

Direito à saúde e tutela antecipada.

Marcelo Moscoviato

(Artigo publicado no Boletim dos Procuradores da República nº 08, Dezembro de 1998, em Brasília – DF.)

- O processo como fonte de documentação histórica.

Com relação aos processos judiciais, os operadores do Direito (juízes, promotores, procuradores e advogados) não devem se esquecer que, além de instrumentos onde o Estado exerce o seu poder jurisdicional, eles são fontes de documentação histórica de uma sociedade. Neles são registradas diariamente, ao nível individual e algumas vezes no coletivo também, os confrontos gerados e engendrados em uma sociedade de classes extremamente desigual, como é a nossa.

Neste contexto, há muito se discute a “crise no Judiciário”, que melhor seria definida como a “crise no sistema de Justiça” - que envolve Juízes, membros do Ministério Público e Advogados. O grande desafio do sistema de Justiça no Brasil é decidir em tempo. Correr o risco de errar com rapidez, porque hoje erra com muita demora e atraso. E é preciso reconhecer e registrar que o sistema hoje não goza de respeito por parte da população em geral, porque na verdade é visto com temor. A respeito, apenas a título de referência, meramente exemplificativa, basta consultar os trabalhos publicados pelo NEV - Núcleo de Estudos da Violência da USP¹ e pelo IDESP - Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos², que indicam e evidenciam os problemas e as soluções para o sistema judicial

¹ Revista da USP nº 21 - Dossiê Judiciário; Os Direitos Humanos no Brasil - NEV/USP/CTV - 1995.

²Rua Desembargador Guimarães, 21, Perdizes, São Paulo.

brasileiro, tratando-o não mais como problema restrito apenas às carreiras jurídicas, mas sim como objeto de estudo e questionamento para a história, a ciência política e a sociologia.

Acerca da crise no sistema de Justiça brasileiro, visto especificamente depois da Constituição de 1988, o cientista social Rogério Bastos Arantes³ afirma que as decisões judiciais ganharam visibilidade a ponto de se afirmar que a Constituição de 1988 tinha propiciado a “redescoberta do Judiciário brasileiro”. Mas essa “redescoberta” encontrou uma instituição incapaz de dar as respostas que seu papel constitucional prescrevia, seja no nível elementar da prestação de Justiça nos conflitos entre particulares, seja no nível da mediação e resolução dos conflitos de natureza política. A idéia de “redescoberta” deu lugar à imagem de um Poder em “crise”.

Entretanto, historicamente falando, a “crise” é permanente e a despeito dela o sistema de Justiça, que envolve poder real, tem obrigações frente à população a que serve. Obrigações estas insertas no pacto político nacional, ou seja, a Constituição Federal. Daí a idéia básica de que todos os operadores do Direito devem ter por inspiração e fundamento primeiro o próprio texto constitucional que, por exemplo, no seu art. 196, diz: “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”. Não há dúvida! A regra compromete todas as esferas de poder.

- A Tutela antecipada.

³“Judiciário & Política no Brasil”, ed. EDUC, São Paulo, 1997, 1ª edição, p. 111

Reconhecida e confessada a crise no sistema de Justiça, medidas foram e estão sendo adotadas para mitigá-la ou, no longo prazo, resolvê-la.

Na esfera cível, servem de exemplo as leis de reforma ao processo. Dentre elas, ressalte-se a alteração do art. 273 do CPC, que hoje rege a tutela antecipada, de fundamental importância para aqueles que sofrem com problemas de saúde e contam com tempo escasso e precioso.

A tutela antecipada, juntamente com outras medidas processuais, veio à luz para confirmar e tentar resolver os problemas práticos e de efetividade de um processo de execução complexo e em muitos casos ineficaz.

A tutela jurisdicional (poder/dever do Estado para solucionar conflitos de interesses) pode ser inicialmente dividida em tutela definitiva e tutela provisória. Obviamente, a tutela definitiva pressupõe o contraditório e ampla defesa e sofre os efeitos da coisa julgada. Já a tutela provisória, privilegia a “efetividade” da decisão ao caso concreto e assim ela: - depende de um pedido de tutela definitiva; - pressupõe urgência; - depende de cognição, conhecimento sumário; - tem eficácia limitada no tempo; - é mutável e não está sujeita à coisa julgada.

