

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL EM MÓDULOS

IRRETROATIVIDADE DAS MEDIDAS
URGENTES NA ÁREA DA SAÚDE

Ana Carolina Valério Benossi

RA 00091015

São Paulo - SP

2014

Ana Carolina Valério Benossi

RA 00091015

IRRETROATIVIDADE DAS MEDIDAS
URGENTES NA ÁREA DA SAÚDE

Monografia apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial para obtenção do título de Especialização em Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Larissa Aveno Ordoñez de Andrade Galvão.

São Paulo - SP

2014

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DA ORIENTADORA:.....

Dedico este trabalho aos meus pais por todo esforço, apoio e amor incondicional a mim dedicados e pelos conselhos e confiança que colaboraram com a formação da minha personalidade, e ao Galiano, meu irmão, que sempre me acompanha e me incentiva.

Agradeço a minha orientadora, a Professora Larissa Aveno Ordoñez de Andrade Galvão, que, paciente e dedicadamente, me auxiliou na elaboração e conclusão deste trabalho. Agradeço também aos meus amigos pela eterna companhia e compreensão.

RESUMO

O presente trabalho se dedica ao estudo da irretroatividade das medidas urgentes deferidas pelo poder judiciário, demonstrando a utilização da iniciativa privada no que se referem às seguradoras e operadoras de planos de saúde, tendo em vista as determinações judiciais para realização de procedimentos não contratados ou não cobertos aos segurados ou associados de seguradoras ou operadoras de planos de saúde, para que, em sendo efetivadas, possuem o objetivo de atender a população em situações que o Poder Público deveria fazê-lo em vista de não existir a respectiva contratação do serviço pelo segurado ou associado de seguro ou plano de saúde.

Dessa forma, por muitas vezes desconsiderando a disposição legal de que o deferimento de medidas urgentes somente é possível nos casos em que sua reversão seja plausível, visto que, na área da saúde, dificilmente uma medida urgente deferida poderá ter seus efeitos retroagidos, pois leva-se em consideração o benefício do maior bem a ser protegido, neste caso em que a litigância se mantém entre o direito a vida e “pacta sunt servanda” e equilíbrio contratual.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	07
II. CONSIDERAÇÕES GERAIS	08
2.1. Medidas de Urgência	08
2.2. Ação Cautelar e Processo Ordinário	09
2.2.1. Tutela Antecipada	12
2.2.2. Liminar em ação cautelar e processo ordinário	15
III. DISTINÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E LIMINAR	16
IV. MEDIDAS URGENTES NA ÁREA DA SAÚDE	20
4.1. Requisitos analisados de acordo com a prática	25
4.2. Da irreversibilidade da medida urgente	39
4.3. Irretroatividade da medida urgente na área da saúde e possibilidade de retroatividade por perdas e danos	44
V. PROBLEMÁTICA E CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

I. INTRODUÇÃO

A tutela antecipada e a liminar deferida em processo ordinário ou medida cautelar, conforme será explicitado neste trabalho, visa assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, basicamente pelo “periculum in mora”.

Ocorre que, por diversas vezes, em vista da celeridade inerente a este tipo de tutela, o juízo dos fatos é analisado por cognição sumária, motivo pelo qual a possibilidade de retroatividade da tutela é elemento necessário e legalmente intrínseco ao seu deferimento, ainda que implicitamente, a fim de que não haja prejuízo causa do de forma injusta a nenhum dos envolvidos no processo judicial, em vista principalmente ao fato de que a maioria das medidas urgentes deferidas o são “inaudita altera pars”.

Contudo, quando falamos de tutela antecipada ou liminar em medida cautelar ou processo ordinário relacionado a providência diretamente ligada à área da saúde, temos a divergência de aplicação deste preceito, pois, invariavelmente, tal providência determinada em tutela jurisdicional não poderá ser revertida em sua literalidade.

Entretanto caso haja o indeferimento da tutela jurisdicional em sede de cognição sumária, o risco de vida do jurisdicionado é recorrente, o que acaba por coagir o judiciário a optar pelo deferimento da liminar ou tutela antecipada a fim de resguardar a vida do sujeito de direito em detrimento da possibilidade de reversibilidade dos efeitos causados pelo cumprimento da medida urgente deferida.

Essa é a discussão que será a base para este trabalho, visando explanar a situação com seus respectivos argumentos, a fim de demonstrar a irretroatividade da tutela antecipada ou liminar em medida cautelar ou processo ordinário, bem como os pontos de vista encontrados na prática.

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O processo ordinário por si só pressupõe a realização de diversos atos em ordem determinada e legalizada, com prazos específicos para cumprimento de todos os atos relacionados, logo, é transparente que decorre um tempo consideravelmente longo para que a finalidade do processo, ou seja, os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, sejam alcançados.

Ocorre que, em determinadas situações, a tutela jurisdicional final a ser alcançada não pode aguardar até a efetivação de todos os procedimentos imputados aos processos com o cumprimento de todos os prazos ordinariamente impostos, sob pena de perda do objeto processual, ou seja, a possibilidade de que, pela demora na decisão a ser tomada pelo juízo, imposta pela complexidade dos procedimentos a serem seguidos, a tutela jurisdicional requerida deixe de ter necessidade, razão de existir, ou deixe de gerar os efeitos desejados.

A fim de que o risco dessa perda seja dirimido ou simplesmente abrandado, surgem as medidas de urgência (antecipação de tutela e liminares), que possibilitam a prestação da tutela jurisdicional em cognição sumária, com os elementos disponíveis ao juízo no momento da propositura da ação judicial, de acordo com os requisitos a cada uma delas imputados.

2.1. Medidas de Urgência

Nos casos em que o autor não poderá aguardar a o procedimento ordinário imputado ao processo judicial, sob pena de que o prejuízo suportado seja grave ou de difícil reparação, é justificado o posicionamento do juízo antes mesmo da prolação da sentença ou decisão final.

Após o deferimento da medida de urgência requerida pelo demandante do poder judiciário, o magistrado será, no curso do processo, mero administrador da demanda, para que tenha-se como certa a decisão tomada inicialmente, ou

ainda eventual decisão de mérito posterior, diretamente ligada a tutela jurisdicional eventualmente deferida.

Tais medidas de urgência não são delineadas exclusivamente pelo Código de Processo Civil, pois as liminares também são tratadas por leis específicas, como a Lei das Ações Cíveis Públicas¹ e a Lei de Mandados de Segurança², as quais possibilitam a tutela jurisdicional antes mesmo da prolação de sentença ou decisão definitiva.

Restringindo-se ao Código de Processo Civil, que é o foco no presente trabalho, temos somente dois tipos de providências que possibilitam a tutela jurisdicional antes da prolação da sentença ou decisão final, quais sejam, a tutela antecipada e a liminar em medida cautelar ou processo ordinário.

Ambas as providências acima descritas necessitam da demonstração de “periculum in mora”, ou seja, demonstração de que, caso não seja deferido o pedido urgente requerido, há o risco de causar dano irreparável ou de difícil reparação, sendo que, para tanto, é necessário que o magistrado realize a análise de provas juntadas aos autos, demonstrando a veracidade das alegações, ainda que de forma superficial, tendo em vista a possibilidade de retroatividade da medida urgente concedida na eventual demonstração pela parte contrária demandada de inexistência de direito ou ainda de inexistência de urgência.

2.2. Ação Cautelar e Processo Ordinário

As medidas de urgência poderão ser utilizadas tanto nas ações cautelares quanto nos processos de rito ordinário, sendo que naquelas, muitas vezes a

¹ **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985** - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

² **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009** - Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

tutela antecipada já será suficiente e nestes a liminar será muitas vezes necessária.

Isso ocorre porque na ação cautelar o pedido do processo já é ligado diretamente a urgência definida, o que implicaria no pedido de tutela antecipada, contudo, existe a possibilidade de que, mesmo havendo a necessidade urgente da efetivação da tutela jurisdicional final requerida, seja necessária também alguma providência refletiva de segurança jurídica a fim de resguardar os efeitos a serem atingidos no final do processo, o que muitas vezes refere-se a medida urgente ligada ao processo, contudo, sem que supra toda a necessidade do requerente, senão vejamos:

Caso uma segurada ou associada de seguro ou operadora de plano de saúde que ingressa com ação cautelar a fim de que seja liberada cirurgia específica, a qual não teve sua liberação realizada em virtude de planejamento de rescisão contratual de seguro ou plano de saúde empresarial ao qual a segurada ou associada está vinculada, para os próximos 15 dias, sem disponibilidade do médico solicitado pela autora dentro desse período, esta poderá requerer a realização da cirurgia como pedido do processo cautelar, sendo necessária a sua manutenção no seguro ou plano de saúde para eventual realização de exames complementares relacionados a cirurgia.

Assim, o pedido de realização de cirurgia é a providência final requerida nos autos e culminarão no fim da tutela jurisdicional, contudo, sua manutenção no seguro ou plano de saúde, nada mais é que o meio que permitirá a realização da cirurgia nesta modalidade, logo, a manutenção do seguro ou plano de saúde deverá ser objeto de pedido liminar, sem prejuízo de pedido de tutela antecipada para marcação da cirurgia dentro de 30 dias, por exemplo.

