



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Tutela Antecipada como Medida Efetivadora do Direito à Saúde.

Luanda Maia Portugal

Rio de Janeiro
2012

LUANDA MAIA PORTUGAL

A Tutela Antecipada como Medida Efetivadora do Direito à Saúde.

Artigo Científico apresentado como exigência
para obtenção do título de Pós-Graduação *Latu
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro, como.

Orientadores:

Monica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

A TUTELA ANTECIPADA COMO MEDIDA EFETIVADORA DO DIREITO À SAÚDE.

Luanda Maia Portugal

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: O direito à saúde foi alçado a direito fundamental pela Constituição da República em 1988, mas vem sendo constantemente negligenciado pelos governantes. Assim, o Poder Judiciário desempenha importante papel ao tentar conferir efetividade a esse direito social, normalmente através de decisões que concedem antecipação de tutela. O presente artigo visa a demonstrar o quanto o ativismo judicial se tornou importante para a sociedade, sobretudo em relação ao fornecimento de medicamentos imprescindíveis à vida com dignidade.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Medicamentos. Tutela Antecipada. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução 1. Direito à Saúde e os Direitos Sociais. 2. Ativismo Judicial e Reserva do Possível. 3. Tutela Antecipada como Meio de Combate à Demora do Processo. 4. Efetividade da Tutela Antecipada. 4.1. *Astreintes*. 4.2. Bloqueio de Valores de Verbas Públicas. 4.3. Prisão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática da tutela antecipada como medida capaz e efetivar o direito fundamental à saúde. A morosidade do Judiciário há muito vem sendo criticada por toda a sociedade. Atendendo aos anseios sociais, a Lei 8952 trouxe, em 1994, a possibilidade de o juiz antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida pelo autor da ação, desde que verificados dois requisitos, quais sejam: a) verossimilhança das alegações e b) receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou se ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório do réu, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Quando a tutela pretendida pelo autor da ação é a obtenção de um medicamento que vai salvar sua vida, aliviar sua dor, ou até mesmo melhorar sua qualidade de vida, imperiosa é a atividade judicial rápida e eficaz para a satisfação do direito.

Recentemente, o caso do rapaz Rafael Fávoro chamou a atenção da sociedade ao receber do SUS um tratamento considerado de primeiro mundo. Segundo reportagem publicada na Revista *Época*¹, em 19 de março de 2012, Rafael sofre de HPN, uma anemia crônica causada pela decomposição excessivamente rápida de glóbulos vermelhos. A solução seria o transplante de medula que cura metade das pessoas que têm o HPN ou o tratamento com o medicamento Soliris que não cura, mas reduz a destruição dos glóbulos vermelhos e os sintomas da doença, melhorando sobremaneira a qualidade de vida ao custo de cerca de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) ao ano. Rafael Fávoro conseguiu nos tribunais o direito de receber o tratamento.

Quando o jurisdicionado se vê diante da negativa do Poder Executivo em fornecer a medicação ou o tratamento adequado, somente resta a ele buscar no Poder Judiciário a intervenção necessária à sua sobrevivência. E o Poder Judiciário realmente confere efetividade às normas constitucionais.

1. O DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição do país reflete os valores de sua sociedade de acordo com o seu grau de evolução. No Brasil, a Carta Magna reflete o Estado Social Democrático de Direito e traz em seu capítulo que trata dos direitos fundamentais aqueles integrantes das 3 gerações.

São chamados direitos fundamentais de primeira geração aqueles inerentes aos direitos naturais. São eles o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à sobrevivência. Segundo Pedro Lenza, alguns documentos históricos marcam o período em que surgiram esses direitos, como a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”, *Habeas*

¹ SEGATTO, Cristiane. Caso Extraordinário: o paciente que recebe um tratamento de R\$ 800 mil do SUS. *Época*, São Paulo, n. 722, p. 52-58, mar. 2012.

Corpus Act (1679), *Bill of Rights* (1688)². São direitos que traduzem a ideia de liberdade.

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos políticos e têm início com a Revolução Francesa. O documento mais marcante dessa geração é a Declaração dos Direitos do Homem, em 26 de agosto de 1789. Nessa época, o individualismo era um valor importante e buscava-se limitar o poder do Estado, razão pela qual se buscou garantir a liberdade, pensamento esse refletido no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República, que diz que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal. Os ideais de segunda geração se traduzem em uma palavra: igualdade.

É decorrente da segunda geração o fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio que orienta todo o ordenamento, a dignidade da pessoa humana, que está prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição da República.

A terceira geração de direitos fundamentais é a geração dos direitos sociais. É o ponto de amadurecimento dos valores. Teve como ponto de partida as degradantes situações de trabalho impulsionadas pela Revolução Industrial. O direito social evolui do individualismo, passa pelo homem integrado a um grupo (família, religião) até chegar ao homem dentro da comunidade internacional. São direitos sociais o direito à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, entre outros. A palavra representativa dessa geração é a fraternidade.