Dadas as características da tutela provisória, hoje, ela pode ser dividida em medidas cautelares⁴ e antecipatórias de tutela⁵ (tutela antecipada).

⁴ - **Medida cautelar** - 1- é ação autônoma - processo cautelar; 2- há urgência em garantir a certificação do direito ou sua execução; 3- há garantia (segurança) para a certificação do direito ou para a sua execução; 4- o conteúdo do provimento é autônomo em relação à tutela definitiva; 5- o resultado prático não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito do autor, mas sim com a sua garantia; 6- tem duração limitada no tempo, pendente do desfazimento ou não da situação criada ao final do processo.

⁵ - **Antecipação de tutela** - 1- é requerida na própria ação principal; 2- há urgência na satisfação do direito afirmado na ação principal; 3- há antecipação, total ou parcial, da própria fruição do direito. Há execução antecipada; 4- há coincidência entre o conteúdo da medida e o direito material afirmado pelo autor (pedido); 5- há pertinência entre o pedido principal e a tutela antecipada; 6- pode ter os seus efeitos perpetuados no tempo.

Feitas estas anotações, verifique-se a atual redação do art. 273 do CPC. Ele inovou ao romper com a clássica distinção no Processo Civil entre processo de conhecimento, de execução e cautelar, deixando para o campo destas últimas apenas as cautelares nominadas, com procedimento específico. A antecipação de tutela é instituto processual do procedimento comum e é aplicável também ao procedimento especial. Ela tem por pressupostos a prova inequívoca dos fatos, a verossimilhança da alegação (art. 273, *caput*), o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I) ou o abuso do direito de defesa (art. 273, II). Quanto a estes pressupostos, dúvidas podem surgir à compreensão da verossimilhança da alegação ou do direito. Na verdade, verossimilhança da alegação diz respeito à prova dos fatos. Ela envolve juízo de valor a respeito da semelhança à verdade, da aparência, da probabilidade de verdade dos fatos como demonstrados pela prova inicialmente apresentada pelo autor da demanda. Em poucas palavras, o convencimento da verossimilhança da alegação é o resultado da apreciação da prova inequívoca. E ao legislador bastaria ter optado por uma única delas.

A antecipação da tutela pode ser deferida em qualquer fase processual - art. 558, CPC (recurso) - e diz respeito à antecipação dos efeitos executivos da sentença, que podem ser atendidos, cumpridos provisoriamente, pela via mais eficaz, como por exemplo o mandado ao oficial de justiça. Pela sua natureza, pode-se exigir contracautela para garantir a reparação de eventuais danos ao réu-executado.

- Algumas questões de saúde.

Quando se tratam de questões apresentadas à Justiça, principalmente aquelas concernentes à saúde, é necessário ter a cautela de informar o Poder a respeito da situação de fato que serve de base ao pleito. Não apenas a situação pessoal do postulante, mas sim

os dados e elementos informadores do problema para o conjunto da sociedade. Outrossim, exigir que tais dados sejam utilizados como fundamento da decisão. A utilização de informações e dados da vida é muito comum no Executivo e no Legislativo. Porém, algumas vezes, no Judiciário, as questões são apresentadas apenas sob aspecto individual e jurídico-formal. Em outras palavras, ao demandar para a proteção de direito à saúde ou contra a discriminação resultante de uma moléstia (Aids e outras DSTs, Mal de Hansen, Psoríase, Leishmaniose cutânea, Esquizofrenia, etc.), é preciso considerar que o julgador pode estar mal informado a respeito da doença, da epidemia ou não ter qualquer experiência com discriminação e assim julgar a questão como se fosse apenas um único caso isolado. Também pode ocorrer o fato de o julgador desconhecer ou não ter disponível a legislação ou os precedentes a respeito da questão, ainda mais quando submetido a avalanches processuais crônicas que o transformam, inconscientemente, em burocrata frio avesso aos fatos da vida.

Em consulta às cortes nacionais é possível encontrar o registro de casos de preconceito e descaso para com a saúde.

