

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

LETÍCIA MIRANDA DE BITENCOURT

**A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE
COMO INSTRUMENTO PARA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE**

PORTO ALEGRE

2020

LETÍCIA MIRANDA DE BITENCOURT

**A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE
COMO INSTRUMENTO PARA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

PORTO ALEGRE

2020

LETÍCIA MIRANDA DE BITENCOURT

**A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE
COMO INSTRUMENTO PARA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

Aprovada em ____ de _____ 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Prof. Dr. Sérgio Luis Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo Gustavo, advogado, que não só inspira pelo amor que tem pela profissão, mas por exercê-la com seriedade e com sensibilidade. Sou grata por seu constante companheirismo, crucial refúgio que traz leveza à minha vida, sobretudo ao decifrar quando é tempo de encorajar, de acalmar, de distrair ou de ouvir.

À minha mãe, por acreditar em mim – sempre mais do que eu; por seu inabalável amor que me possibilitou crescer, aspirando a um dia ser uma mulher firme e determinada como ela.

Ao meu pai, por incentivar desde cedo minha afinidade com a escrita, pela tranquilidade que tenho por saber que está disponível, em tempo integral, para oferecer auxílio, seja qual for a adversidade.

À minha irmã Ana Paula, pela nossa união que foi fortalecida em razão das dificuldades acadêmicas que estamos enfrentando juntas.

Ao meu irmão Guilherme, por me apoiar, por me confortar e pelo senso de humor que sempre me leva para longe de qualquer dificuldade.

Aos meus avós, por me demonstrarem a alegria de uma vida simples e repleta de amor.

Ao Me. Bruno de Lamare, por oportunizar-me integrar sua equipe, experiência de significativo desenvolvimento profissional, seja pelo exemplo de dedicação, seja pelo instigante nível de qualidade do trabalho desempenhado pelo Magistrado; à amiga Isadora, fiel companheira de expediente forense, pela sinceridade e pela espontaneidade que alegam meus dias úteis; às demais chefias e aos demais colegas da 1ª Vara Cível de Alvorada, ambiente que foi o alicerce do meu conhecimento prático de processo civil.

Aos amigos, em particular à Antonia, a colega que, amenizando o cansaço das noites de aula após o trabalho, tornou-se uma das minhas melhores amigas.

Aos professores da UFRGS, especialmente ao professor Dr. Klaus Koplin, por ter aceitado e cumprido o desafio de uma orientação à distância com qualidade e em um exíguo espaço de tempo.

RESUMO

Essa monografia apresenta a viabilidade processual da aplicação da tutela antecipada antecedente a fim de garantir o acesso à saúde e a proteção desse direito. Valendo-se da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial como métodos de pesquisa, em um primeiro momento, traça-se as origens, a caracterização e noções gerais desse instrumento. São apresentados aspectos gerais da judicialização em caráter de urgência no direito à saúde em diferentes cenários. No segundo momento, apresentam-se os requisitos de eficácia para a requisição da tutela antecedente, apresentando os meios disponíveis, os entes legitimados e possíveis restrições quando às liminares; a consequência da inércia e o fenômeno da estabilização. Discute-se as peculiaridades do pedido, a competência, a necessidade de intervenção do Ministério Público e os prazos. Após, apresenta-se uma análise das características das decisões e dos efeitos da tutela concedida em caráter antecedente.

PALAVRAS-CHAVES: Tutela antecipada antecedente. Judicialização. Direito à saúde.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ação Civil

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CF – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

DI – Decisão Interlocutória

FONAJE – Fórum Nacional de Juízes Estaduais

JEF – Juizado Especial da Fazenda Pública

MP – Ministério Público

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I. A VIABILIDADE PROCESSUAL DA UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. 12	
1.1 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS E APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA	12
1.1.1 Breve caracterização da técnica antecipatória	12
1.1.2 A tutela antecipada requerida em caráter antecedente: noções gerais quanto ao procedimento.....	16
1.2 ASPECTOS GERAIS DA JUDICIALIZAÇÃO EM CARÁTER DE URGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.	19
1.2.1 Direito à saúde como previsão constitucional do mínimo existencial	19
1.2.2 A judicialização do direito à saúde como efetivação de sua garantia constitucional	22
1.2.3 O objeto do direito à saúde: o que é judicializado	23
1.3 O PERFIL DA PRETENSÃO AO DIREITO DA SAÚDE E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA	24
PARTE II. AS NECESSÁRIAS ADEQUAÇÕES PARA A EFICÁCIA DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE APLICADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	27
2.1 O POLO PASSIVO DA LIDE: PECULIARIDADES RELATIVAS À FAZENDA PÚBLICA ..	27
2.1.1 Legitimidade passiva dos entes e a competência comum	27
2.1.2 Restrições às liminares contra a Fazenda Pública.....	29
2.1.3 Consequências de eventual inércia ante a concessão da liminar	31
2.1.4 Discussão sobre os métodos de insurgência	34
2.1.5 Estabilização ante à Fazenda Pública.....	39
2.2 O AJUIZAMENTO DO PEDIDO: PARTICULARIDADES DO PROCEDIMENTO.....	42
2.2.1 Competência para processamento e julgamento	43
2.2.2 Necessidade de intervenção do Ministério Público	46
2.3 A DECISÃO JUDICIAL QUANTO À TUTELA DO DIREITO À SAÚDE REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	48
2.4 EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	55

2.4.1 Causas de cessação da eficácia	55
2.4.2 Estabilidade versus coisa julgada	56
3 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

A importância de realização desse trabalho surge a partir da constatação da necessidade de aprofundamento do estudo do processo civil em caráter de dinamização de seus procedimentos. Considerando que o Código de Processo Civil¹ está prestes a completar meia década de vigência, depreende-se que, superadas eventuais dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito quanto às adaptações iniciais, surge a possibilidade de adentrar em suas evidenciadas inovações. Em que pese muitas das técnicas processuais tenham meramente recebido uma “nova roupagem”, insta salientar a presença de instrumentos jurisdicionais que podem destacar-se, justamente em razão do contexto que atualmente se apresenta. Nesse sentido, os dispositivos do código objetivaram contemplar, por exemplo, a realidade do processo eletrônico que, gradativamente, se utiliza da atual velocidade de informações.

Ademais, ainda que o atual cenário carente de agilidade não seja uma novidade, os casos que imprimem urgência na prestação jurisdicional merecem maior destaque, especialmente quando se constata a ampliação da insegurança jurídica atinente a uma pandemia acompanhada de uma persistente crise financeira. Desse modo, em uma realidade em que se presencia o vertiginoso crescimento da desigualdade social, cabe aos juristas o preparo para a garantia da efetivação dos direitos materiais, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais.

Deve-se distribuir adequadamente o ônus do tempo no processo, mantendo como referência central a busca pela tutela do direito que deve respaldar as técnicas utilizadas. Portanto, quando a pretensão jurisdicional se apresenta como a judicialização da exigibilidade de um direito fundamental social como a saúde, nesse caso em estudo, as tutelas provisórias são utilizadas como ferramentas facilitadoras do acesso ao direito material.

A técnica antecipatória pode ser utilizada de modo incidental ou antecedente e pode ser aplicada no procedimento comum e nos procedimentos diferenciados. A tutela de urgência, prevista entre os artigos 294 e 310 do CPC,

¹ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 05 nov. 2020.

é obtida por provimentos provisórios que concedem tutela satisfativa ou tutela cautelar por meio de cognição sumária.²

A partir da pesquisa com utilização de métodos de natureza descritiva e explicativa, com coleta de dados por meio de revisão bibliográfica e de análise jurisprudencial, a presente monografia tem como escopo propor um estudo acerca da aplicação do procedimento da tutela antecipada antecedente – previsto entre os artigos 303 e 304 do CPC – no ajuizamento de ações que contemplam o requerimento de acesso ao direito à saúde em caráter de urgência, como em casos de pedidos de internação e de transferência hospitalar. Nesse sentido, o assunto será abordado neste trabalho mediante a estruturação em dois tópicos.

A primeira parte discutirá a viabilidade da utilização do aludido procedimento mediante reflexões sobre a origem, os pressupostos processuais e o método de aplicação da tutela de urgência satisfativa. Após caracterizado o procedimento estudado, serão apresentados aspectos gerais da judicialização emergencial dos pedidos referentes ao direito à saúde pública. Desse modo, será possível esboçar o perfil das pretensões de direito à saúde que se podem ser beneficiadas quando pleiteadas na forma de tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Na segunda parte, será abordada a necessidade da realização de adequações como forma de assegurar a plena utilização do procedimento da tutela antecipada antecedente, tratando das peculiaridades a serem observadas no ajuizamento e durante o trâmite processual para a garantia do direito à saúde. Serão analisadas as hipóteses de recebimento do pedido, com reflexões sobre os possíveis desdobramentos acerca de indeferimento e de deferimento da tutela, haja vista que o procedimento contempla metodologia diferenciada quanto à natureza da decisão, especialmente quanto à obrigatoriedade de aditamento da inicial e quanto à estabilidade da decisão.

Ademais, serão retratados aspectos específicos do polo passivo da lide, propondo-se discussão sobre as restrições impostas às liminares contra a Fazenda Pública, sobre a competência dos entes para figurar como demandados e sobre as possíveis formas de insurgência contra o deferimento da tutela. Por

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

fim, serão discutidos os efeitos da concessão da tutela que, conforme referido, possui distinta natureza de eficácia, de modo que se buscará brevemente esclarecer a distinção entre a estabilidade e o trânsito em julgado de uma decisão.