Alguns autores falam dos direitos de quarta geração, como sendo o direito que envolve a proteção ao meio ambiente e aos consumidores. Haveria, ainda, os direitos de quinta geração, dos quais fazem parte a engenharia genética e as pesquisas biológicas.

Foi sob os ideais da terceira geração que a Constituição da República do Brasil foi elaborada, refletindo o pensamento da nossa nação.

Novas gerações de direitos fundamentais vieram e estão por vir, mas para análise do direito à saúde bastam as três gerações iniciais.

² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 670

Os direitos e garantias fundamentais possuem diferenças substanciais. Os direitos são disposições prescritas na norma constitucional e denotam exigência legal. As garantias são instrumentos utilizados para assegurar o direito de forma preventiva ou reparadora. A proteção à saúde é um direito fundamental que está previsto no artigo 196 da Carta Magna e é direcionado a todas as pessoas.

A Constituição tratou de forma inédita o direito à saúde. Isso porque, segundo José Afonso da Silva, “o Direito Constitucional anterior dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha o sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem.”³.

O direito à saúde abrange não só o direito à vida, mas também o direito de ter tratamento adequado à doença e ao estágio de evolução dela, sob pena de não ser efetivado nos moldes preconizados pela Constituição Federal.

Canotilho e Vidal Moreira anotam que o direito à saúde comporta duas vertentes: “uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais, visando à prevenção das doenças e o tratamento delas.”⁴ Assim é que o não cumprimento da primeira vertente importa em cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão e da segunda vertente em mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, já se manifestou sobre o tema no sentido de que “o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.”⁵

E ainda

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 308

⁴ *Ibid*, p. 309

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. AI 734.487. Publicado em 20/8/2010

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.⁶

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reflete a efetivação das normas constitucionais, que saem da política para serem aplicadas diretamente pelos Tribunais dos Estados.

Luis Roberto Barroso⁷ expõe em seu artigo, a doutrina da efetividade, que tem por essência “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente na extensão máxima de sua densidade normativa”. Essas normas constitucionais possuem a característica da imperatividade, uma vez que são normas jurídicas. O descumprimento dessas normas dá ao titular do direito ofendido a possibilidade de propor demanda reparatória em razão de uma ação ou omissão.

Válida é a citação de Giovanni Ettore Nanni⁸, adequada ao tema.

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser baldados, pois constituem as vigas mestras da convivência entre os seres humanos. Impõe-se assim que a tutela do órgão judiciário seja eficaz, ágil e responsável, demandando esforço imensurável, a fim de que a justiça, derradeiro anelo de qualquer cidadão, seja concedida satisfatoriamente, desmentindo-se os incrédulos que afirmam: “Triste aquele que um dia acreditou na justiça”.

2. ATIVISMO JUDICIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Durante muito tempo, em decorrência da doutrina do positivismo, os juízes limitavam-se a aplicar ao caso concreto a lei que lhe era pertinente. Com o pós-positivismo e

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. RE 607.381. Publicado em 31/5/2011.

⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p. 5. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/e/artigos/artigos.htm>>. Acesso em 5 abr. 2013

⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 339

com a evolução do direito ao conferir normatividade aos princípios insculpidos, o judiciário passou a ser mais atuante, diante da interpretação dos princípios e cláusulas abertas.

Há muitas críticas em relação à forte atuação do Judiciário, no sentido de interferência nas funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo ao argumento de violação ao princípio da Separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Magna Carta Constitucional. No entanto, é indispensável que haja harmonização entre os poderes, visando ao bom desempenho de suas funções, revelando-se, portanto, necessário o controle recíproco entre eles.

Luis Flávio Gomes⁹ ressalta a diferença entre ativismo judicial e judicialização do direito. A judicialização é o acesso ao judiciário, permitido a todos. Já o ativismo judicial seria uma forma de intromissão indevida do judiciário em outra esfera de poder.

O ativismo judicial nasce da necessidade premente da população em ter efetivados seus direitos sociais. O Poder Judiciário é aquele que tem maior contato e que está mais sensível aos anseios populares. A mãe que não consegue matricular seu filho na creche por falta de vaga, funcionários públicos insatisfeitos sem direito à greve regulamentado, e o cidadão que não pode pagar por remédios necessários a sua sobrevivência ou que alivie o desconforto de uma doença terminal, são exemplos da atuação do Poder Judiciário que visa à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial da Constituição.

