

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO

**TUTELAS JURISDICIONAIS DA SAÚDE: TUTELA INIBITÓRIA E DE
REMOÇÃO DO ILÍCITO**

CURITIBA

2009

ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO

TUTELAS JURISDICIONAIS DA SAÚDE: TUTELA INIBITÓRIA E DE
REMOÇÃO DO ILÍCITO

Monografia apresentada como requisito
parcial à conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ LUIZ DE ARAÚJO

TUTELAS JURISDICIONAIS DA SAÚDE: TUTELA INIBITÓRIA E DE
REMOÇÃO DO ILÍCITO

Monografia aprovada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Civil e Direito Processual Civil

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Departamento de Direito Civil e Direito Processual Civil

Msc. Miguel Gualano de Godoy

Curitiba, de de 2009.

A Deus, por tudo.

À minha mãe, pela renúncia, entrega e proteção.

Aos meus irmãos, Cezar e Miguel, pelo carinho imensurável.

*Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas.
(Rm 11:36)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. DA INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA.....	11
1.1. O processo civil clássico e a inefetividade da tutela dos direitos.....	11
1.2. A ação de direito material como premissa para a tutela específica.....	14
1.3. Tutela de direitos, tutela jurisdicional e técnica processual.....	17
1.4 O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.....	19
2. NOVA CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS JURISDICIONAIS: TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO E TUTELA INIBITÓRIA.....	30
2.1. A necessária distinção entre ato ilícito e dano.....	30
2.2. Nova classificação das tutelas jurisdicionais.....	33
2.3. Tutela de remoção do ilícito.....	39
2.4. Tutela Inibitória.....	41
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	44
3.1. O Direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.....	44
3.2. A tutela coletiva do direito à saúde.....	48
4. TUTELA JURISDICIONAL DA SAÚDE.....	57
4.1. As tutelas inibitória e de remoção do ilícito no plano coletivo.....	57
4.2. A dimensão da prova nas tutelas contra o ilícito.....	61
4.3. Os meios de efetivação das tutelas contra o ilícito.....	68
4.3.1 A multa coercitiva.....	70
4.3.2 A prisão civil para garantia do cumprimento das decisões judiciais.....	71
CONCLUSÃO.....	77

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....79

ANEXOS.....84

Introdução

A presente monografia tem o objetivo de tratar da tutela jurisdicional do direito à saúde. Pela natureza inviolável da saúde, entendemos que as tutelas jurisdicionais preventivas são as mais adequadas à proteção desse bem jurídico. Assim, a tutela inibitória, que se volta contra a prática omissiva ou comissiva do ato contrário ao direito, e a tutela de remoção do ilícito, que busca remover o ato contrário ao direito já praticado, secando a fonte de eventuais danos, revelam-se como tutelas diferenciadas plenamente compatíveis com o direito à saúde, devendo prevalecer sobre a tutela ressarcitória.

Muito se tem discutido sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, que foi alçado a fundamento da República Federativa do Brasil, no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988. Todavia, a despeito das inúmeras discussões doutrinárias sobre o assunto, é evidente que a saúde é o requisito mínimo e indispensável para uma vida digna, de modo que não se pode cogitar em respeitar tal princípio em respeitar a saúde. Não foi por outra razão que o mesmo Constituinte de 1988 estabeleceu, no artigo 196, da Lei Maior, a saúde como direito de todos e dever do Estado, competindo a este último todas as medidas necessárias para que esse direito fundamental seja assegurado a todos os brasileiros.

Nesse contexto, o processo civil tem fundamental importância, pois mediante técnicas processuais hábeis é que o direito à saúde pode ser garantido perante as omissões estatais ou, ainda, no caso de prestação deficitária do serviço público de saúde. Demandas judiciais relacionadas à saúde tem se multiplicado nos tribunais brasileiros, chegando-se a falar na *judicialização das políticas públicas de saúde*. Tal fenômeno é fruto da compreensão do processo como verdadeiro instrumento de efetivação de direitos, sendo que a saúde não poderia ficar a par desse movimento.

Ao se aproximar o processo do direito material, é natural que o bem de maior importância para os indivíduos – a saúde – assuma relevante papel nessa discussão. Com efeito, o crescente número de demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos e ao custeio de cirurgias reflete nada mais do que o cumprimento da função social do processo, servindo como meio de garantia de direitos materiais.

Como se trata de uma pesquisa que busca alinhar processo e direito material, todo o trabalho pautou-se nas palavras de MAURO CAPPELLETTI, para quem “*a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido*”.¹ Desse modo, a ausência de previsões legais expressas e a necessidade de se revisitar determinados conceitos históricos não constituíram em empecilhos para uma leitura nova do processo civil, que prima, sobretudo, pela efetividade da tutela jurisdicional.

No *primeiro capítulo* tratou-se da inefetividade do processo civil clássico na tutela dos direitos fundamentais não patrimoniais, ante a preocupação exacerbada que o processo influenciado pelo Estado Liberal de Direito tinha com a liberdade individual. Nesse capítulo, abordaram-se os conceitos de ação de direito material, como premissa para a tutela específica, e a distinção entre tutela de direitos, tutela jurisdicional e técnica processual. Ao final da primeira parte, fez-se necessária uma breve digressão sobre o novo conceito do direito fundamental de ação, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que constitui, por certo, pedra de toque dessa nova realidade.

No *segundo capítulo* adentrou-se ao assunto da nova classificação das tutelas jurisdicionais, abordando-se a distinção entre as categorias do dano e do ilícito. Firmada a distinção entre tais institutos, tantas vezes confundidos pela doutrina brasileira, delineou-se um novo quadro das tutelas jurisdicionais, com enfoque especial nas tutelas inibitória e de remoção do ilícito que, a nosso ver, mais se alinham à proteção da saúde.

No *terceiro capítulo* o direito fundamental à saúde foi delineado conforme ele se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro, nos planos constitucional e infraconstitucional. Em seguida, abordou-se a temática da tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, contextualizando o direito à saúde no sistema de tutelas coletivas.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba (1991) *In Relatório do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba (1991)*, Curitiba, Juruá, 1992.

Por fim, no *quarto capítulo* procurou-se ligar os temas da tutela jurisdicional e do direito à saúde, mostrando como as tutelas inibitória e de remoção do ilícito podem ser úteis na proteção deste bem jurídico. Para isso, foram abordados alguns aspectos comuns a essas duas espécies de tutela jurisdicional, com enfoque na dimensão da prova e nos meios de atuação das tutelas preventivas.

Ao final deste trabalho, espera-se tenha restado demonstrada a perfeita aderência das tutelas inibitória e de remoção do ilícito ao direito fundamental à proteção da saúde, já que, conforme brilhante síntese de BARBOSA MOREIRA, “*nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro*”², razão pela qual a inviolabilidade desse bem jurídico não pode se satisfazer com a tutela meramente ressarcitória.

² BARBOSA MOREIRA, J. C. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**, In Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 23.

1. Da inefetividade do processo civil clássico ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

1.1. O processo civil clássico e a inefetividade da tutela dos direitos

O Estado de Direito Liberal, pautado no princípio da legalidade e na rígida separação dos poderes, deu origem a um sistema de direitos carente de instrumentos efetivos de tutela. Nesse contexto, o processo civil clássico, fortemente influenciado pelos ideais liberais,¹ refletia essa ausência de técnicas de proteção dos direitos materiais, mostrando-se inútil no trato com alguns direitos, sobretudo aqueles de conteúdo não patrimonial.

Sob a justificativa de proteger a liberdade individual, inexistia a atividade judicial de concreção de direitos, de modo que aos juízes cabia apenas declarar as leis formalmente emanadas do Poder Legislativo.² A liberdade individual era um dogma e todos os demais direitos que pudessem colidir com a capacidade de determinação individual eram restringidos sem que houvesse uma análise cuidadosa do caso mediante o emprego das técnicas processuais adequadas.

De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, “*em princípio, a idéia de limitar o poder do juiz teve uma intenção legítima – pois o Judiciário possuía relações como antigo regime*”.³ No entanto, com o passar do tempo, a limitação da atividade judicial à mera declaração das leis gerais e abstratas, sem qualquer efeito prático na vida dos indivíduos, mostrou-se prejudicial à proteção de direitos, sobretudo dos direitos não patrimoniais, que demandam o emprego de técnicas diferenciadas na sua proteção.

¹ Para LUIZ GUILHERME MARINONI, os valores do direito liberal são a neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações entre os particulares e a incoercibilidade do *facere*. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**, 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

² Tem lugar aqui a célebre frase de MONTESQUIEU, segundo a qual os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

Assim, a ideologia liberal, visando vedar toda interferência judicial, moldou um processo civil inefetivo e distante da realidade. Nesse cenário, as sentenças judiciais eram de apenas três espécies: declaratória, constitutiva e condenatória. As duas primeiras não necessitam de atos concretos para sua efetivação⁴, enquanto a terceira, em regra, depende de um novo processo para sua execução. No entanto, a par do grau de satisfatividade de tais provimentos, é certo que todas essas sentenças operam apenas no plano normativo⁵ e não se mostram aptas a realizar os direitos da forma correta.

Com efeito, na impossibilidade de que os provimentos judiciais operem efeitos concretos de forma direta estão inculcados vários ideais liberais, os quais exaltam sobremaneira a liberdade individual. Nesse contexto, a classificação trinária das sentenças revela a incidência do princípio da incoercibilidade das prestações, conhecido como *Nemo ad factum praecise cogi potest*. Segundo este princípio, não poderia ser empregado qualquer tipo de violência ou coação sobre a pessoa do devedor no estímulo ao cumprimento do provimento jurisdicional, tendo prioridade, portanto, a tutela ressarcitória sobre a tutela específica.⁶

Ao lado do princípio da incoercibilidade das prestações, pautavam o processo civil clássico, a *proibição de juízos de verossimilhança*, a *absolutização do contraditório e da ampla defesa* e a *tipicidade dos meios executivos*.⁷

A proibição dos juízos de verossimilhança nas decisões dos magistrados ligava-se à necessidade de certeza na prestação jurisdicional. Tinha o processo o objetivo de alcançar a certeza almejada pela legislação geral e abstrata. Esse foi outro dogma que, com o passar do tempo, mostrou-se incompatível com a tutela adequada dos direitos, haja vista que a certeza é um objetivo impossível de ser atingido por qualquer procedimento judicial, ainda mais em se tratando de tutelas preventivas.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**, 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 447.

⁵ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 31 e 32. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93/96.

⁶ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde, (arts. 83 e 84 do CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30/35.

⁷ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.36/39.

A absolutização do contraditório e da ampla defesa, como condições de qualidade da prestação jurisdicional, revelava nítida desconfiança nos magistrados, contribuindo para o perecimento de direitos. Ao se superar esse dogma, contribuiu-se para uma melhor distribuição do tempo do processo, alterando-se o paradigma que rege o desenrolar dos procedimentos.

Por fim, outro dogma do Estado Liberal de Direito que impedia a tutela efetiva de direitos era a tipicidade dos meios executivos. Segundo o princípio da tipicidade dos meios executivos, a execução dos provimentos judiciais apenas poderia ocorrer mediante as formas previstas em lei, o que limitava bastante a possibilidade de efetivação de direitos, ainda mais no cenário liberal.

Esse cenário delineado revela a insuficiência das técnicas processuais clássicas para a tutela de direitos, sobretudo aqueles de cunho não patrimonial, isto é, que não podem ter seu valor pecuniário determinado.

Contudo, a falência do Estado legislativo, oriundo da Revolução Francesa, deu azo ao nascimento de um Estado preocupado não só com a igualdade formal, mas com a concretização de direitos para todos os indivíduos,⁸ operando-se verdadeira alteração paradigmática no processo civil, que passou a priorizar a tutela específica em detrimento da tutela ressarcitória, que era a mais privilegiada no processo civil clássico.

De acordo com SÉRGIO CRUZ ARENHART, a prioridade da tutela específica sobre a tutela ressarcitória é corolário natural do verdadeiro conceito de *ação de direito material*,⁹ que deve pautar as técnicas processuais. Por esta razão, antes de adentrar ao trato específico das tutelas mais efetivas na proteção da saúde, faz-se necessário entender o instituto da ação de direito material.

⁸ MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1, p. 41.

⁹ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 48.

1.2. A ação de direito material como premissa para a tutela específica

A influência do Estado Liberal de Direito gerou a prevalência da tutela ressarcitória sobre a tutela na forma específica.¹⁰ No entanto, analisando-se os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação de direito material, sobretudo no campo dos direitos de conteúdo não patrimonial, verifica-se claramente que o correto manejo desses termos desemboca na necessidade da prevalência da tutela específica sobre a tutela ressarcitória.

E isso não só porque existem direitos que não podem ser tutelados pelo seu equivalente em dinheiro, já que não são passíveis de determinação pecuniária, mas porque o objetivo da tutela jurisdicional, ao servir de meio para a efetivação de direitos, é agir exatamente como se o direito material tivesse sido respeitado. Agindo assim o processo estaria cumprindo a máxima de Chiovenda, segundo a qual “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire*”.¹¹

Assim, para se entender a necessidade de prevalência da tutela específica sobre a tutela ressarcitória, faz-se necessário o correto entendimento da ação de direito material, que, segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, é a premissa para a tutela adequada de direitos.¹²

Segundo OVIDIO BAPTISTA e FÁBIO LUIZ GOMES, há dois planos distintos que devem ser analisados no tocante à ação de direito material: *a ação de direito material e o plano de direito processual*.¹³ No plano de direito material estão incluídos os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação de direito material. No plano processual, por seu turno, estão agasalhados os conceitos de direito subjetivo público, pretensão processual e ação perante o Estado.

Conforme lição de OVIDIO BAPTISTA, mais do que a noção de interesse juridicamente protegido de IHERING, o conceito de direito subjetivo significa

¹⁰Para uma análise sobre a prevalência da tutela ressarcitória sobre as formas de tutela específicas ver MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde**. São Paulo: RT, 2002.

¹¹GHIOVENDA, Giuseppe. **Dell’azione nascente dal contratto preliminare**. *Apud* ARENHART, Sérgio Cruz. **Tutela Inibitória da Vida Privada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

¹²ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 39.

¹³SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4ª ed. rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p. 132.

*a faculdade que a ordem jurídica confere àqueles a quem outorga o direito subjetivo de torná-lo efetivo pelo exercício, defendê-lo perante terceiros, exigir seu reconhecimento e efetivação perante órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição ou, enfim renunciá-lo.*¹⁴

Assim, para o mencionado autor, o direito subjetivo seria uma categoria estática que poderia evoluir para o estado de pretensão. Nesse contexto, a pretensão é a “*faculdade de se poder exigir a satisfação do direito*”.¹⁵ Quando o direito não estiver mais submetido a termo ou condição, surgirá a pretensão, que, na lição de PONTES DE MIRANDA, nada mais é do que a “*posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*”.¹⁶ Gize-se, ainda, que a pretensão deverá ser exercida em juízo.

Ainda no plano de direito material, restando frustrado o exercício da pretensão em face do sujeito passivo por parte do titular do direito, tem lugar a *ação de direito material*, que, no escólio de OVIDIO BAPTISTA, “*é o exercício do próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado*”.¹⁷ Logo, a ação de direito material consiste no agir do titular para a satisfação do seu direito, sem qualquer participação do sujeito passivo. A legítima defesa da posse, prevista no artigo 1.210, § 1º, do Código Civil, é um exemplo de ação de direito material.

Pois bem. Passando para o plano processual, devem ser trabalhados os conceitos de *direito subjetivo público, pretensão processual e ação processual*.

O *direito subjetivo público* decorre da proibição da autotutela e, no caso brasileiro, pode ser encontrado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Significa, em outras palavras, que todos têm acesso ao Poder Judiciário e que

¹⁴ SILVA, O. A. B. **Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação**. In Polêmica sobre a Ação – a tutela jurisdicional na perspectiva entre direito e processo. Organizadores: Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 15.

¹⁵ SILVA, O. A. B. *Idem*, p. 17.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976. T. V, p. 451.

¹⁷ SILVA, O. A. B. *Idem*, p. 20.

este é um direito fundamental que não pode sofrer qualquer restrição infraconstitucional.¹⁸

A *pretensão processual*, também nas palavras de OVIDIO BAPTISTA e FABIO LUIZ GOMES, corresponde àquele “*estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível*”¹⁹ em juízo.

E, por fim, a ação processual, segundo os mesmos autores, seria o agir do titular do direito perante o Estado, que em nada se confunde com as demais categorias estudadas.²⁰

No caso dos direitos absolutos, como o direito à proteção da saúde, a verificação da existência do direito subjetivo e da pretensão, ainda que se tratem de fenômenos distintos, se dá ao mesmo tempo, já que com o nascimento do direito subjetivo vem a faculdade de exigir a sua observância de maneira *erga omnes*. Com efeito, não há que se esperar a violação do direito para exigir a sua reparação, já que são direitos insuscetíveis de reparação pecuniária, de modo que a ação de direito material ganha ainda mais relevância quando se trabalha com essa categoria de direitos.²¹

Da análise dos conceitos de ação de direito material, direito subjetivo, pretensão e das categorias do plano processual, revela-se claro que a tutela jurisdicional adequada deve ter como premissa a ação de direito material, pois o único impedimento ao autor do direito de realizá-la, quando violado o seu direito ou premente a violação, é a proibição da autotutela, que gera o monopólio da jurisdição estatal.

Nesse sentido é a lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART, para quem

¹⁸ Segundo OVIDIO BAPTISTA, ainda que não houvesse qualquer previsão legal acerca do direito subjetivo público de ordem processual, ele continuaria existindo, pois ele é “*um princípio imanente a qualquer ordem jurídica estatal*”. **Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação**. In Polêmica sobre a Ação, – a tutela jurisdicional na perspectiva entre direito e processo. Organizadores: Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 31.

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4ª ed., rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

²⁰ *Idem ibidem*. A ação processual, segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, é o que PONTES DE MIRANDA denomina de pretensão à tutela jurídica. ARENHART, S. C. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 50.

²¹ SILVA, O. A. B. **Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação**. In Polêmica sobre a Ação, – a tutela jurisdicional na perspectiva entre direito e processo. Organizadores: Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006,p. 20.

*tanto mais efetivo será o processo quanto mais puder refletir a ação de direito material que o titular do direito pudesse realizar, não fosse a proibição da autotutela privada, imposta pelo Estado.*²²

Desse modo, a compreensão de que a ação de direito material não foi solapada pela doutrina, como pretenderam os processualistas que defendiam a teoria civilista da ação,²³ é pressuposto para uma tutela jurisdicional adequada, composta por técnicas processuais aptas a concretizar a reação do titular do direito violado ou em vias de ser, o qual não pode agir por conta própria.

Não se nega a importância das categorias processuais, já que uma boa técnica é indispensável para a tutela dos direitos. No entanto, uma vez que o Estado trouxe para si o dever de prestar a tutela jurisdicional, é indispensável que aja com os olhos no direito material envolvido e não só nas fórmulas processuais.

No novo processo civil que se descortina, o papel do juiz é de fundamental importância, pois a ele caberá a determinação de quais atos serão necessários para a adequada tutela dos direitos, de modo que ao magistrado competirá dar concretude à função reativa da ação de direito material.

Assim, nesse momento cumpre distinguir a tutela dos direitos das técnicas processuais, a fim de, posteriormente, passar à análise do conceito e do alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

1.3. Tutela de direitos, tutela jurisdicional e técnica processual

Tendo, portanto, a ação de direito material como premissa para uma tutela adequada ao direito substancial, cumpre adentrar ao tema da tutela de direitos, passando pela distinção entre os conceitos de tutela e técnica processual.²⁴

²² ARENHART, S. C. *Op. cit.*, pg. 53.

²³ SILVA, O. A. B. **Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação.** In *Polêmica sobre a Ação*, – a tutela jurisdicional na perspectiva entre direito e processo. Organizadores: Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 21; SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4ª ed. rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94 e seguintes.

²⁴ Ver, por todos, MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. Na obra **Tutela Inibitória**, MARINONI trata do tema que ora se estuda com bastante precisão: “*é preciso que fique claro que uma coisa é a tutela material, outro o direito à tutela jurisdicional efetiva – albergado no art. 5º, XXXV, da CF -, e ainda outra os instrumentos processuais predispostos pelo legislador do processo para atender a esse direito. Portanto, tais instrumentos são corolários*

O processo civil, sob influência do Estado Social, não pode mais ser encarado de forma neutra e distinta da realidade em que deve operar.²⁵ Sendo assim, o estudo da tutela jurisdicional e das técnicas processuais deve se alinhar à análise dos direitos substanciais, sob pena de se esvaziar de conteúdo um instrumento tão valioso como o processo.

De acordo com SÉRGIO CRUZ ARENHART, o termo tutela se desdobra em dois conceitos distintos: um que trabalha no campo da proteção dos direitos materiais, a *tutela de direitos* propriamente dita, e outro que se relaciona à garantia de mecanismos processuais de operacionalização dos direitos substanciais, que seria a *tutela jurisdicional de direitos*.²⁶ O mencionado professor estabelece que

*o termo tutela, como sinônimo, confere noção de proteção de direitos e interesses; no processo, essa idéia revela o objetivo de proteger direitos e interesses por meio de mecanismos processuais*²⁷.

Consoante escólio de LUIZ GUILHERME MARINONI, a tutela dos direitos pode se dar através de atividades normativas, administrativas e jurisdicionais.²⁸ A *tutela normativa*, a mais comum de todas, ocorre na edição de normas que protegem direitos substanciais, como por exemplo, o artigo 196, da Constituição Federal, que trata do direito à proteção da saúde. A *tutela administrativa de direitos*, na lição do professor titular da Universidade Federal do Paraná, verifica-se na tomada de atitudes, por parte dos órgãos da Administração Pública, tendentes à proteção de direitos fundamentais. MARINONI menciona, como exemplo, o caso de um administrador público que determina a paralisação de uma obra prejudicial ao meio-ambiente²⁹. Por fim, há a *tutela jurisdicional de direitos*, que se realiza mediante o processo, ou seja, através das técnicas processuais, que devem aderir ao direito substancial, sob pena de

do direito à tutela jurisdicional efetiva, o qual deve permitir a tutela adequada do direito material". **Tutela Inibitória**, 4ª ed. (individual e coletiva). 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 458.