O processo pelo rito ordinário, como seu próprio nome descreve, em virtude de seguir todos os parâmetros determinados para todos os processos comuns, nos quais não há quaisquer equivalências do assunto ao modo em que o procedimento é levado, acaba por ser lento em demasia, pois necessariamente deverá abrigar a fase inicial, com citação e prazo de resposta

ao réu, que poderá apresentar, além da contestação, reconvenção e exceções³, dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias.

Após a apresentação das respostas do réu, deverá o autor responder a eventual reconvenção e exceções e ainda apresentar réplica, para somente após, haver o saneamento do processo pelo magistrado com a apresentação dos pontos divergentes a ser provados e argumentados no decorrer da demanda, sendo possível ainda a extinção do processo por falta de uma das condições da ação⁴ ou ainda o julgamento antecipado da lide⁵, no caso de o magistrado entender que não será necessária a dilação probatória por tratar-se de matéria exclusivamente de direito.

Caso, no saneamento do processo, verifique-se a possibilidade de sua continuação, serão marcadas as audiências e produção de provas para, somente depois de finalizado todo o procedimento da fase instrutória, ser proferida a sentença.

Note-se que no decorrer de todas essas apresentações de peças processuais, prazos a serem cumpridos, audiências a serem realizadas e provas a serem produzidas, o processo já se perdurou por pelo menos um ano, prazo este que, mediante alguma urgência de saúde não será possível aguardar, motivo pelo qual torna-se necessária, quando existir urgência, o pedido liminar ou de tutela antecipada.

Contudo, no ínterim que estamos tratando, o processo pelo rito ordinário somente se faria útil no caso de a realização de providência urgente não ser o

³ Exceção de Incompetência Relativa (sendo que a exceção de incompetência absoluta é arguida em peça apartada) – artigo 112 do Código de Processo Civil; Exceção de Impedimento – artigo 134 do Código de Processo Civil; e Exceção de Suspeição – artigo 135 do Código de Processo Civil.

⁴ São as condições de ação: legitimidade de agir, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

⁵ O julgamento antecipado da lide está disposto no artigo 330 do Código de Processo Civil, qual seja: “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).”

pedido final requerido nos autos, e sim, eventual apuração sobre a negativa de realização de tal providência, ou, como no exemplo acima, pedido de manutenção do seguro ou plano de saúde independentemente do contrato mantido entre a empresa empregadora da autora e a operadora de saúde ou pedido de danos morais ou materiais. E assim, o requerimento para realização da cirurgia é que se refletirá no pedido liminar, pois, nesse caso não se tratará da finalidade total do processo.

Tais pontos serão mais detalhados nos subitens abaixo.

2.2.1. Tutela Antecipada

A aplicação desse instituto permite que o autor receba a tutela jurisdicional pretendida, no todo ou em parte, antes mesmo de ser proferida a sentença ou decisão final.

O Professor Misael Montenegro Filho conceitua a tutela antecipada da seguinte forma:

“o instrumento processual que confere ao autor, desde que se encontrem presentes nos autos os requisitos de natureza objetiva, parte ou a totalidade da prestação jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença, mediante requerimento expresso do interessado, que pode ser formulado em qualquer fase do processo (na petição inicial ou por meio de petição avulsa)”
(MONTENEGRO FILHO, 2012, v. 3, p. 20).

Assim, claro está que a tutela antecipada não se trata de ação, e sim de pedido efetuado pelo autor, na maioria das vezes em petição inicial, não se limitando a ela, sendo que, pelos requisitos da tutela antecipada previstos no

artigo 273⁶ do Código de Processo Civil, não há formalidade na sua apresentação, sendo que somente deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos impostos pelo artigo em pauta, bem como a decisão poderá se dar de forma “inaudita altera pars”, ou seja, sem a manifestação da parte contrária, considerando ainda que tal decisão poderá ser combatida pelo réu por agravo de instrumento.

Ressalte-se que, no caso de a tutela antecipada ser requerida quando o processo já estiver em curso, tal pedido não poderá inovar no processo, pois, feita a citação da parte contrária, a modificação dos pedidos somente poderá se efetivar com o consentimento do réu.

É interessante o posicionamento do Professor Hélio do Valle Pereira em seu Manual de Direito Processual Civil no que diz respeito a tutela antecipada, o qual terá muita valia aos pontos defendidos nesse trabalho. Segue:

“A tutela antecipada é uma imposição das necessidades sociais. O ideal seria que dela prescindisse. Inicialmente

⁶ 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.

seria apurada no processo de conhecimento a existência do direito, possibilitando-se toda a sorte de argumentação, provas e recursos. Só depois é que o direito reconhecido em caráter definitivo seria implementado. Como isso levaria a uma eternização dos conflitos – e sem certeza de resultado infalível – procura-se conjurar o respeito ao devido processo legal com os anseios sociais de um procedimento o menos alongado possível.

Como pode surgir no curso do processo a necessidade de providência imediata em prol do autor, entabularam-se os requisitos para a concessão da tutela antecipada, que devem ser rigidamente obedecidos. Se o autor pode fazer jus à antecipação da tutela, também deve ver-se que o réu tem o direito de não ser precipitadamente molestado.” (PEREIRA, 2008, p. 561, grifo nosso).

A intenção da tutela antecipada é permitir que o autor possa desfrutar dos efeitos da sentença, antes que ela seja proferida, sempre que houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito do réu e prova inequívoca da verossimilhança da alegação, sendo que o magistrado não está diretamente vinculado à decisão tomada quando do deferimento da tutela antecipada, assim tal deferimento não implica diretamente na procedência da ação.

Nada impede que o processo seja julgado improcedente, visto que mais uma das regras da tutela antecipada é que esta possa ser revogada no curso do processo, voltando as partes para a situação “a quo” da decisão, tendo em vista que a decisão tomada anteriormente se deu por cognição sumária.

Dessa forma, deixa claro o §2º do artigo 273 do Código de Processo Civil acima citado que “*Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”, sendo que esta será a discussão posterior deste trabalho.

2.2.2. Liminar em ação cautelar e processo ordinário

A concessão de medida liminar é requerida pelo autor que necessita de providência ligada ao processo, contudo, sem que reflita o pedido final da tutela jurisdicional pretendida com o processo, assim, faz-se necessária a concessão de medida de cumprimento imediato a fim de evitar quaisquer danos, conforme dita o § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, que segue:

“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.

[...]

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.” (Código de Processo Civil, 1973).

Este artigo possibilita diversas atitudes a serem tomadas pelo juiz diante do requerimento de medida liminar, sendo que poderá ser deferida medida liminar sem justificação prévia, sem a oitiva da parte contrária e ainda sem a prestação de caução, basta que seja citado ou intimado o réu, esta possibilidade existe pela edição da Súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça que reza o seguinte: *“A prévia intimação do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”*.

Assim, a liminar nada mais é que medida de urgência aplicada pelo magistrado, com o devido requerimento pela parte, para que seja garantida a eficácia da judicação do direito ao fim do processo judicial, ainda que tal fim

demore a acontecer, desde que tal medida urgente tenha ligação direta com o processo, sem refletir diretamente a tutela jurisdicional final requerida, sob pena de confundir-se com a tutela antecipada.

III. DISTINÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E LIMINAR

Ambos os institutos a serem comparados possuem o aspecto de permitir a resposta jurisdicional com a antecipação de efeitos do resultado a ser obtido quando da prolação da sentença ou decisão final.

A fim de facilitar a diferenciação dos institutos, a faremos inicialmente considerando a natureza da resposta proferida pelo magistrado que atua no respectivo processo e após considerando a finalidade das providências a serem tomadas.

Quanto a natureza da resposta apresentada pelo magistrado, temos que a liminar deferida é de natureza conservativa com o objetivo de ser útil ao processo, sendo que na antecipação de tutela a resposta judicial é mais complexa, dispondo sobre o mérito, conferindo ao autor o que lhe seria conferido somente na prolação da sentença, porém, apesar das distinções apontadas, ambas são decisões de natureza interlocutória que necessitam da fundamentação do magistrado, devendo explicitar sobre o preenchimento ou não dos requisitos inerentes a cada espécie de requerimento, sendo o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris” para a liminar e a prova inequívoca de verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para a antecipação de tutela.

Pela avaliação das finalidades, um pouco mais complexa do que a diferenciação anterior, a liminar se propõe a assegurar o resultado útil do processo, sem permitir que o autor goze em parte ou totalmente da resposta judicial a ser proferida quando da prolação da sentença ou de decisão final, visto que a liminar atua na prevenção, a fim de garantir a eficácia dos efeitos a serem aplicados quando da decisão final.

Nesta parte, o Professor Misael Montenegro Filho nos coloca alguns exemplos a fim de que a ilustração prática se torne mais palpável, quais sejam:

“a) Do que envolve a pretensão do autor de que o juiz tome o depoimento de testemunha em regime de urgência, que seria trazida em juízo pela parte na ação de conhecimento (ação de indenização por perdas e danos) que ameaça falecer em decorrência de ter sido abatida por doença terminal.

b) Do que envolve pretensão do autor de que o juiz determine a apreensão de bem que se encontra na posse do réu, convivendo o promovente com a ameaça de alienação da coisa em ato fraudulento, com o claro propósito de esvaziar a execução a ser instaurada, não remanescendo bens no patrimônio do devedor que permitam o aperfeiçoamento da penhora.

c) Do que envolve a pretensão da autora de que o juiz determine a retirada do seu cônjuge do ambiente doméstico, em face de agressões sofridas, que comprometem a integridade física da promovente e a tranquilidade emocional dos seus filhos.