No Brasil, o ativismo judicial ganhou força por dois motivos. O primeiro é a imensa demora do Poder Legislativo para a elaboração de leis visando a regulamentar os direitos sociais. O Congresso sempre tem como justificativa política a enorme quantidade de medidas provisórias a serem apreciadas. O segundo motivo é que após a redemocratização, com a

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em 10 set. 2012.

vinda da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem ganhando composição cada vez mais tendente a consubstanciar direitos e garantias fundamentais, conferindo efetividade às normas constitucionais, o que robustece as decisões dos juízes de primeiro grau que proferem decisões classificadas como de ativismo judicial.

A judicialização do direito envolve os 3 poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo. O grande ponto de tensão é a interferência do Judiciário naquilo que diz respeito à competência dos demais poderes, intervindo na discricionariedade e na opção por políticas públicas, levando à quebra do princípio da tripartição de poderes, garantido constitucionalmente no artigo 2º da Carta Magna.

Segundo Luis Roberto Barroso¹⁰, “o mínimo existencial corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.

Assim, o mínimo existencial é aquele capaz de garantir o núcleo essencial de cada direito fundamental, podendo ser exigido mediante ação judicial e, conseqüentemente, concedido por tutela antecipada.

A reserva do possível é a teoria que determina que a efetivação dos direitos sociais deve estar subordinada a dependência de recursos econômicos, uma vez que dependem da atuação positiva estatal. A crítica que se faz é no sentido de que se esses direitos fundamentais forem condicionados aos recursos econômicos estatais, restará mitigada sua universalidade, bem como será ineficaz a sua implementação.

Normalmente, a justificativa do poder público para não executar esses direitos é a ausência de recursos. No entanto, essa justificativa não prevalece e nem poderia, pois é necessário privilegiar direitos que garantam a dignidade da pessoa humana em detrimento de

¹⁰ BARROSO, op. cit., p. 10

outros referentes às políticas públicas eleitas.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 278¹¹, ressaltou que o Poder Público realiza escolhas na adoção de critérios para distribuição de seus recursos, que devem seguir critérios de justiça distributiva. Afirmou ainda que a prestação jurisdicional deve levar em conta as necessidades de cada cidadão.

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

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.

Assim, após audiência pública realizada em 5 de março de 2009, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, concluiu que era necessário redimensionar a judicialização do direito a saúde e estabeleceu o seguinte:

a) Havendo política estatal abrangendo o pedido da parte, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

b) Não havendo política estatal, deve-se analisar se a ausência é em decorrência de omissão legislativa ou de decisão administrativa.

c) É necessário o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. STA 178. Publicado em 29/4/2010

Sanitária, bem como exame judicial acerca das razões pelas quais o SUS não fornece o medicamento.

d) Deve ser privilegiado tratamento do SUS em prejuízo da opção do paciente. No entanto, em razão de condições pessoais, pode ser deferida medida diversa, desde que demonstrado que o tratamento oferecido pelo SUS não é eficaz ao seu caso.

Luís Roberto Barroso¹² enfatiza que até 1994 era muito comum o Poder Judiciário negar a concessão de medida liminar, alegando o alto custo do medicamento para a administração pública e a ofensa ao princípio da tripartição de poderes. Atualmente, no entanto, não é o que ocorre e, segundo o professor, “tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão.”

Em que pese seu notório saber jurídico, essa não é a posição prevalente no ordenamento jurídico brasileiro e vai contra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175¹³.

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento

Da análise do julgamento depreende-se que restou pacificada a questão da competência para o fornecimento de medicamentos, sendo, portanto, solidária a responsabilidade dos entes da Federação: União, Estados e Municípios. Percebe-se, ainda, a necessidade de a Administração Pública comprovar a lesão à ordem, à economia, à saúde e à

¹² BARROSO, op. cit., p. 25

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. STA 175. Publicado em 29/4/2010

segurança públicas, de modo a justificar o não fornecimento da prestação pleiteada.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ressalta a importância da eficiência administrativa, princípio previsto no artigo 37 da Constituição Federal, que “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional¹⁴”.

O princípio da eficiência determina a boa administração dos recursos e é responsabilidade da administração pública geri-los de modo a atender às necessidades e expectativas da sociedade, evitando o desperdício.

3. TUTELA ANTECIPADA COMO MEIO DE COMBATE À DEMORA DO PROCESSO

O Código de Processo Civil consagrou em seus artigos 273 e 461 a necessidade de antecipação do direito, sendo a tutela concedida nessa forma, de cunho satisfativo. A sociedade não mais suportava a demora do Judiciário, razão pela qual o instituto passou a ser amplamente utilizado.

3.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Luiz Guilherme Marinoni¹⁵, citando Nicolo Trocker, afirma que “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder .”

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 102

¹⁵ TROCKER, Nicolo, *Processo civile e costituzione*, p. 276-277 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23

Há muito o problema da justiça civil é a grande morosidade no trâmite processual. O instituto da antecipação da tutela visa a conferir efetividade às decisões judiciais. Pior que uma má decisão é a omissão, é proferir uma decisão tarde demais.