²⁵ MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1, pg. 183.

²⁶ ARENHART, S. C. **Perfis da Tutela Inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, , p. 43.

²⁷ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

²⁸ MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1, p. 243.

²⁹ MARINONI, L. G. *Op. cit*, p. 242.

violação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, que decorre do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.³⁰

Portanto, a tutela de direitos seria gênero, do qual as tutelas normativas, administrativas e jurisdicionais seriam espécies. Para MARINONI, a tutela jurisdicional é o meio através do qual se busca a proteção do direito material, já que a autotutela foi proibida.³¹

Já trabalhando com o conceito de tutela jurisdicional, não se pode confundir a tutela do direito propriamente dita com as *técnicas processuais* necessárias para a sua operacionalização, como, por exemplo, as sentenças e decisões interlocutórias.

Sob a influência do Estado Liberal de Direito, dava-se muito valor à uniformidade procedimental, como sinônimo de segurança jurídica, e à sentença condenatória, como provimento jurisdicional por excelência. Atualmente, no Estado Constitucional em que vivemos, as técnicas processuais devem abranger todos os procedimentos aptos à realização do direito substancial, desprezando-se, portanto, a uniformidade procedimental. E isso porque as mais variadas situações da vida concreta se contrapõem à classificação trinária de sentenças, que não se mostravam aptas à realização do direito material de forma efetiva.

Logo, no cenário atual, ao magistrado deve ser concedida ampla possibilidade de determinação das técnicas processuais a serem empregadas na prestação da tutela jurisdicional, constituindo-se, a pré-ordenação dessas técnicas, o núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, que será estudado a seguir.

1.4. O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, direitos fundamentais são prerrogativas e instituições positivadas com o objetivo de garantir uma “*convivência digna, livre e igual de todas as pessoas*”.³² Essa definição denotativa é criticada por MARCELO CAMPOS GALUPPO, para quem seria impossível descrever um rol taxativo de

³⁰ “A tutela é o entrelaçamento da sentença e, mais do que isto, do próprio processo, com as normas de direito substancial”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória** 4ª ed., (individual e coletiva). 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 452.

³¹ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 453.

³² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 176.

direitos fundamentais.³³ GALUPPO conceitua, então, os direitos fundamentais como sendo “os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático”³⁴.

Assim, determinados direitos podem ser caracterizados como fundamentais a partir do ponto de vista formal – por estarem positivados – e do ponto de vista material – pela análise do seu conteúdo –, sendo que a correta análise da fundamentalidade do direito deve passar por esses dois momentos.³⁵

No Brasil, a leitura da fundamentalidade formal deve partir do Título II da Constituição Federal, que traz um extenso rol de direitos fundamentais. Todavia, a esse amplo rol de direitos tidos como fundamentais pelo Constituinte somam-se outros direitos, por força do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que, ao constituir verdadeira cláusula de abertura material, abre espaço para o respeito a todos os demais direitos fundamentais positivados em legislações infraconstitucionais ou até mesmo em tratados internacionais.

De acordo com CANOTILHO³⁶, o esquema de direitos pode ser decomposto em *direitos ‘stricto sensu’, liberdades e garantias*. Os *direitos ‘stricto sensu’* correspondem aos direitos individuais (*status positivus*) e aos direitos de participação do homem na vida pública (*status activus*). As liberdades dizem respeito àquela esfera livre da ingerência do Estado e mesmo de outros indivíduos. As garantias, por fim, se relacionam com os meios administrativos e processuais para a defesa dos direitos e liberdades assegurados. Essa classificação de CANOTILHO, embora utilizando outros termos, reflete-se na lição de INGO WOLFGANG SARLET, para quem os direitos fundamentais podem ser classificados em *direitos de defesa e direitos prestacionais*.³⁷

³³ GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, Org.: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 214.

³⁴ GALUPPO, M. C. *Op. cit.*, p. 236.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2000, p. 403.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 195.

Segundo MARINONI, esse caráter ora negativo ora positivo dos direitos fundamentais caracteriza a sua multifuncionalidade,³⁸ extremamente necessária para a efetividade de tais direitos.³⁹ Por isso, BOROWSKI diz que os direitos fundamentais constituem verdadeiros feixes de posições jusfundamentais, das quais seus titulares podem lançar mão conforme as necessidades.⁴⁰

Portanto, conceituados os direitos fundamentais, suas espécies e mencionada a sua multifuncionalidade, é hora de mencionar que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada encontra guarida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

De acordo com ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, os ancestrais do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional repousam no artigo 39 da Magna Carta de 1215, na Inglaterra, e na Seção I, da Emenda XIV, da Constituição Norte-Americana, ambos os dispositivos fazendo alusão ao *due process of law* como condição para que a esfera jurídica dos indivíduos pudesse sofrer qualquer tipo de ingerência do Estado e de terceiros.⁴¹

No Brasil, a Constituição de 1946 foi a primeira a tratar do princípio da proteção jurisdicional, sendo que, em termos de legislação, o antecedente do inciso XXXV, do artigo 5º, da atual Lei Maior, está no artigo 75 do Código Civil, que prescrevia que “*a todo o direito corresponde uma ação que o assegura*”.⁴²

A partir da Constituição de 1946, que, em seu artigo 141, § 4º, estabeleceu que “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito*

³⁸ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 139.

³⁹ Consoante lição de BOROWSKI, o mesmo direito fundamental pode ser enquadrado tanto na categoria dos direitos negativos como dos direitos positivos, inexistindo um direito fundamental apenas de defesa e outro apenas prestacional, Exemplo disso é o direito de ir e vir, direito negativo por excelência. Ao Estado não cumpre apenas o dever de respeitar o direito de ir e vir, mas também de oferecer condições para que esse direito seja usufruído da maneira correta, provendo um sistema de transporte coletivo adequado. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Fundacion Fes, 2003, p. 19.

⁴⁰ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Fundacion Fes, 2003.

⁴¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional** In Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, Coord.: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92 e seguintes.

⁴² MENDES, A. G. C. M. *Op. cit.*, p. 92..

individual”, o princípio da proteção jurisdicional se repetiu na Carta de 1967⁴³ e na Emenda Constitucional n. 01/69.⁴⁴

A Constituição de 1988 alargou o campo de abrangência do direito à tutela jurisdicional ao estender a proteção judicial aos direitos coletivos, eliminando a expressão *‘individual’* e incluindo a expressão *‘ameaça’* da norma anterior.

Assim, atualmente, entende-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada abrange direitos coletivos e individuais e não se limita aos casos de violação consumada dos interesses jurídicos, devendo ser invocado também na iminência de lesão (na forma de tutela inibitória).

No Direito Comparado, normas semelhantes a do artigo 5º, XXXV, da nossa Constituição, podem ser encontradas nas Constituições de Portugal⁴⁵, da Espanha⁴⁶ e da Itália.⁴⁷

No plano do Direito Internacional, o direito à tutela jurisdicional efetiva encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴⁸, no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, na Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e, ainda, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

A evolução do processo civil, ao se libertar da influência do Estado Liberal de Direito, resultou na modificação do sentido e do alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Antigamente, este direito se restringia ao direito formal de obter uma sentença de mérito sobre uma questão levada ao Poder Judiciário, sem

⁴³ Artigo 150, §4º.

⁴⁴ Embora a EC 01/69 tenha mantido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em seu artigo 153, §4º, segundo ALUISIO GONÇALVES esse direito fundamental sofreu sérias restrições por força da ditadura e, sobretudo, do Ato Institucional 5, de 13.12.1968, que excluiu a possibilidade de apreciação judicial de vários atos do governo. **Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional** In Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord.: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

⁴⁵ Art. 20, I: “*a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos*”.

⁴⁶ Art. 24, I: “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*.”

⁴⁷ Art. 24: “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”.

⁴⁸ Art. X.

qualquer preocupação sobre a alteração no mundo dos fatos. Essa mentalidade, típica de um Estado despreocupado com o bem-estar dos indivíduos, não se incomodava com a regra da tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, com a uniformidade procedimental e com a tipicidade dos meios executivos.

No entanto, o advento do Estado Constitucional, dando ênfase aos direitos sociais, alterou a forma como vários direitos são encarados pela Administração Pública e pelos particulares, dentre eles o direito à tutela jurisdicional adequada, de modo que hoje se entende que a proteção jurisdicional deve ser *efetiva, tempestiva e preventiva*.⁴⁹

Ainda, diante da aplicabilidade direta do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada conferida pelo § 1º, do artigo 5º, da Carta Magna, e considerando a teoria geral dos direitos fundamentais, importa ressaltar que o inciso XXXV direciona-se não apenas aos particulares, mas também aos Poderes *Legislativo, Executivo e ao Judiciário*.

Enquanto os *legisladores* têm o dever de editar normas infraconstitucionais que delineiem procedimentos e técnicas processuais aptas a concretizar a tutela adequada, os *administradores públicos* têm a função de trabalhar para que o acesso ao Poder Judiciário seja o mais amplo e igualitário possível, equipando as Defensorias Públicas e demais órgãos de proteção, como, por exemplo, o PROCON. De outro lado, a vinculação dos *juízes e membros dos tribunais* se revela no dever constitucional de suprir as omissões legislativas e determinar os procedimentos mais aptos a tutelar o direito material, cuidando para que o processo não se torne um obstáculo ao bem da vida pleiteado.⁵⁰

Portanto, no âmbito do Poder Judiciário, o moderno desenho do direito fundamental de ação representa a nova face do processo civil, que, desapegado de fórmulas abstratas, deve voltar seus olhos para o direito material, superando a pretensão autonomia do processo diante do direito substancial, sendo que, em verdade, o que existe é apenas interdependência entre tais esferas.⁵¹

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

p. 144.

⁵⁰ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 171.

⁵¹ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 149.

Assim, levando a *afirmação* da lesão ou de ameaça de lesão de seu direito ao Poder Judiciário, não pode o Juiz negar-se a decidir, conforme estabelece o artigo 126 do Código de Processo Civil.⁵² Formado o processo, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada se desdobra em outros direitos, a saber: *direito ao procedimento mais adequado, direito à técnica antecipatória, direito ao provimento judicial adequado e direito ao meio executivo eficaz*. Logo, mais do que o simples direito de ter sua afirmação analisada pelo juiz, o novo feixe de posições jusfundamentais consubstanciado no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada engloba todas essas etapas, sendo que esse direito só estará sendo efetivamente respeitado se o jurisdicionado puder verificar a aderência destas técnicas processuais ao direito material.

O *direito ao procedimento mais adequado* ao direito material passa pela superação do dogma da uniformidade procedimental⁵³, típico de um Estado de Direito Liberal, ou seja, despreocupado com as desigualdades sociais, que se refletem também no processo. O procedimento, enquanto técnica processual⁵⁴, deve voltar seus olhos para a realidade, e quanto mais heterogênea for a sociedade, mais variados deverão ser os procedimentos colocados à disposição dos jurisdicionados.

Para atender a essa nova realidade, sobretudo em se tratando de obrigações infungíveis como aquelas relacionadas à saúde, que consistem no estudo do presente trabalho, os juízes podem se valer das regras constantes nos artigos 461 do CPC⁵⁵ e 84

⁵² Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁵³ O insuperável MARINONI traz à colação lição de LAÉRCIO ALEXANDRE BECKER, segundo o qual o mito da uniformidade procedimental reflete o perfil ideológico dos processualistas clássicos, os quais, buscando estabelecer uma ação una e abstrata, desprezaram as diferenças sociais, buscando pautar o processo no *princípio da identidade*. Todavia, conforme lição de BECKER, lembrada por MARINONI, tal princípio não deve mais nortear o sistema processual, já que ele acaba por reduzir fenômenos completamente distintos. , em sua obra **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125.

⁵⁴ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 150.

⁵⁵ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

do CDC⁵⁶, as quais dão ampla margem de atuação, na medida em que estabelecem procedimentos abertos para a tutela dos direitos.

O *direito à técnica antecipatória*⁵⁷ consiste na possibilidade de se outorgar o bem da vida pleiteado antes do final do processo, antecipando-se, dessa maneira, os efeitos do provimento final. No direito brasileiro, a antecipação de tutela pode ser respaldada nos artigos 273⁵⁸, 461⁵⁹ e 461-A⁶⁰ do CPC e ainda no artigo 84⁶¹ do CDC.

Conforme lição de MARINONI, a possibilidade de antecipação dos efeitos do provimento judicial final não visa

somente viabilizar a aceleração da tutela de prevenção, mas também impedir que outros danos sejam ocasionados ao autor em razão da demora

⁵⁶ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁵⁷ Sobre o tema, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10ª edição, Saraiva: São Paulo, 2008.

⁵⁸ Art. 273 - 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.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º - A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º - 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.

⁵⁹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁶⁰ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, esta a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º - Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º - Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

⁶¹ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

*na reparação do dano ou no atendimento do dever ou da obrigação de adimplemento.*⁶²

Assim, preenchidos os requisitos legais, qualquer espécie de tutela pode ser antecipada, pois tal medida busca distribuir melhor o tempo do processo, ônus que antes era suportado apenas pelo autor, independente do direito material discutido em juízo.

Com efeito, a aceitação do instituto da antecipação da tutela demonstra a superação dos dogmas da certeza e da verdade como objetivos do processo.⁶³ Isso porque o novo processo civil deve ser visto não como esquema rígido de procedimentos a serem seguidos de forma obrigatória, mas sim como palco de discussões, resultando, portanto, a legitimidade das decisões da idoneidade dos procedimentos de argumentação. Assim, o respeito ao direito material não fica condicionado à descoberta da verdade, uma utopia, mas sim à capacidade de convencimento do juiz pelas partes.⁶⁴

O *direito ao provimento judicial adequado*, por sua vez, trata da real necessidade de que a sentença ou a decisão interlocutória seja apta a tutelar o direito material da forma correta e eficaz. Nesse contexto, a classificação trinária das sentenças mostra-se em descompasso com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, já que as sentenças declaratória, constitutiva e condenatória não são eficazes para a tutela de vários tipos de direito, sobretudo daqueles que não podem ser convertidos em pecúnia. Logo, o novo processo civil, com os olhos voltados ao direito material, demanda a consagração dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, as quais, pela plasticidade do conteúdo decisório, podem satisfazer os jurisdicionados.⁶⁵

⁶² MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p. 184.

⁶⁴ ARENHART. Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246.

⁶⁵ Nesse sentido é a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem *o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada jamais poderá ser atendido exclusivamente por meio dos provimentos da classificação trinária*. Segundo mencionado processualista, *tal direito depende de provimentos mandamentais e executivos*. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 163. CLAYTON MARANHÃO também defende a insuficiência da sentença condenatória e a consagração dos provimentos mandamental e executivo em nosso ordenamento, como meios eficazes de tutela dos direitos.

Por fim, o último desdobramento do novo direito fundamental de ação reside no *direito ao meio executivo eficaz*, que pode ser considerado um prolongamento da noção de provimento judicial adequado, já que o emprego dos meios executivos dependerá sempre da decisão proferida.

Com efeito, o entendimento surgido a partir da exegese dos artigos 461 do CPC⁶⁶ e 84 do CDC⁶⁷, segundo o qual o juiz tem o dever de conformar o procedimento, determinando o emprego dos meios executivos adequados, passa pela superação de vários dogmas do processo civil erigido no Estado de Direito Liberal. E isso porque, ao se permitir que o juiz, na efetivação de seu provimento, empregue medidas não pedidas pelo autor ou não previstas em lei, estão sendo desconstruídos *os princípios da congruência entre o pedido e a sentença e da tipicidade dos meios executivos*.

O princípio da congruência entre a sentença e o pedido, também conhecido como princípio da demanda, estabelece proibição ao juiz de proferir sentença fora do pedido do autor (artigo 460, CPC⁶⁸).⁶⁹ Neste novo sistema de tutela de direitos, em que prevalece a busca pela efetividade dos provimentos judiciais, sobretudo em se tratando de direitos que não permitem o seu ressarcimento pelo equivalente em dinheiro, tal princípio tem sua rigidez quebrada, importando mais a alteração no mundo dos fatos do que a observância de fórmulas abstratas.⁷⁰

De acordo com SÉRGIO CRUZ ARENHART, em se tratando de tutela preventiva, como a tutela inibitória, “*o pedido depende da iniciativa da parte, mas o mecanismo utilizado para satisfazê-lo, não*”.⁷¹

Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts. 83 e 84 do CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128 e seguintes.

⁶⁶ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁶⁷ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual do Processo do Conhecimento**, 5ª ed. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 412.

⁷⁰ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

⁷¹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 337.

Logo, na escolha da técnica processual mais adequada o juiz não está adstrito aos pedidos do autor, tendo como poder-dever a eleição do mecanismo mais alinhado ao direito substancial.⁷²

O *princípio da tipicidade dos meios executivos* sempre foi visto como garantia de liberdade do réu contra o arbítrio do Estado.⁷³ Segundo este princípio, na efetivação dos provimentos judiciais deveriam ser observados os meios executivos previstos em lei, sob pena de exercício arbitrário dos poderes estatais. No entanto, refletindo a influência do Estado Social sobre o processo civil e alterando a compreensão ideológica a respeito da técnica processual, a Lei n. 10.444 de 2002 incluiu o § 5º ao artigo 461 no Código de Processo Civil Brasileiro, relativizando o princípio da tipicidade dos meios executivos em nosso ordenamento.⁷⁴

Estabelece o referido artigo que

para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Atualmente, portanto, o princípio que norteia a execução dos provimentos judiciais é o princípio da concentração dos poderes executórios nas mãos do juiz⁷⁵, já que a ele competirá a determinação de todas as medidas que se fizerem necessárias para a satisfação do direito do autor, independente de previsão legal. No entanto, em que pese a ampliação dos poderes do juiz na execução, não pode o magistrado decidir de forma não fundamentada e sem observar o princípio de que a execução deve causar a menor restrição possível ao réu, sob pena de reforma desta da decisão.

Pelo exposto, conclui-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada possui, atualmente, feição bastante distinta do tradicional direito de ação⁷⁶,

⁷² GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**, . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

⁷³ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, , p. 420.

⁷⁴ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 421.

⁷⁵ MARINONI, L. G. *Idem*. p. 230.

⁷⁶ Sobre o tradicional direito de ação, verificar estudo profundo da Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, datado de 1973. **As garantias constitucionais do direito de ação**, RT, 1973.

revelando-se em um leque de subdireitos, cuja observância é condição de constitucionalidade de qualquer processo atual.

Sintetizando o conjunto de garantias asseguradas pelo direito fundamental de ação, o insuperável MARINONI assevera que

a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de ‘afirmar’ lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa ‘afirmação apreciada’ pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação da lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou foi exercitada; v) o autor tem o direito de ‘influir’ sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à ‘sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; viii) o autor tem o direito ao ‘procedimento’ adequado à situação de direito substancial carente de proteção.⁷⁷

Percorrido o caminho da inefetividade do processo civil clássico ao atual enquadramento do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, é hora de adentrarmos ao estudo das formas de tutela que, ao final, se mostrarão eficazes na proteção do direito à saúde, tema central deste trabalho.

⁷⁷ MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1, p. 221.

2. Nova classificação das tutelas jurisdicionais: tutela de remoção do ilícito e tutela inibitória

2.1. A necessária distinção entre ato ilícito e dano

Para adentrar ao estudo da aderência das tutelas jurisdicionais preventivas, especificamente as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, ao direito à saúde, faz-se necessário estabelecer a distinção entre *ato ilícito* e *dano*, a fim de que se tenha em mente que referidas espécies de tutela dirigem-se à prevenção do ato ilícito, pouco importando a ocorrência do dano.

De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, a confusão entre as categorias da ilicitude e do dano se deu por força da predominância de uma visão mercificante dos direitos, que enxergava apenas no ressarcimento em pecúnia a melhor forma de tutela dos direitos.⁷⁸ Para o mencionado autor, a influência do Estado Liberal no processo civil resultou na unificação dos institutos do ilícito civil e do dano, revelando-se, assim, o inequívoco viés patrimonialista do processo civil, fortemente preocupado em limitar os poderes de ingerência estatal na vida dos particulares.^{79 80}

Logo, tendo o dano como condição de acesso à tutela jurisdicional, negava-se por completo a possibilidade de tutelas preventivas direcionadas a impedir a prática do ato ilícito, restando carentes de proteção inúmeros direitos que não podem ser tutelados através do seu ressarcimento na forma específica e ainda mais pelo equivalente em dinheiro.⁸¹

Coroava esse sistema a utilização da ação cautelar e da sentença declaratória como mecanismos preventivos já que tais instrumentos, por suas próprias naturezas, são completamente ineficazes na função de impedir o ato contrário ao direito.⁸²

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

⁷⁹ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.

⁸⁰ Para SÉRGIO CRUZ ARENHART, “*embora essa imbricação de conceitos possa ser sentida já no direito romano tardio, tomou ela seu impulso definitivo com a afirmação do Estado Liberal*”. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 104.

⁸¹ Esse sistema foi coroado pelo artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico, segundo o qual todas as prestações de fazer ou não fazer, quando inadimplidas, deveriam ser convertidas em perdas e danos.

⁸² MARINONI, L. G. *Idem*, p. 58.

A ineficácia da sentença declaratória na tutela preventiva é manifestada na sua impossibilidade de coerção, ficando sujeita ao cumprimento espontâneo por parte do réu.^{83 84} De outro lado, a ação cautelar mostra-se completamente inadequada para a tutela preventiva de direitos na medida em que tem função apenas instrumental em relação à outra ação de conhecimento, de cunho eminentemente ressarcitório, pressupondo, portanto, a violação do direito e a ocorrência do dano.⁸⁵

Logo, nesse cenário de confusão entre as categorias do dano e do ato contraditório ao direito, em que se relegava às ações cautelares e às sentenças declaratórias a tarefa preventiva, determinados direitos de cunho não patrimonial, cuja tutela adequada não pode ter como pressuposto a ocorrência do dano, restavam completamente carentes de proteção.