PARTE I. A VIABILIDADE PROCESSUAL DA UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Por meio de concisa caracterização dos institutos da antecipação de tutela e do direito à saúde pública, será possível elucidar a utilidade verificada na aplicação da tutela antecipada antecedente nos casos em que postuladas tutelas relacionadas ao direito à saúde. Destaca-se o procedimento previsto entre os artigos 303 e 304 do CPC, enfatizando-se a necessidade de amparo técnico em sua instrumentalização, uma vez que sua utilização inadequada pode implicar maior atraso na tutela do direito material demandado.

1.1 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS E APLICAÇÃO DO INSTRUMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

A previsão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC permanece suscitando controvérsia na prática processual e no âmbito acadêmico do Direito. Em que pese sejam reconhecidas lacunas em sua formulação, ao contextualizar sua aplicabilidade, bem como ao demonstrar sua praticidade, propicia-se um maior domínio do instituto. Desse modo, intenta-se promover um aperfeiçoamento de sua aplicação ainda que, para isso, sirvam como alicerce as críticas doutrinárias que serão retratadas neste trabalho.

1.1.1 Breve caracterização da técnica antecipatória

A técnica antecipatória apenas foi concebida de forma autônoma pela doutrina após sua ampla teorização equivocada, em que era conceituada como ação, provimento ou processo cautelar. Com o advento da distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela³, possibilitou-se direcionar os estudos para a compreensão efetiva da técnica antecipatória⁴. Nesse sentido, cumpre salientar a importância de diferenciar ambos institutos, como forma melhor de conceituar a técnica antecipatória, especificamente a aplicada na tutela antecipada

³ Destaca-se, em respeito à sua relevância, a influência significativa da obra do processualista gaúcho Ovídio Baptista da Silva.

⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 32

requerida em caráter antecedente, que se constitui como fundamento do assunto tratado nesta monografia.

Sob o ponto de vista externo do processo, vinculado à tutela do direito, é possível compreender que ser titular de um direito é exercer uma posição juridicamente tutelável, é possuir direito à sua satisfação e ao seu acautelamento. A realização concreta do direito representa o direito à sua satisfação, ainda que satisfazer o direito não implique declará-lo definitivamente existente e, tampouco, seja equivalente à formação da coisa julgada.⁵ A técnica antecipatória apresenta-se como uma decisão provisória, fundada em evidência ou urgência, satisfazendo desde logo o direito da parte.⁶

Segundo Mitidiero⁷, o atual CPC traz a técnica antecipatória como um meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, vinculando-a tanto à urgência quanto à evidência. O legislador unificou as tutelas satisfativas e as tutelas cautelares para constituir a categoria das chamadas tutelas provisórias: aquelas que podem ser concedidas mediante cognição sumária (fundadas em juízo de probabilidade, conforme art. 300, CPC) e podem ser prestadas de forma antecedente ou incidental.

Mitidiero, contudo, critica a utilização do termo “tutela antecipada” para referir-se às tutelas satisfativas, uma vez que entende que a antecipação é meramente uma técnica processual que viabiliza a prolação de uma decisão provisória, que pode outorgar, mediante cognição sumária, tutela satisfativa ou tutela cautelar.⁸ Didier corrobora tal entendimento, salientando ser equivocada a denominação escolhida pelo legislador⁹.

Todavia, na linguagem do novo Código, a tutela cautelar garante a perspectiva de futura satisfação do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada viabiliza a imediata realização do direito. A satisfatividade, pois, inexistente na tutela cautelar, que se limita a prevenir o perigo da inviabilidade de fruição do direito¹⁰. À vista disso, a tutela cautelar não é um instrumento do

⁵ MITIDIERO, 2019, op. cit., p. 71.

⁶ MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 819-820.

⁷ Ibidem, p. 818.

⁸ Ibidem, p. 826.

⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Samo; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, v. 2, p. 645, 2015.

¹⁰ MITIDIERO, 2019, op. cit., p. 53.

instrumento, mas presta tutela ao direito material, conservando-o para sua eventual fruição.¹¹

Por outro lado, como garantia de que o processo possa promover a efetividade da tutela jurisdicional, a técnica antecipatória adequa o processo às especificações do direito material alegado em juízo – urgência ou evidência. Devemos, conseqüentemente, compreender a tutela cautelar como resultado e a antecipação da tutela como meio.¹²

A formulação da técnica antecipatória é, então, conjugada por meio dos critérios estrutural, funcional e cronológico. O provimento antecipado é estruturalmente formado mediante cognição sumária, é provisório e mantém uma relação de identidade entre o provimento provisório e o definitivo. O objetivo da técnica, sob ponto de vista funcional, é neutralizar os males do tempo no processo. Além do que, cronologicamente, a antecipação de tutela caracteriza-se por constituir um provimento prolatado em momento anterior a outro.¹³

A tutela final deve ser compreendida como uma moldura em que deverá ser enquadrada a tutela do direito pleiteada pelo uso da técnica antecipatória. Logo, apenas o que pode ser concedido definitivamente, ao final, será concedido de forma provisória. A tutela antecipadamente concedida manterá sua eficácia no trâmite do processo, até que seja oportunamente absorvida pela tutela final por meio da cognição exauriente realizada na sentença, que substituiu a cognição sumária da decisão provisória. Por conseqüência, é necessário que exista identidade total ou parcial entre a tutela provisória e a tutela definitiva.¹⁴

Na mesma direção, Fredie Didier Júnior, Paula Braga e Rafael Oliveira expõem a necessidade de que se estude a tutela provisória em três dimensões complementares. A partir do exame de seu conteúdo, classifica-se o que pode ser tutelado, de modo que a tutela será satisfativa ou cautelar. Com a análise do motivo para concessão da tutela provisória, são verificados os pressupostos de fato autorizadores, o que viabiliza a classificação da tutela como de urgência ou de evidência. Por fim, a tutela deve ser estudada com base no modo como é pleiteada, uma vez que pode ser antecedente ou incidente. Nesse sentido, cabe

¹¹ MITIDIÉRO. In: WAMBIER, 2016, p. 822.

¹² MITIDIÉRO, 2019, op. cit., p. 69.

¹³ *Ibidem*, p. 74-75.

¹⁴ MITIDIÉRO. In: WAMBIER, op. cit., p. 821-822.

destacar que a tutela provisória antecedente sempre será de urgência, cautelar ou satisfativa, visto que inexistente tutela provisória antecedente de evidência. A tutela provisória de evidência apenas pode ser pleiteada em caráter incidente (art., 294, parágrafo único, CPC).¹⁵

Classifica-se como requerimento incidental a tutela provisória postulada quando também se pede ou já se pediu a tutela definitiva, com a intenção de que sejam adiantados seus efeitos. O aludido requerimento, sendo assim, é formulado no ajuizamento do processo em que já se apresenta a tutela definitiva ou quando houve o requerimento da tutela definitiva e, posteriormente, postula-se a tutela provisória. Conforme proposto pelo enunciado n.º 496 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o requerimento de tutela provisória incidentalmente formulado pode ser apresentado a qualquer tempo, visto que não é submetido à preclusão temporal.¹⁶

De outra banda, cumpre destacar que as tutelas satisfativas – assim como as tutelas cautelares – não podem ser concedidas de ofício, porquanto há necessidade de observar o interesse da parte em submeter-se à responsabilidade objetiva gerada pela efetivação da tutela, conforme previsão do art. 302 do CPC.¹⁷

Por outro lado, a tutela provisória antecedente caracteriza-se por ser apresentada no ingresso do processo em que futuramente será formulado o pedido da tutela definitiva. Ocorre quando há uma situação de urgência que justifica que, no ajuizamento do processo, o autor limite-se a postular a tutela provisória de urgência, como ensina Didier Jr.:

No mais, incumbe-lhe simplesmente: Se a tutela requerida for provisória satisfativa (antecipada), indicar o pedido de tutela definitiva (“final”), com a exposição sumária da causa de pedir, do direito que se busca realizar e do perigo da demora; ou, se a tutela requerida foi provisória cautelar, expor sumariamente a causa de pedir, o direito que será objeto de pedido de tutela definitiva (direito acautelado) e satisfativa (“pedido principal”) e o perigo da demora (art. 305, CPC).¹⁸

Destarte, percebe-se que a previsão legislativa da tutela antecipada antecedente objetivou amparar as situações de urgência que são graves a ponto

¹⁵ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 646-649.

¹⁶ *Ibidem*, p. 649.

¹⁷ MITIDIERO. In: WAMBIER, 2016, op. cit., p. 819-820.

¹⁸ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 650.

de que não exista tempo hábil para que a parte interessada possa apresentar os elementos necessários para formular completamente o pedido de tutela definitiva, indicando a causa de pedir.¹⁹

1.1.2 A tutela antecipada requerida em caráter antecedente: noções gerais quanto ao procedimento

O legislador, ao disciplinar a tutela antecipada requerida em caráter antecedente (art. 303 do CPC), apresentou inovações processuais, contemplando a possibilidade de que o pedido de tutela satisfativa seja, em seu ajuizamento, limitado ao requerimento antecipatório. O requerente, portanto, pode inicialmente restringir-se ao pleito de antecipação da tutela e à indicação do pedido de tutela final na petição inicial, expondo a lide, o direito que busca efetivar, o valor da causa e o perigo na demora²⁰.

A previsão legal cingiu o uso do procedimento aos “casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação”. Desse modo, a tutela antecedente não pode ser aplicada aos requerimentos fundamentados unicamente em evidência, situação em que deverá ser formulado o pedido antecipatório em caráter incidental²¹.