O espírito do legislador ao criar o instituto foi no sentido de tornar o processo apto a servir à sociedade, dando-lhe efetividade¹⁶.

A tutela antecipada surgiu, portanto, como uma resposta a inefetividade e ao ônus do tempo do procedimento ordinário, buscando conferir eficácia imediata às decisões judiciais.

A tutela antecipada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a lei 8.952/94, momento em que foi dada redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. A lei consolidou o que já era prática na vida forense, a utilização da tutela cautelar com fim satisfativo.

O instituto da tutela antecipada possui grande importância nas ações em que o pedido é fornecimento de medicamentos. No caso desta demanda o que se busca é que o Poder Judiciário satisfaça um direito fundamental, constante do artigo 196 da Constituição da República, fornecendo determinado medicamento de forma gratuita, ininterrupta e contínua.

Além disso, essa decisão deve ser dotada de grande poder de efetividade, pois pequeno período de tempo sem o medicamento pode significar dores lancinantes ou mesmo a morte de um indivíduo.

3.2 COGNIÇÃO NA TUTELA ANTECIPADA

No caso da tutela antecipada é possível conferir tratamento diferenciado a direitos evidentes e direitos que correm risco de lesão, conforme dispõe artigo 273, caput do Código de Processo Civil:

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24

Art. 273, CPC. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Presentes os requisitos da antecipação de tutela, pode ser esta concedida total ou parcialmente. A tutela antecipada produz o efeito que a sentença, ao final, produziria, mas é dotada de reversibilidade, precariedade, justamente pelo fato de ser uma decisão proferida como forma de cognição sumária. A sentença é uma decisão derivada de cognição exauriente, ou seja, o juiz teve acesso a várias provas nos autos, todas realizadas sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Já no caso da tutela antecipada há o risco necessário para a verdadeira e efetiva prestação jurisdicional.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁷, “o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não só a ação que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o que julga mal.”

No caso das ações cujo pedido é o fornecimento de medicamento, a natureza do pedido é condenatório e a antecipação dos efeitos da tutela é a antecipação do efeito executivo da sentença de condenação. A sentença é tão-somente o instrumento técnico que presta a tutela e o pedido de medicamento deve ser deferido com fulcro no artigo 461-A do Código de Processo Civil.

3.3 TUTELA ANTECIPADA X TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar tem por objetivo assegurar a efetividade da tutela satisfativa do

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 204

direito material. A tutela antecipatória é satisfativa do direito material, é tutela final, antecipada com base em cognição sumária. A tutela antecipatória dá ao autor o *bem da vida*.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, a provisoriedade é o único elemento que confunde a tutela antecipada com a tutela cautelar. No entanto, tal elemento somente tem o condão de caracterizar a decisão que concede a tutela e não a tutela em si.

A decisão que concede a tutela antecipada ou a tutela cautelar é provisória. Ao final será a decisão confirmada por sentença, seja com o objetivo de assegurar direito (cautelar), seja para satisfazer direito (tutela antecipada).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema no julgamento do Recurso Especial 282.727/MS¹⁹. No caso, foi demonstrado que a diferença entre a tutela cautela e a antecipação da tutela reside até mesmo em seus escopos, uma vez que o primeiro se presta a assegurar uma verdade, daí o requisito da verossilhança das alegações, enquanto o segundo destina-se a evitar o perecimento do processo de conhecimento e de execução.

REsp 282727 / MS - Ministro GILSON DIPP (1111) PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ART. 273 DO CPC - CONCESSÃO - PRESSUPOSTOS - DISTINÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR - PROCEDIMENTO COGNITIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CORREÇÃO MONETÁRIA - 47,94%. I - O procedimento da antecipação de tutela está inserido no processo de conhecimento (art. 273, CPC), distinguindo-se totalmente dos pressupostos cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), exatamente por ambos defenderem escopos distintos. O primeiro visa a assegurar uma verdade jurídica, enquanto o segundo serve, exclusivamente, para evitar o perecimento dos processos de cognição ou execução. II - Neste diapasão, a decisão atinente à antecipação de tutela necessita, obrigatoriamente, da verificação dos pressupostos insertos no art. 273-CPC, quais sejam: a verossilhança argüida na exordial; abuso no direito de defesa ou manifesto propósito procrastinatório; análise de eventual dano de difícil reparação, ou quiçá irreparável; sem falar na "prova inequívoca". Daí, versando o especial, unicamente, quanto ao direito postulado, ou seja, não ensejando o reexame de matéria fático-probatória, resta afastada a incidência da Súmula 7-STJ. Desta forma, compete a este Tribunal aferir, tão somente, os pressupostos delineados no art. 273 do Cãnon Processual Civil. III - Restando evidenciado o não preenchimento dos requisitos retro mencionados (art. 273-CPC), impõe-se a cassação do v. acórdão a quo, bem como da r. decisão concessiva da antecipação da tutela (47,94%). Precedentes: (REsp. 131.853-SC e REsp. 229.763-SP). IV - Recurso especial conhecido, nos moldes assinalados no voto, e provido por ambas as alíneas.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. RESP 282.727. Publicado em 19/2/2001