No direito comparado, a Alemanha apresenta-se como exemplo de sistema que soube operar a distinção entre as categorias de dano e ilicitude. Segundo SÉRGIO ARENHART, *“perante este ordenamento, é clara a diferença entre o ‘ato contrário ao direito’ – a que se atribui a chamada ‘antijuridicidade objetiva’ – e o ‘delito’ (civil), considerado como ato ilícito culposo”*.⁸⁶

Na Itália, tal distinção passou a ser feita com maior precisão a partir da discussão sobre os artigos 2.599⁸⁷ e 2.600⁸⁸ do Código Civil italiano, que tratam da tutela jurisdicional dos atos de concorrência desleal.⁸⁹ Com efeito, a polêmica se deveu ao fato de referidos dispositivos preverem figuras passíveis de tutela jurisdicional que prescindiam do dano. Assim, gerou-se a inquietação sobre qual a natureza dessa tutela, que, rompendo com o dogma da reparabilidade, promoveu a primeira distinção legislativa entre ato contrário ao direito e danosidade.

Conforme brilhante lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART,

⁸³ MARINONI, L. G. *Idem, ibidem*.

⁸⁴ Nesse sentido é a lição, também, de BARBOSA MOREIRA. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva**. In *Temas de Direito Processual: segunda série*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 27.

⁸⁵ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 62.

⁸⁶ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 107.

⁸⁷ **Art. 2599 Sanzioni** - La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti (2600).

⁸⁸ **Art. 2600 Risarcimento del danno** - Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o com colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2056). In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza. Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume.

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz, **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.105. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

a primeira regra [art. 2.599 do CC Italiano] estabelece que o provimento judicial que reconhece a existência de atos de concorrência desleal tem condições de impedir sua continuação, bem como de oferecer mecanismos para que os efeitos dela sejam eliminados. Já o art. 2600 determina que, uma vez verificado que esses atos de concorrência desleal foram praticados com dolo ou culpa, abre-se, ao lado do direito acima reconhecido, a faculdade de indenização da vítima.⁹⁰

Assim, diante da inovação legislativa, a doutrina italiana teve que passar a trabalhar com essa distinção conceitual, consubstanciada na separação dos planos do ato contrário ao direito e do dano, dando azo ao nascimento de grandes debates sobre esta questão.⁹¹

No Brasil a confusão entre a noção de ato contrário ao direito e dano resiste nos planos doutrinário e legislativo. Com relação à doutrina, cabe citar a lição de MARIA HELENA DINIZ, para quem

o ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito, será imprescindível um dano oriundo da atividade culposa.⁹² Grifamos

Como se vê, mencionada autora confunde as categorias, dificultando sobremaneira a correta tutela, já que existem direitos que não podem esperar a superveniência do dano para o emprego das técnicas processuais.

Na seara legislativa, a imbricação entre as categorias pode ser encontrada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*. De uma leitura superficial do dispositivo transcrito pode-se concluir que o Código Civil de 2002, repetindo o de

⁹⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da Tutela Inibitória Coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.105/106.

⁹¹ O mesmo ocorreu com o dispositivo de lei que tratou de reintegração do trabalhador ao posto de trabalho. Tal inovação legislativa levantou o debate sobre uma sentença que ordenasse um fazer, inovando a construção do conceito de sentença mandamental no direito italiano.

⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 7, p. 45.

1916, coloca o dano como sendo pressuposto do dever de reparar e elemento do ato ilícito, o que, evidentemente, não constitui verdade.

Para o correto manejo das tutelas preventivas, há que se ter em mente a separação dos institutos do ato contrário ao direito e do dano, a fim de que se possam individualizar tutelas jurisdicionais contra a prática do ato contrário ao direito, mantendo incólumes direitos que não podem ser tutelados na forma reparatoria, isto é, depois de ocorrido o dano. Tal etapa é de fundamental importância nesse trabalho que pretenderá demonstrar a aderência das tutelas inibitória e de remoção de ilícito, preventivas, portanto, ao direito fundamental à saúde.

Assim, visando esclarecer bem a diferença entre os institutos em análise, cumpre trazer lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART, para quem o *ilícito* é um

*ato puramente 'contra ius' (qualificado negativamente pelo ordenamento jurídico), sem nenhum vínculo, nem efetivo, nem potencial, com o dano, considerado como prejuízo real e concreto, sentido no mundo físico.*⁹³

Portanto, fixada essa distinção, faz-se necessário ir atrás de uma classificação de tutelas que abranja a prevenção do ato ilícito, já que esse é o cenário ideal de tutela de alguns direitos, notadamente o direito à saúde, que não pode esperar a superveniência do dano para a sua proteção jurisdicional. É isso que se passa a fazer nesse momento.

2.2. Nova classificação das tutelas jurisdicionais

A contribuição da escola de CHIOVENDA para o Processo Civil foi enorme.⁹⁴ Em razão da profundidade dos estudos desenvolvidos a partir da concepção de processo da escola sistemática, esta ciência alcançou autonomia e amadureceu. No entanto, ao tempo que se evoluiu na definição de conceitos e solidificação de

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

⁹⁴ De acordo com MARINONI, deve-se a CHIOVENDA a assunção, pelos estudos do processo civil, de uma postura histórica-dogmática que, abandonando a influência francesa e a misera condição dos estudos do século XIX, elevou o processo civil à categoria de ciência. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 437.

institutos, abandonou-se por completo a relação existente entre processo e direito⁹⁵, criando-se sistemas paralelos sem qualquer imbricação.

Nesse contexto, surgiu a obra de LUDOVICO MORTARA, ressaltando o caráter público do processo e lançando as bases da aproximação com o direito material. Após MORTARA o processo nunca mais foi visto como algo exclusivamente privado, passando a ser um direito público de todos.⁹⁶

Logo, encarando-se o processo como direito público, ele passou a ter funções importantes no cenário político, mostrando-se como eficaz meio de resolução de conflitos e pacificação social.⁹⁷ Na medida em que o processo ganhou contornos de direito público subjetivo, fez-se necessária a sua ampliação para todos os indivíduos, surgindo, assim, a famosa corrente do *acesso à justiça*⁹⁸, segundo a qual todos devem ter direito de levar seus conflitos ao Poder Judiciário.

Ainda na onda crescente do acesso ao judiciário, delineou-se a corrente da instrumentalidade do processo, que estabelece a necessidade de técnicas processuais aptas à tutela adequada do direito material.⁹⁹ Iniciava-se a reconstrução do elo entre o processo e o direito substancial, que serve de premissa para as novas classificações das tutelas jurisdicionais propostas pela doutrina mais moderna e de que se tratará adiante.

Isso porque a classificação das tutelas a partir dos efeitos da sentença não atende o objetivo de proteger o direito material da forma adequada, já que o resultado esperado pelo autor da demanda importa muito mais do que os efeitos do provimento judicial.¹⁰⁰ Como se viu no primeiro capítulo deste trabalho, o termo tutela não designa apenas a sentença final, mas todos os procedimentos e técnicas necessários para o atendimento ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, de modo que o debate sobre se as sentenças devem ser classificadas em trinárias ou quinárias restou superado pela necessidade de se classificar as tutelas a partir do direito material levado a juízo.

⁹⁵ Para uma análise da relação entre direito e processo consultar a obra de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Direito e Processo**, RT, 2003.

⁹⁶ MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 438/439.

⁹⁷ Para o estudo dos escopos do processo verificar a obra **A Instrumentalidade do Processo**, de Cândido Rangel Dinamarco.

⁹⁸ Ver, por todos, CAPELETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**, Sérgio Fabris Editor.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 13ª ed. São Paulo: RT, 2008.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória, (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 458.

Ademais, as sentenças, sejam elas constitutivas, declaratórias, condenatórias, mandamentais ou executivas *lato sensu*, são apenas técnicas através das quais as tutelas pretendidas são operacionalizadas¹⁰¹, assim como as demais técnicas processuais criadas pelo legislador na conformação do direito constitucional de ação previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF.

Assim, pouco importa a natureza da sentença. A uma porque a sentença é apenas mais uma dentre as várias técnicas processuais; a duas porque o efeito do provimento judicial, na maioria das vezes, não provoca alterações no mundo dos fatos, de modo a proteger o direito do autor; a três porque o novo processo civil deve voltar seus olhos para o direito material, de forma que é o resultado concreto esperado pelo autor que deve pautar a nova classificação das tutelas.

Nessa linha de raciocínio, buscando formular uma classificação alinhada ao novo processo civil, sobretudo no que tange à aderência ao direito substancial, LUIZ GUILHERME MARINONI propõe o agrupamento das tutelas jurisdicionais a partir dos “*resultados obtidos no plano direito material*”.¹⁰²

Nessa empreitada, referido autor começa a tratar da nova classificação das tutelas jurisdicionais distinguindo-as em três grandes grupos: *tutelas contra o dano (ressarcitória)*, *tutelas reintegratórias (remoção do ilícito)* e *tutelas inibitórias (preventivas)*.¹⁰³ Tal distinção leva em conta a separação entre os conceitos de dano e ato ilícito e, principalmente, o objetivo do autor da demanda, perquirindo se a medida tem o escopo de prevenir o ato contrário ao direito (inibitória), remover os efeitos do ato contrário ao direito antes da ocorrência do dano (reintegratória ou de remoção do ilícito) ou, ainda, de obter o ressarcimento em razão do dano provocado (ressarcitória).

Assim, para MARINONI, a *tutela ressarcitória* “*seria a simples tutela que responde a um direito pecuniário equivalente ao valor do dano sofrido, ou, ainda a tutela alternativa à tutela específica*”.¹⁰⁴ Logo, tem-se claro que a tutela ressarcitória tem lugar após a ocorrência do dano, buscando ressarcir os prejuízos causados pelo

¹⁰¹ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 459.

¹⁰² MARINONI, L. G. *Idem*, p. 460.

¹⁰³ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 466.

¹⁰⁴ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 462.

mesmo ou, no caso da tutela ressarcitória na forma específica, restabelecer a “*situação que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido*”.¹⁰⁵

De outro lado, as *tutelas reintegratórias e inibitórias* são aquelas que operam antes da ocorrência do dano, ligando-se, portanto, à ameaça da prática do ato ilícito, no caso da inibitória, ou, ainda, ao ato contrário ao direito que praticado, não produziu danos, na hipótese da tutela de remoção do ilícito.

Em que pese a semelhança de tais tutelas jurisdicionais, uma vez que ambas prescindem da ocorrência do dano e da investigação acerca do elemento subjetivo, de acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, “*não há razão para confundir a inibitória com a tutela de remoção do ilícito (reintegratória)*”.¹⁰⁶ Prosseguindo na diferenciação das tutelas referidas, MARINONI assevera que

*há genuína prevenção no caso da tutela inibitória dirigida a prevenir ‘tout court’ o ilícito, uma vez que aí ainda não houve qualquer lesão a direito. Assim, e porque a tutela inibitória, mesmo quando objetiva apenas impedir a continuação de um ilícito, não pode ser confundida com a tutela de remoção de ilícito (reintegratória), não há como definir a tutela inibitória à margem da tutela de remoção do ilícito.*¹⁰⁷

Com base nesses três grandes grupos de tutelas jurisdicionais, voltadas ao direito material, MARINONI estabelece o seguinte quadro classificatório das tutelas, o qual se mostra plenamente apto a proteger todos os tipos de direito:

*i) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória na forma específica – arts. 461, 461-A1, CPC, e 84, CDC); ii) tutela reintegratória (de remoção do ilícito, arts. 461, CPC, e 84, CDC); iii) tutela de obtenção e de restituição de coisa (art.461-A, CPC); iv) tutela específica do adimplemento da obrigação contratual de fazer e de entregar coisa (inclusive no caso de cumprimento imperfeito – arts. 461, 461-A, CPC, e 84, CDC); v) tutela específica do dever legal de fazer (arts. 461, CPC, e 84, CDC); e vi) tutela inibitória (aí inseridas as tutelas inibitórias que tem por escopo prevenir ‘tout court’ a prática de um ato ilícito, as tutelas inibitórias destinadas a impedir a repetição ou continuação do ato ilícito, e as tutelas inibitórias relacionadas ao inadimplemento – arts. 461, CPC, e 84, CDC).*¹⁰⁸

¹⁰⁵ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 474.

¹⁰⁶ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 484.

¹⁰⁷ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 485.

¹⁰⁸ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 485/486.

Também com relação a esse tema, SÉRGIO CRUZ ARENHART propõe uma nova classificação das tutelas aderente ao direito material e fulcrada na correta distinção entre os conceitos de dano e ato ilícito e na natureza da proteção buscada em juízo, seja ela contra o ilícito ou contra o dano.¹⁰⁹

Trabalhando apenas com as tutelas relacionadas a prestações, isto é, que operam além do plano normativo¹¹⁰, ARENHART sistematiza dois grandes grupos, a saber: *i) Tutelas preventivas ou repressivas dirigidas contra o dano e ii) Tutelas preventivas ou repressivas dirigidas contra o ilícito.*¹¹¹

A *tutela repressiva contra o dano* é aquela que tem o objetivo de reparar o prejuízo causado pelo dano e constitui regra em nosso ordenamento jurídico, de acordo com o artigo 389 do Código Civil.¹¹² A reparação deve se dar, prioritariamente, na forma específica e, não sendo possível pela natureza do direito lesado, pelo equivalente em dinheiro.

A *tutela preventiva contra o dano* é aquela que busca evitar o dano ilícito por conta da demora na prestação jurisdicional.¹¹³ De acordo com ARENHART, a tutela preventiva contra o dano não se confunde com a tutela cautelar, pois, enquanto a primeira tem como pressuposto a presença apenas do perigo da demora, a segunda se funda no perigo de dano irreparável do direito, de modo que os conceitos de *periculum in mora* e perigo de dano irreparável não podem ser confundidos. Nesse ponto, cabe transcrever lição de ARENHART, para quem

*o perigo na demora representa a ameaça de uma lesão a direito decorrente, 'estritamente', da ação do tempo sobre o interesse; já o perigo de dano irreparável e iminente traz à mente a questão da ameaça da lesão ao interesse não mais apenas pela incidência do tempo, mas pela ação de algum agente externo (normalmente uma conduta humana), que é capaz de – no tempo, evidentemente – causar lesão ao direito.*¹¹⁴

¹⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

¹¹⁰ ARENHART, S. C. *Idem.*, p.117.

¹¹¹ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem.*

¹¹² Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹¹³ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 119.

¹¹⁴ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 120/121.

Assim, em que pese as inúmeras dúvidas que surgem da discussão entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, o que importa salientar para o presente trabalho é que a tutela preventiva contra o dano é a espécie de tutela jurisdicional voltada para o futuro que pode ser manejada após a ocorrência do dano, não se confundindo, portanto, com as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, que tem como premissa, justamente, evitar a prática de ato contrário ao direito ou remover o ato ilícito antes da produção do dano. Tais tutelas passam a ser estudadas a partir de agora.

No tocante às tutelas contra o ato ilícito, há que se diferenciar as *tutelas repressivas* das *tutelas preventivas*. No grupo das tutelas repressivas estão as *tutelas reintegratórias* ou *repristinatórias* e as *tutelas do adimplemento*. De outro lado, a *tutela preventiva* contra o ilícito é a *tutela inibitória*, seja ela na sua forma negativa ou positiva.

A *tutela reintegratória* ou *repristinatória* é a tutela de remoção do ilícito, que tem o objetivo de “*eliminar os efeitos concretos do ilícito praticado, sem, todavia, ingressar no campo dos danos eventualmente produzidos por essa atividade*”.¹¹⁵ Ainda no campo das tutelas repressivas contra o ilícito, há que se mencionar a existência da *tutela do adimplemento* que, na lição de ARENHART, é a tutela que se volta “*para a realização positiva da obrigação ‘contratual’ assumida*”.¹¹⁶

A distinção essencial entre mencionadas tutelas, ainda na lição do eminente processualista citado, estaria no fato de que a tutela do adimplemento, ao contrário da tutela de remoção do ilícito, demanda a análise da presença do elemento subjetivo no descumprimento da obrigação contratual assumida.¹¹⁷ Ainda assim, ambas as espécies de tutela jurisdicional prescindem do dano para sua operacionalização.¹¹⁸

A *tutela inibitória* é a modalidade de tutela preventiva por excelência, já que ela se volta completamente para o futuro, visando evitar a prática, repetição ou continuidade do ato ilícito. É, por certo, a tutela mais adequada na proteção da saúde e

¹¹⁵ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 125.

¹¹⁶ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 126.

¹¹⁷ ARENHART, S. C. *Idem*, *ibidem*.

¹¹⁸ “A tutela de remoção do ilícito, assim como a tutela inibitória, não é uma tutela contra o dano”. MARINONI, L. G., **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 155.

dos demais direitos de personalidade, já que prescinde completamente do elemento dano, pressuposto indispensável para a correta tutela desses tipos de direitos.

Finalmente, há que se diferenciar a tutela cabível contra o *ato ilícito continuado* e a tutela manejável em face do *ato ilícito de efeitos permanentes ou de eficácia continuada*. Dúvidas não há de que para ambos os casos recomenda-se a *tutela repressiva contra o ato ilícito*.¹¹⁹ No entanto, em se tratando de ilícito continuado, por se assemelhar “a um ilícito que se repete diária e incessantemente”¹²⁰, a tutela a ser requerida pelo autor é a tutela inibitória, já que busca não suprimir os efeitos do ato, mas sim evitar nova prática do ato. De outra banda, quando se tratar de ilícito de eficácia continuada, ou seja, aquele que praticado no passado projeta apenas seus efeitos para o futuro, a tutela cabível é a reintegratória, já que o objetivo será remover os efeitos do ato ilícito já consumado.¹²¹

Além da perfeita aderência ao direito substancial, a nova classificação das tutelas jurisdicionais proposta pelo processualista SÉRGIO CRUZ ARENHART revela profunda importância prática, pois reflete “na questão do ônus da afirmação e no conseqüente ônus da prova”¹²², definindo o âmbito de produção probatória de cada demanda conforme o direito substancial discutido e quebrando, assim, completamente o mito da uniformidade procedimental.

Portanto, tratadas das novas classificações das tutelas, é hora de analisar um pouco mais a fundo duas espécies dessas tutelas, pela relevância que apresentam na proteção do direito à saúde, a saber: a tutela de remoção do ilícito e a tutela inibitória.

2.3. Tutela de remoção do ilícito

Nesse momento do nosso trabalho o objetivo não é tratar das tutelas jurisdicionais diferenciadas de forma exaustiva, mas apenas delinear as duas principais espécies de tutela que, a nosso ver, mais aderem ao direito fundamental à saúde, quais sejam, a *tutela de remoção do ilícito* e a *tutela inibitória*. Tais tutelas, pelo tratamento

¹¹⁹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 135.

¹²⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 136.

¹²¹ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

¹²² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 130.

que dão aos direitos substanciais, revelam-se verdadeiros instrumentos processuais de efetivação de direitos fundamentais, razão mais do que suficiente para que sejam estudadas.

A tutela de remoção do ilícito, também chamada de tutela reintegratória¹²³ ou repristinatória, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, “*como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu*”.¹²⁴ Assim, esta modalidade de tutela jurisdicional possui um caráter repressivo com relação ao ato contrário ao direito (e preventivo no tocante ao dano), mostrando-se eficaz na proteção de direitos absolutos, que não podem ter seu valor pecuniário determinado.¹²⁵

Como se viu, existe uma distinção entre o ilícito continuado e o ato ilícito de eficácia continuada ou de efeitos permanentes.¹²⁶ O ilícito continuado, por ser aquele que se repete em determinado espaço de tempo, ou seja, continua a ser praticado de forma contínua, deve ser inibido através da tutela inibitória. De outro lado, os efeitos permanentes de determinado ato ilícito devem ser removidos através da tutela de remoção do ilícito, já que não se deseja mais evitar a prática do ato, o qual já foi consumado anteriormente. Essa é a conclusão dos eminentes processualistas LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART.¹²⁷

Ademais, por se tratar de tutela voltada contra o ato ilícito, não há que se perquirir acerca do elemento subjetivo (culpa ou dolo), bastando a demonstração de sua contrariedade ao direito.

Pela perfeita adequação à tutela de determinados direitos, o fundamento da ação de remoção do ilícito é o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação judicial.¹²⁸ No Direito brasileiro, a tutela reintegratória encontra agasalho nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, que

¹²³ Na lição de MARINONI: “A tutela de remoção do ilícito é uma tutela reintegratória, no sentido de que reintegra, forçadamente, o direito que foi violado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84 CDC)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 205.

¹²⁵ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 207.

¹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 136. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152/155.

¹²⁷ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*. MARINONI, L. G. *Idem, ibidem*.

¹²⁸ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 206.

consagraram tutelas jurisdicionais diferenciadas e atípicas em nosso sistema processual, possibilitando, assim, a conformação constitucional das técnicas processuais.

Os exemplos de aplicação da tutela de remoção do ilícito na proteção da saúde trazidos por CLAYTON MARANHÃO bem demonstram a eficácia dessa espécie de tutela jurisdicional, razão pela qual, faz-se necessário transcrever trecho de sua obra:

No que se refere aos produtos não registrados nos órgãos governamentais de fiscalização, ilícita é a sua colocação no mercado, sendo efetivada a tutela de remoção mediante mandado busca e apreensão (técnica subrogatória). Quanto aos serviços ou atividades produtivas não autorizados ou licenciados, portanto ilícitos, podem ser objeto de tutela de remoção efetivada mediante suspensão ou até fechamento do estabelecimento (se a atividade for exclusivamente aquela ilícita), tudo com o objetivo de cessar a atividade nociva à saúde.

Medicamento já colocado no mercado e estando com o prazo de validade vencido ou sendo falsificados, adulterados, deteriorados, com vícios de informação na bula, não registrados ou de qualquer modo impróprios para o consumo e portanto nocivos ou perigosos à saúde humana, também podem ser objeto de tutela de remoção do ilícito efetivada com busca e apreensão.