Destaca-se que o *caput* do art. 303 do CPC, ao consignar que a urgência deve ser “contemporânea” ao ajuizamento do pleito, demarca o traço característico da hipótese amparada pela tutela antecedente, afastando a exigência de pleno cumprimento dos requisitos previstos no artigo 319 do CPC. O procedimento será utilizado, portanto, quando constatada urgência excepcional, situação que impediria a exposição adequada dos argumentos da causa de pedir e a juntada da documentação referente ao pedido de tutela final.²²

Por outro lado, para que o requerente tenha a garantia de que será postergada a formulação definitiva do pedido de tutela final, permitindo que, em momento posterior, o requerimento inicial seja complementado por argumentos e documentos, a utilização deste benefício deverá ser expressamente referida

¹⁹ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 651.

²⁰ MITIDIERO. In: WAMBIER, op. cit., p. 832.

²¹ RAATZ, Igor. **Tutelas provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 165.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e de evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 228.

(art. 303, §5º, CPC). Caso não seja informado ao juízo que a petição inicial se encontra incompleta em razão da referida autorização legal, a peça poderá ser indeferida por inépcia ou ser recebida como definitiva, restando inviabilizada sua futura complementação²³.

A indicação concisa do pedido de tutela final será necessária para definir a competência para julgamento do processo. Ademais, deverá ser indicado o valor da causa utilizando-se, para tanto, também o pedido de tutela final como parâmetro. A partir disso, serão calculadas as custas processuais, que deverão ser recolhidas no momento do ajuizamento, nos termos do art. 303, § 4º, do CPC²⁴.

Recebido judicialmente o pedido de tutela antecedente, caso o órgão judiciário entenda que não há elementos para a concessão do pedido antecipatório, será concedido o prazo de 05 (cinco) dias para a emenda da inicial, sob pena de ser indeferida, bem como de ser extinto o processo sem resolução de mérito, conforme disciplina o artigo 303, §6º, do CPC.

Assim, concedida a tutela de urgência antecedente, caberá ao autor aditar a petição inicial, complementando os argumentos fático jurídicos, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias ou no prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I, do CPC). Evidencia-se, portanto, que o aditamento se trata de um ônus do autor, de modo que, caso não realizado, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º, do CPC), cessando os efeitos da tutela concedida.

Na decisão que conceder a tutela, será determinada, ainda, a citação e a intimação do réu para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334 do CPC (art. 303, § 1º, II, do CPC). Caso não seja lograda a autocomposição, será contado o prazo para contestação na forma do art. 335 do CPC (art. 303, § 1º, III, do CPC).

Decorrido o prazo para manifestação do réu, se não houver qualquer tipo de impugnação²⁵, a tutela antecipada concedida se tornará estável, nos termos do art. 304, caput, do CPC. Cabe destacar que há divergência quanto à espécie

²³ RAATZ, op. cit., p. 165-166.

²⁴ Ibidem, p. 166.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp 1.760.966 SP 2018/0145271-6**. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 04 dez. 2018. Diário de Justiça. 07 dez. 2018.

de impugnação que possui o condão de evitar a estabilização da tutela antecipada²⁶, ponto que será posteriormente discutido.

Com efeito, o Código ainda disciplina que, na hipótese de estabilidade da decisão em razão da ausência de recurso do réu, o processo será extinto (art. 304, § 1º, CPC), restando conservados os efeitos da tutela antecipada (art. 304, § 3º, CPC). Desse modo, os efeitos poderão ser cessados apenas se a decisão que concedeu a tutela for revisada, reformada ou invalidada mediante a propositura de uma nova ação, que deverá ocorrer no prazo de dois anos, contados a partir da extinção do processo (art. 304, § 5º, CPC).

Por outro lado, conforme também disciplina o art. 304, § 6º, do CPC, a estabilização da tutela antecipada de urgência concedida em caráter antecedente não forma coisa julgada. O legislador, contudo, não apresentou a mesma clareza ao consignar os efeitos da decisão após o transcurso do referido prazo de 2 (dois) anos, o que suscita o questionamento sobre a possibilidade de coisa julgada material.

Conforme leciona Raatz:

A ausência de coisa julgada, porém, não importa na ausência de exame do mérito na decisão que concede a tutela antecipada estabilizada. De fato, a decisão que aprecia a tutela antecipada sempre importará na apreciação do mérito, sem que isso signifique resolvê-lo de modo definitivo. E isso somente não ocorre porque a decisão não é formulada com base em cognição exauriente. Não haverá declaração – com força de coisa julgada – sobre o mérito. Desse modo, ainda que estabilizada a tutela antecipada, o autor não poderá, por exemplo, valer-se dos efeitos positivos da coisa julgada tendo como pressuposto a decisão que concedeu a tutela antecipada.²⁷

O autor, todavia, esclarece que a ausência de coisa julgada não caracteriza a possibilidade de descon sideração da decisão ou de que seus fundamentos possam ser ignorados em outros processos.

Mitidiero concebe que há coisa julgada na decisão que equipara seus efeitos de imutabilidade aos daquela tomada no procedimento comum, o que denota a inconstitucionalidade de sua previsão, pois tolhe o direito à apropriada cognição. Consoante esse entendimento: “o direito à adequada cognição da lide

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp 1.797.365 RS 2019/0040848-7**. Relator Min. Sérgio Kukina. Julgado em: 03 out. 2019. Diário de Justiça, 22 out. 2019.

²⁷ RAATZ, op. cit., p. 174.

constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada”.²⁸

Ante o exposto, em que pese a doutrina majoritária tenha, devidamente, apontado incongruências legislativas na previsão do instituto da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ainda é possível vislumbrar sua utilidade. Trata-se de um instrumento para, entre outras hipóteses de urgência, efetivar a prestação do direito à saúde em casos que a ausência do acesso ao direito material impõe como perigo de dano o risco de morte, como nos pedidos de internação ou de transferência hospitalar.

Nesse sentido, a parte II desta monografia buscará elucidar melhor os pontos controvertidos dos dispositivos legais ora abordados. Ademais, a aplicação do procedimento aos casos de alcance à saúde objetiva viabilizar uma aproximação do instrumento ao caso concreto, ampliando sua forma de estudo.

1.2 ASPECTOS GERAIS DA JUDICIALIZAÇÃO EM CARÁTER DE URGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.

A insuficiência na execução das prestações do direito à saúde pública implica significativo ajuizamento de pedidos que demandam, de diferentes formas, sua garantia, posto que se trata de direito social fundamental constitucionalmente previsto. Não obstante, é possível delinear, ainda que de forma sucinta, as características do direito à saúde que podem ter influenciado no fenômeno de sua judicialização crescente.

1.2.1 Direito à saúde como previsão constitucional do mínimo existencial

A Constituição Federal de 1988²⁹ consignou os direitos fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana, no Título II, dividindo os Direitos e Garantias Fundamentais em cinco capítulos: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Direitos Sociais; Nacionalidade; Direitos Políticos e Partidos Políticos. A igualdade entre todos é consagrada no artigo 5º, que estabelece, em seus

²⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.147.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 nov. 2020.

setenta e oito incisos, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.³⁰

Os direitos fundamentais passaram a ser concebidos como direitos a prestações quando demonstrada a insuficiência da simples positivação de normas que garantiam posições jurídicas de limitação do poder estatal. Outrossim, também passou a ser questionada a interpretação formal e abstrata da igualdade jurídica ante às distintas condições materiais da população. Os movimentos reivindicatórios do século XIX foram a inspiração para o começo de um processo de constitucionalização dos direitos sociais.

A partir disso, possibilitou-se ao indivíduo exigir do Estado uma atuação efetiva, que melhorasse sua condição de vida. Os direitos a prestações constituem, portanto, o direito do particular a obter algo por meio do Estado. As prestações podem materializar-se como prestações fáticas – atinentes ao acesso a bens ou serviços sociais – ou como prestações normativas – que se referem a criação de normas jurídicas que tutelam direitos individuais.³¹

A promulgação da CF é contemporânea ao início do protagonismo do Poder Judiciário. A presença deste na resolução de problemas da sociedade brasileira foi acentuada a partir da década de 90, momento em que lhe foi atribuído um significativo destaque, recebendo maior credibilidade frente aos demais poderes republicanos.³² A redefinição do Poder Judiciário, implementada pela CF, permitiu uma ampliação da sua base de organização e dos instrumentos processuais constitucionais de acesso à justiça. Foi possível, nesse cenário, assegurar a concretização dos direitos titulados pelo cidadão, que se encontram desamparados ante a ineficiência das políticas públicas. A inconsistência e a ineficiência da prestação de serviços básicos pelo Estado, em vista disso, incentivam a formulação judicial do pedido de efetivação dos direitos constitucionalmente reconhecidos.³³

³⁰ CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 47.

³¹ FUHRMANN, Ítalo Roberto. **Judicialização dos direitos sociais e o direito à saúde**: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro. Brasília: Consulex, 2014. p. 83-84.

³² CARLINI, op. cit., p. 133 e ss.

³³ ALVES, Cássio Guilherme; DEPRÁ, Vinicius Oliveira Braz. A jurisdição constitucional e a concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Monia Clarissa Hennig. (Orgs.). **Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça**. Curitiba: Multideia, 2016. p. 151-168.

O princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em sua extensão. As condições materiais básicas para a existência da pessoa constituem o chamado mínimo existencial. Quando não há a realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo, entende-se que foi violado o princípio constitucional, cabendo exigir-se judicialmente a prestação equivalente. Considerando que a área da saúde compõe o mínimo existencial, depreende-se que, em razão da previsão constitucional, existe um conjunto de prestações de saúde que são judicialmente exigíveis.³⁴ Nesse sentido, Barcellos complementa:

[...] tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder. Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.³⁵

Barcellos expressa que, além do conjunto de prestações mínimas, há possibilidade (e recomendação) constitucional de que o Poder Público escolha por acolher outras demandas de saúde. As normas constitucionais referentes ao direito da saúde promovem esse efeito, especialmente no art. 196 da CF³⁶, que representa cenário em que há acesso universal às prestações substanciais que bastariam para restabelecer ou manter a saúde da população. Ademais, a autora esclarece que o referido conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário, por estarem constitucionalmente previstas, integra a chamada eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área da saúde.³⁷

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248 e ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 272.

³⁶ Cf. art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” In: BRASIL, 1988, *op. cit.*

³⁷ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 272.

1.2.2 A judicialização do direito à saúde como efetivação de sua garantia constitucional

Ainda que a democratização do alcance à prestação jurisdicional tenha resguardado os fundamentos da cidadania difusa e coletiva, a necessidade de intermédio do Judiciário para concretização de direitos fundamentais representa insegurança quanto ao assunto³⁸. Nesse sentido, Carlini também explana sobre a necessidade da efetivação judicial para a garantia dos direitos sociais, uma das origens do fenômeno da judicialização da política, visto que os Poderes Executivo e Legislativo não logravam responder adequadamente às demandas.³⁹

A concepção de justiciabilidade dos direitos fundamentais indica que é possível a identificação de posições jurídico-subjetivas em favor dos titulares desses direitos. Desse modo, cabe atentar aos limites em que são exigíveis os direitos fundamentais, porquanto inexistente direito fundamental absoluto. Apesar de que reconhecida a obrigação do Estado quanto à concretização do direito à saúde, deve-se evitar a interpretação literal do texto constitucional⁴⁰. Na mesma direção, Cassio Guilherme Alvez e Vinícius Oliveira Braz Deprá expõem que:

Com relação à atuação do Poder Judiciário relacionado com os direitos fundamentais, a preocupação atual não se limita apenas quanto à sua relação, muitas vezes, de interferência nos outros poderes (Legislativo e Executivo), ou à explicitação das vias legais para acessá-lo, na busca de proteção de direitos que extrapolam os direitos interindividuais. A preocupação abrange, especialmente, a necessidade de redefinir a sua estrutura para que possa absorver com as mesmas vantagens os modernos direitos subjetivos da atual sociedade brasileira. Trata-se, sobretudo, de uma conjugação de esforços para a realização material dos valores contidos na Constituição.⁴¹

Ante a negligência por parte do Estado na efetividade dos direitos fundamentais, caberá ao Judiciário, mediante provocação, exercer a coerção necessária para concretização das devidas prestações. Destarte, a jurisdição

³⁸ ALVES; DEPRA. In: GORCZEVSKI; LEAL, op. cit., p. 151-168.

³⁹ CARLINI, op. cit., p. 133 e ss.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴¹ ALVES; DEPRA. In: GORCZEVSKI; LEAL, op. cit., p. 165.

constitucional garante não só os direitos fundamentais, mas a própria dignidade da pessoa humana.⁴²

1.2.3 O objeto do direito à saúde: o que é judicializado

Na jurisprudência brasileira, a judicialização do direito à saúde concentra-se, mormente, no pleito de fornecimento de medicamentos. Contudo, também se verifica a requisição de uma gama variada de serviços e prestações médicas, como aparelhos cirúrgicos, órteses e próteses, tratamentos com profissionais da saúde como fisioterapeutas e nutricionistas, bem como internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs).⁴³

Ademais, conforme exposto por FUHRMANN⁴⁴, esse entendimento é corroborado por decisões semelhantes. Como exemplo, são citados julgados pelo STJ, nos quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação do paciente em UTIs, restando consignadas a hipótese de internação na rede privada às expensas do Estado e a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de demandas individuais visando à internação hospitalar e ao tratamento de saúde em UTI, como direito indisponível.

Nesse sentido, cabe destacar o pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas que requereu, em caráter de tutela antecipada antecedente, fosse determinado aos demandados – Estado do Amazonas e Fundação de Vigilância Em Saúde (FVS) – que emitissem atos de controle para que a aquisição física da medicação Hidroxicloroquina (ou similar) na rede privada de farmácias ocorra apenas mediante retenção de receita médica. A decisão, proferida pelo juízo plantonista, deferiu os pedidos formulados.⁴⁵

O contexto de pandemia demanda ainda maior urgência aos processos relacionados ao direito à saúde. A celeridade conferida pelo procedimento da

⁴² ALVES; DEBRA. In: GORCZEWSKI; LEAL, op. cit., p. 166.

⁴³ FUHRMANN, op. cit., p. 164.

⁴⁴ Ibidem, p.166.

⁴⁵ AMAZONAS. Defensoria Pública do Estado do Amazonas. **DI n.º 0640028-72.2020.8.04.0001**. Manaus, 21 de março de 2020. Disponível em: <http://defensoriaam.com/principal/wp-content/uploads/2020/04/Tutela-de-urg%C3%A2ncia-Hidroxicloroquina-DPAM.pdf> Acesso em 05 nov. 2020.

tutela antecipada requerida em caráter de antecedência notabiliza-se por sua utilidade em conjunturas como a atual.

1.3 O PERFIL DA PRETENSÃO AO DIREITO DA SAÚDE E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA

A hipótese de necessidade de imediato acesso à saúde pública pode ser usada como exemplo de requerimento amparado pela tutela antecipada antecedente. O ajuizamento do pedido de internação hospitalar demanda medidas céleres, sob pena de agravamento da patologia enfrentada pelo requerente⁴⁶.

Os pedidos relativos ao direito à saúde, naturalmente, imprimem urgência ao processo. Contudo, destacam-se aqueles em que cada hora acrescida à espera da tutela representa significativo aumento do perigo de danos à saúde. Pode-se citar como exemplo o pedido de leito para internação ou transferência hospitalar, haja vista que o atraso quanto à sua apreciação implica agravamento da condição de saúde do requerente que, inclusive, pode vir a apresentar óbito.

Nesse cenário, é compreensível que o autor não disponha de tempo para reunir todo o conteúdo probatório necessário para a propositura da ação. O legislador trouxe a possibilidade de amparo de circunstâncias como essas que poderiam valer-se do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. São três as principais hipóteses ora consideradas: (i) ausência do total de elementos que serão apresentados na petição inicial definitiva, (ii) desnecessidade de prosseguimento do feito, caso indeferida a tutela provisória, ou (iii) desinteresse na formação de coisa julgada material, de modo que suficiente o provimento jurisdicional destinado a atuar no plano fático concedido pela estabilização da tutela antecipada.⁴⁷

De outra forma, ainda que se entenda viável a formulação do pedido de tutela antecipada de modo incidental, a aplicação do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente pode ser sugerida como estratégia processual. Raatz explica que foi adotada pelo código a chamada técnica

⁴⁶ RAATZ, op. cit., p. 165.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 166.

monitória, que coloca o autor em uma posição de vantagem, uma vez que busca superar a inércia do réu.

Didier Júnior, Braga e Oliveira⁴⁸ conceituam a técnica monitória no processo civil brasileiro como uma estabilização generalizada com a possibilidade de usá-la em face da Fazenda Pública desde o CPC de 1973, no entanto, o atual CPC, no art. 700, §6º, agora o traga mediante permissão expressa. A técnica monitória, segundo os autores, nada mais seria do que uma viabilização de resultados mais rápidos e eficientes, além de práticos, tão logo restasse configurada a probabilidade de seu direito, obtida mediante uma tutela imediata e permanecendo o réu inerte.

Nesse sentido, insta salientar que a estabilização da antecipação da tutela antecipada produz a inversão do contraditório, bem como que eventual inércia do réu refletirá na profundidade da cognição judicial. O procedimento de cognição exauriente, portanto, apenas será aplicado quando houver impugnação da parte ré.⁴⁹

Caso o requerente opte pela aplicação do art. 303 do CPC, deverá constar na petição inicial o pedido de utilização do procedimento previsto.⁵⁰ Desse modo, tratando-se pedido de internação hospitalar, conforme citado, a celeridade na apreciação do pedido não inviabilizaria a posterior instrução do pleito, com laudos e exames médicos que poderão, posteriormente, confirmar a necessidade de tutela. Contudo, verifica-se com frequência o ajuizamento de pedidos dessa natureza formulados em caráter de tutela de urgência incidental, que nem sempre se demonstra o método mais adequado.

Nesse sentido, a jurisprudência abaixo colacionada é exemplo acerca da precipitação em relação a escolha do uso da tutela de urgência incidental, vez que, no caso concreto, a pretensão em relação ao fornecimento de leito em UTI já havia sido atendida administrativamente, de modo que não houve, por parte do juízo, o reconhecimento do objeto pretendido:

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. cap. 9. In: DIDIER JR., Fredie; COELHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. (Coords.). **Honorários advocatícios**. Salvador: Juspodivm, 2015. Vol. 2.

⁴⁹ RAATZ, op. cit., p. 168.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 165-ss.