Nos exemplos apresentados, percebemos que o autor não persegue a condenação do réu ao pagamento de soma em dinheiro (no exemplo da letra a), a atribuição da propriedade da coisa disputada (no exemplo da letra b), a decretação da separação do casal (no exemplo da letra c). Os pedidos formulados nas ações cautelares objetivam proteger a demanda principal, servindo-a em termos processuais, para que o direito material da parte não reste prejudicado pela força do tempo e/ou por comportamentos adotados pelo réu.” (MONTENEGRO FILHO, 2012, v. 3, p. 12).

Assim, é convergente na doutrina que a liminar reflete mera proteção ao direito pretendido, a fim de manter a eficácia da decisão jurisdicional final a ser proferida, motivo pelo qual não tem natureza satisfativa e sim meramente acautelatória para que a demanda em referência não seja prejudicada em seus aspectos estruturais pelo perecimento do direito a ser discutido no curso do processo, bem como não são verificados os fatos em sua máxima amplitude pelo magistrado, visto que tal postura será tomada no decorrer do processo judicial.

Na avaliação de finalidades voltadas para a antecipação de tutela temos que a intenção do autor em tal requerimento é gozar dos efeitos da resposta jurisdicional final desde o início do processo, ou seja, requer-se a antecipação da satisfação do autor, assim lhe conferindo não somente um alento de proteção e sim parte ou totalidade do que lhe seria conferido somente após a prolação da sentença ou decisão final, que contaria com a prática de todos os atos processuais intrínsecos ao procedimento judicial.

Tem-se, portanto, que a tutela antecipada, ao contrário da liminar, possui índole satisfativa e, dentro desse aspecto, seguem novamente os exemplos utilizados pelo Professor Misael Montenegro Filho para melhor ilustração prática:

“a) A pretensão do autor, vítima de acidente automobilístico, de obter decisão judicial que obrigue o réu a custear intervenções cirúrgicas, que serão realizadas logo após a distribuição da petição inicial, arrimando-se o pedido na demonstração cabal de que os procedimentos são necessários, não podendo aguardar pela sentença, aliada à demonstração de que há forte prejuízo de probabilidade de que o réu é o culpado pelo acidente, fato provado através da juntada de boletim fornecido pela autoridade de trânsito e teste de bafômetro realizado no réu logo após o infortúnio.

b) A pretensão de usuário de plano de saúde de obter antecipação de tutela que obrigue a ré (empresa que explora o segmento de plano de saúde) a custear tratamento quimioterápico, negado pela promotora sob a alegação de que o tratamento se origina de doença preexistente, alegação que é afastada através da juntada de documentos, demonstrando que o autor não apresentou qualquer sintoma da doença quando contratou com a parte contrária.

Pela análise dos exemplos, percebemos que o autor pretende receber resposta satisfativa logo após o ingresso da ação, não se confundindo com a proteção do bem ou do direito a ser disputado na ação principal, sobretudo porque esta não há, considerando que o pedido de tutela antecipada é formulado nos autos da própria ação (geralmente de conhecimento, nada obstando que o seja na ação de execução) que objetiva pôr fim ao conflito de interesses estabelecido entre as partes em litígio.” (MONTENEGRO FILHO, 2012, v. 3, p. 13-14).

Dessa forma, fica claro que ambas as decisões são tomadas em momento processual que antecede à prolação da sentença ordinariamente, sendo que a liminar tem resposta superficial a fim de acautelar a eficácia da decisão final, enquanto a tutela antecipada confere ao autor parte ou a totalidade da decisão judicial final, sendo que, em nenhum dos dois institutos a decisão interlocutória limita a decisão judicial final, a qual poderá, inclusive, revogar a liminar ou tutela antecipada anteriormente deferida.

Neste trabalho a tutela antecipada e a liminar serão tratadas como medidas urgentes ou medidas de urgência, visto que, por se aplicarem no mesmo momento processual e no mesmo íterim de cognição sumária, possibilidade de revogação e necessidade de retroatividade possível, não serão distinguidas a fim de focarmos a discussão na necessidade de possibilidade da retroatividade.

IV. MEDIDAS URGENTES NA ÁREA DA SAÚDE

As medidas urgentes relacionadas à área da saúde, em sua maioria existente no judiciário brasileiro nos dias de hoje, refletem a insatisfação repetidamente alegada pelos associados de planos de saúde ou segurados de seguradoras de saúde, ou seja, referem-se à propositura de ações visando o atendimento da iniciativa privada às exigências populares das quais a saúde pública não possui condições de absorver satisfatoriamente, sendo que, tanto as operadoras de planos de saúde como as seguradoras de saúde são regulamentadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual regula suas atividades e determina o rol de cobertura mínima a ser contratada pelos segurados ou associados de seguradoras ou operadoras de planos de saúde.

Ocorre que a maioria dos segurados ou associados não se atentam aos termos firmados quando da contratação do seguro ou plano de saúde, ou ainda não têm a capacidade de entendimento da cobertura contratual aplicada em tais contratos, sendo que, por tratar-se de “saúde suplementar” as seguradoras e operadoras de planos de saúde possuem o papel indireto de desafogar o Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual a cobertura mínima desses contratos é determinada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e reflete os atendimentos recorrentes requeridos em todo o sistema nacional de saúde, inclusive no Sistema Único de Saúde.

Dessa forma, serão atendidos pelo Sistema Único de Saúde os pacientes que não possuem contrato de seguro ou plano de saúde devidamente firmado, ou, ainda que tenha um desses tipos de contrato, não cumpriram o período de carência ou de cobertura parcial temporária em vista de doença pré-existente, ou ainda necessitam de realização de procedimento não coberto por seus respectivos contratos de acordo com as disposições da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Ressalte-se que, na efetivação do contrato entre a operadora ou seguradora de saúde e um particular (usuário individual), existe real hipossuficiência, pois se trata de contrato de adesão, e são nestes casos que

a Agência Nacional de Saúde Suplementar atua, a fim de manter o equilíbrio contratual, tanto no que diz respeito às coberturas mínimas quanto no que diz respeito aos reajustes máximos de valores cobrados para tal prestação, entretanto no que diz respeito aos contratos realizados entre a operadora ou seguradora de saúde e uma empresa ou associação (contrato empresarial ou coletivo), existe a possibilidade de diferenciação de atendimento, sendo que o mínimo a ser disponibilizado aos seus associados ou segurados é o determinado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, contudo, por não mais existir a hipossuficiência entre a seguradora ou operadora de planos de saúde e a empresa contratante, os reajustes contratuais não são regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como existe a possibilidade de coberturas extras, que não são descritas como obrigatórias pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, além de que o contrato poderá ser realizado com prazo determinado, existindo a possibilidade de rescisão contratual unilateral pela operadora/seguradora mediante o cumprimento de aviso prévio, o que é proibido em contrato individual pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Considerando as distinções entre os tipos de contratos a serem firmados, conforme apontado acima, explanaremos sobre os tipos de medidas de urgência que geralmente são concedidas no Poder Judiciário:

a) Medidas urgentes que requerem a realização de procedimento em que o autor não possui cobertura em virtude do rol de procedimentos emitido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - por exemplo, transplante de órgãos, que não consta no rol mínimo da Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como não é coberto por nenhuma seguradora ou operadora de planos de saúde por tratar-se de procedimento muito específico e excessivamente oneroso;

b) Medidas urgentes que requerem a realização de procedimento que o autor ainda não tem cobertura por estar em período de carência ou de cobertura parcial temporária - que poderá refletir a carência legal, normatizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar a contar da data da assinatura

do contrato possuindo prazos específicos comuns para qualquer contratante para realização de consulta, cirurgia, internação e exames, ou ainda cobertura parcial temporária que é específica para cada contratante e se aplica somente a pessoas que possuem algum tipo de doença pré-existente, o que significa que este último associado ou segurado somente poderá realizar quaisquer procedimentos relacionados a eventual doença pré-existente após o prazo legal determinado, também normatizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar; e

c) Medidas urgentes que requerem a realização de procedimento negado ou que aguarda perícia específica de auditoria especializada nomeada pela seguradora ou operadora de planos de saúde, por motivo já explicitado formalmente ao associado ou segurado, conforme determinação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Em todos os casos apontados, as medidas urgentes efetivadas não englobam a possibilidade de reversão dos efeitos gozados no cumprimento de medida urgente deferida, na acepção da palavra, tendo em vista que a realização de um exame, uma internação, uma cirurgia ou ainda um tratamento, não poderão retroagir, sendo possível somente a reversão patrimonial, por meio de indenização por perdas e danos ao prestador de serviços que foi coagido, por força do deferimento de liminar ou de tutela antecipada, a realizar procedimento não coberto, sendo ainda recorrente a possibilidade de que o associado ou segurado não tenha condições financeiras de arcar com os custos relacionados ao cumprimento da medida urgente deferida, bem como haverá dano a toda a estrutura hospitalar envolvida direta ou indiretamente e aos outros associados ou segurados que eventualmente tiveram seu atendimento preterido em virtude do atendimento preferencial de associado ou segurado resguardado por decisão positiva de tutela jurisdicional de urgência.