Por fim, reitere-se o cabimento de tutela de remoção do ilícito efetivada mediante interdição de hospital com elevado índice de infecção hospitalar, com ou sem Comissão Interna de Controle, ou entidade que utilize técnicas e métodos de engenharia genética, objetivando colocar no mercado produtos transgênicos, sem ter criado Comissão Interna de Biossegurança.¹²⁹

Portanto, diante dos exemplos citados, tem-se como evidente a perfeita adequação da tutela de remoção do ilícito à proteção da saúde. Impõe-se, nesse momento, o estudo dos contornos da tutela inibitória.

2.4. Tutela Inibitória

A tutela inibitória é, sem sombra de dúvida, a mais efetiva modalidade de proteção jurisdicional de direitos absolutos. Isso porque referida espécie de tutela não tem como pressuposto a ocorrência do dano, voltando exclusivamente à prevenção da prática, repetição ou continuação do ato ilícito.

¹²⁹ MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde**, (arts. 83 e 84 do CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265/266.

É, portanto, “*genuína forma de tutela preventiva*”¹³⁰, adequando-se perfeitamente à proteção da saúde, objeto de estudo do nosso trabalho.

Com efeito, cabe abrir um parêntese para deixar claro que o objetivo desta etapa do estudo é analisar os contornos gerais da tutela inibitória para, posteriormente, adentrar ao estudo específico de alguns temas que lhe são pertinentes como, por exemplo, a dimensão da prova e os meios de execução. Desse momento, este tópico se aterá ao conceito, fundamento e às espécies dessa modalidade de ação.

Como visto, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada se desdobra no direito ao *procedimento mais adequado*, no direito à *técnica antecipatória*, no direito ao *provimento judicial eficaz* e, ainda, no direito ao *meio executivo eficaz*.¹³¹ Assim, a tutela oferecida ao jurisdicionado deve ser “*adequada, efetiva e tempestiva*”.¹³² Nesse contexto, a tutela inibitória, por ter como objetivo impedir a prática, a continuação ou a repetição do ato ilícito, antes mesmo da ocorrência do dano, se revela como meio perfeitamente compatível com a nova conformação constitucional do direito de ação.

De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, o fundamento da tutela inibitória é o próprio inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “*nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. (grifamos)

Ao se referir expressamente sobre a ameaça da lesão a direito, o Constituinte de 1988 estabeleceu de forma inequívoca a possibilidade de uma tutela genuinamente preventiva, apta, portanto, à proteção dos inúmeros direitos qualificados como invioláveis pelo ordenamento jurídico pátrio.¹³³

Para SÉRGIO CRUZ ARENHART, não obstante a previsão constitucional do direito fundamental à tutela adequada, as regras que disciplinam a ação inibitória no plano infraconstitucional podem ser encontradas nos artigos 461 do CPC e 84 do

¹³⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**, A ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC. 2ª ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

¹³¹ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 195.

¹³² MARINONI, L. G. *Idem*, p. 198.

¹³³ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 194.

CDC.¹³⁴ Segundo o mencionado autor, o artigo 461 do CPC trata da tutela inibitória no plano privado, enquanto o artigo 84 do CDC permite a adequada proteção jurisdicional preventiva no âmbito coletivo.¹³⁵

Ainda delineando os traços fundamentais da ação inibitória, importa mencionar que, além de objetivar impedir a prática, continuação ou repetição de atos contrários ao direito, tal modalidade de tutela jurisdicional pode resultar em três espécies de prestações: *prestação de abstenção*, *prestação de tolerar algo* e *prestação de ação*.¹³⁶ Nos dois primeiros casos está-se diante da *tutela inibitória negativa* e, no terceiro caso, da *tutela inibitória positiva*.¹³⁷

Conforme lição de MARINONI, a existência da tutela inibitória positiva decorre da natureza do direito material, já que alguns direitos dependem, para sua correta proteção, de prestações positivas por parte do demandado.¹³⁸

Portanto, pelo desenho da tutela inibitória, sobretudo pela sua plasticidade, conclui-se que tal modalidade de tutela jurisdicional, ao lado da tutela de remoção de ilícito, revela-se como meio eficaz de proteção processual de direitos, em plena conformidade com o Estado constitucional que presenciamos.

Demonstrados os traços mais importantes das tutelas contra o ilícito, cumpre, nesse momento, adentrar ao tema do direito fundamental à saúde, a fim de que reste demonstrada a aderência das tutelas jurisdicionais referidas – e de suas técnicas processuais – a este direito substancial de suma relevância.

¹³⁴ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 220.

¹³⁵ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

¹³⁶ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 223.

¹³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 223/226, MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199/205. *Idem*. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p. 134.

¹³⁸ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 202.

3. O Direito fundamental à saúde

3.1. O Direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal,

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

Da simples leitura deste dispositivo constitucional pode-se verificar a importância que o Constituinte de 1988 deu à saúde, haja vista que nenhuma Constituição anterior havia tratado o tema dessa forma, restringindo-se a disciplinar as competências na área de saúde.

Além de tratar de forma específica do direito à saúde no Título destinado à Ordem Social (artigos 196 a 200), o Constituinte de 1988 foi mais longe, incluindo este direito no rol de direitos sociais do artigo 6º, do Título II, da Lei Maior, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, qualificando, portanto, o direito à saúde como um direito fundamental social.

Logo, no escólio de ROGÉRIO GESTA LEAL, “*ele [o direito à saúde] se apresenta como direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por esta razão inviolável*”.¹³⁹ Isso porque não se pode negar que a saúde está diretamente ligada ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme inciso III, do artigo 1º, da Carta Magna.¹⁴⁰

¹³⁹ LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** In Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6, p. 1525.

¹⁴⁰ De acordo com ROGÉRIO GESTA LEAL, a saúde deve ser entendida como “*condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana*”¹⁴⁰, qualificando-se, ainda, segundo mencionado autor, em verdadeiro “*indicador constitucional parametrizante*”. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** In Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6, p. 1529. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e os seus reflexos práticos, ver BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

No plano internacional, e até mesmo como fonte do artigo 196 da Constituição Federal de 1988¹⁴¹, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu artigo XXV, tratou da saúde estabelecendo que

toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Já no direito comparado, a saúde é um direito previsto nas Constituições do Paraguai, Argentina, Holanda, Espanha, Grécia, França e Itália.¹⁴²

Assim, é inegável a fundamentalidade do direito à saúde, seja no plano formal, uma vez que se encontra positivada na Constituição de 1988 e em tratados internacionais, seja no plano material, já que ninguém pode ter uma vida minimamente digna sem saúde.¹⁴³

Com efeito, no que tange à classificação à proteção da saúde no quadro dos direitos fundamentais, segundo INGO SARLET,

o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.¹⁴⁴

Visando dar concretude ao direito fundamental à saúde, foi editada a Lei n. 8.080/90, que criou um sistema de saúde integrado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações

¹⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**, 2ª ed. São Paulo: LTR, 1987, p. 31.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In *Direito e Democracia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 87.

¹⁴³ De acordo com INGO WOLFGANG SARLET, a fundamentalidade formal do direito à saúde tem como corolários a supremacia hierarquia das normas que positivam mencionado direito; a diferença no processo de alteração de tais normas e a aplicabilidade direta e imediata do direito à saúde. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In *Direito e Democracia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 86.

¹⁴⁴ SARLET, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In *Direito e Democracia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 87, p. 92.

mantidas pelo Poder Público. Essa estrutura compõe o Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁴⁵

De acordo com a Lei n. 8.080/90, a prestação dos serviços de saúde competirá ao Sistema Único de Saúde, tendo por princípios

*a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.*¹⁴⁶

Portanto, a saúde é um *dever do Estado* que deve ser cumprido por todos os entes políticos que integram a Federação, podendo ser exigida por todos os indivíduos, já que este *direito subjetivo* lhes foi outorgado pela Constituição Federal. Para INGO SARLET, a saúde é mais do que apenas um direito público subjetivo, pois se volta também contra particulares, de modo que as prestações e abstenções relacionadas à saúde são os direitos muito amplos, tendo em vista sua essencialidade a uma vida digna.¹⁴⁷

Diante do crescente número de demandas judiciais relacionadas aos serviços de saúde e ao fornecimento de medicamentos, doutrina e jurisprudência têm construído argumentos com o objetivo de impedir a concretização de direitos fundamentais por meio do Poder Judiciário, sob a alegação de que estaria ocorrendo verdadeira *judicialização da saúde*. Os principais argumentos levantados por aqueles que acreditam que o Poder Judiciário não seria o espaço correto para a efetivação do direito à saúde são a *reserva do possível*¹⁴⁸ e a *falta de legitimidade democrática dos juízes* na determinação de políticas públicas.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Artigo 4º da Lei n. 8.080/90.

¹⁴⁶ Artigo 7º, I, II, III e IV, da Lei n. 8.080/90.

¹⁴⁷ SARLET, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** In Direito e Democracia, v. 3, n. 1, 2002, p. 87, p. 95.

¹⁴⁸ Com relação à reserva do possível frente à efetivação de direitos fundamentais sociais, verificar o trabalho de OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade Frente À Reserva do Possível.** Juruá, 2008.

¹⁴⁹ SARLET, I. W. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** In Direito e Democracia, v. 3, n. 1, 2002, p. 98.

No entanto, ainda que não constitua objeto de análise desta monografia, de antemão já se pode dizer que tais argumentos não merecem prosperar diante do direito fundamental à saúde. A uma porque a reserva do possível não pode ser alegada diante do direito à saúde quando o indeferimento da medida puder causar dano irreparável, sendo que tal direito integra o núcleo mínimo de direitos fundamentais necessários para uma vida com dignidade; a duas porque, ainda que os juízes não sejam eleitos pelo povo através do voto, a legitimidade do processo judicial decorre do procedimento transparente e aberto que vem sendo deflagrado nas instâncias judiciais, mostrando-se a decisão judicial muitas vezes mais democrática do que leis emanadas do Poder Legislativo.¹⁵⁰ Ademais, é de se perquirir se o conceito de legitimidade democrática formal prevalece diante da legitimidade democrática substancial, que busca conferir a todos igual respeito e consideração.¹⁵¹

Assim, ainda que a reserva do possível e a separação dos poderes realmente possam constituir limitações à eficácia de alguns direitos sociais, como assevera INGO SARLET, é de se concordar com esse mesmo autor quando diz que a medida judicial relacionada à prestação não poderá ser indeferida se acarretar dano irreversível ao bem jurídico.

Cumpra, portanto, transcrever lição do constitucionalista citado:

¹⁵⁰ Buscando demonstrar a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO traz onze argumentos que se mostram aptos a revelar o papel de garante que o Poder Judiciário exerce com relação à Constituição. O primeiro argumento diz respeito ao controle do Poder pelo Poder, mostrando-se o Judiciário como meio adequado para a manutenção do sistema de freios e contrapesos; o segundo argumento se relaciona à deficiência de legitimidade do sistema representativo dos Poderes Executivo e Legislativo, já que os integrantes de tais poderes, na prática, atuam quase sempre na proteção dos interesses de pequenos grupos e não de toda a sociedade; o terceiro argumento reside na necessidade de se criar mecanismos judiciais de interpretação das leis que resolvam a deficiência representativa mencionada anteriormente; o quarto argumento diz respeito à conformidade das idéias parlamentares e dos tribunais, diante dos procedimentos de escolha dos seus integrantes; o quinto argumento faz referência ao Poder Judiciário como garantir do funcionamento do processo político de escolha dos integrantes dos demais Poderes; o sexto argumento diz respeito à função jurisdicional de garantia de direitos fundamentais instituídos pela vontade popular manifestada como Poder Constituinte; o sétimo argumento defende a imparcialidade dos juízes em relação aos processos políticos, o que lhes confere uma posição de imparcialidade; o oitavo argumento reside na necessidade constitucional de fundamentação das decisões judiciais que, além disso, devem ser públicas; o nono argumento se respalda no efetivo processo de evolução pelo qual a sociedade tem passado através da ampliação das funções judiciais; o décimo argumento se relaciona à importante função que o Poder Judiciário exerce ao garantir a supremacia e a força normativa da Constituição, fazendo-a prevalecer sobre os erros dos poderes constituídos; por fim, o último argumento repousa na previsão constitucional do controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos a ser exercido pelos juízes e tribunais, legitimando, portanto, a Jurisdição Constitucional. SAMPAIO, José Adércio. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 61.

¹⁵¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**, Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reservas parlamentares em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para o atendimento de todos os direitos sociais fundamentais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre que nos encontrarmos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente em se cuidando da saúde, da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.¹⁵²

Pelo exposto, pode-se concluir que a saúde é um direito fundamental social amplo e que o Poder Judiciário pode sim ser espaço de concretização desse direito na omissão dos demais Poderes Públicos na proteção deste bem jurídico.

Antes de adentrar à análise de como as tutelas inibitória e de remoção do ilícito podem servir à proteção da saúde, cumpre estudar a questão da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos perante o novo processo civil que se descortina, situando o direito à saúde nesse quadro.

3.2. A tutela coletiva do direito à saúde

Não há como tratar da tutela jurisdicional da saúde sem adentrar ao tema da tutela coletiva. É isso porque a proteção da saúde se revela muito importante na sociedade de massa atual, em que as relações deixam de ser atomizadas para abranger um grande número de pessoas, tanto no pólo passivo quanto no pólo ativo.¹⁵³

Assim, nesse momento serão estudados os conceitos de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, perquirindo-se em qual categoria destas a saúde se encontra e as eventuais consequências desse enquadramento no processo civil.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** In *Direito e Democracia*, v. 3, n. 1, 2002, p. 87.

¹⁵³ Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, há direitos e conflitos que “por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se dotarem novas formas de participação”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jun./78, p. 113.

Gize-se que essa classificação tem relevância para o presente trabalho exatamente pela qualificação dada ao direito à saúde pelo Legislador Constituinte, que o incluiu no rol de *Direitos Sociais* do artigo 6º, da Lei Maior.

De acordo com CRETELLA JR.,

o vocábulo social, empregado na Constituição de 5 de outubro de 1988, tem sentido marcadamente político e econômico, figurando nas expressões “direitos sociais” e “previdência social”, merecendo, por isso, do intérprete particular atenção, mas a primeira observação que cabe ao analista é a de que, nas regras jurídicas constitucionais, o sentido do social é contraposto à acepção individual, como a idéia do atributo público, na expressão interesse público, porque antinômica, com a idéia do qualificativo privado, na expressão interesse privado.¹⁵⁴

Portanto, a saúde, enquanto direito fundamental social, é um direito de interesse público e sua correta tutela é imprescindível na consecução dos objetivos da República constantes no artigo 3º da Constituição Federal, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como se trata, com efeito, não só de direito individual, mas, também, de interesse coletivo, a saúde deve ser tutelada por meio das ações coletivas. Em nosso ordenamento, formam o aparato legislativo que dá respaldo a tais ações a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), aplicando-se, ainda, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil Brasileiro. A esse sistema agregam-se outras leis esparsas como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.068/90) e a Lei de Abuso de Poder Econômico (n. 8.884/94), permitindo-se, segundo SÉRGIO CRUZ ARENHART, “*perante o ordenamento nacional, a proteção de qualquer espécie de interesse coletivo virtualmente imaginável, ou, ainda de qualquer interesse de massa, pela via*

¹⁵⁴ CRETELLA JR., **II Comentários à Constituição de 1988**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 875.

coletiva".¹⁵⁵ A aplicação da LACP e do CDC em conjunto decorre da disposição constante no artigo 21 da LACP, segundo o qual, aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor atinentes à defesa do consumidor em juízo.

E é justamente do Código de Defesa do Consumidor que vem os conceitos de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, os quais são passíveis de proteção mediante ações coletivas. Assim estabelece o parágrafo único do artigo 81 de referido diploma legal:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Segundo lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART¹⁵⁶, são direitos realmente coletivos apenas os direitos difusos e aqueles por ele chamados de direitos coletivos *stricto sensu*, os quais não possuem sujeitos titulares determinados. De acordo com referido autor, os direitos individuais homogêneos são "*direitos individuais de massa*"¹⁵⁷ e são disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor apenas "*porque recebem tutela coletiva*".¹⁵⁸

Portanto, direitos coletivos é gênero que abrange duas espécies: direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome diz, são direitos individuais que, por razões de várias ordens, recebem tutela coletiva, mas em nada se confundem com as demais categorias tratadas pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Para SÉRGIO CRUZ ARENHART,

¹⁵⁵ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153. Tramita no Congresso Nacional o Ante-Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, que pretende uniformizar e unificar o sistema de tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Com relação à tutela coletiva de direitos, ver VENTURI, Elton. **Processo Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁵⁶ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

¹⁵⁷ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

¹⁵⁸ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 154.

a diferença essencial entre os direitos difusos e os direitos coletivos (stricto sensu) está na possibilidade de delimitação da coletividade a quem pertence o interesse. Os interesses difusos pertencem, naturalmente, a pessoas indeterminadas, disseminadas na sociedade, e que, por meras circunstâncias fáticas, estão ligadas ao bem jurídico objeto de proteção. Já os interesses coletivos (stricto sensu) têm como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas; tais pessoas ligam-se entre si ou com o agente da lesão ao direito por uma relação jurídica base.¹⁵⁹

Com relação aos direitos individuais homogêneos, na lição do eminente ARENHART,

contrariamente ao que ocorre com as duas outras categorias de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva, por meio de uma única ação.¹⁶⁰

Como exemplo de direitos difusos, ARENHART menciona o direito a um meio ambiente hígido, à cultura e à saúde pública. Já o direito dos índios às suas terras e os direitos dos consumidores são exemplos de interesses coletivos em sentido estrito.¹⁶¹ Por fim, como direitos individuais homogêneos podem ser enquadrados todos os direitos individuais, dentre eles os direitos de personalidade.¹⁶²

Conceituados os interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, pode-ser concluir que *o direito à saúde pode assumir qualquer uma destas feições*, dependendo apenas da forma como o autor da demanda o leve a juízo.¹⁶³

¹⁵⁹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 156.

¹⁶⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 157.

¹⁶¹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 156/157.

¹⁶² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 155.

¹⁶³ Conforme lição de KAZUO WATANABE, “o que importa para os fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso.” Para exemplificar o raciocínio referido autor menciona o caso de uma publicidade enganosa, asseverando que a natureza do direito dependerá do conflito levado a juízo. Se o pedido do autor restringir-se à retirada do outdoor com a publicidade enganosa, o direito será difuso. De outro lado, se, após adquirir a mercadoria por força da influência da propaganda enganosa, o autor pedir indenização, o direito será individual, ainda que homogêneo In **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 811.

Com efeito, à saúde pública, enquanto bem de natureza transindividual e pertencente a sujeitos completamente indetermináveis, constitui exemplo de *direito difuso*. Nesse sentido é a lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART¹⁶⁴ e CLAUDIA LIMA MARQUES.¹⁶⁵

Quando se fala em saúde pública não estão em jogo a saúde individual e a saúde de um determinado grupo de pessoas como, por exemplo, os segurados do Sistema Único de Saúde. Nesse caso, o direito à saúde tem relação com a proibição de atitudes perigosas nas relações de consumo e com a omissão ou prestação de serviços públicos, sem a mais remota possibilidade de determinação dos sujeitos titulares desse direito. Assim, se determinado córrego a céu aberto estiver causando doenças aos moradores de determinada cidade, poderá ser ajuizada demanda com o objetivo de impelir o poder público a sanar esse problema, protegendo-se, portanto, a saúde pública. Da mesma forma a proteção da saúde pública se revela na possibilidade de inibição de propagandas enganosas relacionadas a medicamentos. Nessa hipótese, serão beneficiados todos os consumidores que, se influenciados pela peça comercial, poderiam ser lesados pelo medicamento.

Como já se disse, visando dar concretude ao direito fundamental à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal, foi editada a Lei n. 8.080/90, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS. O Sistema Único de Saúde é responsável pela prestação dos serviços de saúde e pela realização de políticas públicas relacionadas à saúde, atuando com base nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade das prestações assistenciais. Assim, todos os indivíduos devem ter amplo acesso aos serviços de saúde, sem que a legislação infraconstitucional ou atos administrativos possam criar qualquer restrição a esse direito fundamental.¹⁶⁶

De acordo com LUIS ROBERTO BARROSO, até o surgimento do SUS, com a Constituição de 1988, vigorava um regime em que apenas os trabalhadores inseridos no regime formal, isto é, com vínculo empregatício, possuíam assistência estatal à

¹⁶⁴ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

¹⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima (*et alii*). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 975.

¹⁶⁶ RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-12-99, DJ de 10-3-00.

saúde.¹⁶⁷ Dessa maneira, por atender apenas aqueles que contribuía diretamente, grande parte dos brasileiros estavam excluídos de qualquer assistência médica pública, dependendo, nas palavras de BARROSO, de caridade pública.

Contudo, ao instituir o Sistema Único de Saúde, calcado no princípio da universalidade da prestação de saúde, houve severa mudança nesse cenário, passando o serviço de saúde público a não ser mais financiado diretamente por seus usuários, mas sim pela Seguridade Social¹⁶⁸, consoante se depreende do artigo 31 da Lei n. 8.080/90.¹⁶⁹

Assim, todos os brasileiros, independente de vínculo empregatício, passaram a ser segurados do Sistema Único de Saúde, sendo-lhes, portanto, assegurados os serviços públicos de saúde.¹⁷⁰

Nesse contexto, o direito à saúde assumiu feição de *direito coletivo em sentido estrito*, já que, automaticamente, todos os brasileiros adquiriam a qualidade de titulares de relações jurídicas com o Estado, que deverá lhes proporcionar todos os meios necessários à proteção da saúde, sob pena de descumprir um dever constitucionalmente assumido. Essa conclusão pode ser extraída do conceito de interesses ou direitos difusos de KAZUO WATANABE, para quem o traço que diferencia os direitos difusos dos coletivos

é a determinabilidade das pessoas titulares [dos direitos coletivos], seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação

¹⁶⁷BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial**, p. 13. In <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acessado em 22/09/2009.

¹⁶⁸ A Seguridade Social está disciplinada na Seção I, do Capítulo II, do Título VIII, da Constituição Federal de 1988, e, nos termos do disposto no artigo 194 da Lei Maior, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social calcado na universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

¹⁶⁹ Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias

¹⁷⁰ De acordo com LUIS ROBERTO BARROSO, por força do disposto no artigo 196, da Constituição de 1988, “*todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito a saúde*”. In **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial**, p. 14 In <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acessado em 22/09/2009.