Outro momento em que ocorre confusão entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória é em relação ao disposto no parágrafo 7º do artigo 273 que dispõe que “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Esse dispositivo traz ideia de fungibilidade. Tutela de urgência é gênero, sendo espécies tutela antecipatória e tutela cautelar. Prevendo a possibilidade de confusão entre tutela cautelar e tutela antecipatória, é possível a concessão de tutela urgente em processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, se antecipatória ou cautelar.

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o tema adotou o posicionamento acima mencionado, conforme se depreende da leitura da ementa a seguir colacionada²⁰.

REsp 1087170 / GO - Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)
 COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. LIQUIDAÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE. LIMITES. PROCEDIMENTO JUDICIAL CABÍVEL PARA COBRANÇA. TUTELA CAUTELAR. PEDIDO FORMULADO NO ÂMBITO DO PROCESSO PRINCIPAL. POSSIBILIDADE.
 1. O art. 4º-A da Lei nº 8.929/94 autoriza expressamente a liquidação financeira das Cédulas de Produto Rural, desde que preenchidos os requisitos previstos nos incisos I, II e III do referido dispositivo legal.
 2. O § 2º do artigo 4º-A da Lei nº 8.929/94 autoriza o uso da via executiva para cobrança da CPR, porém não veda a utilização de outras medidas legais postas à disposição do credor, como a ação de cobrança.
 3. O § 7º do art. 273 do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/02, reestruturou a sistemática de concessão das tutelas provisórias de urgência, autorizando que seja incidentalmente concedida tutela cautelar no âmbito do processo principal.
 4. Recurso especial não provido.

3.4 O DIREITO À TUTELA ANTECIPATÓRIA

Ao vedar a autotutela ao jurisdicionado, o Estado tomou para si a função de dirimir os problemas advindos da sociedade. Dessa forma, está obrigado não só a prestar a tutela

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andriahi. RESP 1.087.170. Publicado em 25/10/2011

jurisdicional, mas a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses²¹. O jurisdicionado tem direito, portanto, a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.

O direito a adequada tutela jurisdicional está previsto no artigo 5º, XXXV da CRFB que consagra o princípio da inafastabilidade ou da proteção judiciária.

Art. 5º, XXXV, CRFB - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o dispositivo mencionado “garante o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o qual obriga o Estado a instituir técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos.²²”

Assim, o cidadão tem direito a concessão de tutela antecipada quando comprovados os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, sobretudo quando a ação versar sobre fornecimento de medicamentos, caso em que será possível até mesmo pedido de medida cautelar, conforme parágrafo 7º do referido dispositivo, atendendo ao princípio da fungibilidade.

4 MEDIDAS EFETIVADORAS DA TUTELA ANTECIPADA

Em que pese a tutela antecipada ter sido consagrada não só pelo Código de Processo Civil, mas também pela sociedade, foi necessária a evolução do direito em relação à efetivação da tutela concedida, sob pena de a decisão do juiz tornar-se inócua. Assim, surgiram três importantes medidas adotadas pelo Judiciário.

4.1 CUMULAÇÃO DE *ASTREINTES*

²¹ MARINONI, op. cit., 2011, p. 132

²² MARINONI, op. cit., 2011, p. 134

A cumulação de *astreinte* é, em princípio, a primeira medida a ser tomada para o fornecimento do medicamento pleiteado a título de tutela antecipada. É uma medida eficaz, desde que o valor cominado seja apto a compelir o agente a fornecê-lo.

Entretanto, há divergência no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que se houver morte do autor não há que se falar em execução da *astreinte* cominada. A conclusão que se extrai deste posicionamento é no sentido de que a cominação de multa diária não surte o efeito pretendido, já que para a administração é melhor, financeiramente, o falecimento do autor, conforme se denota da leitura das ementas dos julgados abaixo colacionadas.