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. CIRURGIA. FORNECIMENTO DE LEITO EM UTI. PROVIDÊNCIAS EFETIVADAS ADMINISTRATIVAMENTE. DANO MORAL. Atendida a pretensão de disponibilização de leito em UTI, objeto principal da ação, por conta das gestões administrativas, tanto que antecedentes à cientificação dos réus em relação à providência de antecipação de tutela deferida, do que resultou o reconhecimento de que sem objeto dita pretensão, não se justifica também a imposição de danos morais se os dissabores experimentados tiveram a ver muito mais com a natural aflição de quem precisava se submeter a cirurgia de risco do que a insatisfatório funcionamento do sistema de saúde pública, que deu atendimento, já três dias após o ingresso da demanda, ao interesse substancial da parte, realizando-lhe a cirurgia de que necessitava. Hipótese em que o agravo retido, interposto por um dos réus, no qual se queixava da não-inquirição de testemunha que arrolou, restou prejudicado, certo que não se decreta nulidade em favor da parte a quem, no mérito, aproveitar a decisão da causa.⁵¹

Cumpra-se o entendimento de que, embora não se exija do autor a formulação de um pedido, nem sempre esse direito resta respeitado. O autor tem o direito de não apresentar uma petição inicial completa, não sendo dele exigida a formulação de um pedido, bastando a clareza e a simplicidade do pedido. Entende-se que basta a comunicação pelo autor, não um pedido a ser deferido pelo magistrado, pois que a clareza do procedimento pode implicar a estabilização da tutela antecipada e confirmar o seu caráter antecedente pela simplicidade da apresentação, conforme art. 303 do CPC.⁵²

Logo, a praticidade prestada por meio das técnicas antecipatórias previstas nos artigos 303 e 304, do CPC, permite que a tutela postulada seja, com maior brevidade, apreciada judicialmente, mesmo que o autor não disponha de tempo para juntar toda a documentação ou para elaborar completamente a petição inicial⁵³.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara Civil. **AC nº 70073793895**. Relator Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em: 12 jul. 2017.

⁵² SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Vol. 1, p. 703.

⁵³ RAATZ, op. cit., p. 165.

PARTE II. AS NECESSÁRIAS ADEQUAÇÕES PARA A EFICÁCIA DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE APLICADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O acesso à saúde mediante a judicialização deste direito social deve ser realizado de modo facilitado mediante a articulação da estratégia processual adequada pelo requerente com a tempestiva e oportuna tutela jurisdicional. Não obstante, devem ser observadas as peculiaridades do procedimento escolhido, adaptando-lhe, no que for necessário, uma vez que o objeto do direito será postulado em face do Estado.

2.1 O POLO PASSIVO DA LIDE: PECULIARIDADES RELATIVAS À FAZENDA PÚBLICA

Considerando que não cabe ao Poder Judiciário a substituição do Poder Executivo quanto ao âmbito das políticas públicas, posto que deve ser respeitado o princípio da separação dos poderes, deve-se propiciar o contraditório e a ampla defesa dos entes federados, independentemente da técnica processual empregada. Por conseguinte, propõe-se a análise da conjugação dos dispositivos que garantem prerrogativas à Fazenda Pública com aqueles disciplinados pela tutela antecipada antecedente que objetivam agilizar o alcance ao direito material.

2.1.1 Legitimidade passiva dos entes e a competência comum

O STF, por meio do julgamento do RE nº 855.178-SE⁵⁴, tratou sobre a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, culminando com o Tema 793 da Repercussão Geral. Insta salientar a relevância do julgado, uma vez que buscou garantir uma unicidade das decisões judiciais quanto à composição do polo passivo referente ao dever de prestações de saúde.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178-SE**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 maio 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356> Acesso em: 05 nov. 2020.

Ademais, cabe ressaltar que também há relevância quanto ao tema ante a necessidade de assunção da penalidade pelos entes por ausência das prestações de saúde, inclusive quando se trata de descumprimento de determinações judiciais de fornecimento. À vista disso, os conflitos de competência demandam conhecimento acerca das normas de financiamento do Sistema Único de Saúde - SUS.

A adequada indicação dos entes que serão demandados, observando-se a solidariedade e as competências administrativas, trata-se de condição de procedibilidade, haja vista que, na hipótese de equívoco na condenação do ente quanto ao fornecimento do tratamento judicialmente concedido pode ocasionar rigorosas implicações ao SUS, gerando uma conseqüente desorganização do sistema. O acórdão no RE nº 855.178, proferido em 5 de março de 2015, expôs o tema da solidariedade dos entes federados deste modo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.⁵⁵

Opostos embargos de declaração pela União em face ao acórdão indicado, houve o julgamento em 22 maio de 2019, momento em que foi fixada a tese sobre a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde pública. Conforme definido pelo STF:

TEMA 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.⁵⁶

Destarte, reafirmada a solidariedade entre os entes públicos, restou, ainda, definido que o direcionamento do cumprimento das regras de repartição de competências e a condenação ao ressarcimento de quem suportou ônus

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178-SE**. op. cit.

⁵⁶ *Ibidem*.

financeiro cabe à autoridade judicial. Conforme constou no voto do Ministro Edson Fachin:

iii) Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento; [...] ⁵⁷

Nogueira⁵⁸ destaca, à luz da tese fixada, a necessidade de redução dos custos da judicialização originados pela solidariedade sem ônus ao paciente.

As penalidades e condenação em honorários, que encarecem sobremaneira o processo, devem ser aplicadas somente contra o devedor principal, aquele a quem o juiz direcionou o cumprimento da obrigação e se ficou inerte. Ele, e somente ele, deve ser o responsável pelo pagamento de multas, sequestros, bloqueios judiciais e honorários advocatícios, pois foi quem deu causa à demanda por se omitir ou não cumprir com suas competências administrativas ou com a ordem judicial. Assim, diminui-se os custos da judicialização, trazendo mais assertividade ao processo judicial, objetividade em relação às penalidades, e menos abuso nas cobranças de multas, dirigidas indistintamente contra todos os entes da Federação. Também se traduz em um incentivo maior ao cumprimento da ordem judicial, ao saber que o ente devedor principal é o único responsável pelo pagamento desses valores.⁵⁹

Isto posto, deve, obrigatoriamente, constar no polo passivo o ente que falha na missão de cumprir a política pública definida⁶⁰. Assim, destaca-se a importância de que o requerente, ao formular a pretensão, atente à indicação dos entes demandados, uma vez que, constatado equívoco, a posterior retificação, inclusive com possibilidade de deslocamento da competência para julgamento, poderá resultar em atraso no cumprimento das medidas.

2.1.2 Restrições às liminares contra a Fazenda Pública

O termo “Fazenda Pública”, no contexto do processo civil, contempla todas as pessoas jurídicas de direito público que figurem como partes em

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 855178-SE**, op. cit.

⁵⁸ NOGUEIRA, Marcia Coli. O tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 8-26, out./dez., 2019. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/558/617> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*.

demandas judiciais. Consequentemente, além dos estados, dos municípios e da União, também se enquadram no conceito as fundações públicas de direito público, as autarquias e as agências reguladoras. Neste contexto, compreende-se que, como forma de garantir e efetivar a defesa do interesse público, a legislação atribui à Fazenda Pública algumas prerrogativas processuais⁶¹.

Destaca-se, dessa maneira, a existência de previsão legal de vedações à concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública. O art. 1.059 do CPC, ratificou as proibições previstas na legislação esparsa, disciplinando restrições às tutelas provisórias, conforme transcreve-se:

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Nesse sentido, Cunha indica as hipóteses em que resta a inviabilidade do deferimento de urgência contra a Fazenda Pública:

- a) quando tiver por finalidade a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º). Nesse caso, além de vedada a antecipação da tutela, a sentença final somente poderá ser executada após o trânsito em julgado (Lei 12.016/2009, art. 14, § 3º), exatamente porque o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei 8.437/1992, art. 3º);
- b) quando objetivar a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º);
- c) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei 8.437/1992, art. 1º; Lei 12.016/2009, art. 7º, § 5º);
- d) quando impugnado, na primeira instância, ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 1º);
- e) quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 3º);
- f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei 8.437/1992, art. 1º, § 5º; Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º);
- g) para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (Lei 12.106/2009, art. 7º, § 2º);
- h) para saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (Lei 8.036/1990, art. 29-B).⁶²

⁶¹ GALEGO, Felipe; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, [s.d]. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11293/1/12%20-%20Cap.%202%20-%20A%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada%20e%20a%20Fazenda%20P%C3%ABlica.pdf> Acesso em: 05 nov. 2020.

⁶² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. p. 320.

O autor esclarece que a vedação ao deferimento de tutela de urgência é considerada inconstitucional por grande parte da doutrina, que entende que deveria ser respeitada a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Todavia, os processualistas que defendem a ausência de inconstitucionalidade concebem o dispositivo como uma previsão dos casos que retratam a hipótese em que não estariam presentes os requisitos para a concessão porque esta seria irreversível ou, ainda, porque inexistiria o *periculum in mora*.⁶³

Não há inconstitucionalidade na vedação. Nas hipóteses previstas em lei, não é possível, em princípio, haver a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. Pode, porém, o juiz, demonstrando fundamentadamente, que a hipótese reclama uma regra de exceção, afastar a norma e conceder a medida. O certo, e enfim, é que tais restrições reclamam exegese restritiva, somente sendo vedada a concessão da tutela de urgência nos casos expressamente indicados no dispositivo legal.⁶⁴

Caso o requerente logre concretamente demonstrar que há excepcional e grave risco de dano, a vedação legal deve ser afastada, para que seja concedida a medida, em respeito à efetividade e à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por outro lado, deverá ser rejeitado o pedido em que não for demonstrada a situação de excepcionalidade.⁶⁵

A previsão abstrata de proibição de tutela de urgência em face do poder público não obstaculiza o acesso à prestação jurisdicional adequada. Considerando que as medidas liminares podem ser concedidas nas hipóteses em que se verifique uma situação excepcional de extremo perigo, entende-se ser cabível a formulação de pedidos de tutela antecipada antecedente em face dos entes federados, uma vez que a situação de urgência descrita também se trata de requisito para utilização do procedimento antecipatório.