Ressalte-se que, nos casos previstos nos itens *a* e *b* (negativa em virtude do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar ou em virtude de carência ou cobertura parcial temporária, ambas como

regulamentadas), o autor não possui o direito de realização do procedimento requerido, e assim, o autor deveria encaminhar-se ao Sistema Único de Saúde para a realização do procedimento, contudo, em virtude das filas, demoras e déficits da saúde pública brasileira, o autor entende por bem movimentar o poder judiciário a fim de ver efetivada a determinação de cumprimento de sua necessidade, ainda que a seguradora ou operadora de planos de saúde não tenha tal obrigação contratual.

Nos casos previstos no item c a discussão é um pouco maior, isto porque existe um procedimento específico, autorizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, para que as operadoras e seguradoras de saúde não sejam responsabilizadas pela realização de procedimento desnecessário ou que cause maior dano ao autor do que continuar sem a realização do procedimento requerido, assim, o associado ou segurado é encaminhado para a auditoria médica nomeada pela seguradora ou operadora de planos de saúde, órgão que visa assegurar tal prestadora de serviços da real necessidade de realização do procedimento sem riscos de piora da saúde do autor, resguardando assim a segurança do associado ou segurado e da operadora ou seguradora de saúde.

Como exemplo para esta situação, podemos citar pessoa que teve indicação médica para realização de intervenção cirúrgica na coluna. Tal intervenção cirúrgica é demasiadamente arriscada, bem como, em regra, traz diversos prejuízos ao paciente, tais como dores constantes e sérias limitações de movimentos, contudo, em casos extremos, mesmo com todo o prejuízo causado à saúde do associado ou segurado de seguradora ou operadora de planos de saúde, ele não será maior que as dores e limitações atuais, assim tal cirurgia deverá ser realizada.

Ocorre que, é avaliado pela auditoria médica se o caso recebido é extremo ou não, ou seja, se a cirurgia é a única alternativa restante, ou ainda a mais benéfica para o autor, bem como se os riscos da cirurgia deverão ser suportados em vista da situação atual do paciente, lhe trazendo benefícios à saúde, comparando com seu estado de saúde atual.

Nessa análise, a auditoria médica poderá identificar que no caso específico, a situação não é extrema o suficiente para a realização da cirurgia de coluna por existir alguma outra forma menos invasiva de melhora, sendo que o tratamento deverá se manter somente com fisioterapia ou acupuntura, por exemplo.

Contudo, o paciente não se conforma com a decisão tomada pela auditoria médica especializada da operadora ou seguradora de saúde, pois na maioria das vezes realmente acredita que não há outra forma de melhora e que a cirurgia lhe fará bem, em geral por desacreditar da operadora ou seguradora de saúde, ou ainda haver divergências de pareceres entre médicos especialistas no assunto, motivo pelo qual, o associado ou segurado de seguradora ou operadora de planos de saúde procura o poder judiciário e requer a realização da cirurgia de coluna por meio de medida de urgência, a qual, na maioria absoluta das vezes é deferida, principalmente em vista de que o magistrado ainda não possui elementos de análise da situação, pois possui somente a versão do requerente e não entende viável se responsabilizar por eventual dano à saúde do autor em consequência da morosidade do poder judiciário.

Quando do deferimento de tal medida e realização da cirurgia de coluna no autor, a operadora ou seguradora de saúde se exime da responsabilidade objetiva que lhe é imposta pela autorização e realização dos procedimentos cirúrgicos em seus associados ou segurados, tendo em vista que, mesmo com seu parecer em contrário, houve a insistência pelo associado ou segurado, o qual futuramente nada poderá reclamar à seguradora ou operadora de saúde no que concerne a sua saúde ter piorado em virtude da realização do procedimento cirúrgico, fato que não é raro nesse tipo de intervenção cirúrgica.

Assim, o poder judiciário, em virtude de não ter a expertise necessária para a avaliação da necessidade de realização dos procedimentos requeridos em caráter de urgência, embebidos pelo receio de que exista algum tipo de dano à saúde do autor, ou ainda, uma vida seja perdida exclusivamente por sua demora em proferir alguma decisão, defere as liminares relacionadas à

área da saúde considerando exclusivamente o eventual “periculum in mora”, colocando em risco a saúde e o bem estar do autor que, por muitas vezes é vítima da má prestação médica, ou ainda da forma desacreditada que hoje se encontram as operadoras e seguradoras de saúde, considerando a palavra de qualquer médico, ou ainda, em casos extremos, médicos envolvidos em verdadeiras máfias relacionadas a comercialização de materiais cirúrgicos superfaturados as seguradores ou operadores de planos de saúde.

A análise exclusiva do “periculum in mora” pelo magistrado reflete também seu cansaço no recebimento, por repetidas vezes, de pedidos relacionados à área da saúde que sequer deveriam ter chegado ao poder judiciário, sendo que na maioria desses casos, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, agência reguladora dessa atividade econômica, sequer toma ciência do ocorrido, e dessa forma, fica impossibilitada de agir como deveria em sua regulação, visto que somente é possível tomar ciência das reclamações que são diretamente levadas a ela, compelindo as seguradoras ou operadoras de planos de saúde a cumprir com seu dever contratual devidamente, contudo, neste procedimento também esbarramos na burocracia base de nosso Estado, acrescentando apenas mais um motivo para a procura da população pelo Poder Judiciário, a fim de que este, dentro da celeridade que lhe é possibilitada, realize o desejo do autor e defira a medida de urgência baseando-se no “periculum in mora” que nestes casos, em regra, refere-se ao direito a vida.

4.1. Requisitos analisados de acordo com a prática

Ao analisar as medidas urgentes recebidas por uma operadora de planos de saúde específica, a qual será mantida em sigilo neste trabalho, identificamos que o Poder Judiciário vem transferindo a responsabilidade do poder público, especificamente do Sistema Único de Saúde, para a área privada, sendo que esta é a explicação mais plausível para o recebimento das medidas urgentes a seguir explicitadas:

a) No caso prático a seguir, que, inclusive, não é o único com liminar deferida neste sentido, a associada de plano de saúde por contrato empresarial, que possui regramentos específicos para inclusão de dependentes, ao ser avó, requer a guarda do recém-nascido para si, em detrimento da mãe e do pai, que não possuem qualquer limitação ao exercício do pátrio poder, para que seja possível a inclusão do recém-nascido que já nasceu com diversos problemas de saúde e está internado em UTI – Unidade de Terapia Intensiva na maternidade em que nasceu, como dependente da avó, parentesco esse que não possibilita a inclusão por si só no contrato em tela, a decisão do magistrado instado ao requerimento de inclusão do menor no plano de saúde da avó foi a seguinte:

“Vistos. Os requisitos para a concessão da tutela antecipada pedida, em caráter liminar e inaudita altera parte, estão presentes no caso. Com efeito, restaram comprovadas a celebração de contrato relativo a assistência médico-hospitalar, a ser prestada pela ré em favor da autora, bem como a condição desta última de avó e guardiã do menor recém-nascido Pedro Henrique Araújo Oliveira, o qual foi incluído por ela como dependente junto à operadora do plano de saúde. Resulta evidenciada, também, a necessidade de tratamento médico de urgência no recém-nascido, em razão de graves problemas decorrentes de parto prematuro, inclusive com manutenção em UTI do Hospital e Maternidade Santa Joana, até sua formação e recuperação completas. Observe-se que, ainda que se pudesse enquadrar o tratamento pretendido em alguma das restrições contratuais, como a que limita a internação em UTI em 30 dias, tal exclusão seria passível de questionamento, ante a natureza e os fins do contrato celebrado, que não pode comportar restrições de direitos ou obrigações que ameacem o seu objeto (art. 51, IV, e § 1º, II⁷,

⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

do Código de Defesa do Consumidor). Assim, inclusive, tem entendido o Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica da Súmula n. 302, expressão máxima da sua

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - [\(Vetado\)](#);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

jurisprudência dominante: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". A urgência da medida se faz igualmente presente, no caso, devido à gravidade das condições de saúde do menor, a implicar risco de vida e de danos físicos, do que decorre a imperiosidade da manutenção do tratamento sob o regime de internação em UTI, circunstâncias essas que não recomendam o aguardo da citação da ré e sua prévia manifestação, sob pena de resultar praticamente ineficaz a medida se for concedida ao final. Dessa forma, DEFIRO a antecipação de tutela e determino à ré que providencie o custeio integral do tratamento de que necessita o menor Pedro Henrique Araújo de Oliveira no momento, inclusive mediante internação em UTI no Hospital e Maternidade Santa Joana, independentemente de prazo, devendo a internação perdurar enquanto se mostrar necessária, segundo a avaliação dos médicos que assistem o paciente. Intime-se a ré para o cumprimento da antecipação de tutela, cientificando-se o Hospital e Maternidade Santa Joana." (Processo nº 1038112-61.2013.8.26.0100).⁸

No caso em pauta, especificamente, a intenção do poder judiciário em migrar a responsabilidade do Sistema Único de Saúde para a iniciativa privada é ainda mais evidente, pois, conforme a decisão de juiz da Vara da Família e Sucessões que determinou a guarda do recém-nascido para a avó, é clara a exclusiva intenção de manutenção da internação em UTI – Unidade de Terapia Intensiva, independentemente das consequências existentes, visto que, a internação em pauta se aplica aos casos de impossibilidade de retroatividade do cumprimento de medida urgente, pois, ainda que a decisão seja revertida, ainda que os autores arquem com os custos gerados com tal internação, o leito já fora utilizado com a respectiva movimentação de toda a estrutura hospitalar envolvida direta ou indiretamente, com todos os aparatos necessários para o atendimento ao recém-nascido, existindo a possibilidade

⁸ Demais informações do processo mantidas em sigilo.

real de que algum outro paciente tenha deixado de ser atendido em detrimento do atendimento de paciente que não possui direito líquido e certo de permanecer ocupando o respectivo leito. Neste ponto o Estado deveria ser responsabilizado pelos danos causados aos outros pacientes, segurados ou associados, que tiveram seu atendimento prejudicado em virtude do atendimento indevidamente ocorrido neste caso em virtude da tutela de urgência deferida?