0004184-10.2010.8.19.0045 – APELACAO
DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 07/02/2012 - NONA
CAMARA CIVEL
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO. PEDIDO DE
MEDICAMENTOS EM FACE DO MUNICÍPIO DE RESENDE. ÓBITO DO
AUTOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.
PRETENSÃO DO ESPÓLIO DE RECEBER VALOR RELATIVO A *ASTREINTES*
E QUANTIA GASTA COM MEDICAMENTOS DO DE CUJUS.
DESCABIMENTO. A MULTA ESTIPULADA POR MEIO DA ANTECIPAÇÃO
DA TUTELA VISAVA A COMPELIR O MUNICÍPIO AO FORNECIMENTO
DOS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À BOA SOBREVIVÊNCIA DO
AUTOR. COM O FALECIMENTO DESTES, TANTO A OBRIGAÇÃO
PRINCIPAL, DE CUNHO PERSONALÍSSIMO, QUANTO A PRESTAÇÃO
ACESSÓRIA PERDERAM O OBJETO. RECURSO DESPROVIDO.²³

No julgamento, entendeu-se que o valor relativo à multa diária é de cunho personalíssimo, uma vez que tinha por finalidade compelir o Município a fornecer o medicamento. Assim, com o falecimento do autor, não seria possível a substituição processual, pois a parte que a postula não integrou a lide.

0074847-05.2010.8.19.0038 – APELACAO
DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 30/11/2011 - TERCEIRA
CAMARA CIVEL
PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. PEDIDO DE INTERNAÇÃO COM
CARÁTER DE URGÊNCIA E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.
DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA COM APLICAÇÃO DE MULTA
EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. AUTOR QUE INFORMOU O
DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO NA OCASIÃO DA AUDIÊNCIA DE
CONCILIAÇÃO. FALECIMENTO DO AUTOR. PEDIDO DE HABILITAÇÃO

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Apelação Cível 0004184-10.2010.8.19.0045. Publicado em 14/2/2012

DOS HERDEIROS PARA PROSSEGUERIREM NO FEITO NO TOCANTE A PARTE PATRIMONIAL DA DEMANDA. SENTENÇA INDEFERINDO O PEDIDO DE HABILITAÇÃO E JULGANDO EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PELA PERDA DO OBJETO. APELAÇÃO DOS HERDEIROS. O INTERESSE DOS RECORRENTES NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO NÃO ESTÁ RELACIONADO COM A COMPRA DE MEDICAMENTOS OU EM UM SUPOSTO REEMBOLSO, MAS SIM EM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DAS *ASTREINTES*, PELO DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA TUTELA ANTECIPADA. ERROR IN PROCEDENDO DO JUÍZO DE 1º GRAU AO EXTINGUIR O PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DIANTE DA INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO E DOS REQUISITOS DO ART. 515, § 3º, CPC, QUE SE ENCONTRAM PRESENTES, JULGA-SE O MÉRITO. VERIFICA-SE A INCIDÊNCIA DAS *ASTREINTES* POR CERTO LAPSO TEMPORAL, OU SEJA, DESDE A DATA DA INTIMAÇÃO DO RÉU ATÉ O FALECIMENTO DO DEMANDANTE. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PARA R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) DE ACORDO COM O ART. 461, § 6º, DO CPC. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO.²⁴

Nesse julgamento, entendeu-se ser o crédito decorrente do descumprimento da tutela antecipada, parte disponível. Portanto, o julgamento do mérito foi no sentido de ser possível a habilitação dos herdeiros para executar o crédito. Isso porque, conforme bem salientou o relator, no momento de ser proferida a sentença só resta ao juiz duas hipóteses: confirmar a decisão concedida a título de tutela antecipada ou rejeitá-la. Não é possível a extinção do processo em razão do falecimento do autor ao fundamento de perda do objeto.

Assim é que para a proteção de bens jurídicos tão importantes, como vida e saúde, não pode o autor permanecer diante da insegurança jurídica de receber ou não o medicamento. Isso porque, dependendo do valor do remédio, é mais vantajoso para o ente federativo simplesmente descumprir a decisão que concedeu a tutela antecipada, a fim de obter provimento jurisdicional favorável após a morte do autor.

4.2 PRISÃO

A prisão pode ser requerida ao juízo na hipótese de o réu, intimado para cumprir a

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Fernando de Carvalho. Apelação Cível 0074847-05.2010.8.19.0038. Publicado em 26/4/2012

decisão que concedeu a tutela antecipada, ignora e não fornece o medicamento pretendido sem qualquer justificativa. É caso de descumprimento de ordem judicial, a que o código penal caracteriza como crime de prevaricação. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apresenta entendimentos divergentes acerca do tema no sentido de: 1) não ser possível a determinação dessa medida, 2) se possível a medida só pode ser determinada pelo juiz com jurisdição criminal e, ainda, 3) ser possível a medida.