2.1.3 Consequências de eventual inércia ante a concessão da liminar

⁶³ CUNHA, op. cit., p. 320.

⁶⁴ Ibidem, p. 325.

⁶⁵ Ibidem, p. 324.

Concedida a tutela provisória satisfativa requerida em caráter antecedente, além da intimação do autor para que promova o aditamento da petição inicial (art. 303, § 1º, I, CPC), também será determinada a citação e a intimação do réu para que cumpra a medida concedida.⁶⁶ O prazo para resposta do réu deverá ser iniciado após a ciência inequívoca do aditamento da petição inicial diligenciada pelo autor. Portanto, ainda que o réu seja, de imediato, citado, o termo inicial do prazo para resposta será aquele referente à intimação quanto ao aditamento da petição inicial. Caso o réu responda à pretensão do autor ou apresente recurso contra a decisão que deferiu a antecipação de tutela, o processo seguirá o procedimento comum, com posterior saneamento, instrução e decisão.⁶⁷

Contudo, caso o réu permaneça inerte, o procedimento seguirá rumo diverso, uma vez que surge a possibilidade de estabilização da decisão da tutela antecipada antecedente e a extinção do feito. Conforme destacam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, constata-se certa vantagem para o réu que permanece silente na hipótese da estabilização da tutela antecipada.⁶⁸

Lecionam os autores:

Sendo assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará a vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304. O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentende-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304.⁶⁹

A ausência de oposição à decisão implicará dispensa das custas processuais em razão da aplicação por analogia do disposto no § 1º do art. 701 do CPC. Ademais, serão devidos apenas 5% (cinco por cento)

⁶⁶ Cf. recente decisão do STJ. In: NAS TUTELAS antecipadas antecedentes, prazo para emenda à petição começa com intimação específica. **Superior Tribunal de Justiça**, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04112020-Nas-tutelas-antecipadas-antecedentes-prazo-para-emenda-a-peticao-comeca-com-intimacao-especifica.aspx> Acesso em: 11 nov. 2020.

⁶⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 684.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA. In: DIDIER JR.; COELHO; CAMARGO, op. cit., p. 151.

de honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 701, *caput*, CPC, aplicado também por analogia.⁷⁰

A ausência de oposição à decisão implicará dispensa das custas processuais em razão da aplicação por analogia do disposto no § 1º do artigo 701 do CPC. Ademais, conforme proposta de aplicação analógica do artigo 701, *caput*, do CPC, seriam devidos apenas 5% (cinco por cento) de honorários advocatícios sucumbenciais.⁷¹

Como exemplo de benefício de que poderia valer-se a Fazenda Pública, é possível pensar em uma pretensão formulada para fornecimento de internação hospitalar em caráter de urgência. Caso cumprida a medida em razão de decisão judicial proferida em procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, caberia à advocacia pública avaliar se os recursos empenhados no prosseguimento do processo trariam maior êxito do que a resignação quanto ao julgado.

O art. 304, *caput* e § 1º, do CPC disciplina que, caso a decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente não seja impugnada pelo réu com a interposição do recurso cabível, o processo será extinto e a decisão será estabilizada, conservando seus efeitos. Contudo, em que pese o dispositivo classifique a ausência de apresentação de recurso, a inércia exigida para a estabilização pressupõe demais condições. O réu não pode ter utilizado nenhum outro meio de impugnação da decisão, como suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, por exemplo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que, embora exista doutrina em sentido oposto⁷², não parece adequado supor que a ausência de qualquer defesa trata-se de um pressuposto para configurar a inércia do réu, visto que não é necessária a condição de revelia para que incida a norma do art. 304 do CPC. Os autores salientam que, como o prazo de defesa demora um pouco para ter início, pode ser configurada a inércia do réu apta a ensejar a estabilização da tutela antecipada, uma vez que o referido artigo não exige tamanha espera.

⁷⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 684.

⁷¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 684.

⁷² GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015. In: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 690.

Portanto, caso o réu não apresente recurso mas, dentro do prazo para a interposição, antecipe o protocolo de sua defesa, a inércia é afastada, impedindo a estabilização da decisão, haja vista que, contestada a tutela antecipada e a tutela definitiva, será necessário dar seguimento ao processo, cabendo ao juiz aprofundar a cognição para decidir se mantém a decisão antecipatória. Ainda, sobre a inércia, orientam os autores:

Quando o réu inerte é a Fazenda Pública, a discussão pode ser acirrada. A estabilização é, como já dissemos, uma generalização da técnica monitória no processo civil brasileiro e muito já se discutia a possibilidade de uso dessa técnica em face da Fazenda Pública desde o regime do CPC-1973, embora agora haja regra expressa permitindo (art. 700, §6º, CPC).⁷³

Não obstante, há, ainda, a hipótese de inércia parcial que ocorre quando a decisão antecipatória é concedida em mais de um capítulo. Caso o requerido impugne apenas um dos capítulos decisórios, os demais capítulos, que não forem impugnados, serão alcançados pela estabilização.⁷⁴

A estabilização da tutela afasta o perigo da demora com a tutela de urgência, oferecendo resultados efetivos ante o silêncio do demandado. Todavia, não há se falar em estabilização caso a tutela antecipada concedida antecedentemente seja questionada por assistente simples do réu ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa possam ser aproveitados pelo réu inerte.⁷⁵ Os demais pressupostos da estabilização serão posteriormente abordados neste trabalho.

2.1.4 Discussão sobre os métodos de insurgência

Conforme mencionado, permanecem controvérsias quanto aos meios de defesa passíveis de obstar a estabilização disciplinada pelo art. 304 do CPC, visto que, em seu *caput*, consta a expressão “recurso” para indicar o método que deve ser empregado para impugnar a tutela satisfativa antecedente. O objetivo da insurgência contra a liminar é evitar extinção do processo e a estabilização

⁷³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 151.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 686.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 686.

da decisão. Desse modo, caso interprete-se literalmente o dispositivo, a estabilização apenas seria impedida pela interposição de agravo de instrumento.

É possível verificar a defesa desta interpretação literal por parte da doutrina⁷⁶. Dentre estes autores, transcreve-se o entendimento de Cunha quanto aos meios de impugnação contra a decisão que concede tutela provisória contra a fazenda pública, destacando-se a possibilidade de reclamação:

Afora o agravo de instrumento, é igualmente possível o ajuizamento do pedido de suspensão para o presidente do respectivo tribunal. O ajuizamento simultâneo do agravo de instrumento e do pedido de suspensão não se encontra vedado, sendo, bem ao revés, permitido no sistema, tal como se demonstra no item 15.5 infra. A par do agravo de instrumento e do pedido de suspensão, a Fazenda Pública pode, ainda, intentar uma reclamação, se a tutela provisória for concedida contrariamente ao enunciado de súmula vinculante ou de precedente obrigatório (CPC, art. 988, IV), ou a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (CPC, art. 988, III). [...] Da decisão que defere a antecipação de tutela antecipada cabe, pois, um agravo de instrumento pela Fazenda Pública, a quem se confere também a possibilidade de ajuizar um pedido de suspensão para o presidente do respectivo tribunal. Além de tais medidas, caso a tutela provisória seja concedida em inobservância de decisão do STF, de entendimento consolidado em enunciado de súmula vinculante ou em precedente obrigatório, cabe reclamação (CPC, art. 988, III e IV), a exemplo do que já ocorria quando se concedia, no regime do Código anterior, tutela antecipada ao arrepio das vedações inscritas no art. 1º da Lei 9.494/1997, com manifesta ofensa à autoridade da decisão proferida na ADC 4.⁷⁷

Contudo, a parcela majoritária doutrinária percebe qualquer forma de oposição do réu como idônea para impedir a estabilização e a extinção do processo.⁷⁸

Sobre esse aspecto, o STJ, no julgamento do REsp 1760966/SP, julgado pela 3ª Turma em dezembro de 2018, interpretou o art. 304 do CPC no sentido de que, se o réu apresentar tempestivamente a contestação, a interpretação

⁷⁶ Andrade e Nunes entendem que há necessidade de interpretação literal do dispositivo: ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC: doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo); CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 162-163.

⁷⁷ CUNHA, op. cit., p. 342.