Ademais, a fim de esclarecer ainda mais a utilização do seguro ou plano de saúde para suprir a necessidade social sofrida pela população geral, em virtude da impossibilidade de atendimento satisfatório pelo Sistema Único de Saúde, segue a decisão proferida pelo magistrado da Vara da Infância e Juventude que determinou a guarda do mesmo recém-nascido, com a finalidade exclusiva de possibilitar sua inclusão no plano de saúde da avó como seu dependente:

“Passo a conhecer diretamente o pedido.

Trata-se de pedido de guarda de neto recém-nascido prematuramente pleiteado pela avó materna, visando, no primeiro momento, salvaguarda-lo com sua inclusão em seu plano de saúde.

Primeiramente, de saliente que, ao contrário do alegado pela requerente (§5º de fl. 42), esse juízo não emitiu nenhuma decisão negando a pretensão inicial.

O despacho inicial (fls. 36/37) explanou e orientou, de maneira didática, quanto a possibilidade jurídica e o caminho correto para que a pretensão obtivesse sucesso, quer nessa via ou em outra.

Tanto é que, foi determinado que provasse a necessidade da guarda para inscrição do neto como dependente em dez dias, ao invés de indeferir a inicial tal com proposto pelo Ministério Público.

Fixado este ponto, passo a análise do caso.

Como já dito no despacho anterior, a excepcionalidade, a que alude o §2º do artigo 33 do ECA⁹, só poderia ser auferida se houvesse prova da necessidade da guarda para inscrição do neto recém-nascido – Pedro Henrique – como dependente da autora junto à seguradora (fl. 37).

A requerente fez prova pela documentação agora juntada aos autos (fls. 45/84).

Por outro lado, provado que o recém-nascido Pedro Henrique tem sérios problemas de saúde, necessitando permanecer hospitalizado.

A genitora, Isabela Fernanda Oliveira Araújo, figura como dependente da requerente Rosangela (avó) que é a titular, no seguro saúde, estando amparada pelos benefícios da cobertura hospitalar do plano.

Logo, seria um contrassenso não estender os mesmos direitos ao recém-nascido, mesmo após o trigésimo dia do nascimento. Aliás, essa questão foi bem explanada em nosso despacho de fls. 36/37.

Nada obstante, a genitora figura não só como dependente do plano de saúde como na vida, pois, assim declarado na declaração de Imposto de Renda da requerente (fl. 23).

⁹ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Presumível que essa situação refletirá, também, ao neto, indo além da situação emergencial da saúde, conforme alegado às fl. 43.

Por sua vez, ambos os genitores aquiesceram ao pedido.

O pedido de guarda visa abranger um leque maior que os direitos ao menor, mas nesse momento, a saúde da criança que é mais importante, sendo garantida pelo ECA.

E não está a cercear o direito materno ou paterno.

Por fim, de se ressaltar que a qualquer tempo poderá ser revista a guarda em prol dos reais interesses da criança.

Em que pese o entendimento contrário do Ministério Público, não havendo prejuízo para o menor bem para o exercício do poder familiar, viável a pretensão deduzida.

E sendo desnecessárias maiores incursões e provas, ante o caráter gracioso da jurisdição, é o caso de acolhimento, de plano, do pedido.

Sequer será necessária tomada de providências posteriores ao deferimento da guarda. A medida é satisfativa.

ISTO POSTO, e não havendo prejuízo para o menor, ao contrário, benefícios para sua vida e saúde, além da convivência familiar, ACOLHO o pedido para DEFERIR a GUARDA da criança PEDRO HENRIQUE ARAÚJO DE OLIVEIRA à avó materna ROSANGELA OLIVEIRA DE ARAÚJO com fundamento no artigo 33, §2º, do ECA.

Lavre-se o termo e tome-se o compromisso imediatamente, independentemente do trânsito em julgado, ante a urgência que o caso requer, em antecipação de tutela (artigo 273, do Código de Processo Civil) que fica deferida.” (Processo nº 0010710-13.2013.8.26.0006, grifo nosso).¹⁰

¹⁰ Demais informações do processo mantidas em sigilo.

Assim, resta claro que tal decisão somente foi tomada dessa forma, em virtude de que, se porventura a mãe fosse contratar seguro ou plano de saúde para seu filho, este seria incluso no plano de saúde com a necessidade de cumprimento de período relativo a cobertura parcial temporária, conforme acima descrita e explicitada, ou seja, somente poderia ser atendido pelo seguro ou plano de saúde no que coubesse exclusivamente a atendimento ou procedimentos sem qualquer relação com as doenças que já o afetavam quando do nascimento, que o fez permanecer internado em UTI – Unidade de Terapia Intensiva.

Por esta razão, a alternativa encontrada pelo advogado, sem qualquer embasamento legal, foi requerer que a guarda do recém-nascido fosse transferida para a avó, mesmo sem qualquer impedimento de exercício do pátrio poder por parte dos pais, exclusivamente para que o recém-nascido pudesse ser incluído como dependente de sua avó no plano de saúde, ficando tal colocação muito clara na decisão do magistrado da vara da infância e juventude, pois foi contra o parecer do Ministério Público e determinou que tal guarda não causasse qualquer dano ao pátrio poder familiar, ou seja, o pai e a mãe do recém-nascido continuariam responsáveis por ele para os assuntos que não fossem relacionados ao plano de saúde, sendo que, para este, estaria como dependente de sua avó!

Dessa forma, clara está a aplicação da tutela de urgência para que o Sistema Único de Saúde, que deveria atender a esse recém-nascido que não possuía seguro ou plano de saúde, foi desonerado da obrigação, mediante oneração da iniciativa privada, sob a alegação de tratar-se meramente de risco da atividade econômica, considerando exclusivamente o “periculum in mora” existente na situação, visto que não é aplicável o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente neste caso pois a inclusão do recém-nascido como dependente no plano de saúde de sua avó não traz nenhuma garantia, por si só, de maior cobertura do que se tivesse sido transferido para uma das unidade de saúde pública ou do que se tivesse a internação ocorrido de forma particular, sem envolvimento do plano de saúde, sendo que somente existiu

essa interpretação pelo magistrado em virtude do descrédito generalizado existente no Sistema Único de Saúde.

Por esse motivo, considerou-se mais seguro ao recém-nascido que fosse atendido em hospital particular, por meio do plano de saúde ao qual a avó era associada, migrando a responsabilidade da saúde da criança do Sistema Único de Saúde para a iniciativa privada, sem a possibilidade de reversão de tal medida, requisito intrínseco no artigo 273 do Código de Processo Civil, utilizado como fundamento para aplicação da decisão que deferiu a medida urgente, tendo em vista que, conforme acima explanado, ainda que a família indenizasse o hospital pelos gastos havidos com o recém-nascido, o que já é bem difícil por si só, em vista do alto custo de manutenção de recém-nascido em UTI – Unidade de Terapia Intensiva, existe ainda os demais danos causados à estrutura do hospital envolvida direta ou indiretamente, que certamente não estava totalmente preparado para manutenção de tal internação, ou ainda pode ter causado a lotação das vagas da UTI – Unidade de Terapia Intensiva pediátrica, possivelmente causando inúmeros danos a outros eventuais pacientes que necessitassem de internação devidamente coberta por seu respectivo seguro ou plano de saúde.

b) No próximo caso, antes mesmo da petição inicial ser apta para análise, o magistrado defere a tutela antecipada, no mesmo despacho em que determina a emenda da petição inicial, por entender ser realmente urgente a efetividade da tutela a ser aplicada, motivo pelo qual defere a realização de cirurgia as expensas da ré, no caso, operadora de plano de saúde, mesmo o autor estando em período de cumprimento de carência definida contratualmente.