0004444-62.2009.8.19.0000 (2009.002.03218) - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 13/01/2010 - SETIMA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, SOB PENA DE CONDUÇÃO DA AUTORIDADE COATORA - ORDEM DE PRISÃO. A ordem de prisão não é mecanismo para coagir agente público a cumprir decisão judicial. O não atendimento a decisão judicial pode trazer a incidência da regra do parágrafo único, do art. 14, do CPC, bem como a extração de peças para apuração de eventual ilícito criminal. Provimento do recurso para que se exclua da decisão recorrida a advertência de ordem de condução e de prisão.²⁵

No julgamento acima colacionado, entendeu-se não ser ordem de prisão mecanismo adequado para a obtenção do medicamento, que é o fim útil do processo. Frisou o relator a necessidade de extração de peças para o Ministério Público com o fito de apurar eventual responsabilidade criminal. Isso porque não compete ao juízo cível a decretação de prisão para essa finalidade, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

0037300-50.2007.8.19.0000 (2007.002.16924) - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 23/10/2007 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, SOB PENA DE CONDUÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. ORDEM DE PRISÃO. Inconformismo do Estado no cumprimento de decisões judiciais. Várias são as condenações, sendo muito difícil ao julgador dar-lhes efetividade ante a resistência dos entes públicos que, após serem intimados, para a entrega dos medicamentos, não cumprem o que foi determinado judicialmente. Não obstante tal ocorrência, a ordem de prisão não encontra apoio legal, porque as únicas previsões legais para a prisão civil são a da hipótese débito de verba alimentar e a do depositário infiel, não sendo ela possível em caso de desobediência, que é crime previsto no artigo 330 do Código Penal e cuja competência para decretar a prisão não é do juízo cível. Por outro lado, a mera condução até a Delegacia para autuação, com imediata liberação, já que a prisão não seria legal, é medida inócua que não se mostra hábil à obtenção do resultado prático equivalente, como quer o parágrafo 5º. do artigo 461 do CPC. Além do mais, a condução é instituto de ordem processual e, no âmbito civil deve se

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Ricardo Couto. Agravo de Instrumento 0004444-62.2009.8.19.0000. Publicado em 9/11/2007

restringir à hipótese do artigo 412 do CPC. Dá-se provimento ao recurso para que se exclua da decisão recorrida a advertência de ordem de condução ou de prisão.²⁶

Nesse caso, a relatora entendeu ser a ordem de prisão ilegal, uma vez que os casos de prisão civil são taxativos, sendo, portanto, incompetente o juízo cível para determinar tal medida.

0015044-79.2008.8.19.0000 (2008.002.05888) - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 17/04/2008 - VIGESIMA CAMARA CIVEL
AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. DECISÃO QUE DETERMINOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA QUE O MUNICÍPIO FORNEÇA À AGRAVADA OS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU TRATAMENTO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NA FORMA DO ART. 461, § 4º, DO CPC, SEM PREJUÍZO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO SECRETÁRIO DE SAÚDE E DE FIXAÇÃO DE MULTA PESSOAL POR ATO ATENTATÓRIA À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. PERSISTÊNCIA DO AGRAVANTE EM NÃO FORNECER OS MEDICAMENTOS. DERIVA-SE DOS MANDAMENTOS DOS ARTIGOS 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEI Nº 8080/90, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS, GARANTINDO O FUNDAMENTAL DIREITO À SAÚDE E CONSEQÜENTE ANTECIPAÇÃO DA RESPECTIVA TUTELA. (VERBETE DE SÚMULA 65). DEVE O MUNICÍPIO CUMPRIR A DETERMINAÇÃO JUDICIAL E CABE AO JUDICIÁRIO, NO CASO DE DESCUMPRIMENTO, UTILIZAR-SE DE TODOS OS MEIOS COERCITIVOS PARA TANTO.RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.²⁷

Por fim, nesse último caso, entendeu-se ser lícito ao Judiciário valer-se de todos os mecanismos para fazer cumprir a determinação judicial, visando a assegurar a tutela específica ou resultado prático equivalente. Tal posicionamento demonstra quão controvertido é o tema em comento.

4.3 SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS

O sequestro de verbas públicas é medida excepcional que se revela adequada diante da possibilidade de falecimento do autor que pleiteia medicamentos. O atraso de 1 (um) dia no

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Relatora Desembargadora Maria Augusta Vaz. Agravo de Instrumento 0037300-50.2007.8.19.0000. Publicado em 16/4/2010

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Agravo de Instrumento 0015044-79.2008.8.19.0000. Publicado em 30/4/2008

fornecimento do remédio é capaz de gerar danos irreparáveis a saúde do autor.

Há verbas disponíveis na administração pública que não fazem parte de serviços essenciais a serem prestados pelo ente federativo como, por exemplo, verbas destinadas a propaganda. Assim, o seqüestro da verba pública revela ser a medida mais eficaz para tornar efetivo o direito á saúde, uma vez que possui entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade de ser deferida tal medida.

RMS 35021 / GO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2011/0158595-2

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. PRETENSÃO RECURSAL DE VER DETERMINADO O BLOQUEIO DE VERBAS DO ERÁRIO ESTADUAL PARA ASSEGURAR O REFERIDO FORNECIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O ESTADO ESTEJA SENDO MOROSO NO CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL E DE QUE O IMPETRANTE NÃO ESTÁ TENDO REGULAR ACESSO AO MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA.