⁷⁸ Defendem a interpretação ampliada do dispositivo: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 621; MITIDIERO, 2019, op. cit., p.24-29; REDONDO, Bruno. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, v. 244. 2015, p. 167-192; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 227; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., p. 225; FREIRE; BARROS; PEIXOTO, op. cit., p. 376-377.

extensiva sugere que a tutela antecipada não deve ser estabilizada, ainda que não haja interposição de recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC).⁷⁹

Nesse sentido, o posicionamento adotado pelo STJ, inclusive, tem uma interpretação bastante ampliativa, no sentido de que qualquer mecanismo de impugnação do pedido de tutela antecipada impediria a sua estabilização. Esclarece Peixoto sobre o julgado:⁸⁰

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze afirmou que, embora o caput do art. 304 afirme que “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, o dispositivo legal deve ter por base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto. Portanto, a correta interpretação seria a de que o texto normativo teria dito menos do que pretendia dizer, sendo admissível que não haja estabilização sempre que “houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária”. Isso porque não seria razoável compreender que, mesmo tendo o réu oferecido contestação ou outro tipo de manifestação requerendo o prosseguimento do feito, caso não interposto o recurso da decisão que concedeu a tutela, haveria a estabilização. Além disso, haveria o estímulo à utilização do agravo de instrumento, sobrecarregando de forma desnecessária os tribunais, quando bastaria um mecanismo mais simples requerendo o prosseguimento do feito. Haveria, ainda, um estímulo adicional à utilização da ação autônoma do art. 304, § 2º, do CPC.

Destaca-se que, embora a impugnação por agravo de instrumento evidentemente possua condão de promover o prosseguimento do processo, remanescem algumas controvérsias quanto aos efeitos variáveis do recurso. Nesse contexto, cabe o questionamento quanto à aptidão dos recursos com vícios de admissibilidade para impedir a estabilização da decisão. Conforme Peixoto, ainda:⁸¹

Naturalmente, isso irá gerar algumas discrepâncias, como o caso de recursos completamente descabidos, interpostos tão somente com o objetivo de impedir a estabilização, mas sem a menor chance de sucesso, porém essa foi a escolha do legislador. Mesmo na eventual hipótese de o recurso ser inadmitido pela inobservância da juntada aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso (art. 1.018), deve ser impedida a estabilização. A legislação exige tão apenas a interposição do recurso, não sendo necessário que os requisitos de admissibilidade sejam preenchidos.

⁷⁹ PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial, uma análise do Recurso Especial 1.760.966. **Revista de Processo**, v. 292, p. 357-374, jun. 2019.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

Peixoto esclarece que apenas o vício da intempestividade do agravo de instrumento permite a estabilização, uma vez que, no momento da interposição do recurso, já teria sido preenchido o suporte fático da estabilização. Conforme o autor, ainda, quanto à eventual aptidão para impedir a estabilização, não seria possível mediante embargos de declaração, porquanto essa espécie recursal não objetiva reformar a decisão. Contudo, embora não impeçam, por si, a estabilização da decisão, os embargos declaratórios mantêm o processo ativo até que sejam decididos. Desse modo, após intimadas as partes, recomeçará o prazo do agravo de instrumento e, apenas após o transcurso deste prazo, ocorrerá a estabilização.

Destarte, conclui o autor:

A estabilização tem aptidão para gerar diversos danos à sua esfera jurídica, forçando-o a, querendo aprofundar a análise da matéria, a propor uma nova ação. Para tanto, esse remédio jurídico processual deve obedecer aos seguintes requisitos: a) aptidão para prolongar a litispendência; b) levar à reforma ou à invalidação da decisão; e c) utilização no prazo do agravo de instrumento. Seguindo essa lógica, dentre os mencionados, a contestação impediria a estabilização. A reclamação, embora não impeça a estabilização, tem aptidão para deconstituir a decisão estabilizada. Por outro lado, os embargos de declaração, a suspensão de segurança e o pedido de reconsideração não teriam capacidade de obstar a estabilização, salvo nas situações excepcionais mencionadas anteriormente.⁸²

Nesse sentido, Scarparo critica a escolha do legislador ao prefixar o ônus atribuído ao autor – que deverá promover o prosseguimento do feito – ante a qualquer tipo de irresignação do réu:

A esse respeito, também convém referir que a nova legislação, pagando pedágio à antiga genealogia liberal que herda, estabelece que a simples interposição de recurso (melhor seria de impugnação), independentemente dos motivos, do cabimento do recurso ou da relevância da exposição trazida pelo recorrente, dá azo à exigência de que o requerente apresente o pedido principal, no prazo fixado no art. 303, §1º, I. Ou seja, mesmo que o recurso (ou a impugnação) esteja pautado em argumentos estapafúrdios, sem qualquer amparo lógico ou legal, elegeu o legislador que o ônus de promover a continuidade da ação, para fins de manter os efeitos da antecipação de tutela satisfativa concedida, recaia àquele a quem foi atestada a maior probabilidade do direito.⁸³

⁸² PEIXOTO, op. cit.

⁸³ SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil de 2015. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. **Tutela Provisória**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

O autor explica que essa escolha legislativa está vinculada às ideologias do conservadorismo e do ideário de limitar a intervenção apenas pautada em certeza. Desse modo, opta-se por privilegiar a situação anterior à concessão da tutela, embora este retorno represente a manutenção de um estágio pautado em menor probabilidade do direito.⁸⁴

Ante o exposto, depreende-se que, tanto a Fazenda Pública quanto qualquer parte que ocupe o polo passivo pode, com facilidade, afastar a estabilização de decisão que conceda a tutela antecipada antecedente, manifestando sua insurgência mediante adequada impugnação.

Com a reforma do CPC, passou-se a entender que, quando não houvesse impugnação, a medida concedida em caráter de urgência perderia a sua eficácia. Consoante a isso, o legislador tratou de alterar a redação final do art. 304 do CPC, incluindo a previsão de que a estabilização da antecipação estaria condicionada à ausência de interposição de recurso.⁸⁵

Tratou o legislador, desta feita, de limitar os instrumentos a serem abarcados pelo réu com a intenção para frear a estabilidade da tutela, utilizando-se da estabilização como um instrumento para a resolução prática dos litígios sem a necessidade da cognição exauriente. Obstar a estabilização da decisão limitar, portanto, pressupõe a interposição do respectivo recurso.⁸⁶

No entendimento de Marinoni, a apresentação de petição perante o juiz oferecimento a impugnação de tutela antecipada, deixando de interpor o agravo, justifica a não estabilização da tutela, demonstrando reação ou não conformismo.⁸⁷ O entendimento de Neves⁸⁸ também é no sentido de que toda e qualquer forma de manifestação que demonstre inconformismo do réu, mesmo que não seja para necessariamente impugnar a decisão liminar, basta para afastar a estabilização do art. 304 do CPC.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ SANTOS, Amanda Karine Santana dos. Contestação como meio apto a elidir a estabilização da tutela antecipada antecedente. **Âmbito Jurídico**, 01 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/contestacao-como-meio-aptos-a-elidir-a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente/> Acesso em: 08 nov. 2020.

⁸⁶ ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 121-122.

⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 524.

Louzada⁸⁹ destaca o objetivo desse procedimento, qual seja, o de estabilizar uma decisão a que não tenha sido oferecida impugnação da parte contrária, vislumbrando a inércia do réu, a sua não manifestação no processo de tutela deferido, gerando, como consequência, a possibilidade da decisão limitar continuar a produzir seus efeitos. A completa inação da parte requerida frente ao deferimento da tutela concedida em caráter antecedente é dada, portanto, pela ausência de interposição de recurso, não importando qual tenha sido o meio de provocação – contestação, petição ou pedido de reconsideração.

De outra forma, em recente decisão de recurso especial, o STJ posicionou-se ao entender como necessária a interposição de recurso de agravo de instrumento da decisão que a concede para que a tutela antecipada não atinja a estabilização. Sob esta perspectiva, restaria insuficiente qualquer outra forma de manifestação que objetive evitar a estabilização da decisão.⁹⁰

Cabe mencionar acerca dos prazos que permeiam o direito da parte contrária de recorrer da decisão que concede a tutela antecedente, tal qual exposto no art. 304 do CPC sob pena de estabilização e extinção do processo. O art. 303 do CPC trata do aditamento da inicial sob pena de restar o processo extinto sem solução de mérito, promovendo a extinção, também, dos efeitos da tutela antecedente, promovendo uma inviabilização da estabilização da tutela antecedente.⁹¹

2.1.5 Estabilização ante à Fazenda Pública

Esclarecida a possibilidade de antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, cabe discutir quanto à necessidade de demais adaptações após concedida a tutela antecipada em caráter antecedente. Nesse sentido, a previsão de estabilização da decisão antecipatória constitui um dos pontos que

⁸⁹ LOUZADA, Thomas Fernandes Braga. A estabilização dos efeitos da decisão concessiva de tutela de urgência antecipada antecedente: um instituto processual ainda pouco compreendido (e utilizado) **Âmbito Jurídico**, 01 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-estabilizacao-dos-efeitos-da-decisao-concessiva-de-tutela-de-urgencia-antecipada-antecedente-um-instituto-processual-ainda-pouco-compreendido-e-utilizado/> Acesso em: 08 nov. 2020.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp n.º 1.797.365/RS**. op. cit.

⁹¹ COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; CURVELO, Yasmin Araújo. A estabilização da tutela antecipatória, suas controvérsias e a possibilidade de modificação da decisão antecipatória após o transcurso in albis do prazo de dois anos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, p. 627-656, set./dez., 2018. p. 638.

permanecem gerando controvérsias desde a promulgação do atual CPC. Destaca-se, portanto, a importância de abordar a aplicação deste instituto face aos entes públicos.

Como ponto de partida, destaca-se a sintetização didaticamente elaborada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira quanto aos pressupostos para a estabilização da decisão:

(i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização; (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada; (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente; (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.⁹²

Nessa perspectiva, presentes os pressupostos processuais, torna-se possível analisar algumas questões que surgem ante a hipótese de estabilização da decisão contra o poder público.