Ora, não há dúvidas de que uma cirurgia a fim de minimizar os efeitos causados pelo câncer, ou ainda o “periculum in mora” da não realização urgente de tal procedimento poderia causar, inclusive, a morte do autor, contudo, há de se ressaltar que não é conveniente para o sistema de saúde que os contratos não sejam seguidos, sob pena de falência de tal sistema. Vejamos como na decisão em pauta considera-se somente o “periculum in

mora”, sendo que os demais requisitos, ainda que lembrados, não são considerados:

“Vistos. 1) Defiro ao autor os benefícios da justiça gratuita. Anote-se. 2) Emende(m) o(s) autor(es) a petição inicial para: a) especificar(em) o pedido de maneira certa e determinada com indicação precisa da natureza do provimento jurisdicional postulado e datas, nos termos do artigo 286¹¹, do Código de Processo Civil; b) atribuir valor à causa, que deve corresponder ao benefício econômico postulado, ainda que por plausível estimativa. Prazo: trinta dias, sob pena de indeferimento. 3) Excepcionalmente, considerando a urgência, analiso o pedido de tutela antecipada antes da regularização da petição inicial. Trata-se de pedido de tutela antecipada para que o autor seja submetido a exame de Ressonância Magnética de Abdômem Superior e cirurgia. Com a petição inicial, vieram documentos. É o sucinto relatório. Fundamento e decido. A tutela antecipada comporta deferimento, visto que presentes os requisitos do artigo 273, do CPC. Segundo relato da petição inicial, a ré negou autorização para realização de cirurgia de tratamento de neoplasia maligna do rim em razão de carência contratual. Em se tratando de procedimento cirúrgico de urgência, não se vislumbra razão para exigência de carência e negativa do tratamento em curso. Há plausibilidade das alegações, que foram corroboradas por prova documental. Presente, portanto, o requisito do artigo 273, caput, do Código de Processo Civil. Por outro lado, há o perigo de ineficácia da tutela

¹¹ Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados;

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito;

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

jurisdicional, caso seja concedida somente ao final, vez que o tratamento é urgente e necessário para o diagnóstico de tão grave enfermidade. Presente, portanto, o requisito do inciso I, do artigo mencionado. Ademais, a demora no tratamento agrava o estado de saúde do autor, podendo aumentar risco de morbidez. Presente, pois, o periculum in mora. Ante o exposto, presentes os requisitos legais, CONCEDO A TUTELA ANTECIPADA, determinando que a ré arque com os custos da realização de cirurgia indicada ao autor e com os respectivos exames pré-operatórios solicitados pelo médico, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Oficie-se, com urgência. Caso necessário, expeça-se mandado de intimação, com urgência. Int.” (Processo nº 1008578-26.2014.8.26.0007).¹²

Claro está que o requisito de possibilidade de retroatividade da tutela antecipada deferida descrito no artigo 273 do Código de Processo Civil citado no despacho do magistrado por 2 (duas) vezes, sequer foi considerado por ele mesmo, pois não houve a solicitação de caução por parte do autor, caso a decisão seja improcedente, mesmo com a inépcia da petição inicial que deverá ser emendada, aumentando consideravelmente a possibilidade de que o processo não seja favorável ao autor, ainda assim a tutela antecipada foi deferida com pena de multa diária no caso de descumprimento e sem qualquer garantia para a ré de que, caso seja comprovado que não existia a obrigatoriedade de tal cobertura na realização do procedimento, que minimamente terá seu prejuízo compensado, sem falar ainda na retroatividade do procedimento.

A utilização do poder judiciário de forma social neste caso fica extremamente evidente, tendo em vista principalmente o fato de que o autor ainda não estava internado, sendo ainda possível que seu tratamento iniciasse na rede pública de saúde, bem como sequer foi aventada a necessidade de

¹² Demais informações do processo mantidas em sigilo.

que aguardasse a emenda a inicial para deferimento da tutela jurisdicional, correndo-se o risco pelo magistrado de que a liminar fosse cumprida e a petição inicial sequer fosse emendada, momento em que o processo seria julgado extinto em vista da inépcia da inicial, contudo, tal ponto não foi considerado e a reversão da tutela, que seria certa no caso de inépcia da inicial, estaria totalmente descoberta, pois não houve pedido de caução para recuperação dos gastos pela seguradora ou operadora de planos de saúde com o tratamento do autor, alterando mais uma vez a responsabilidade de tratamento dos enfermos que deveriam recorrer ao Sistema Único de Saúde para a iniciativa privada.

Por tal decisão fica factível que pessoa comum, ao descobrir que está com doença grave, como câncer, contrate seguro ou plano de saúde e requeira ao poder judiciário a necessidade de utilização deste para tratamento quimioterápico, a fim de evitar que seu tratamento ocorra pelo Sistema Único de Saúde. Dessa forma, o Estado seria indiretamente responsabilizado pelos danos causados as seguradoras e operadoras de planos de saúde, por ferir todos os preceitos contratuais efetivados, ignorando o equilíbrio contratual a que se presta a determinação de carências específicas?

c) No caso a seguir, explanado neste item foi solicitado a operadora de planos de saúde a realização de determinado exame, o qual é extremamente complexo e de cunho experimental e, tendo em vista que o procedimento solicitado, qual seja “Ressonância Magnética de Encéfalo com Perfusão” não está no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ele foi negado, pois somente é amplamente utilizado nos casos de ressonância de coração, e a ressonância solicitada seria com perfusão no cérebro, podendo inclusive causar graves danos à saúde do paciente, como alguma lesão permanente, entretanto, o magistrado, ao entender pela necessidade de realização do procedimento, fundamentou sua decisão de deferimento na função social do contrato e no Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

“Vistos. 1. Em juízo de cognição sumária, considero presentes os requisitos do artigo 273, caput e inciso I, do Código de Processo Civil. A autora é beneficiária de plano de assistência à saúde operado pela ré (fl. 17). A relação jurídica existente entre as partes é regida pela Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Aplicam-se, ainda, à espécie as disposições da Lei n. 8.078/1990. Nesse sentido: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde” (Súmula n. 469 do E. Superior Tribunal de Justiça). Observo, pelos documentos de fls. 18/19, que foi prescrita à autora a realização de exames de “Ressonância Magnética de Encéfalo com Perfusão” para elucidação diagnóstica da doença que a acomete. Presume-se a imprescindibilidade do exame prescrito ao diagnóstico da doença. O artigo 12, I, “b”¹³, da Lei n. 9.656/1998 estabelece, como exigência mínima a planos que incluam atendimento ambulatorial, “cobertura de serviços de apoio diagnóstico”. O plano de saúde sub judice contempla a segmentação ambulatorial, do que se infere o dever da ré de prover o exame indicado. A recusa a essa cobertura fere a justa expectativa da autora, restringindo-lhe direitos inerentes à natureza do

¹³ Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
- c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes (...)

contrato (artigo 51, § 1o, II¹⁴, do Código de Defesa do Consumidor), em violação aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Evidenciada, assim, a plausibilidade do direito invocado. O receio de dano irreparável ou de difícil reparação reside no evidente prejuízo à saúde da autora, ante a gravidade da doença de que padece, caso não lhe seja deferida a tutela de urgência. Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de efeitos da tutela jurisdicional, para determinar à ré que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado de sua intimação desta decisão, providencie o necessário para a realização pela autora, em unidade de rede assistencial própria ou credenciada, à escolha desta, de exames de "Ressonância Magnética de Encéfalo com Perfusão", na forma, periodicidade e quantidade recomendadas pelo médico assistente, devendo, para tanto, emitir guias e autorizações, arcando com todas as despesas necessárias, inclusive relativas a materiais, medicamentos, internações, consultas médicas, em número ilimitado, equipamentos e honorários de profissionais da saúde, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais)." (Processo nº 1004673-90.2013.8.26.0704)¹⁵

¹⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

(...)

¹⁵ Demais informações do processo mantidas em sigilo.

Assim, é possível identificar que o Código de Defesa do Consumidor, menos específico que a determinação do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, é tratado pelo magistrado com prioridade, motivo pelo qual a liminar foi deferida, e mais uma vez, sem sequer ser identificada a possibilidade de reversão da medida urgente deferida, sendo que, neste caso, seria mais fácil que tal situação fosse retornada ao “status quo”, pela indenização material do valor gasto pela operadora de planos de saúde na efetivação do exame requerido, contudo, sequer foi solicitada pelo magistrado a comprovação de possibilidade de pagamento do exame a ser realizado, caso a ação fosse julgada improcedente, diminuindo substancialmente a possibilidade de reversão da medida urgente aplicada e realizada pela operadora.

Ademais, sequer foi avaliado pelo magistrado a possibilidade de realização desse procedimento pelo autor sem que houvesse quaisquer danos a sua saúde, tendo em vista que trata-se de procedimento totalmente específico e sem comprovação de eficácia ou de que possui resultados melhores que os exames já utilizados normalmente, justamente por tratar-se de exame experimental.

Ressalte-se ainda que, independentemente da efetivação da indenização material pelo autor no caso de julgamento improcedente da demanda, houve mais uma vez a utilização de toda uma estrutura devidamente organizada para cumprimento da medida urgente, a qual já possuía uma agenda e teve que reprograma-la, a fim de cumprir a decisão que determinou a realização de exame em 24 horas do recebimento da decisão, inviabilizando mais ainda a retroatividade da ação realizada.

4.2. Da irreversibilidade da medida urgente

Conforme já citado acima existe a possibilidade de que os efeitos produzidos pela medida urgente deferida no processo seja irreversível, conforme todos os exemplos reais acima explicitados.

Ainda que o magistrado, no decorrer do andamento processual, identifique que o panorama apresentado foi alterado, com o direito pendendo em favor do réu em vez do autor, como identificado no início do processo, sendo que, conforme já explicitado anteriormente, o magistrado não vincula sua decisão final à decisão proferida em sede de cognição sumária, podendo dessa forma, revogar a medida urgente deferida a qualquer momento, bem como rejeitar todos os pedidos efetivados na inicial em sentença ou decisão final, momento em que a medida urgente certamente já teria sido cumprida e, em sua revogação, necessitará o retorno da situação fática para a existente no momento do deferimento de tal medida urgente.