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, na qualidade de substituto processual, no qual se objetiva a determinação de bloqueio de verbas do erário estadual para assegurar o fornecimento de medicamento (Gabapentina 300 mg - enfermidade: diabetes mellitus tipo II), cujo direito de acesso foi reconhecido pelo acórdão a quo, por ocasião da concessão da segurança.

2. No caso, embora o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tenha concedido a segurança, indeferiu o pedido de bloqueio de verba pública, com o argumento de "tratar-se de medida extrema e que não asseguraria o cumprimento da decisão no mandado de segurança, ferindo sua própria natureza jurídica, a qual visa unicamente obter medicamentos" e porque "o pretendido bloqueio, além de trazer inúmeros transtornos à Administração Pública, causaria a inversão da finalidade do mandado de segurança pois, ao contrário do fornecimento do medicamento requerido inicialmente, estar-se-ia compelindo o impetrado à entrega de dinheiro, possibilitando a ocorrência de possíveis desvios, importando em desvirtuamento da ação mandamental".

3. O entendimento jurisprudencial sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser legítimo o bloqueio de verbas públicas para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde do demandante. Precedentes: REsp 900.458/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 13/08/2007; REsp 840912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; REsp 851.760/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; EREsp 770.969/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 21/08/2006.

4. Porém, a pretensão recursal não merece prosperar, porquanto não consta dos autos qualquer comprovação de que o impetrante não esteja tendo regular acesso ao medicamento de que necessita.

5. O procedimento de bloqueio de valores do erário estadual não é regra nem questão de direito, mas exceção condicionada à demonstração inequívoca da urgente necessidade de acesso a medicamento cuja ausência possa colocar em risco grave a saúde do impetrante; e de que o Estado não está fornecendo, de forma

adequada, o respectivo medicamento.
6. Recurso ordinário não provido.²⁸

Assim é que o bloqueio de verbas públicas para tratamento médico é adequado a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde. Adotando-se o sistema de freios e contrapesos, entre o direito fundamental à saúde e à vida e o direito a impenhorabilidade dos bens públicos, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo.

CONCLUSÃO

A atual Constituição da República Federativa do Brasil revela ser a mais moderna e democrática carta que o Brasil já teve. Houve forte inovação ao consubstanciar os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, elevando-os à qualidade de garantia fundamental constitucional.

Assim, é necessário redimensionar a questão da saúde no Brasil, incluindo o fornecimento de medicamentos, o Poder Judiciário deve estabelecer parâmetros objetivos tais como existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde exigida pelo requerente. Nesse caso, havendo política pública nesse sentido, não há que se falar em criação de política pública pelo judiciário, mas tão somente implementação de diretriz já existente.

Ressalta-se, ainda, segundo o Supremo Tribunal Federal, a necessidade de a política estar dentro das fornecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a necessidade de registro do medicamento no órgão público competente, Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA).

No entanto, no caso de o medicamento não ser fornecido pelo SUS ou não ter registro

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Recurso em Mandado de Segurança 35.021. Publicado em 28/10/2011.

na ANVISA o requerente deverá demonstrar ser aquele remédio ou tratamento o mais adequado ao caso patológico.

Assim, o requerente poderá se valer de Ação de Obrigação de Fazer em face da Fazenda Pública Municipal, Estadual ou Federal, uma vez que a obrigação de fornecer medicamentos bem como de garantir a saúde é de competência de todas as esferas, através do instituto da tutela antecipada, que visa a antecipar a decisão que seria proferida ao final da demanda.

Vale salientar que o instituto da tutela antecipada em ação de obrigação de fazer é mais adequado que o do mandado de segurança. Isso porque o remédio constitucional demanda constituição probatória prévia, ou seja, todas as provas devem ser previamente constituídas e anexadas à petição inicial, sob pena de ser a ordem denegada. Assim é que a ação ordinária permite maior possibilidade de o juiz, se entender necessário, determinar juntada de documentos para deferimento da tutela antecipada.

Por fim, das sanções possíveis (cominação de multa diária, sequestro de verba pública, prisão do administrador competente) a que se revela mais eficaz é a cominação de multa diária e em caso de descumprimento o imediato sequestro de verba pública, com vistas a garantir a sobrevivência ou conforto e alívio do requerente. Isso porque o interesse da parte não é enriquecer-se com o descumprimento da ordem que antecipou a tutela, mas de ter o medicamento ou realizar o tratamento. Porém, a administração pública não pode ficar impune no caso de descumprimento, pois poderia gerar ineficácia da garantia constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/e/artigos/artigos.htm>>. Acesso em 5 abr. 2013

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SEGATTO, Cristiane. Caso Extraordinário: o paciente que recebe um tratamento de R\$ 800 mil do SUS. *Época*, São Paulo, n. 722, p. 52-58, mar. 2012

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006