*de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um sistema habitacional ou **contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro**, estudantes de uma mesma escola etc.).*¹⁷¹

Portanto, dúvida não há de que a saúde pode assumir a face de direito coletivo em sentido estrito, já que a Constituição de 1988 outorgou a todos nós a qualidade de segurados do Sistema Único de Saúde, ligando-nos ao Estado através do dever universal de prestar serviços adequados de saúde.

Por fim, deve-se ainda mencionar que saúde é um direito individual que pode ser tutelada na via coletiva quando se apresentar como direito individual homogêneo, dependendo apenas do pedido formulado pelo autor na inicial.

Que a saúde é um *direito individual* não se duvida, já que o respeito à integridade física está estritamente vinculado à dignidade da pessoa humana, que constitui pressuposto para o exercício de todos os demais direitos de personalidade como, por exemplo, a vida, a honra e a imagem. É nessa perspectiva que ROGÉRIO GESTA LEAL define o direito à saúde como o direito

à proteção da pessoa humana contra quaisquer ameaças ou agressões que derivem das condições próprias dos locais de trabalho, da cidade ou de qualquer outro ambiente do mundo da vida,¹⁷² sendo, portanto, um “*direito primário e absoluto, a partir do qual os demais direitos podem ser exercidos, e por esta razão inviolável.*”¹⁷³

Com efeito, ao mencionar a saúde pública como exemplo de direito difuso, SÉRGIO CRUZ ARENHART atenta para a necessidade de diferenciá-lo do “*direito individual à saúde, nitidamente um direito individual*”.¹⁷⁴

O direito individual à saúde pode apresentar também a nota da homogeneidade, dependendo da forma como se apresente o objeto litigioso. Como se viu, os *direitos individuais homogêneos* são aqueles de natureza tipicamente individual, com titulares definidos, mas que têm origem comum e devem ser tutelados mediante ações coletivas

¹⁷¹ WATANABE, Kazuo (*et alii*). **Código de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do Anteprojeto)**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.p, 805.

¹⁷² LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades**. In *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6, p. 1526.

¹⁷³ LEAL, R. G. *Idem*, p. 1525.

¹⁷⁴ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

para evitar decisões conflitantes e otimizar a prestação jurisdicional.¹⁷⁵ Nesse sentido, em determinados casos a saúde poderá ser considerada um direito individual homogêneo, tendo como via de efetivação as demandas coletivas.

É o caso da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para que o medicamento TAMIFLU, indicado para a Gripe A, fosse liberado para todos os pacientes que apresentassem os sintomas antes do prazo de 48 horas estabelecido no Protocolo da Secretaria Estadual de Saúde. Nesse exemplo, um direito de natureza individual constitui objeto litigioso de ação civil pública, já que a nota comum são os sintomas da Gripe H1N1.¹⁷⁶

Pode-se ainda citar outro caso em que se pretendeu a tutela coletiva da saúde enquanto direito individual homogêneo através da ação civil pública, mas o Poder Judiciário não enxergou a nota da homogeneidade no objeto em litígio. Em 2006 o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública requerendo a o fornecimento dos medicamentos INTERFERON PEGUILADO e RIBAVIRINA a todos os pacientes do Sistema Único de Saúde residentes no Estado do Paraná que apresentassem diagnóstico de Hepatite C crônica.¹⁷⁷ Ao julgar a demanda, o MM. Juiz Federal Substituto da 5ª Vara Cível Federal de Curitiba extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, entendendo que “os direitos postos à apreciação do Juízo não podem ser considerados individuais homogêneos”, razão pela qual, segundo o Magistrado, “a ação civil pública não é o veículo processual adequado”. Embasou o raciocínio do julgador o fato de alguns dos seis genótipos da Hepatite C apresentarem variações, para as quais os medicamentos INTERFERON PEGUILADO e RIBAVIRINA, requeridos pelo Ministério Público Federal, não eram indicados. Assim, para o magistrado, não se estaria diante de fatos equivalentes ou decorrentes de origem comum, aptos, portanto, a qualificar a saúde como direito individual homogêneo, na medida em que cada caso deveria ser analisado

¹⁷⁵ De acordo com lição de MARINONI e ARENHART, “os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras espécies de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem - e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado - proteção coletiva, através de uma única ação. Assim deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese, ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução unívoca” (**Manual do Processo de Conhecimento**, 3ª ed., São Paulo: RT, 2004).

¹⁷⁶ Ação Civil Pública n. 2009.70.00.017241-2/PR.

¹⁷⁷ Ação Civil Pública n. 2006.70.00.000547-6/PR.

separadamente, a fim de se evitar, com a tutela genérica, desperdício de dinheiro público e lesão a direito de outras pessoas que necessitam dos medicamentos do Sistema Único de Saúde.

Contudo, não existissem as variações nos seis genótipos da Hepatite C e, ainda, no caso do medicamento prescrito para a Gripe H1N1, dúvidas não há de que o direito à saúde apresenta-se como direito individual homogêneo, devendo ser tutelado por meios das ações coletivas.

As ações mencionadas bem demonstram a timidez com que o Poder Judiciário vem tratando o tema da tutela coletiva de direitos, impondo restrições e deixando de agir da forma como esperado. Com efeito, ainda que existam variações nos genótipos da Hepatite C, certo é que a tutela inibitória coletiva é o meio mais eficaz de tutela da proteção da saúde, de modo que não poderia o Magistrado ter se negado a enfrentar o objeto em litígio.

Da mesma forma na ação civil pública n. 2009.70.00.017241-2, que trata do fornecimento do TAMIFLU para os casos suspeitos de gripe H1N1, o Magistrado indeferiu o pedido de tutela antecipada, sob o argumento de que as medidas tomadas pelos órgãos de saúde eram suficientes. No entanto, várias mortes ocorreram e, mais uma vez, o temor de ingerência indevida nas políticas públicas por parte do Poder Judiciário revelou-se prejudicial à correta tutela do direito à saúde.

Conceituado o direito à saúde, verificado seu lugar em nosso ordenamento e como a saúde pode ser tutelada coletivamente, cumpre agora retornar ao estudo do processo civil, abordando-se algumas peculiaridades das tutelas contra o ilícito, a fim de que reste clara a compatibilidade de tais tutelas jurisdicionais com direito de tamanha importância como a saúde.

4. Tutela jurisdicional da saúde

4.1. As tutelas inibitória e de remoção do ilícito no plano coletivo

O processo civil clássico, como visto, não se mostrou eficaz na tutela dos direitos absolutos que não permitiam conversão em dinheiro após a sua violação. E isso porque, dentre outras razões, não existiam técnicas hábeis a lidar com direitos coletivos ou mesmo técnicas coletivas para determinadas espécies de direitos individuais.

Segundo CAPPELLETTI e GARTH,

*a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam nesse esquema.*¹⁷⁸

Contudo, o surgimento dos novos direitos fez com que o legislador tivesse que adaptar as técnicas processuais existentes ou criar técnicas processuais novas, a fim de operacionalizar a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito, difusos e homogêneos, compatibilizando, portanto, o processo civil com o direito constitucional de ação.

No Brasil, a *Ação Popular* foi primeiro instrumento criado com o intento de proteger bens coletivos. Segundo o artigo 1º, da Lei n. 4.717/1965,

Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH. **Acesso à justiça**, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 50.

Contudo, aos poucos restrição da legitimidade ativa para a Ação Popular apenas aos cidadãos revelou-se um problema, já que, a par do grande benefício para a sociedade, a vantagem direta do autor seria diminuta.¹⁷⁹

Diante da ineficácia da Ação Popular e da necessidade de um novo instrumento para a tutela coletiva de direitos, surgiu a *Ação Civil Pública*, através da edição da Lei n. 7.347/1985, conhecida como LACP. O objeto da Ação Civil Pública está definido no artigo 1º da LACP:

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
I - ao meio-ambiente;
II - ao consumidor;
III - à ordem urbanística;
IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
V - por infração da ordem econômica e da economia popular;
VI - à ordem urbanística.

A inovação da Lei da Ação Civil Pública foi a ampliação dos legitimados ativos para a defesa dos interesses difusos e coletivos¹⁸⁰, sem, contudo, fazer menção aos direitos individuais homogêneos.

Com efeito, mesmo diante da ausência de um instrumento para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, a Ação Civil Pública, sobretudo pela legitimidade ativa conferida ao Ministério Público, revelou-se meio eficaz de tutela de direitos coletivos em sentido estrito e difusos, cooperando para a superação do paradigma individualista do processo civil.

Contudo, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que, não só ampliou a tutela coletiva para os direitos individuais

¹⁷⁹ TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente** Inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na reforma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 186. Mencionada autora cita, ainda, como causas da ineficácia da Ação Popular o fato de o legislador não ter dispensado o recolhimento de custas processuais, mas tão-somente o seu adiantamento, e também a ausência de mecanismo preventivo, já que tal ação tem como objeto apenas a anulação de ato do Poder Público.

homogêneos¹⁸¹, como também incluiu o artigo 21 na LACP, formando o sistema processual coletivo.¹⁸²

Assim, segundo o artigo 21 da LACP, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais deverão ser aplicadas as disposições constantes no CDC. De outro lado, o artigo 90 do CDC estabelece a aplicabilidade da LACP às ações fundadas naquele dispositivo legal. Está formado, assim, o *sistema processual coletivo*, que deverá amparar a tutela coletiva de direitos, sem prejuízo, ainda, da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

É e justamente no Código de Defesa do Consumidor que se encontra o fundamento legal para as tutelas inibitória e de remoção do ilícito na forma coletiva. Isso por que o artigo 83 do CDC estabelece que “*para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*”. Ao comentar o artigo 83 do CDC, KAZUO WATANABE asseverou que o “*legislador cuidou de tornar mais explícito o ainda princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código*”.¹⁸³ Assim, para referido autor,

não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se, ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüência. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual ‘o processo deve dar, quanto por possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir’. A segunda conseqüência, que é conseqüência da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação do seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores. Uma outra conseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicista, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o ‘ter’ mais que o ‘ser’, fazendo com que todos os direitos, inclusive não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à

¹⁸¹ Art. 81, § único.

¹⁸² TESSLER, L. G. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**, Inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na reforma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188.

¹⁸³ WATANABE, Kazuo (*et alii*). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do Anteprojeto)**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004 p. 834.

*integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.*¹⁸⁴

Portanto, tendo em conta o que dispõe o artigo 83 do CDC, e conjugando-se o artigo 84 desse mesmo diploma legal com o artigo 11 da LACP, resta indubitado o cabimento das tutelas inibitória e de remoção do ilícito na proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos, dentre eles, obviamente, a saúde.¹⁸⁵

Com efeito, o artigo 11 da LACP determina que nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária.

Assim, a rigor, referido dispositivo não compreende a tutela inibitória pura, já que menciona apenas a possibilidade de determinação judicial de “cessação da atividade nociva”, pressupondo que o ato contrário ao direito já foi praticado.

Contudo, como as tutelas coletivas são regidas pelo sistema processual coletivo acima delineado, é de se observar, também, o artigo 84 do CDC, segundo o qual, na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a *tutela específica da obrigação* ou determinará *providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*.

Como bem observa LUIZ GUILHERME MARINONI, o artigo 84 do CDC não faz a restrição do artigo 11 da LACP, pelo que “*não há razão para se discutir, hoje, a respeito da viabilidade de uma ação coletiva inibitória pura*”.¹⁸⁶ O mesmo pode se concluir com relação à tutela de remoção do ilícito, já que a abertura do artigo 83 do CDC a todas as espécies de ação necessárias para a efetiva proteção dos bens coletivos, aliada ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, impõe a aceitação, no plano da saúde, de uma tutela apta a remover o ato ilícito já praticado, secando, assim, a fonte de eventuais danos.

Portanto, tendo como certa a aceitação, em nosso ordenamento jurídico de tutelas coletivas contra o ilícito, seja na forma inibitória ou de remoção de seus efeitos,

¹⁸⁴ WATANABE, Kazuo. *Idem*, p. 834/835.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

¹⁸⁶ MARINONI, L. G. *Idem, ibidem*.

cabe estudar, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, dois assuntos muito importantes para que o presente trabalho contribua com a efetividade da proteção da saúde, quais sejam, a dimensão da prova e a os meios de atuação dessas tutelas.

Uma observação deve ser feita. Diante do modesto objetivo dessa monografia, que é contribuir com o debate sobre as tutelas jurisdicionais aderentes ao direito material, os próximos pontos não serão analisados com a profundidade merecida, ficando essa tarefa para momento posterior.

4.2. A dimensão da prova nas tutelas contra o ilícito

A prova é um dos temas mais relevantes quando se pretende tratar das tutelas contra o ilícito e das tutelas preventivas em geral. Isso porque a visão clássica do sistema probatório que predomina é a de que a prova deve servir para demonstrar a existência de um fato passado, o que, por óbvio, não se discute nas tutelas preventivas.

De acordo com MARINONI, “o direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte a adequada participação no processo”.¹⁸⁷ Nesse contexto, o direito a prova deve ser exercido de modo que a parte realmente possa influenciar o deslinde do feito, constituindo-se, assim, em verdadeiro corolário do princípio do contraditório.¹⁸⁸

Todavia, a compreensão errada que se tem do sistema probatório no processo civil brasileiro e a prevalência das tutelas ressarcitórias têm resultado na diminuição da efetividade das tutelas preventivas, já que não se sabe ao certo como operar com a prova da ameaça da lesão ao direito ou, ainda, com a simples prova do ato contrário ao direito.¹⁸⁹

Reiteradamente liga-se a atividade probatória à busca pela verdade absoluta, dizendo que o juiz deve reconstruir os fatos com o objetivo de encontrar esta verdade. No entanto, como bem assevera SÉRGIO CRUZ ARENHART,

¹⁸⁷ MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**, O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 167.

¹⁸⁸ MARINONI, L. G. *Idem*, p. 168.

¹⁸⁹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, tida como algo meramente utópico e ideal (enquanto fato absoluto).¹⁹⁰

Para referido autor, o objetivo real do magistrado na administração do sistema probatório não é encontrar a verdade, mas sim zelar para que o processo seja um *palco de discussões*, em que todos os envolvidos trabalhem convencendo uns aos outros sobre os fatos em debate.¹⁹¹ E esse processo de deliberação deve se pautar na verdade, de modo que “*a busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação*”.¹⁹²

A prevalência da tutela ressarcitória sobre a tutela preventiva também tem resultados negativos na sistematização da prova no processo civil, já que se parte do pressuposto de que se deve indagar sobre o dano e sobre a questão da culpa no desenrolar do processo.

Contudo, no caso das tutelas voltadas contra o ilícito, seja para evitá-lo – na hipótese da tutela inibitória –, ou para remover seus efeitos – na hipótese da tutela reintegratória –, salvo exceções¹⁹³, questões atinentes ao dano e à culpa não devem ser objeto de prova, já que o processo se restringirá à demonstração da ameaça de ato contrário ao direito ou a sua ocorrência, sendo o dano eventual consequência do ilícito.

Aqui surge a primeira nota comum na prova das tutelas de remoção do ilícito e da tutela inibitória: salvo quando o dano for elemento integrante da norma que se pretende evitar a violação ou remover os efeitos do ilícito, ambas as espécies de tutela prescindem da demonstração do dano e/ou da culpa¹⁹⁴

¹⁹⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 240.

¹⁹¹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 243/244.

¹⁹² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 245.

¹⁹³ Consoante lição de SÉRGIO CRUZ ARENHART, “*pode ocorrer que a norma considere que o ilícito somente existirá (a regra jurídica qualificadora somente terá incidência, porque preenchidos os elementos da conduta por ela descrita) se a conduta vier acompanhada de dano e/ou de culpa. Em tais casos, o dano ou a culpa passam a ser elementos integrantes do ‘tipo’ (recorrendo à nomenclatura do direito penal) que torna a conduta como ilícita. (...) Aqui, então, poderá interessar a perquirição a respeito do dano ou da culpa, mas apenas com o propósito de avaliar a ilicitude da ação que se quer evitar.*” **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 226/227.

¹⁹⁴ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Como já se viu¹⁹⁵, a tutela de remoção do ilícito é aquela que se volta contra um ilícito já praticado, mas do qual ainda não resultaram danos ou, se resultaram, deverão ser tutelados de forma repressiva. A tutela de remoção do ilícito, portanto, busca remover o ato contrário ao direito de efeitos permanentes, secando a fonte de eventuais danos.

De outro lado, a tutela inibitória é aquela que tem por objetivo inibir a prática, repetição ou continuação do ato contrário ao direito, sendo, a tutela preventiva por excelência. Quando busca evitar a prática do ato ilícito pela primeira vez, a tutela inibitória é chamada de tutela inibitória primária¹⁹⁶ ou pura.¹⁹⁷ Se a ação inibitória tem o objetivo de evitar a continuação ou a repetição do ato ilícito, ela é chamada pela doutrina de secundária.¹⁹⁸

A grande dificuldade não está no manejo da prova da tutela de remoção do ilícito, já que tal espécie de tutela jurisdicional tem um viés voltado ao passado, permitindo, portanto, que se demonstre o ato contrário ao direito que já ocorreu, já que o que se deseja é apenas a remoção dos efeitos desse ato.

O mesmo pode se dizer da tutela inibitória secundária. Como o ato ilícito já foi praticado pelo menos uma vez ou vem sendo praticado reiteradas vezes, fica mais fácil a demonstração em juízo, de que há grandes chances de que o ato volte a ser praticado.

A questão mais tormentosa com relação à prova reside na demonstração da probabilidade da prática de novo ato contrário ao direito, ou seja, na prova da tutela inibitória primária. Isso porque,

*tratando-se de uma ação voltada, nitidamente, para o futuro, no intuito de evitar que aconteçam fatos que apenas se temem, não se pode exigir prova tão robusta como se faria em relação a tutelas repressivas. Todo arcabouço de provas, aqui, há de determinar-se, 'no seu limite máximo', por critérios de probabilidade, sem que se possam exigir nesse campo (ao menos da ampla maioria dos casos) provas de certeza ou evidências semelhantes às que se poderia na esfera da tutela 'a posteriori'.*¹⁹⁹

¹⁹⁵ 2.3

¹⁹⁶ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p. 269.

¹⁹⁷ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

¹⁹⁸ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p. 260.

¹⁹⁹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 250.

Destarte, para que o jurisdicionado possa se valer da ação inibitória em todas as suas potencialidades, faz-se necessário o correto manejo dos conceitos de *fato indiciário*, *prova indiciária*, *raciocínio presuntivo*, *presunção*, *juízo*, *juízo-instrumental*, *juízo-provisório*, *juízo-final* e *juízo-resultado*.²⁰⁰

Consoante lição de ARENHART e MARINONI, o *fato indiciário*, tal qual o fato principal, é apenas um fato.²⁰¹ No entanto, para que a prova sobre o fato indiciário seja aceita, a parte deverá demonstrar sua importância para o julgamento do feito. Aqui surge a distinção entre *prova indiciária* e fato indiciário, já que a prova indiciária é aquela que recai sobre um indicio.²⁰²

MARINONI e ARENHART distinguem, ainda, de fato indiciário e prova indiciária, o *raciocínio presuntivo* e a *presunção*. Para mencionados processualistas, o raciocínio presuntivo seria “a forma como o julgador raciocina para, a partir de um ‘fato indiciário’, chegar a uma ‘presunção, que é exatamente o resultado do raciocínio presuntivo’”.²⁰³

Nessa linha de argumentação, no curso do processo podem ser formadas várias presunções, sem, contudo, que o julgamento final tenha, obrigatoriamente, que estar de acordo com tais presunções, já que a conclusão do julgador – ou, em outra palavra, seu juízo –, poder ser diferente do resultado dos raciocínios presuntivos.²⁰⁴

Assim, deve-se diferenciar, ainda, os conceitos de juízo-resultado, juízo-final, juízo-provisório e juízo-instrumental, na esteira do que faz a melhor doutrina.²⁰⁵

O *juízo-resultado* é o gênero do qual são espécies o *juízo-provisório* e o *juízo-resultado*²⁰⁶. Por *juízo-resultado* entende-se “a parte final do raciocínio do julgador,

²⁰⁰ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58/60. *Idem* e ARENHART, S. C. **Manual de Processo do Conhecimento**, 5ª ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

²⁰¹ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. *Idem*, p. 302.

²⁰² MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. *Idem*, *ibidem*.

²⁰³ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁴ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

²⁰⁵ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 58/60. *Idem* e ARENHART, S. C. **Manual de Processo do Conhecimento**, 5ª ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 302 e seguintes.

²⁰⁶ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

em que se chega a um resultado sobre a pretensão do autor".²⁰⁷ É o juízo constante na sentença e que agasalha as conclusões do julgador sobre o fato principal e sobre os fatos indiciários. De outro lado, o *juízo-provisório* é aquele formulado no curso do processo, notadamente na decisão que antecipa os efeitos da tutela.²⁰⁸ Por fim, há o *juízo-instrumento*, que é a conclusão do magistrado sobre as técnicas processuais necessárias para dar bom andamento aos feitos. Como exemplo de juízo-instrumento, MARINONI cita o raciocínio empregado no deferimento da produção de uma prova pericial.²⁰⁹

Essas considerações são importantes devido à *dimensão da prova na tutela inibitória*²¹⁰ que, como visto, é bem diferente da tutela ressarcitória, já que aquela é espécie de tutela jurisdicional voltada para o futuro.

Na hipótese da tutela inibitória secundária, o autor poderá alegar que determinado ato contrário ao direito já foi praticado, demonstrando, ainda a probabilidade de que essa conduta seja repetida. Consoante escólio de ARENHART e MARINONI,

*em tal caso existiria fato indiciário (ou indício), prova indiciária e raciocínio presuntivo, o qual deve partir da alegação de um fato indiciário (ou indício) e de uma eventual prova indiciária para chegar ao 'juízo da afirmação da probabilidade da prática do ilícito'.*²¹¹

Quando se trata de tutela inibitória primária ou pura, como nenhum ato contrário ao direito foi praticado, faz-se necessária a prova apenas da ameaça do ilícito.