Por exemplo, em um processo de indenização, julgado em 1993, um hospital foi condenado a indenizar um paciente contaminado pelo HIV quando submetido a uma transfusão sanguínea durante um procedimento cirúrgico. O sangue não tinha sido devidamente analisado antes da transfusão (TJSP, Emb. Infr. n. 170.026-1 - São Paulo). Ainda, a situação do policial militar que, a despeito de demonstrar aptidão física, foi afastado do serviço por ser portador do HIV. Aqui é interessante anotar que há grande diferença entre ter o vírus HIV e estar doente de AIDS. E reconhecendo esta diferença, a Justiça determinou a sua reincorporação à Academia de Polícia, declarando como

discriminatório o seu afastamento e afirmando: "a exigência do teste sorológico nos exames pré-admissionais é descabida e discriminatória, caracterizando interferência indevida na intimidade dos trabalhadores. Além disso, o soro positivo para o HIV não é doente, diferente do portador de AIDS, que manifesta a doença". (TJSP, Ap. Cível n. 216.708-1 - São Paulo).

No aspecto criminal, há registro de extorsão contra portadores do HIV. Sabendo que sua vítima era portadora do HIV, o delinquente lhe exigiu pagamento em dinheiro para não divulgar o fato (TACrim-São Paulo, Ap. nº 892.687). Há ainda outros casos de exploração do desespero humano. Um indivíduo foi condenado pela prática de curandeirismo ao fornecer substância contendo adoçantes e corantes a doentes, dizendo lhes que se tratava de medicamento destinado à cura da "AIDS" (TACrim - São Paulo, RJDTACRIM vol. 23/1994, p. 122).

Mas nem tudo são flores! Também é possível encontrar decisão, relacionada a encarcerado, onde se impede visita íntima de casal infectado pelo HIV sob o argumento de que há "risco de gerarem um ser humano já fadado à morte pela aids" (TJSP, Agr. 192.760-3). Esta conclusão, discriminatória, não encontra respaldo científico em face aos medicamentos disponíveis à reversão da contaminação pós-parto.

Com referência específica à antecipação de tutela, na forma do art. 273 do CPC, tem-se o seguinte caso exemplar: "Tutela - Antecipação - Concessão de liminar em ação intentada contra seguradora com vistas ao adiantamento de despesas médico-hospitalares - Inexigibilidade de caução - Inaplicabilidade do artigo 588, II, do Código de Processo Civil - Hipossuficiência da agravada, outrossim, que não implica a irreversibilidade da medida - Intelecção do artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso

não provido. A experiência comum indica a circunstância do seguro-saúde principalmente agregar pessoas de classe média e de baixa renda, mais preocupados com os elevados custos médico-hospitalares e a proverbial deficiência dos serviços públicos do setor. Daí a falta de senso lógico-jurídico de privar o segurado da tutela imediata e salvadora ao argumento de insuficiência econômica ou impossibilidade de prestar caução. A exigência indiscriminada de capacidade econômico-financeira e muitas vezes de caução em situações quejandas e pungentes conspira contra o acesso à Justiça” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Vasconcellos Pereira, agravo de instrumento nº 15.729-5, 2ª Câm. de Dir. Privado, v.u., j. de 03.09.96) - grifamos.

Ainda a respeito da tutela antecipada em questão relacionada ao tratamento de saúde, o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já estabeleceu o seguinte: “Tutela Antecipada - Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Indenização - Antecipação de tutela deferida, tendo em vista que o estado de saúde da autora conduzia a um receio de que a mesma poderia não resistir até o final do curso do processo diante das lesões suportadas pela mesma - Presença dos requisitos do art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil - Recurso Improvido” (1º TACível/SP, Rel. Juiz Tércio Negrato, 4ª Câm. Esp., v.u., j. de 26.02.97, agravo de instrumento nº 00685484-7/00).

Na verdade, páginas e mais páginas poderiam ser escritas contando tristes histórias a respeito da discriminação e da ignorância, todas registradas nas petições, contestações, sentenças e demais documentos usados nos processos cíveis e nos criminais, algumas delas com final feliz, mas muitas outras não!

Com este trabalho, diante do papel político dos operadores do Direito e das responsabilidades do sistema de Justiça em uma sociedade injusta, espera-se poder

modestamente contribuir para o debate a respeito dos direitos humanos fundamentais - aqui inserido o direito à saúde (art. 196, CF) - vistos pelos tribunais em nosso país.