A fim de que seja evitada a possibilidade de deferimento de medida de urgência que não tenha possibilidade de reversão, dita o Código de Processo Civil em seu artigo 273, acima citado, ao qual chamamos a atenção para seu § 2º, que diz o seguinte: *“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”*

Ocorre que, para que seja alcançado interesse maior, ou seja, conforme tratado neste trabalho, o direito a vida, o dispositivo não é interpretado literalmente, meramente por sua disposição gramatical, pois o juízo efetua a interpretação considerando todos os requisitos dispostos nesse instituto, bem como, ao existir divergências entre os requisitos dispostos no artigo em pauta o magistrado dará preferência ao requisito que lhe parecerá de maior importância.

É de grande audiência a doutrina que defende o deferimento de medida urgente ainda que exista o risco de irreversibilidade da medida, apenas por considerar o preceito fundamental de sua concessão, qual seja, o risco de causar dano irreparável ou de difícil reparação, sem contudo considerar os direitos relacionados a esta necessidade de deferimento da medida urgente ou ainda os prejuízos irreversíveis que serão causados, o que também poderá ser considerado dano irreparável, pois o fato de não conseguir retroagir a situação para a antes existente reflete dano irreparável para o réu que sofre a medida urgente.

O Professor Elpídio Donizetti deixa bem claro seu posicionamento acerca deste requisito, conforme segue:

“O perigo da irreversibilidade não poderá ser visto em termos absolutos. O objetivo da medida antecipatória é evitar danos ao direito subjetivo das partes. Assim, é indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, decidindo com bom-senso. Em ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e a negativa para demolição, a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final. Solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão de perigo de desmoronamento, acarretar grave risco para a vizinhança.” (DONIZETTI, 2012, p. 412.).

Contudo, em vista da possibilidade existente de que a medida urgente seja revogada e que a cassação da medida tenha efeito retroativo, dita a legislação que todos os efeitos que existiram com base do provimento de urgência deverão desaparecer.

Assim, ainda que, quando da decisão judicial pelo deferimento da medida urgente requerida, o magistrado tenha firme convicção de que a tese do autor é correta pelos fatos e provas por ele apresentadas nesse momento, há de se valer que tal decisão foi proferida com base em cognição não exauriente, logo, é preciso antever a possibilidade de reversão da medida e é injusto ao réu que não seja tomada a precaução de verificação da possibilidade de reversão efetiva da medida urgente deferida, simplesmente transferindo o perigo de dano irreparável do autor para o réu.

Entretanto, deverá ser considerado o posicionamento da doutrina acerca dos preceitos que poderão entrar em conflito, conforme explana o Professor Hélio do Valle Pereira a seguir:

“Haverá situações em que ocorrerá o risco de irreversibilidade, mas ainda assim a tutela antecipada deverá ser concedida. Vigora o princípio da proporcionalidade. Relembre-se que por meio de tal postulado se procura compatibilizar a aplicação, em concreto, de dois ou mais valores que estejam em aparente conflito. Enfim, ‘Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas’ (Humberto Bergmann Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, p. 158-159). Busca-se, com primazia, deferir a incidência concomitante dos princípios envolvidos; em caso de impossibilidade, dá-se preferência àquele de maior destaque – não para derroga-lo, mas para mitiga-lo na hipótese específica, dando predominância àquele outro. Enfim, augura-se a conciliação entre eles; tanto quanto possível para mante-los em posição de idêntico equilíbrio ou, sendo inviável, fazendo o mais relevante preponderar, mesmo que não olvidando por completo o segundo.” (PEREIRA, 2008, p. 575-576).

Nesse ínterim coloca-se em discussão dois preceitos que sequer merecem comparativos pelas decisões tomadas pelos magistrados acima utilizadas: de um lado coloca-se o direito a vida e de outro o “pacta sunt servanda” e o equilíbrio contratual, como no caso de o autor que requer a realização de intervenção cirúrgica, definindo que este caso seria urgente e não haveria possibilidade de aguardar que o procedimento processual ordinário fosse concluído, contudo, por diversas vezes, tal intervenção cirúrgica não está inclusa no rol de procedimentos contratados pelo autor em plano de saúde, o que o impeliria a procurar o Sistema Único de Saúde, entretanto, o magistrado, ao considerar a possibilidade de oneração e inviabilidade de atendimento pela rede pública de saúde, ou ainda a imensa espera relacionada a este atendimento, defere o pedido do autor, extrapolando qualquer contratação entre o autor e o réu realizada anteriormente, fazendo

com que as seguradoras ou operadoras de planos de saúde arquem com as despesas e com a responsabilidade da cirurgia realizada, assim, novamente o risco da atividade econômica é utilizado como base para o deferimento de tal medida sem fundamentação legal.

Frise-se ainda que, por diversas vezes, existe um risco muito grande a saúde do autor envolvida na determinada intervenção cirúrgica, e a seguradora ou operadora de planos de saúde não autoriza sua realização por medida de prevenção, a fim de utilizar outras formas de solução do problema de saúde do autor, quando existem, contudo, o autor insiste em sua realização, o que, por muitas vezes, poderá lhe causar outros danos a saúde ou ainda perigo de morte.

Assim, considerando que a maioria das medidas urgentes deferidas o são “inaudita altera pars”, fica a sensação para o magistrado de que a discussão reflete-se tão somente na questão econômica para a operadora de saúde, o que muitas vezes não é a realidade.

A irretroatividade da medida por perdas e danos já se configura no simples fato de que, ao ser realizada uma cirurgia bariátrica em uma pessoa obesa, por exemplo, tal cirurgia não poderá ser desfeita caso ao fim do processo se verifique que a pessoa estava em regime de cobertura parcial temporária, ou seja, já era obesa quando da contratação do plano de saúde e deveria ter esperado seu tempo de carência e de cobertura parcial temporária expirar, o que ocorre, em regra, em dois anos, ou ainda verifique-se que a pessoa que teve a cirurgia realizada não passou por todos os procedimentos necessários para a realização da cirurgia de acordo com todas as diretrizes médicas, que no exemplo específico demandaria a realização de terapia para que se acostumasse à ideia de não poder mais ingerir a mesma quantidade de alimentos anteriormente ingerida, tendo em vista que, caso o psiquiatra não aprove a saúde mental do autor para a realização da cirurgia e mesmo assim ela seja efetivada, isso poderá refletir a morte do autor, tendo em vista de todo o pós-operatório necessário a ser perseguido.

4.3. Irretroatividade da medida urgente na área da saúde e possibilidade de retroatividade por perdas e danos

A responsabilidade de indenização por perdas e danos está disposta, para os casos em específico, no artigo 811 do Código de Processo Civil, que segue:

“Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16¹⁶, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804¹⁷ deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808¹⁸, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810¹⁹). (Código de Processo Civil, 1973).

¹⁶ Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

¹⁷ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

¹⁸ Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

¹⁹ Art. 810. O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.” (Código de Processo Civil, 1973).

Faz parte de toda a demanda judicial o risco das partes que estão em litígio, não somente no que diz respeito às custas e honorários sucumbenciais, mas também no que diz respeito a responsabilidade de eventuais danos causados à parte contrária nos efeitos causados pelo cumprimento dos pedidos requeridos e realizados por força de ordem judicial de deferimento de medida de urgência, além da possibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé.

A responsabilidade referente a indenização por perdas e danos nos casos em que a medida urgente é deferida e revertida em decisão final, é objetiva, ou seja, não é exigida a demonstração de que o autor teria agido com culpa, visto que, somente o fato de a medida urgente ter sido posteriormente revogada por decisão final contrária a ela, já existe a responsabilidade pela respectiva indenização, independentemente de propositura de ação específica com pedido de indenização pela parte vencedora, pois a cobrança poderá ocorrer dentro do próprio procedimento da ação cautelar, se for o caso, apoiando-se na responsabilidade civil de indenizar.

Assim, existem algumas formas de demonstrar a necessidade de indenizar, de acordo com o artigo acima transcrito. A principal delas é a improcedência da ação em vista de não haver direito pendente ao autor quando da propositura de ação judicial.

Neste caso, considerando que a medida urgente apenas requer demonstrar a necessidade de cumprimento de obrigação pelo réu antes da realização de todos os procedimentos determinados ao processo comum, é requerida a medida de urgência a fim de que não haja dano irreparável ou de difícil reparação, dentro ainda do “fumus boni iuris” relacionado, contudo, no caso de a ação ser julgada improcedente, o “fumus boni iuris” deixa de existir e demonstra que a medida urgente não deveria ter sido anteriormente deferida, visto ser inexistente o direito, motivo pelo qual a situação não poderá

permanecer indene, sob pena de que haja o enriquecimento ilícito do autor, que gozou dos efeitos do pedido deferido e determinado pelo poder judiciário sem que tivesse direito de gozar de tais efeitos.

Muito se diz sobre a possibilidade de reversão da medida urgente deferida pela conversão em perdas e danos, contudo, por diversas vezes, nas medidas urgentes relacionadas à área da saúde aqui definidas, invariavelmente o autor não tem condições financeiras de arcar com as despesas relacionadas com o exame, tratamento ou intervenção cirúrgica realizada, visto que são extremamente onerosos, e ainda assim, mesmo com a determinação de indenização por perdas e danos, a retroatividade da medida não será realmente efetivada, pois a situação não voltará ao “status quo” do cumprimento da medida urgente deferida.