²⁰⁷ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

²⁰⁸ MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

²⁰⁹ MARINONI, L. G. *Idem, ibidem*.

²¹⁰ De acordo com o eminente processualista SÉRGIO CRUZ ARENHART, citando lição de GERHARD WALTER, a prova como processo de convencimento das partes resulta na existência de distintos *módulos de prova*, os quais variam de acordo com o "*tipo de processo em questão e a espécie de controvérsia tratada*". Para ARENHART, devido à existência de vários tipos de módulos de prova, para determinados processos bastará a aparência do direito, já que o módulo probatório reflete a realidade de cada caso concreto. ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, p. 271/272.

²¹¹ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual de processo do conhecimento**, 5ª ed. . rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308.

Tirante os casos em que o objeto litigioso versar sobre *direito evidente*²¹², em que não será necessária a produção de qualquer prova, o autor da ação inibitória primária deverá demonstrar não só a *mera possibilidade* da prática de ato contrário ao direito, mas sim a existência objetiva e concreta *de justo receio* de que o seu direito seja violado.²¹³ Assim, deve o autor apresentar ao magistrado dados concretos e capazes de revelar a probabilidade razoável de que o seu direito seja atacado pelo réu, esforçando-se para que o juiz consiga enxergar a ameaça efetiva.

É evidente que, pelo fato de os conceitos de justo receio, mera possibilidade, plausibilidade razoável serem extremamente abertos, a ação inibitória exigirá grande atenção dos magistrados na proteção dos bens jurídicos em litígio. Deverão os magistrados procurar pela evidência preponderante²¹⁴ na lide, agindo da forma mais pragmática possível, já que a análise do grau de efetividade da ameaça dependerá do seu prudente arbítrio. No entanto, não há razão para se temer tal fato, já que, conforme ARENHART, “a confiança no magistrado – essencial para o trato do processo na sociedade moderna –, substancialmente, é o dado que permitirá levar a tutela inibitória à sua máxima eficácia”.²¹⁵

Buscando sistematizar o módulo de prova nas tutelas inibitórias, ARENHART fornece alguns critérios de prova, que podem ser úteis ao magistrado no trato das tutelas voltadas ao futuro. São eles: a vida pretérita do autor e do réu; as circunstâncias específicas da alegação das partes; as circunstâncias impostas pelo direito especificamente protegido; e as presunções incidentes sobre o caso.²¹⁶

Aliado a esses critérios, o magistrado deve aplicar o princípio da proporcionalidade, analisando os direitos tutelados e verificando qual bem merece

²¹² O mestre SÉRGIO CRUZ ARENHART traz lição de LUIZ FUX, para quem o direito evidente é aquele “direito demonstrável ‘prima facie’ através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também é o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do ‘adversus’ com base em ‘manifesta ilegalidade’, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide a presunção ‘jure et de jure’ de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição”. FUX, Luiz. **Tutela da segurança e tutela da evidência**, p. 313, apud ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003., p. 228.

²¹³ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 254.

²¹⁴ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 260.

²¹⁵ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 426.

²¹⁶ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 273/275.

proteção jurisdicional mais incisiva.²¹⁷ No caso deste trabalho, pela natureza absoluta e inviolável do direito à saúde, pode-se dizer que ele terá prevalência sobre a maioria dos demais direitos contrapostos, de modo a sua correta tutela exigirá redução na dimensão probatória.

Como se vê, para que a tutela inibitória – e, pelo seu viés voltado ao futuro, também a tutela de remoção do ilícito – possa ser explorada em todas as suas potencialidades, mister que se revejam os conceitos que se têm com relação ao sistema probatório, manejando-se corretamente os indícios e as provas indiciárias.

Contudo, o tema da prova nas ações inibitória e de remoção do ilícito poderia ter pouca importância se o sistema processual civil brasileiro não trabalhasse com a questão da sucumbência, exigindo que os custos da demanda fossem atribuídos a alguém ao final do processo. Isso porque o mais importante de tudo é a inibição do ilícito ou a remoção do ato contrário ao direito e não a investigação sobre quem deu causa à demanda. Todavia, enquanto perdurar esse sistema, o magistrado deverá, com base nas provas carreadas aos autos, condenar alguém às custas do processo e aos honorários advocatícios, ainda que a tutela jurisdicional preventiva não tenha sido a causa da não violação do direito.²¹⁸

Uma última observação merece ser feita no que tange à prova. Quando se tratar de ações inibitória e de remoção do ilícito coletivas, o ônus da prova deve ser invertido, pois, conforme já visto neste trabalho, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às demandas coletivas, pois, ao lado da LACP, compõe o sistema processual coletivo.

Portanto, pode-se concluir que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada é o pano de fundo da prova nas ações coletivas, impondo-se, assim, a aceitação da dimensão probatória peculiar desse tipo de ações, para que a proteção ao bem jurídico não seja obstaculizada pela compreensão equivocada sobre a técnica processual.

Como último momento deste trabalho, passamos a tecer breves considerações sobre os meios de efetivação das tutelas inibitória e de remoção do ilícito no Direito

²¹⁷ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 258.

²¹⁸ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 229.

brasileiro, já que de nada adianta um provimento jurisdicional que não opere transformações fáticas. Ressalva-se, contudo, que o tema não será tratado com a profundidade merecida, dado os estreitos limites desta monografia.

4.3. Os meios de efetivação das tutelas contra o ilícito

Tema de fundamental importância para o estudo das tutelas preventivas é o da forma de atuação da prestação jurisdicional no caso concreto. Isso porque o direito de ação só estará sendo efetivamente exercido se a tutela jurisdicional tiver o poder de agir no mundo dos fatos, proporcionando ao jurisdicionado verdadeira proteção da violação do direito ou do dano.

Superado os dogmas da incoercibilidade das prestações e da ausência de poder de *imperium* dos juízes,²¹⁹ o quadro da atuação das tutelas preventivas se mostra bastante diferente do sistema de execução das tutelas ressarcitórias. Em primeiro lugar porque as tutelas preventivas não são submetidas ao processo autônomo de execução, diante da eficácia mandamental ou executiva dos provimentos jurisdicionais.²²⁰ Em segundo lugar porque, ao contrário da execução da sentença condenatória, regra na tutela ressarcitória, que é regida pelo princípio da tipicidade dos meios executório, na atuação das tutelas preventivas os magistrados possuem grande liberdade de conformação dos procedimentos, de modo que vigora outro princípio, o da concentração dos atos nas mãos dos juízes.²²¹

Diante desse novo contexto, o estudo da atuação das tutelas preventivas no caso concreto revela-se extremamente útil, já que de nada adiantam técnicas processuais inidôneas à proteção dos bens jurídicos. Com esse objetivo, passaremos a abordar as técnicas processuais que mais se mostram aptas à tutela da saúde, visando contribuir, ainda que de forma singela, com a aproximação entre o direito substancial e o processo.

²¹⁹ Nesse novo contexto, o juiz deixar de ser “*la bouche de la loi*” para, utilizando-se da expressão de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, se tornar o *braço da lei*, desempenhando importante função na concretização dos direitos, para além da mera declaração de textos leis. **Curso de Processo Civil**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 2, p. 339.

²²⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 349.

²²¹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 4ª ed., p. 260.

Pois bem. A atuação das tutelas preventivas, seja na forma de tutela inibitória ou de tutela de remoção do ilícito, poderá se dar através de *técnicas de sub-rogação* ou de *medidas de apoio*.

As *tutelas por subrogação* são aquelas que decorrem do efeito executivo *lato sensu* dos provimentos jurisdicionais e se manifestam quando terceiro pratica o ato que o réu deveria praticar, diante de sua inércia em face da ordem judicial. De acordo com ARENHART, tratando especificamente da tutela inibitória coletiva, porém sem prejuízo do raciocínio para as tutelas de remoção do ilícito, as medidas de sub-rogação têm incidência reduzida, já que se aplicam apenas aos casos em que determinada conduta seja exigida do demandado.²²² Ressalte-se, ainda, que, pelo fato de terceiro praticar o ato que deveria ser praticado pelo réu, as técnicas de sub-rogação alinham-se somente às prestações fungíveis, sendo, dessa forma, inapropriadas à tutela que exija prestações infungíveis, muito mais comuns quando se trata de direitos absolutos como a saúde.

As *medidas de apoio*, ao seu turno, são aquelas que buscam garantir que o comando judicial seja cumprido.²²³ Tais medidas podem ser divididas em meios de coerção e meios de incentivo. Os meios de coerção “*tem natureza de um mal que se ameaça impor ao ordenado, de forma a estimulá-lo ao cumprimento da ordem judicial*”.²²⁴ Os meios de incentivo, de outro lado, caracterizam-se “*por atuar sobre a vontade do ordenado, mas não pela ameaça de um mal, e sim pela promessa de uma recompensa*”.²²⁵ Para ARENHART, os meios de incentivo só podem ser utilizados nas situações expressamente previstas em lei, porque não estariam agasalhados na cláusula genérica do § 5º do artigo 84 do CDC. Como exemplos dessa espécie de medidas, mencionado processualista cita a dispensa de custas e honorários na ação monitória (art. 1.102, §1º, CPC) e a autorização para permanecer no imóvel por seis meses na ação de despejo não contestada (art. 61, Lei n. 8.245/91).²²⁶

Como a tutela jurisdicional da saúde liga-se a tutelas preventivas, não podendo esperar pela reparação do dano, mais do que as técnicas sub-rogoratórias importa para

²²² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 348/349.

²²³ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 348.

²²⁴ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

²²⁵ ARENHART, S. C. *Idem, ibidem*.

²²⁶ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 382.

sua efetividade os meios coerção, entre os quais merecem destaque a multa coercitiva, prevista no § 4º do artigo 84, do CDC, e a prisão, como medida necessária, prevista no § 5º desse mesmo artigo.²²⁷ É sobre cada um desses meios que se passa a discorrer brevemente nesse momento.

4.3.1 A multa coercitiva

Diz o § 4º do artigo 84 do CDC que o juiz poderá, na decisão que antecipa os efeitos da tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

A multa cominatória pode ser imposta nas tutelas de prestação positiva e negativa. Na primeira hipótese, pode-se fixar multa diária até que o réu pratique o ato ordenado na decisão judicial. Na tutela de prestação negativa, pode-se impor multa para o caso de descumprimento da decisão, praticando o réu o ato do qual deveria se abster.²²⁸ Como se viu, a multa tem utilidade, dessa forma, nas tutelas inibitória e de remoção do ilícito, revelando-se técnica processual plenamente compatível com a tutela da saúde.

Consoante lição de ARENHART, a multa cominatória brasileira tem inspiração nas *astreintes* do Direito francês e na *zwangsgeld* do Direito alemão, constituindo-se, no entanto, um *tertium genus* com relação a estes modelos, eis que possui características bastante distintas.²²⁹

Para referido autor, a função exclusiva da multa coercitiva é “*de emprestar força coercitiva à ordem judicial*”,²³⁰ sendo desprovida, portanto, de qualquer caráter indenizatório.

O valor da multa deve ser fixado pelo magistrado consoante as especificidades do caso concreto, tendo como principal critério balizador a *capacidade intimidatória representada pela multa*.²³¹ Na fixação da multa, deve-se levar em conta, ainda, o

²²⁷ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 349.

²²⁸ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 367.

²²⁹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 351/352.

²³⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 353.

²³¹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 356.

princípio do menor sacrifício ao sujeito passivo, que se constitui num dos limites à atividade executória concentrada nas mãos do juiz.

Tocante ao sujeito passivo sobre o qual a multa deve recair, pela própria natureza desta técnica processual, não há dúvida de que deve ser imposta a quem tenha vontade. Isso porque a multa procura agir como pressão psicológica para que a decisão judicial seja cumprida, de modo que seria inócuo aplicar multa em pessoas jurídicas. Assim, apenas pessoas físicas devem ser sujeitos passivos de multas cominatórias, a fim de que o objetivo do instrumento seja alcançado.²³²

Por fim, com relação ao destinatário da multa, pode-se dizer que a tutela coletiva encontra-se livre da celeuma que envolve o destino da multa no plano privado. Isso porque, ante a ausência de previsão legal, tem se entendido, erroneamente, que, na tutela privada, o valor da multa deve reverter em favor do autor da demanda. No entanto, os que pregam esse entendimento parecem se esquecer de que a cominação da multa tem como objetivo garantir a autoridade estatal, estimulando o cumprimento das decisões judiciais, de sorte que tal valor deve ser revertido exclusivamente em benefício do Estado.

No âmbito da tutela coletiva o destinatário da multa é fixado pelo artigo 2º, V, do Decreto n. 1.306/94, segundo o qual todos os valores arrecadados por força da aplicação das *astreintes* devem ser direcionados ao Fundo de Defesa dos Direitos Coletivos, órgão que integra a estrutura do Ministério da Justiça.

Delineados os principais contornos da multa cominatória, passa-se a tratar da prisão como meio de garantia do cumprimento das decisões judiciais, tema polêmico, mas que, ante a importância do direito à saúde, não poderia deixar de ser abordado, ainda que de forma perfunctória.

4.3.2 A prisão civil para garantia do cumprimento das decisões judiciais

O §5º do artigo 84 do CDC possui uma cláusula geral que atribui amplos poderes ao magistrado na determinação dos meios de atuação das tutelas preventivas. Segundo referido artigo,

²³² ARENHART, S. C. *Idem*, p. 357.

*para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as **medidas necessárias**, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.* Grifamos

As medidas arroladas no artigo supra-referido – busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas etc. –, não constituem rol taxativo de providências que podem ser adotadas na efetivação do provimento jurisdicional, de modo que, respeitados os princípios do menor sacrifício possível ao sujeito passivo e do meio mais idôneo, pode o juiz ordenar qualquer medida que julgue pertinente para a efetiva prestação jurisdicional.

A discussão sobre o cabimento da prisão como meio de coerção no processo civil passa pela análise do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que estabelece que não “*haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

O saudoso OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA defendeu a impossibilidade da prisão civil como meio genérico de coerção, sob o argumento de que o seu cabimento está restrito às hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, quais sejam o devedor inadimplente de alimentos e o depositário infiel.²³³ Para referido mestre gaúcho, as exceções arroladas pela Lei Maior se reportam a hipóteses de cunho obrigacional e não obrigacional, de modo que, caso fosse intenção do Constituinte permitir o uso da prisão civil para cumprimento de decisões proferidas em processos de cunha extra-obrigacional, não teria ele aberto uma exceção de cunho não obrigacional.²³⁴

EDUARDO TALAMINI também advoga pela impossibilidade de toda prisão civil, com exceção do devedor inadimplente de alimentos, já que demais hipóteses estariam vedadas pelos instrumentos internacionais de proteção de direitos agasalhados pela nossa ordem jurídica por força do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não*

²³³ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. **Do processo cautelar** Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 535.

²³⁴ SILVA, O. B. da. **Do processo cautelar** Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 535. ARENHART, S. C. **A prisão civil como meio coercitivo**, In Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 41. janeiro/junho 2007, p. 185.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".²³⁵

No entanto, mais uma vez é preciso trazer o ensinamento de ARENHART, para quem não se pode esquecer a palavra dívida constante no inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal e nos tratados internacionais que regem a matéria, que acaba por restringir o cabimento da prisão civil, mas não o elimina por completo de nosso ordenamento jurídico.²³⁶

Pois bem. Tirante a celeuma em torno da possibilidade da prisão do depositário infiel, que refoge ao âmbito de análise desta monografia, importa entender, no esteio das lições de SÉRGIO ARENHART, que, ao introduzir a palavra dívida no referido dispositivo, a Constituição Federal não vedou completamente a prisão civil, mas apenas a "*prisão civil que tenha origem em vínculo obrigacional*".²³⁷

Com relação ao argumento do saudoso mestre OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, o qual ARENHART reputa por irretorquível, o professor paranaense menciona que "*ambas as espécies as situações versadas como exceções à regra constituem espécies de obrigações, e esta é a medida que se deve adotar para bem entender o texto constitucional*".²³⁸ Isso porque tanto o dever de prestar alimentos quanto a obrigação do depositário de restituir a coisa no tempo devido possuem natureza obrigacional, de modo que esta é a prisão civil proibida pela Constituição Federal como regra.²³⁹

Portanto, não há qualquer óbice para que se reconheça a prisão civil como medida de coerção ao cumprimento das decisões judiciais. Todavia, como adverte o insuperável ARENHART, "*embora viável, a medida deve sempre ser deixada como*

²³⁵ TALAMINI, Eduardo. **Ainda sobre a prisão como execução indireta : a criminalização da desobediência a ordens judiciais**. In: Sérgio Shimura; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Processo de Execução. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001, v. 02, p. 279-313

²³⁶ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 393. Com relação à necessidade de se ater às palavras do dispositivo constitucional em análise, o multicitado professor paranaense SÉRGIO ARENHART ressalta que "*é princípio de hermenêutica constitucional dar às regras interpretação tal que não existam palavras soltas ou vãs*". **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

²³⁷ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 391.

²³⁸ ARENHART, S. C. **A prisão civil como meio coercitivo**. In Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 41. janeiro/junho 2007, p. 185.

²³⁹ ARENHART, S. C. **A prisão civil como meio coercitivo**, In Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 41. janeiro/junho 2007, p. 185.

último recurso”²⁴⁰, sob pena de se criar um estado de penalização do processo civil, tão nefasto quanto aquele em que inexistem técnicas hábeis a tutela adequada dos direitos.

Com efeito, no que tange à natureza da prisão decretada no processo civil estabeleceram-se duas correntes distintas: uma que defende a natureza de *prisão criminal*, capitaneada por JOEL DIAS FIGUEIRA JR., e outra que a enxerga como *prisão civil*, corrente à qual se alinham os professores paranaenses SÉRGIO CRUZ ARENHART e LUIZ GUILHERME MARINONI.²⁴¹

Segundo JOEL FIGUEIRA DIAS JR., ainda que se trate de prisão civil, decretada apenas como meio de coerção, seus efeitos são nitidamente criminais, pois decorrem da necessidade de se punir a desobediência ao comando estatal.²⁴² Entretanto, tal assertiva não prevalece diante dos argumentos de SÉRGIO CRUZ ARENHART, pois, para referido autor, a prisão civil não tem qualquer cunho punitivo, servido apenas para compelir o demandado a cumprir a ordem judicial.²⁴³

Para ELTON VENTURI, a prisão civil que se decreta para ver cumprido o comando judicial proferido nas ações fundadas no sistema processual coletivo, formado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, pode ser chamada de *prisão processual*, já que tem por objetivo evitar a prática de atos atentatórios à dignidade da justiça.²⁴⁴ Referido autor publicou recentemente um novo trabalho sobre o tema em que baseia a prisão civil no inadimplemento do dever alimentar, mantendo, portanto, o cabimento desse instrumento como meio de coerção no processo civil brasileiro.²⁴⁵

SÉRGIO CRUZ ARENHART traz uma série de autores partidários da prisão civil como medida de coerção - MARCELO LIMA GUERRA²⁴⁶, ROGÉRIA

²⁴⁰ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 395.

²⁴¹ ARENHART, S. C. *Idem*, p. 386 e seguintes.

²⁴² FIGUEIRA JR., J. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**, . São Paulo: RT, 2001. t. II. v. 4, p. 256.

²⁴³ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 388.

²⁴⁴ VENTURI, Elton. **A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas**, Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo p. 171.

²⁴⁵ VENTURI, Elton. **Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar**. In: Araken de Assis e outros. (Org.). *Direito Civil e Processual Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 150.

²⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. 1ª ed., São Paulo, RT: 1999. Para MARCELO LIMA GUERRA, na utilização da prisão como meio coercitivo o magistrado deve levar em conta o direito fundamental

FAGUNDES DOTTI²⁴⁷, JORGE DE OLIVEIRA VARGAS²⁴⁸ e SÉRGIO SHIMIURA²⁴⁹ -, sugerindo que, ante a ausência de regras específicas sobre o uso de tal medida na atuação da tutela preventiva, sejam utilizadas as normas atinentes aos casos previstos na Constituição Federal, ou seja, a prisão civil do devedor inadimplente de alimentos e do depositário infiel.²⁵⁰

Diante da importância do direito à saúde, deve o magistrado se valer de todos os meios necessários para a atuação adequada da tutela jurisdicional, não resistindo qualquer óbice para o emprego da prisão como meio de coerção psicológica na proteção desse bem jurídico.

A saúde não pode esperar a reparação do dano. Portanto, é na proteção desse bem jurídico que as tutelas preventivas – seja contra o ato ilícito, no caso da tutela inibitória, ou contra o dano, na hipótese da tutela de remoção do ilícito – mostram-se indispensáveis.

Como visto, existe arcabouço legislativo a amparar as tutelas preventivas, de modo que não há qualquer razão para a permanência da cultura da reparação de danos. Com efeito, os artigos 84, do Código de Defesa do Consumidor, e 461, do Código de Processo Civil, permitem a adequada tutela da saúde no plano coletivo e individual, bastando apenas que os operadores do Direito abram os olhos para essa nova realidade que se descortina.

Muito tem se falado da efetividade dessas novas tutelas na proteção dos direitos difusos e coletivos, sobretudo do meio ambiente.²⁵¹ Contudo, é na proteção da saúde, bem jurídico umbilicalmente ligado à uma vida digna, que tais modalidades de tutelas devem ser empregadas, já que não existe vida sem saúde. É chegado, portanto, o

à tutela executiva, sopesando os valores postos em jogo e dando prioridade aquele de maior relevância. Assim, a prisão civil pode ser considerada um meio de proteção de direitos fundamentais, desde que bem utilizada. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, p. 136.

²⁴⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. **A crise do processo de execução**. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, v. 2, maio-ago/1996.

²⁴⁸ VARGAS, Jorge Oliveira. **A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, v. 3, set-dez/1996.

²⁴⁹ SHIMURA, Sérgio. **Efetivação das tutelas de urgência**. In *Processo de Execução*. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2001.

²⁵⁰ ARENHART, S. C. *Op. cit.*, p. 396.

