aumento das desigualdades.

Os critérios normalmente usados para dosar a concessão de tutelas provisórias, em situações assim, precisam ser acrescentados destas outras considerações, as quais, por sua vez, não podem ser apenas lançadas de forma vaga pelo gestor público, na defesa apresentada em tais processos, ou pelo julgador, ao denegar uma tutela. É importante demonstrar tais riscos, e as limitações inerentes à chamada reserva do possível, de sorte a fundamentar a oposição à concessão da tutela provisória, ou a sua denegação, se for o caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo refletir sobre os elementos que fundamentam a tutela provisória, desde sua previsão, critérios, aplicação e críticas na aplicação de tal instituto processual, diante, principalmente dos litígios ligados à saúde.

A judicialização colocou nas mãos do Poder Judiciário o problema de solucionar falhas da atuação do poder público, gerando uma crescente de litígios. Nesta conjuntura, a tutela provisória é instrumento essencial de atuação. No entanto, o perigo da irreversibilidade da decisão, e de se causar desequilíbrio na distribuição de recursos que são escassos, prejudicando terceiros, não demandantes, que talvez necessitem ainda mais das prestações estatais em referência, são fatores que devem ser levados em consideração quando da deliberação em torno da concessão de medidas dessa ordem. O Poder Judiciário deve fazer uso, através do princípio da proporcionalidade, de forma motivada, de critérios para que se conceda uma tutela provisória realmente necessária e eficaz, com a mínima interferência possível na programação do Estado na concretização de outras políticas públicas ou no atendimento de iguais necessidades por parte das demais parcelas da população.



REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 4.ed, São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro:

- Forense, 2001, p. 639.
- DIDIER JR, Fredie. *Direito À Inafastabilidade do Poder Judiciário*. Disponível em https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2004/docente/doc02.doc. Acessado em 12 de janeiro de 2021.
- ELIAS, Leticia Preve. *Judicialização da Saúde: A tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde*. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed>. Acesso em: 14 janeiro 2021.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HOFSTADTER, Douglas; EMMANUEL, Sander. *Surfaces and essences. Analogy as the fuel and fire of thinking*. New York: Basic Books, 2013.
- Judicialização da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas, Causas e Propostas de Solução*. Disponível em <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acessado em 9 de janeiro de 2021.
- Judicialização da Saúde*. Disponível em <https://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acessado em 9 de janeiro de 2021.
- LIMA, George Marmelstein, *EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS*. 2005. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará
- LIMA, George Marmelstein. MOROZOWSKI, Ana Carolina.

- Que Vidas Salvar? Escassez de Leitos de UTI, Critérios Objetivos de Triagem e a Pandemia do COVID-19.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/criterios-alocacao-leitos-situacao-escassez>. Acessado em 7 de janeiro de 2021.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo tributário*. 12 ed.-São Paulo. Atlas.2020, ._____. *Poder Público e Litigiosidade*. 1.ed. São Paulo. Editora Foco.2021.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 14. ed. ref. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de Tutela*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- PARANHOS, Vinícius Lucas. *Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado*. V.2. N.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 639.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.º 1, janeiro/junho 2003, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- WAAL, Frans de. *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2009.