Deverá ainda ser considerado que, mesmo no pagamento da indenização por perdas e danos, em vista dos gastos realizados com hospitais, honorários médicos e de enfermeiros necessários para a efetivação da cirurgia, tratamento ou exame, por nenhuma medida seria possível a indenização da movimentação de toda a estrutura de uma atividade econômica organizada para a realização de procedimento específico fora das possibilidades contratadas, como por exemplo, na determinação de realização de um transplante de órgãos pela seguradora ou operadora de planos de saúde, tendo em vista que trata-se de procedimento não coberto por nenhum seguro ou plano de saúde e que somente poderá ser efetivada de forma particular ou ainda pelo Sistema Único de Saúde, por esse motivo não existe procedimento já existente para tal realização dentro da estrutura da seguradora ou operadora de plano de saúde, sendo que haverá a necessidade de movimentação da estrutura envolvida direta ou indiretamente, bem como modificação total da rotina, por algo que o autor não tem direito e que não será possível quantificar para a efetivação de indenização pelos danos havidos.

Deveremos considerar também quantas pessoas que têm necessidades específicas e quiçá também urgentes, serão negligenciadas, ou terão suas cirurgias ou quaisquer procedimentos reagendados ou desmarcados em

virtude da surpresa que afetará a estrutura de local que possuirá sua programação abalada pelo recebimento de determinação de cumprimento de medida urgente, a qual certamente, em vista da não contratação, não fora considerada quando da estruturação existente no momento, sendo que terceiros também poderão ser prejudicados e, nesses casos, não serão indenizados.

V. PROBLEMÁTICA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto neste trabalho, temos que a possibilidade de retroatividade dos efeitos gerados pelo deferimento de medida urgente em processos relacionados à área da saúde, por mais expressos que constem na legislação, na prática, não é considerada pelo poder judiciário sob a justificativa de que o “periculum in mora” apresentado nesses casos sobreporia qualquer outra justificativa para o não deferimento de tal medida, como o “pacta sunt servanda” ou ainda o equilíbrio contratual.

Assim, fica ignorado o preceito determinado pelo § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, acima explanado, que determina a impossibilidade de concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos causados pelo provimento antecipado, considerando que nas medidas urgentes relacionadas à área da saúde, a premissa do direito a vida entra em contradição com o preceito da irreversibilidade da medida urgente a ser deferida.

Justifica-se ainda que a reversibilidade dos efeitos da medida urgente deferida poderá se dar pela indenização por perdas e danos, caso o processo promovido pelo autor seja julgado improcedente, ou seja, na identificação de que não existia direito ao autor para o deferimento da medida urgente anterior.

Contudo, nos casos em que há necessidade de indenização pelo autor por perdas e danos ao réu acerca dos prejuízos obtidos na movimentação de toda a estrutura utilizada direta e indiretamente para o cumprimento da obrigação determinada, invariavelmente não há prestação de caução anterior à

realização do procedimento por falta de determinação do magistrado, motivo pelo qual torna-se inviável que tal indenização seja recebida pelo réu, seguradora ou operadora de planos de saúde, tendo em vista a recorrente impossibilidade do autor em arcar com o procedimento realizado, pois na maioria das vezes trata-se de procedimento oneroso, principalmente em consideração ao poder aquisitivo inerente a maioria dos segurados ou associados de seguradoras ou operadoras de planos de saúde que ingressam com esse tipo de ação judicial.

Há de se ressaltar que, quando da verificação de inexigibilidade de realização do procedimento discutido e deferido em medida urgente, o autor já teve o procedimento devidamente realizado tempestivamente à determinação judicial de medida urgente e não haverá a possibilidade de retorno dos efeitos gozados por ele, o que, por si só, já seria motivo suficiente para que este se negasse a indenizar a seguradora ou operadora de planos de saúde, por outro lado a indenização a ser considerada não é somente a relacionada à seguradora ou operadora de planos de saúde, tendo em vista que esta, quando da necessidade de cumprimento de medida urgente recebida, movimentará toda sua estrutura a fim de que a decisão seja tempestivamente cumprida, contudo, toda a organização da seguradora ou operadora de planos de saúde já estava programada, sendo que, inevitavelmente, deverá ser reprogramada toda a rotina a fim de possibilitar o cumprimento da decisão judicial, momento em que, eventualmente, poderão existir terceiros envolvidos prejudicados, que terão suas cirurgias ou exames remarcados, por exemplo.

Ainda seguindo o exemplo da situação acima, poderemos citar caso em que o autor requer a realização de exame complexo mesmo ainda dentro da carência legal ou cobertura parcial temporária determinada contratualmente, limitação existente com a devida autorização da agência reguladora de tais contratos, Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No momento de recebimento da medida de urgência deferida para realização de exame complexo dentro de 24 horas a contar da ciência da decisão, a seguradora ou operadora de planos de saúde, deverá reprogramar

toda a sua agenda já confirmada, a fim de que o autor seja devidamente atendido, conforme determinação judicial, e ainda, neste caso, considerando que os laboratórios trabalham com suas agendas totalmente preenchidas, será necessário que pelo menos um dos associados ou segurados já marcados e confirmados para a realização desse mesmo exame requerido pelo autor, deixará de ser atendido, visto que, por razões óbvias, inevitavelmente será dada preferência ao autor do processo que possui em mãos medida de urgência devidamente deferida, sendo a seguradora ou operadora de planos de saúde compelida a preterir o segurado ou associado que tem o direito líquido e certo de realizar tal procedimento que já havia sido ordinariamente marcado e confirmado.

No exemplo prático em pauta, ao atingir o fim do processo e este ser julgado improcedente pela verificação de que o autor ainda estava em carência ou cobertura parcial temporária e não tinha direito de realizar tal exame complexo, ainda que a seguradora ou operadora de planos de saúde receba a indenização por perdas e danos respectiva, considerando exclusivamente o montante expendido na realização indevida de exame complexo pelo autor pelo cumprimento de ordem judicial, como poderá ser indenizada o segurado ou associado que deixou de ser atendido quando deveria?

O associado que tinha direito líquido e certo e já tinha seu exame marcado e confirmado ordinariamente, além de ter se programado também para a realização do procedimento, com a eventual ausência de seu trabalho e cumprimento de procedimento, como jejum. Seria o autor responsável pela indenização deste terceiro, ou seria ainda o poder judiciário que não analisou os documentos básicos necessários quando do deferimento da medida urgente?

Ainda poderemos discutir os casos em que o autor requer a realização de procedimento negado pela seguradora ou operadora de planos de saúde por esta ter identificado grandes riscos de danos a saúde do autor na realização de procedimento e teve medida urgente deferida pelo juízo e, quando da sua

efetivação, sofreu os danos já previstos pela seguradora ou operador de planos de saúde.

Podemos citar como exemplo autor que requer a realização de cirurgia na coluna para a retirada de cisto que lhe causa dores, contudo tal procedimento fora negado pela seguradora ou operadora de planos de saúde, considerando o risco de que a cirurgia lhe causasse paraplegia. O magistrado, sem atentar-se ou sem requerer a motivação da negativa para a seguradora ou operadora de planos de saúde, defere a medida urgente, determinando a realização da cirurgia imediatamente, sob pena de multa diária.

Neste caso, a seguradora ou operadora de planos de saúde realiza o procedimento requerido pelo autor, contudo, como previsto, a retirada do cisto deixa o autor paraplégico. Não há que se falar em erro ou má prática médica, tendo em vista que tal efeito era previsto pela equipe de auditoria da seguradora ou operadora de planos de saúde. Assim, quem será responsável pelo dano causado ao autor? Terá ele direito de requerer indenização ao Poder Público por ter determinado a realização de tal procedimento, mesmo sendo mediante seu requerimento?

A responsabilização da seguradora ou operadora de planos de saúde torna-se sem sentido, principalmente considerando que esta já tinha previsto e alertado o autor que a possibilidade de tetraplegia existia. Seria o autor, pessoa simples e que não possui capacidade de entendimento de termos comuns, responsável por entender que a retirada do cisto seria possível a fim de lhe livrar das dores sem causar nenhum outro dano?

A discussão intrínseca ao poder judiciário acerca desse tema está sempre considerando somente o “periculum in mora” que é deduzido pelo autor da demanda, contudo, estamos no momento de identificarmos quais os reais riscos causados pelo deferimento indiscriminado das medidas urgentes na área da saúde, visto que a iniciativa privada não poderá arcar indefinidamente com a responsabilidade do poder público em cuidar da saúde da população em casos que fujam das diretrizes médicas e contratuais, sendo que, caso o

sistema de saúde privada venha a entrar em falência generalizada, conseqüentemente, o poder público, que é totalmente dependente das seguradoras ou operadoras de planos de saúde, para que não haja a superpopulação ainda maior no Sistema Único de Saúde, alerte-se que possivelmente, dessa forma, em algum momento as seguradoras e operadoras de planos de saúde terão preços tão exorbitantes que impossibilitarão a adesão das classes mais pobres, o que hoje ainda é possível, tornando a falência da saúde pública inevitável.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. *Manual de Processo Civil e Prática Forense*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. v I.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Procedimentos Cautelares Específicos*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v 4.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. v 2.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Manole. 2008.

MENNA, Fábio Vasconcelos; SÁ, Renato Montans de. *Direito Processual Civil*. 10ª ed. Niterói: Impetus. 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil Comentado – Versão Universitária*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 45ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008.