²⁵¹ Ver, por todos, TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**. Inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na reforma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

momento de se conferir máxima instrumentalidade às técnicas processuais na proteção dos direitos materiais²⁵², sobretudo à saúde.

Por muito tempo os textos legais apenas balbuciam *“um pedido de desculpas pela incapacidade de fazer funcionar a contento o instrumental da tutela”*.²⁵³ Contudo, o novo quadro delineado pelas reformas legislativas, aliado ao avanço nas discussões doutrinárias tratadas nesta monografia, parece ter revelado que finalmente o processo civil entendeu que *“nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro”*.²⁵⁴

²⁵² MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **A lide cautelar no processo civil**, Curitiba: Juruá, 1992. p.21.

²⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela sancionatória e tutela preventiva** In Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 23.

²⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. *Idem, ibidem*.

Conclusão

A Constituição não é apenas uma carta de intenções desprovida de eficácia. Ao qualificar o direito à saúde como um direito fundamental de todos e um dever do Estado, a Constituição da República de 1988 teve o claro objetivo de não só assegurar esse direito a todos os indivíduos, mas também de impingir a todos a responsabilidade por todas as medidas necessárias à proteção da saúde.

Assim, ao tempo em que são titulares desse direito todos os indivíduos, são responsáveis por ele todos os indivíduos e também o Estado. Todos – legisladores, juízes, administradores públicos e particulares – têm o dever de agir de modo que a saúde seja protegida de violações, já que este bem jurídico está umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, Constituição Federal).

Nesse contexto, o processo civil se mostra como um eficiente instrumento de proteção e efetivação do direito à saúde, pois uma leitura nova do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, exige a pré-ordenação de todas as técnicas processuais necessárias para a correta proteção do bem jurídico em litígio.

O processo civil clássico, fortemente influenciado por ideais liberais, se mostrou ineficiente na tutela dos direitos absolutos, como o é a saúde, já que privilegiava a tutela ressarcitória, desprezando direitos invioláveis. No entanto, a superação do Estado Liberal de Direito por um Estado Constitucional, mostrou que direitos invioláveis podem ser tutelados de forma satisfatória, abrindo espaço para as tutelas preventivas, como o são as tutelas inibitória e de remoção do ilícito.

Com efeito, a saúde deve ser tutelada de forma adequada antes da prática do ato contrário ao direito, mediante a tutela inibitória, ou, ainda, antes da ocorrência do dano, mesmo depois de praticado o ato ilícito, na hipótese da tutela de remoção do ilícito.

Ambas as espécies referidas de tutela se mostram compatíveis com a proteção da saúde, pois prescindem do elemento dano, importando apenas a ameaça da prática de um ato ilícito ou a prática do mesmo sem que dele decorra qualquer dano efetivo.

No Direito brasileiro, o fundamento para tais tutelas está no artigo 461, do Código de Processo Civil, no âmbito privado, e no artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, no plano coletivo, que mais importou para essa monografia.

Nas tutelas inibitória e de remoção do ilícito a dimensão da prova é diferenciada, ante a natureza preventiva das mesmas, e os meios de atuação também são diferenciados, já que o magistrado concentra o poder de fazer valer o comando jurisdicional no mundo dos fatos. Para proteger a saúde o magistrado pode determinar a aplicação de multa diária ou mesmo de prisão, eis que não vigora mais o princípio da tipicidade dos meios executórios (§§ 4º e 5º do artigo 84 do CDC).

Não existe vida digna sem saúde. Não existe vida sem saúde. A aproximação do processo com o direito material tem importante papel na proteção da saúde, de modo que só estaremos diante de um processo civil constitucional se ele nos oferecer instrumentos hábeis à busca pela manutenção ou pelo retorno a uma vida digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo.** *In* Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 41. janeiro/junho 2007.

_____. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** *In* Processo Civil Coletivo. Organizadores: Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Tutela Inibitória da Vida Privada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ e MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo do Conhecimento**, 5ª ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva.** *In* Temas de Direito Processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial.** *In* <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acessado em 22/09/2009

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Fundacion Fes, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed. Coimbra : Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública (comentários por artigo).** 6ª ed. rev. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CRETELLA JR., José. **II Comentários à Constituição de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 7.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **A crise do processo de execução**. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, v. 2, maio-ago/1996.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001. t. II. v. 4.

FUX, Luiz. **Tutela da segurança e tutela da evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** *In* Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Org.: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades**. *In* Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional** *In* Estudos de Direito Processual Civil em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord.: Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts. 83 e 84 do CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. V. 1.

_____. **Novas linhas do processo civil**. O acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84 CDC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima [et al.]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **O Estado de Direito e o direito de ação (a extensão de seu exercício)**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: n. 19, 1978/1979/1980.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba: Juruá, 1992.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais - Efetividade Frente À Reserva do Possível**. Juruá, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976. T. V.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhman. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In Direito e Democracia, v. 3, n. 1, 2002, p. 87.

_____. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHIMURA, Sérgio. **Efetivação das tutelas de urgência**. In Processo de Execução. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 5ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Vol. 2.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4ª rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória**. A ação preventiva prevista no artigo 461 do CPC. 2ª ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**, 2ª ed. São Paulo: LTR, 1987.

TALAMINI, Eduardo. **Prisão Civil e Penal e “Execução Indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)**. In REPRO. N. 92. outubro-dezembro de 1992.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**. Inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na reforma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, Jorge Oliveira. **A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Gênese – Revista de Direito Processual Civil, v. 3, set-dez/1996.

VENTURI, Elton. **A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____. **Processo Coletivo**. a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comentado pelos autores do Anteprojeto)**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ANEXOS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2009.70.00.017241-2/PR

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
 : ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO (liminar/antecipação da tutela)

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qual postula a antecipação dos efeitos da tutela para que a UNIÃO: (a) "*faça constar orientação, em seu protocolo, para que o medicamento OSELTAMIVIR (TAMIFLU) ou outro similar (RELENZA), seja disponibilizado, de imediato, a todos os pacientes residentes no Estado do Paraná, que apresentem sintomas de INFLUENZA, qualquer que seja a espécie (INFLUENZA SAZONAL COMUM OU INFLUENZA A - H1N1), independente do agravamento do quadro clínico e sempre nas primeiras quarenta e oito horas do surgimento dos sintomas, bastando, para isso, que o médico assistente (o que prestou atendimento ao doente) faça a indicação de seu uso*"; e (b) "*repasse ao Estado do Paraná o medicamento (TAMIFLU ou RELENZA), de forma compatível e em quantidade suficiente para o tratamento adequado a todos os casos acima indicados, inclusive disponibilizando volume de medicamento próprio para o trato pediátrico (solução oral), em razão da manifesta falta dessa especial forma da droga no Estado do Paraná*"; e para que o ESTADO DO PARANÁ: (c) "*de imediato ao surgimento dos sintomas, dispense o medicamento TAMIFLU (ou, alternativamente, RELENZA) a todos doentes residentes nestes estado da federação que apresentem sintomas de INFLUENZA, qualquer que seja a espécie, sem que aguarde o agravamento do quadro clínico, bastando, para tanto, que seja receitado pelo médico assistente (aquele que prestou atendimento ao doente)*"; e (d) "*distribua, de imediato, não apenas às Regionais de Saúde, mas sim a todos os municípios paranaenses, segundo suas necessidades, o medicamento OSELTAMIVIR (TAMIFLU), procedendo a comunicação a este r. Juízo, com urgência, sobre qualquer insuficiência verificada, seja do medicamento para uso adulto, seja daquele para emprego pediátrico.*"

Na petição inicial, afirma que o protocolo adotado pelo Brasil e dirigido à orientação dos médicos nacionais, a respeito da prevenção e do tratamento da doença causada pelo vírus influenza A - H1N1, popularmente conhecida como "gripe suína", dividiu a população em dois grupos: o "grupo de risco" e o outro de não risco; arrola as pessoas que compõem o "grupo de risco": a) pessoas em idade inferior a 2 anos ou superior a 60 anos de idade; b) pessoas com imunodepressão (por exemplo, pacientes com câncer, em tratamento para AIDS ou em uso regular de medicação imunossupressora); c) pessoas com condições crônicas (a exemplo de portadoras de hemoglobinopatias, diabetes mellitus, cardiopatias, pneumopatias ou doenças renais crônicas); e d) mulheres gestantes; assevera que o protocolo do Ministério da Saúde orienta a administração do medicamento Oseltamivir aos pacientes do "grupo de risco" ou àqueles que apresentem agravamento do quadro clínico, ainda que não pertencentes ao "grupo de risco", ou, conforme atualização do protocolo, no dia 05 de agosto de 2009, na hipótese de haver parecer favorável conjunto do médico que prescreveu o medicamento e, também, da autoridade de saúde local que fará sua liberação; acredita o órgão ministerial que a referida condicionante restringe a autonomia e competência médica do prescritor e torna moroso o processo de obtenção da medicação; reporta-se ao Sistema Único de Saúde, previsto no art. 198 da Constituição da República e disciplinado pela Lei n.º 8.080/90; esclarece que a

administração da medicação é necessária no período máximo de quarenta e oito (48) horas, a contar do início dos sintomas, já que é nesse período que o remédio tem eficácia e, após esse tempo, torna-se totalmente ineficiente; menciona que o agravamento dos sintomas de gripe tem-se verificado a partir do quarto ou quinto dia do seu surgimento, ocasião em que não surte mais efeitos a administração do medicamento Oseltamivir (Tamiflu); cita depoimentos de médicos; narra a situação em outros países, como o Canadá, Estados Unidos e Chile; quantifica os casos de óbito confirmados e casos suspeitos, mostrando previsão futura; refere-se aos estoques públicos, à produção de Oseltamivir (Tamiflu) pela indústria farmacêutica Roche e à possibilidade de importação de outro medicamento, conhecido por Zanamivir (Relenza), fabricado pela empresa Glaxo, também recomendado pela Organização Mundial da Saúde no combate ao vírus; sublinha a gravidade da situação em relação à dispensação do medicamento Tamiflu para uso pediátrico, no Estado do Paraná, porquanto não há distribuição regular do medicamento em forma de xarope pelo Governo Federal, ao passo que a manipulação do medicamento para uso adulto para sua transformação em xarope pode alterar sua eficácia, sequer se sabendo da adequação desse procedimento; por fim, discorre sobre o direito à saúde e à vida, cita o art. 135 do Código Penal (omissão de socorro), além de referir-se a princípios constitucionais e à cláusula da "reserva do possível".

Juntou documentos, dentre os quais: procedimento administrativo 1.25.000.002505/2009-21 (fls. 51-75), com depoimentos de médicos (fls. 60-69), artigo do Jornal Gazeta do Povo - *Casos de gripe A devem subir* (f. 70) e informações da Secretaria Municipal da Saúde de Curitiba (fls. 71-75); versão II, de 15 de julho de 2009, do Protocolo de manejo clínico e vigilância epidemiológica da influenza do Ministério da Saúde (fls. 77-113); versão III, de 05 de agosto de 2009, do Protocolo de manejo clínico e vigilância epidemiológica da influenza do Ministério da Saúde (fls. 114-145); notícias veiculadas e informações obtidas na internet sob os títulos: *Oseltamivir (Tamiflu)*, em bancodesaude.com.br (fls. 147-149); *H1N1 Ministério da Saúde muda protocolo e dá autonomia para médico prescrever Tamiflu*, em oglobo.globo.com (fls. 151-152); *Autonomia para médicos - muda a regra do Tamiflu*, em zerohora.clicrbs.com.br (fls. 154-155); *Temporão afirma que protocolo sobre gripe será mantido*, em saude.pr.gov.br (fls. 157-158); *Temporão: não houve flexibilização no uso do Tamiflu*, em estadao.com.br (fls. 159-160); *Roche esclarece dúvidas sobre distribuição do Tamiflu*, em roche.com.br (fls. 204-205); *País terá 18 milhões de vacinas*, em portal.rpc.com.br (fls. 207-208); *Gripe: Brasil já é o quarto em número de mortes*, em correiobrasiliense.com.br (fls. 223-224); *Pais não encontram Tamiflu infantil nos pontos de distribuição*, em cbncuritiba.com.br (f. 240); *Cidade reduz gripe suína com mudança de protocolo*, em terramagazine.terra.com.br (fls. 244-245); informações em inglês: *Drugs and Health Products*, do Canadá em hc-sc.gc.ca (fls. 162-168); *Interim Guidance on Antiviral Recommendations for Patients with Novel Influenza A (H1N1) Virus Infection and Their Close Contacts* (fls. 170-174), *Interim Guidance for Novel H1N1 Flu (Swine Flu): Taking Care of a Sick Person in Your Home* (fls. 175-179), *Reasons for Tamiflu EUA Described for the General Public* (f. 180), *Reasons for Relenza EUA* (f. 236), dos Estados Unidos em cdc.gov; informações em inglês: *Influenza (Seasonal)* (fls. 199-200), *Epidemic (H1N1) 2009 - update 60* (fls. 220-221), *Use of antiviral drugs against influenza A (H1N1)* (fls. 226-227), de World Health Organization, em who.int; informações em espanhol do Governo do Chile, em *Guia Clínica para el Manejo de Casos - Nueva Influenza Humana A (H1N1) (IHA H1N1) - Fase Pandemia*, de 01/07/2009 (fls. 182-193); boletim epidemiológico n.º 42 do Governo do Estado do Paraná, de 05/08/2009 (fls. 195-197); notícias do site do Ministério da Saúde, sob os títulos: *Ministério da Saúde tira dúvidas sobre nova gripe* (f. 202) e *MS comprará 18 milhões de doses da vacina* (f. 238); informe epidemiológico - edição n.º 3 da Secretaria de Vigilância em Saúde, de agosto/2009 (fls. 210-218); informações sobre o medicamento

Relenza obtidas na internet nos sites: anvisa.gov.br (f. 229), medicinanet.com.br (fls. 231-234); cópia de e-mail elaborado por Maurício Kuehne Junior, do MPF (f. 241); informação prestada por Yoshie Matsuzaka (f. 242); planilha cenários pandêmicos influenza A (H1N1) possíveis para municípios do Paraná período 2009 (fls. 247-257); relatório da empresa Roche, de maio/2008, de *Preparação para a próxima pandemia de Influenza - Responsabilidades e funções da Roche e demais interessados* (fls. 259-267).

Determinou-se que os réus se manifestassem sobre o pedido de liminar, no prazo de 72 (setenta e duas) horas (f. 268).

O Ministério Público Federal apresentou o boletim epidemiológico n.º 45 do Governo do Estado do Paraná, de 12/08/2009, às fls. 276-279.

O Estado do Paraná manifestou-se às fls. 280-296. Preliminarmente, aduziu a ausência de interesse processual, pela inadequação da via, requerendo a extinção do processo, sem resolução do mérito. Atribuiu ao Ministério da Saúde a responsabilidade pela aquisição e gerenciamento do *Oseltamivir*, referindo-se ao programa relativo ao Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (Portaria GM/MS n.º 176/99); esclareceu que a Secretaria de Saúde do Paraná não possui acesso à compra do medicamento, enquanto a empresa Roche direciona toda sua produção ao Ministério da Saúde; afirmou que os pedidos de tutela antecipada dirigidos ao Estado do Paraná são inócuos, pois a atuação da Secretaria de Saúde já vem sendo realizada para dispensar o medicamento *Oseltamivir* quando há indicação do médico e preenchimento do formulário próprio, com sua entrega ao paciente, independentemente do período em que solicitado e da situação ou não em grupo de risco; disse que o problema existente é a demora do doente em procurar o serviço público de saúde; disse que implantou laboratório específico para o exame da doença (LACEN), o que fez aumentar o número de registro de mortes no Estado do Paraná em razão da rapidez da confirmação dos resultados, sendo os exames realizados somente nas circunstâncias de morte e gravidade; reportou-se à solicitação de apoio financeiro das ações ao Ministério da Saúde; arrolou o número de tratamentos recebidos no CEMEPAR e disse que esse órgão está contratando farmácias de manipulação idôneas para a preparação da solução oral pediátrica; indicou médicas da Secretaria de Estado da Saúde para prestar esclarecimentos adicionais.

Juntou documentos, dentre os quais: formulário para dispensação de *Oseltamivir* (f. 298), ficha de investigação de *influenza* humana por novo subtipo (pandêmico) (fls. 299-300), ofícios, de 28/07/2009, do Governo do Paraná referente a ações adotadas e equipamentos solicitados (fls. 301-308, 309-337, 338-342), notícias da internet e versão III, de 05 de agosto de 2009, do Protocolo de manejo clínico e vigilância epidemiológica da *influenza* do Ministério da Saúde (fls. 348 e seguintes).

A União pronunciou-se às fls. 406-415. Asseverou que não há restrição de ordem econômica ou de qualquer natureza para a dispensação do medicamento e que a distribuição aos Estados é muito maior que os casos noticiados, havendo medicação suficiente para atendimento à população; esclareceu que a recomendação do protocolo "*é que todas as pessoas que apresentem sintomas da nova gripe sejam medicadas com o OSELTAMIVIR nas primeiras 48 horas, a critério do médico assistente*", sem apresentar restrição; disse que a atuação diferenciada para o grupo de risco é o monitoramento clínico constante; referiu-se à responsabilidade do médico pela indicação, ressaltando os efeitos colaterais e a indução à resistência do vírus se for administrado o medicamento de forma indiscriminada; referiu-se a informações prestadas na ação n.º 2009.51.01.018307-4, em trâmite perante a 15ª Vara

Federal do Rio de Janeiro, quanto à inexistência de restrição para comercialização do *Tamiflu* em farmácias, indicando *"uma opção comercial e um compromisso do laboratório produtor de atender aos organismos públicos de saúde"*; teceu considerações acerca da transformação em solução líquida para atendimento a crianças com base em rígidos padrões de segurança; apontou a ausência de interesse na intervenção jurisdicional porquanto os pedidos formulados pelo *parquet* já estão sendo regularmente atendidos pelos réus.

Juntou documentos, dentre os quais: publicações de notícias pela imprensa (fls. 416-422), versão III, de 05 de agosto de 2009, do Protocolo de manejo clínico e vigilância epidemiológica da influenza do Ministério da Saúde (fls. 423-438), informações obtidas no *site* do Ministério da Saúde, sob o título: *MS enviou mais 191,7 mil tratamentos para a nova gripe* (f. 439), ficha de investigação de *influenza* humana por novo subtipo (pandêmico) (fls. 440-441), formulário para dispensação de *Oseltamivir* (f. 442), relatório do Conselho Regional de Medicina do Paraná sobre a *Influenza A (H1N1)* (fls. 443-449), informação n.º 227/2009/2009/AGU/CONJUR-MS/AVA, referente à ação civil pública n.º 2009.51.01.018307-4 (fls. 450-456), despacho n.º 16.499/2009, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, referente à ação civil pública n.º 2009.51.01.018307-4 (fls. 457-460), nota técnica conjunta SCTIE/SVS n.º 01 do Ministério da Saúde, referente à ação civil pública n.º 2009.51.01.018307-4 (fls. 461-467).

Brevemente relatado, passo a decidir.

2. Considerando as limitações da cognição sumária, típica deste momento processual, não me convenço que a liminar postulada deva ser deferida.

O Ministério Público Federal pretende a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de obter quatro ordens diferentes endereçadas, as duas primeiras para a União, as duas últimas para o Estado do Paraná.

Enfrento cada uma dessas postulações:

(a) *ordenar à UNIÃO que faça constar orientação, em seu protocolo, para que o medicamento OSELTAMIVIR (TAMIFLU) ou outro similar (RELENZA), seja disponibilizado, de imediato, a todos os pacientes residentes no Estado do Paraná, que apresentem sintomas de INFLUENZA, qualquer que seja a espécie (INFLUENZA SAZONAL COMUM OU INFLUENZA A - H1N1), independente do agravamento do quadro clínico e sempre nas primeiras quarenta e oito horas do surgimento dos sintomas, bastando, para isso, que o médico assistente (o que prestou atendimento ao doente) faça a indicação de seu uso;*

O *Protocolo de Manejo Clínico e Vigilância Epidemiológica da Influenza*, editado pelo Ministério da Saúde, na sua versão atual (III, de 5 agosto de 2009, fls. 114 e ss.), parece atender satisfatoriamente às preocupações do Ministério Público.

No seu item 5 (f. 125) estabelece que o tratamento do antiviral *Oseltamivir* "deve-se iniciar o mais breve possível dentro das primeiras **48 horas** após o início dos sintomas".

Quais sintomas? Os sintomas da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), quais sejam, "febre superior a 38°C, tosse e dispnéia", acompanhadas ou não de outros sintomas (item 2, f. 119). Esses sintomas não são exclusivos da Gripe A (suína).

Não consta na versão atual do referido protocolo que a administração do antiviral exige o agravamento do quadro clínico. Também não consta que a obtenção do antiviral dependa do enquadramento do paciente em "grupo de risco".

Basta que o médico - seja da rede pública, seja da rede privada - avalie a situação clínica do seu paciente e receite o medicamento, preenchendo os formulários indicados, acessíveis pela *internet*, para que o paciente receba o antiviral, nos locais indicados pelo Secretaria Estadual da Saúde. Esses formulários me parecem indispensáveis à racionalização e ao controle da distribuição do medicamento em situação crítica de pandemia.

O protocolo imputa responsabilidade pela prescrição do antiviral *Oseltamivir* ao médico do paciente e à autoridade de saúde local.

Mas não vejo no protocolo que a autoridade de saúde local possa recusar o fornecimento do medicamento ao paciente que exiba o receituário médico, acompanhado dos respectivos formulários. Nem há qualquer evidência fática, denunciada nos autos, que alguma "autoridade de saúde local" tenha recusado o fornecimento do *Oseltamivir* à pessoa que exiba esses documentos.

Assim, considero que essa primeira postulação não pode ser acolhida porque o protocolo, por si só, já atende às pretensões ministeriais.

(b) ordenar à UNIÃO que repasse ao Estado do Paraná o medicamento (TAMIFLU ou RELENZA), de forma compatível e em quantidade suficiente para o tratamento adequado a todos os casos acima indicados, inclusive disponibilizando volume de medicamento próprio para o trato pediátrico (solução oral), em razão da manifesta falta dessa especial forma da droga no Estado do Paraná;

Não encontro elementos fáticos, até o momento, para me convencer que há falta (ou perspectiva de falta) do antiviral para o atendimento da população que exiba o respectivo receituário médico. Mesmo em relação à forma pediátrica do antiviral (solução oral), o próprio Ministério Público afirma que o Poder Público local está manipulando o medicamento para uso adulto, transformando-o em xarope (f. 33), para atender à essa peculiar parcela da população. E também não encontro, por ora, razões suficientes para dizer que tal procedimento é prejudicial à saúde das crianças ou que não seja suficiente para atendê-las.

(c) ordenar ao ESTADO DO PARANÁ que, de imediato, ao surgimento dos sintomas, dispense o medicamento TAMIFLU (ou, alternativamente, RELENZA) a todos doentes residentes nestes estado da federação que apresentem sintomas de INFLUENZA, qualquer que seja a espécie, sem que aguarde o agravamento do quadro clínico, bastando, para tanto, que seja receitado pelo médico assistente (aquele que prestou atendimento ao doente);

Pelas mesmas razões expendidas acima, quanto à primeira postulação endereçada à UNIÃO, entendo desnecessária a ordem pleiteada para o Estado do Paraná, pois, ao que consta, este ente federativo vem seguindo as recomendações do protocolo sanitário federal.

(d) ordenar ao ESTADO DO PARANÁ que distribua, de imediato, não apenas às Regionais de Saúde, mas sim a todos os municípios paranaenses, segundo suas necessidades, o medicamento OSELTAMIVIR (TAMIFLU), procedendo a comunicação a este r. Juízo, com

urgência, sobre qualquer insuficiência verificada, seja do medicamento para uso adulto, seja daquele para emprego pediátrico.

Também por ausência de evidências fáticas suficientes, entendo não ser necessário ordenar uma severa mudança na logística de distribuição estadual do antiviral. Não vieram, até o momento, denúncias de que a distribuição regionalizada tenha prejudicado a chegada do remédio aos municípios e, por conseguinte, às pessoas lá domiciliadas.

Não pretendo, neste momento processual, cancelar judicialmente a política pública, federal e estadual, de combate à gripe suína. Percebo, porém, que as postulações ministeriais, de uma maneira geral, já foram atendidas pelos órgãos de saúde pública. O registro de mortes pela gripe suína não parece ter relação com a deficiência **atual** no fornecimento do *Oseltamivir*. As medidas adotadas, a partir da última versão do protocolo, parecem suficientes e adequadas.

Mas talvez essas medidas tenham vindo tarde. Sinto que várias mortes poderiam ter sido evitadas caso o antiviral fosse administrado, como é hoje, já no início dos casos no Brasil. As versões anteriores do protocolo, que exigiam o agravamento da doença como condição para o tratamento com *Oseltamivir*, induziram ao procedimento errado: quando o medicamento era receitado e ministrado, já era tarde demais.

Mas os erros do passado não estão em jogo nesta ação civil pública. Parece que houve aprendizado, ainda que ao custo de algumas mortes. Para o presente, e por enquanto, não vejo necessidade de intervenção judicial.

3. Ante o exposto, indefiro a tutela antecipada. As preliminares argüidas pelos réus serão apreciadas após a contestação.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Após, cite-se.

Curitiba, 14 de agosto de 2009.

VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR

Juiz Federal Substituto

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2006.70.00.000547-6/PR

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : UNIÃO FEDERAL
RÉU : ESTADO DO PARANÁ
ADVOGADO : CRISTINA LEITAO TEIXEIRA DE FREITAS
RÉU : MUNICÍPIO DE CURITIBA
ADVOGADO : ITALO TANAKA JUNIOR

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público Federal** em face da **União**, do **Estado do Paraná** e do **Município de Curitiba**, com o objetivo de que seja determinado por este Juízo que os réus forneçam aos pacientes com diagnóstico de Hepatite C Crônica os medicamentos *Interferon Peguilado 180mcg e Ribavirina*, em regime de gratuidade, nos casos em que for esse o tratamento medicamentoso indicado.

Informou a instauração do procedimento administrativo n.º 1.25.000.002569/2005-06, na forma da Lei Complementar n.º 75/93, a partir de requerimento formulado pelo Sr. Zózimo Oractz Neto, que necessita dos medicamentos, os quais foram negados sob a alegação de que "(...) a portaria 863/SAS/MS não permite a liberação em genótipo 3, bem como não permite retratamento" (f. 8), e também de outros requerimentos similares protocolizados por outros pacientes.

Apresentou os esclarecimentos prestados pela Secretaria Estadual de Saúde do Paraná acerca do Programa de Medicamentos Excepcionais.

Fundamentou sua pretensão no direito constitucional à saúde, mencionando diversas decisões favoráveis em situações semelhantes, para, então, requerer tutela antecipada que determine aos réus o fornecimento do medicamento na proporção prescrita na ordem médica. Sustentou que a demanda pretende ver protegido o direito à vida e a negativa do pedido configuraria omissão de socorro (art. 135 do Código Penal). Ressaltou o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição da República, e às condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelecido na Lei Orgânica da Seguridade Social (arts. 2º e 4º da Lei n.º 8.080/90). Indicou a responsabilidade solidária da União e dos Estados-membros, bem como a participação dos Municípios.

Traçou um paralelo com a Lei n.º 9.313/96, que assegura a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, justificando sua aplicação analógica em relação às demais enfermidades, como no caso concreto.

Juntou cópia de procedimentos administrativos (fls. 28-223).

A apreciação do pedido de liminar foi postergado para após a manifestação dos réus, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, na forma do art. 2º da Lei n.º 8.437/92 (f. 224).

O Estado do Paraná manifestou-se às fls. 228-238, argüindo que a pretensão do Ministério Público Federal improcede. Afirmou que a Portaria n.º 863/2002, que

dispõe sobre o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o tratamento da hepatite viral crônica C, estabelece os critérios para o fornecimento da medicação. Em relação ao caso do Sr. Zózimo, não foram preenchidos esses critérios, tendo em vista que a moléstia apresentada por ele é Hepatite C do genótipo 3, enquanto, como esclareceu o CEMEPAR, para a inclusão para o tratamento com Interferon Alfa Peguilado o paciente deve ser portador do vírus da Hepatite C do genótipo 1. Reportou-se a parecer técnico sobre os estudos nos genótipos 2 e 3, manifestando que inexistem benefícios também em casos de retratamento, sendo que nem sempre o mesmo medicamento é apropriado a todos os pacientes. Reiterou que o direito à saúde é protegido constitucionalmente, mas defendeu que a Política Nacional de Medicamentos impõe normas para a distribuição gratuita de medicamentos, acentuando a racionalização do uso de dinheiro público, sob pena de inviabilizar o sistema de saúde, e amparando o princípio da reserva do possível. Colacionou jurisprudência. Juntou documentos (fls. 239-276).

A União pronunciou-se às fls. 277-293. Aduziu, preliminarmente, ilegitimidade ativa, denunciando a formulação de pedido genérico e inaplicável a todos os portadores da doença, com requerimento do Ministério Público Federal para o caso específico do Sr. Zózimo, e a ilegitimidade passiva, argumentando que não compete a ela a execução das atividades do SUS e apontando os Estados e Municípios como responsáveis por essa função, haja vista a previsão constitucional da descentralização das ações e serviços de saúde (art. 198, I, CF). No mérito, discorreu sobre o programa de medicamentos excepcionais e sobre a sua importância, evidenciando a publicação da Portaria GM n.º 3.916, de 30/10/1998, da Portaria GM/MS n.º 176, de 08/03/1999, da Portaria GM/MS n.º 2.084, de 26/10/2005; alegou que cabe à União efetuar os repasses dos recursos financeiros destinados à aquisição dos medicamentos pelos gestores estaduais, sendo função dos gestores locais o fornecimento dos medicamentos solicitados; enfatizou que há legislação específica que assegura aos portadores de Hepatite Crônica C o fornecimento dos medicamentos requeridos, os quais estão previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (Portaria n.º 863/2002) e constam da RENAME (Relação de Medicamentos Excepcionais - alto custo), encontrando-se disponíveis na rede pública (Portaria/GM n.º 1.318, de 23/07/2002, e Portaria SAS n.º 921, de 25/11/2002); afirmou que a elaboração dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas submeteu-se à consulta pública, com discussão ampla da comunidade científica, das sociedades médicas, de profissionais de saúde, de gestores do Sistema Único de Saúde, de usuários e da própria indústria farmacêutica, fazendo-se necessária sua adoção para garantir homogeneidade da qualidade da assistência médico-hospitalar; disse que não ficou ausente no seu dever de prover a saúde, mas deve ser buscado o princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, mediante critério igualitário na distribuição de medicamentos em face da insuficiência dos recursos disponíveis à saúde. Juntou documentos (fls. 294-309).

O Município de Curitiba manifestou-se às fls. 310-313. Alegou que o fornecimento de medicamento excepcional cabe à Secretaria Estadual da Saúde, através da Central de Medicamentos do Paraná (CEMEPAR), com verbas repassadas pelo Ministério da Saúde; fez uma ressalva em relação ao Sr. Zózimo, por este residir em Colombo e não na base territorial do município; reconheceu a negativa (única) em relação a Valter Maia Carnahiba, pelo argumento já exposto quanto à competência da CEMEPAR para

o fornecimento; referiu-se à estruturação no âmbito da saúde pública sob a seguinte forma: assistência farmacêutica básica, medicamentos estratégicos, medicamentos excepcionais e medicamentos de saúde mental. Juntou documentos (fls. 315-319).

O pedido de antecipação de tutela foi parcialmente deferido (fls. 320-327), para que os réus fornecessem o medicamento para Zózimo Oractz Neto; foi negada a antecipação de tutela generalizadamente para todos os portadores da enfermidade, independentemente de suas condições peculiares e mediante apresentação de atestado médico que não se reporte a protocolo. Acompanharam a decisão os documentos de fls. 328-346.

Expediu-se edital de intimação aos terceiros interessados (f. 347).

A União ofereceu contestação às fls. 350-367. Aduziu as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva e, igualmente, no mérito, renovou os termos já manifestados às fls. 277-293. Acrescentou que não cabe ao Poder Judiciário a interferência na esfera do administração quanto à definição de gastos com a saúde pública; por fim, requereu (i) a fixação de limite de prazo para o fornecimento do remédio para o Sr. Zózimo; (ii) a apresentação periódica de atestado médico; (iii) a apresentação mensal das embalagens e ampolas dos remédios, a fim de comprovar a sua efetiva utilização; e (iv) o preenchimento dos critérios estabelecidos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas pelos portadores de Hepatite Crônica C para o fornecimento da medicação.

Contra a decisão que deferiu parcialmente a liminar, a União interpôs agravo de instrumento (fls. 368-384), recebido em Segunda Instância sem efeito suspensivo e convertido em agravo retido (AI n.º 2006.04.00.008804-5/PR, fls. 386-387 e 439); o relator do recurso indeferiu o pedido de reconsideração formulado pela agravante (f. 440).

O Município de Curitiba ofertou contestação às fls. 390-402. Aduziu as preliminares de ilegitimidade ativa e ilegitimidade passiva. No mérito, ratificou os argumentos esposados na manifestação de fls. 310-313. Discorreu sobre a política nacional de medicamentos (Portaria/GM n.º 3.916/98), noticiando a assinatura de termo de adesão, pactuado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), e ressaltando que o Município de Curitiba adotou a opção pela aquisição de medicamentos para atendimento da assistência farmacêutica básica, que está voltada para o tratamento das afecções mais simples.

Contra a decisão que deferiu parcialmente a liminar, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento (fls. 404-417), tendo sido ampliados os efeitos da antecipação da tutela em Segunda Instância, que determinou aos réus que *"forneçam, de forma solidária, a todos os pacientes portadores de Hepatite C que comprovarem a necessidade, a medicação Interferon Pequilado e Ribavirina, o que deverá ser comprovado por receituário prescrito por médico vinculado ao SUS"* (AI n.º 2006.04.00.014711-6/PR, fls. 418 e 471). O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu parcial provimento ao recurso (fls. 520-521 e 867-869).

O Estado do Paraná apresentou contestação às fls. 419-438. Reiterou o exposto na manifestação de fls. 228-238. Além disso, reportou-se às diretrizes da política nacional de medicamentos (Portaria GM/MS n.º 3.916/98), inclusive sobre a adoção da Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME) e aos programas de medicamentos, que estabelecem o ente responsável pelo fornecimento de cada medicamento. No que diz

respeito ao caso do Sr. Zózimo, teceu as mesmas considerações já constantes nos autos. Esclareceu, também, que não se recusa a fornecer o Interferon Peguilado aos pacientes que o requeriram, desde que estejam de acordo com os critérios dos Protocolos Clínicos, e que cerca de 225 pessoas (residentes no Estado do Paraná) recebem a medicação gratuitamente pelo CEMEPAR.

Foram juntados documentos da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (fls. 441-459).

Houve réplica (fls. 460-469).

Em fase de especificação de provas, o Ministério Público Federal, o Município de Curitiba e o Estado do Paraná nada requereram (fls. 472, 485 e 487-488). A União reiterou o pedido de análise da preliminar quanto à sua ilegitimidade passiva, não requereu prova e juntou cópia de decisão proferida em caso semelhante (fls. 473-477)

Denunciado o descumprimento da determinação judicial (fls. 479-480), o Estado do Paraná informou que após receber a intimação comunicou ao CEMEPAR a ordem para o fornecimento da medicação (fls. 487-490). Juntados os documentos comprobatórios da entrega dos medicamentos ao Sr. Zózimo suficientes até junho/2007 pela União (fls. 497-501) e, diante da informação do Estado do Paraná de que a medicação está sendo fornecida (fls. 504-510), o MPF manifestou-se no sentido de que o Sr. Zózimo já havia comunicado o Estado do Paraná de que não necessitava mais dos medicamentos (fls. 513-517).

Intimado para apresentar a discriminação do quantitativo despendido na aquisição dos medicamentos fornecidos, o Estado do Paraná apresentou a petição de fls. 527-528, com os documentos de fls. 529-855. Em relação ao Sr. Zózimo, disse que este paciente não mais fará uso dos medicamentos e que devolveu o que deixou de utilizar (fls. 856-861).

O Ministério Público Federal indicou nova denúncia quanto ao descumprimento da determinação judicial pelo Estado do Paraná, através da Secretaria Estadual de Saúde, e apresentou DVD, afirmando que a notícia vem de telejornal apresentado em 31/07/2007 (fls. 865-866).

As partes ofertaram alegações finais: o Ministério Público Federal às fls. 872-879, a União às fls. 880-902 (com a juntada de documentos de fls. 903-917), o Estado do Paraná às fls. 919-926 e o Município de Curitiba às fls. 942-954, havendo a manifestação do autor sobre os documentos juntados (fls. 956-959).

O Ministério Público Federal apresentou nova notícia de descumprimento da liminar pelo Estado do Paraná (fls. 988-1001, com os documentos de fls. 1002-1084).

Conclusos para sentença, vieram-me os autos.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A saúde é direito fundamental, consagrado na Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, sendo dever do Estado assegurá-la a todos os cidadãos indistintamente.

O artigo 2º da Lei 8080/90 reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Daí surge o direito à medicação, conforme tem deliberado a jurisprudência:

"O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional."

(STF, AGRE 271.286/RS, relator Ministro Celso de Mello, DJ 24/11/2000)

O problema a ser preliminarmente enfrentado é a possibilidade de atender ao direito à medicação através da ação civil pública, na qual se formule pedido genérico de concessão de um determinado remédio.

A respeito da legitimação do Ministério Público nas ações coletivas, Hugo Nigro Mazzili leciona (*in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007):

"Diversamente no Brasil, porém, hoje a Constituição e as leis erigem a intervenção do Ministério Público como essencial à prestação jurisdicional do Estado, e lhe conferem a defesa do regime democrático e a tutela de direitos indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos." (p. 308)

"No tocante aos interesses difusos, em vista de sua natural dispersão, justifica-se sua defesa pelo Ministério Público. Já no tocante à defesa de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, é preciso distinguir: a defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público". (p. 102)

A ação civil pública é conhecida como um dos instrumentos para a tutela coletiva, ou seja, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se pode, portanto, manejar esse instrumento processual a fim de defender interesses individuais que não tenham a nota da homogeneidade.

O conceito de interesses individuais homogêneos contempla a *origem comum do direito*; há uma reunião de interesses individuais que une pessoas que se encontram na mesma situação de fato.

Conforme lecionam Marinoni e Arenhart, *"os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras espécies de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem - e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado - proteção coletiva, através de uma única ação. Assim deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese, ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução unívoca"* (Manual do Processo de Conhecimento, 3^a ed., São Paulo: RT, 2004).

No caso destes autos, o Ministério Público pretende que os réus forneçam os medicamentos Interferon Peguilado 180mcg e Ribavirina, não só a Zózimo Oractz Neno, **mas a todos os pacientes usuários do SUS, residentes no Estado do Paraná, que apresentem diagnóstico de Hepatite C crônica, em que estiver indicado esse tratamento medicamentoso.**

A dificuldade reside na impossibilidade de se adotar a generalidade de atendimento a situações que não são equivalentes.

Convenço-me de que, muito embora possa se considerar direito individual a obtenção desses medicamentos, falta a homogeneidade necessária para permitir a tutela coletiva. Em primeiro lugar, torna-se imprescindível a demonstração da eficácia dos medicamentos requeridos na petição inicial no tratamento indicado em cada caso específico. Estudos de professores de medicina, de especialistas, além de artigos colacionados aos autos, apresentam diferentes orientações. A literatura discorre de forma ampla sobre resultados comparativos entre grupos de pacientes, associação de medicamentos, retratamento e pesquisas em outros países, entre outras especificidades. As situações individuais de cada paciente têm importância, pois não é todo caso de portador de Hepatite C que requer a prescrição de Interferon Peguilado 180mcg e Ribavirina. Deve ser avaliado, em cada caso, o motivo da negativa do seu fornecimento, originada do não preenchimento dos critérios de inclusão no Protocolo Clínico.

A título exemplificativo, os requerimentos constantes nos procedimentos administrativos apresentados pelo Ministério Público Federal com a petição inicial registram variações de alguns dos seis genótipos da Hepatite C. O Sr. Zózimo é portador do genótipo 3 (fls. 28-56), o Sr. Jonas é portador do genótipo 1 e do genótipo 3a (possui duas linhagens) (fls. 57-98), a Sra. Maria Rosa é portadora do genótipo 1b (fls. 99-120), o Sr. Valter é transplantado (fls. 121-132), o Sr. Juraci é portador do genótipo 1 (fls. 133-159) e, no caso dele, a CEMEPAR não fornece, uma vez que não permite o retratamento, f. 142, a Sra. Cleusa é portadora do genótipo 1 (fls. 160-182) e, no caso dela, a CEMEPAR não fornece, tendo em vista que ela não apresenta fibrose igual ou superior a 2, o Sr. Ivan é portador do genótipo 3a (fls. 183-223).

Esses casos demonstram que não se está diante de fatos equivalentes ou de uma origem comum que possa qualificar o direito individual homogêneo. A diferenciação de cada caso, levando em conta as situações peculiares de cada paciente, impede a concessão de uma tutela genérica, com ordem de concessão de um remédio a todos indistintamente.

É realmente temerário a concessão de uma ordem genérica que obrigue o Estado a conceder o medicamento, sem uma prévia e controlada análise da necessidade do medicamento em cada caso concreto. O tratamento é caro e exige cuidados redobrados, evitando o desperdício do dinheiro público e a lesão a direito de outras pessoas que necessitem do SUS.

Acrescento: quem efetivamente irá indicar que o tratamento medicamentoso é necessário e eficaz para o paciente? Poderia-se aceitar apenas a indicação do médico particular do paciente, considerando a diversidade de opiniões científicas a respeito da eficácia do medicamento? Essa indicação poderia ser contestada pelos órgãos públicos de saúde?

O que quero dizer é que não se pode negar a tutela jurisdicional em casos como este, em que o paciente necessita do medicamento para buscar a cura de sua doença. No entanto, pelas peculiaridades de cada caso, é necessário que a tutela jurisdicional seja buscada individualmente e não através de uma tutela coletiva, na qual não se conhece as características de cada caso concreto.

Além do mais, é preciso garantir que as pessoas que buscarão, gratuitamente, a concessão do medicamento realmente não possam pagar por eles. O SUS deve atender às pessoas carentes de recursos econômicos para obter, por meios próprios, o medicamento necessário. Esse controle não é possível na ação civil pública e através de uma tutela coletiva, reforçando a necessidade de que a tutela jurisdicional seja buscada individualmente, de forma a comprovar a hipossuficiência econômica para a obtenção gratuita do medicamento.

Assim, considerando que os direitos postos à apreciação do Juízo não podem ser considerados individuais homogêneos, a ação civil pública não é o veículo processual adequado.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DA TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS.

Não se afigura razoável nem proporcionado autorizar o fornecimento de medicamentos e a realização de exame de ressonância magnética da coluna sacro lombar a pacientes indeterminados, de modo indiscriminado, sem que sejam detida e individualizadamente apuradas as peculiaridades de cada caso."

(TRF4, 4ª Turma, AG 200704000365458/SC, relator Juiz Fed. João Batista Lazzari, DE 28/01/2008)

"ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AOS PORTADORES DE HÉRNIA DISCAL LOMBAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DA TUTELA JURISDICIONAL.

Não é razoável deferir de modo indiscriminado, a portadores de hérnia discal lombar, medicamentos e exames de ressonância magnética de coluna lombo sacra sem a avaliação médica casuística, de modo a aferir a real necessidade de cada paciente."

(TRF4, 4ª Turma, AG 200604000355369/SC, relator Des. Fed. Valdemar Capeletti, DE 26/03/2007)

3. DISPOSITIVO

Pelos fundamentos acima expendidos, reconhecendo que a ação civil pública não é meio processual adequado à pretensão ministerial, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

Sem custas, nem honorários advocatícios, pela natureza da ação.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Curitiba, 01 de outubro de 2008.

VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR

Juiz Federal Substituto