Constata-se, como argumento doutrinário de que seria inviável a estabilização das decisões à Fazenda Pública, a alegação de impossibilidade de atribuição do efeito material da revelia quando são indisponíveis os interesses em causa (CPC, art. 345, II). Entretanto, a finalidade da norma é impedir a disposição arbitrária do patrimônio público, de modo que não há vedação quanto à possibilidade de serem reconhecidos direitos pelo Poder Público na esfera judicial, quando se constata o preenchimento dos requisitos, visto que inerente ao poder-dever de autotutela do Estado.⁹³

De outra forma, Cunha leciona que há possibilidade de estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública:

Nos casos em que se permite a tutela de urgência contra o Poder Público, é possível haver a tutela satisfativa antecedente, com a consequente estabilização⁵⁹. Não se permite estabilização para antecipar condenação judicial e permitir a imediata expedição de

⁹² DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA. In: DIDIER JR.; COELHO; CAMARGO, op. cit., p. 152.

⁹³ TEIXEIRA, Sergio Torres; ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coelho de. Estabilização da tutela antecipada antecedente em face da fazenda pública: a inspiração do référé francês e a (im)possibilidade da adoção de um microsistema de tutela monitoria no CPC/2015 como parâmetro interpretativo. **Revista de Processo**, v. 294, p. 197-223, ago. 2019.

precatório ou de requisição de pequeno valor. Isso porque a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor exige prévia coisa julgada. [...] Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada.⁹⁴

O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de decidir pelo cabimento da estabilização da tutela em face do Fazenda Pública, conforme a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do art. 304 do CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitória para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu ('secundum eventus defensionis'). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. Prazo para cumprimento e multa fixada. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prazo majorado para 30 dias e multa diária reduzida para R\$ 200,00, limitada a R\$ 60.000,00. Recurso Parcialmente Provido.⁹⁵

É possível que, por figurarem entes públicos no processo, questione-se a exigência de reexame necessário da decisão antecipatória estabilizada. Contudo, conforme disciplina o art. 496, I, do CPC:

[...] está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

⁹⁴ CUNHA, op.cit., p. 335

⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Sumaré. 1ª Vara Cível. **AI n.º 2129259-58.2016.8.26.0000**. Relator José Maria Câmara Junior. Julgado em: 28 set. 2016.

Portanto, mesmo que estabilizada pela parte contrária, não cabe reexame necessário da decisão que concede a tutela provisória contra o Poder Público, visto que esta não possui natureza de sentença.

2.2 O AJUIZAMENTO DO PEDIDO: PARTICULARIDADES DO PROCEDIMENTO

A fim de assegurar a eficiência da prestação jurisdicional, a tutela de urgência deve ser concedida tomando-se por base uma análise sumária, em termos de probabilidade e de incertezas. Em fato, isso se deve ao crescente cenário de esgotamento dos instrumentos processuais e das instâncias jurisdicionais do poder judiciário, consequência da cultura e da tradição de emprego de recursos.

Tem-se, nesse cenário, um conflito de princípios, dada a incompatibilidade entre o princípio da segurança jurídica, que envolve, dentre outros, a garantia do contraditório e ampla defesa, e o princípio da efetividade, que garante a rápida prestação jurisdicional para que a utilidade do processo reste garantida.⁹⁶

Bubolz admite não haver hierarquia entre esses princípios, além deles representarem valores sociais, não podendo um se sobrepor ao outro, razão porque eles devem ser solucionados por meio do critério de ponderação e, em caso de conflito, deve-se fazer com que um prevaleça sobre o outro sem que, para isso, haja a anulação ou afastamento de um em detrimento do outro. Por essa razão, possibilitou-se a antecipação da entrega do bem jurídico pleiteado por meio da tutela de urgência após a reunião e demonstração dos requisitos legais, respeitando o princípio da efetividade.⁹⁷

Dessa feita, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida como meio antecedente, qual seja, um pedido antecipatório, nada mais é do que um seguimento da efetividade processual ofertada pelo CPC,

⁹⁶ BUBOLZ, Gimena de Lucia. Estabilização da tutela antecipada antecedente. **Direitonet**, 05 jul. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10783/Estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente> Acesso em 08 nov. 2020.

⁹⁷ BUBOLZ, op. cit., n.p.

sendo um pedido antecipatório construído antes que a ação principal seja proposta quando houver risco de dano ou perigo no resultado pleiteado no processo.⁹⁸

Costa e Curvelo⁹⁹ também salientam o aumento da produção de intensos debates e produção diversificada de teses no âmbito jurídico acerca das particularidades e peculiaridades das eficácias antecipadas, principalmente no campo doutrinário. Tratam as autoras de também salientar que essas discussões geraram uma análise hermenêutica do art. 304 do CPC em que foi possível perceber a incongruência surgida com a nova redação do artigo.

O §6º, em uma primeira leitura, deixa clara a não ocorrência de coisa julgada, eis que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada (...)”, mas, em sequência, apresenta que “(...) a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo”. Entende-se, assim, que não restam formas de se afastar a estabilidade e os efeitos seriam imutáveis após o prazo de revisão, reforma ou invalidação.¹⁰⁰

A intenção do legislador tem a ver com a intenção de não oferecer possibilidade de imutabilidade à coisa julgada, o que contradiz com a redação da lei, já que, ao oferecer o prazo de 2 (dois) anos, permite que os efeitos da estabilização sejam afastados, tornando-os mais rígidos do que a própria coisa julgada.

2.2.1 Competência para processamento e julgamento

O ajuizamento do pedido de tutela antecipada antecedente, conforme já esclarecido, deverá indicar o valor da causa fundamentado no pedido principal, uma vez que esta informação também será apreciada na avaliação da competência para processamento e julgamento da causa. Ocorre que, na hipótese da tutela postulada ser orçada em valor inferior a 60 salários mínimos, deveria ser reconhecida a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda, caso instalado na Comarca.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ COSTA; CURVELO, op. cit., p. 632.

¹⁰⁰ Ibidem.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. SAÚDE. PEDIDO COM VALOR INDETERMINADO. VALOR DE ALÇADA. CORREÇÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. 1. Busca o autor a realização de consulta com médico especialista em otorrinolaringologista e todo o tratamento médico, com o transporte, consulta, e internação hospitalar, caso necessários, atribuindo à causa o valor de R\$ 60.000,00, sem qualquer fundamento (orçamento) para tanto. Todavia, diante da inexatidão do valor a ser despendido para tratamento do autor, deve ser atribuído à causa o valor de alçada. 2. O art. 2º da Lei n. 12.153/2009 dispõe que é de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, advertindo que, no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, sua competência é absoluta. Por sua vez, a Resolução n. 925/2012 autorizou a instalação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em todas as comarcas do Estado. In casu, a ação foi ajuizada no dia 03/08/2017, que é data posterior à instalação do Juizado Especial da Fazenda Pública na Comarca de Santo Antônio da Patrulha, cuja autorização foi concedida em 28/11/2012, de acordo com a Resolução n. 925/2012-COMAG. Considerando, ainda, que o valor da causa não alcança sessenta salários mínimos, porque ora corrigidos, e a ação restou ajuizada após 23/06/2015, deve ser reconhecida a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para a apreciação da causa. Inteligência da Lei n. 12.153/2009, da Resolução n. 1.083/2015 do COMAG e do Ofício-Circular n. 062/2015 da CGJ. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.¹⁰¹

Por outro lado, o Enunciado n.º 163 do FONAJE disciplina: “Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos artigos 303 a 310 do CPC, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais”. Contudo, caso formuladas incidentalmente, o Enunciado nº 418 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) orienta que “as tutelas provisórias de urgência e de evidência são admissíveis no sistema dos Juizados Especiais”.

É possível notar que a jurisprudência vem utilizando o Enunciado n.º 163 do FONAJE como fundamento para reconhecer a incompatibilidade do Sistema dos Juizados Especiais para processar e julgar os pedidos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente. O argumento, nesses casos, vem assentado na Lei 9.099/95, que apresenta procedimento próprio, guiado pelos princípios oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Com

¹⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Civil. **AI n.º 70080399389**. Relator Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 29 maio 2019.

isso, os procedimentos de urgência, na visão dos julgadores, não se compatibilizam com o Sistema dos Juizados Especiais.

Nesse sentido, colaciona-se julgado do TJMG:

PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. INTERNAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. RITO PROCEDIMENTAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 303, §1º, II, DO CPC. INOBSERVÂNCIA. CITAÇÃO E INTIMAÇÃO. NULIDADE VERIFICADA. PROCESSO ANULADO. O procedimento de tutela de urgência requerido em caráter antecedente se mostra incompatível com o Sistema dos Juizados Especiais, incluindo o Juizado Especial da Fazenda Pública. Para que o instituto da tutela de urgência antecipada antecedente regularmente se aplique, é necessária a observância dos dispositivos legais que descrevem o seu rito processual. O art. 303, §1º, II, do CPC, aponta para a necessidade de intimação e citação do réu para que, ciente da concessão da tutela, eventualmente se insurja contra ela e compareça à audiência de conciliação, não sendo suficiente o encaminhamento de correio eletrônico aos Procuradores do Estado.¹⁰²

Colaciona-se, ainda, julgado em que o juízo recursal, de ofício, declinou da competência para julgamento, determinando a remessa dos autos para o Juízo Comum da Fazenda Pública, embora julgada improcedente a ação com pedido de tutela antecipada antecedente no juízo de origem. Destacou-se que a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício, nos termos do o art. 64, §1º, do CPC, restando declarada a nulidade de todos os atos processuais praticados. *In verbis*:

RECURSO INOMINADO. TERCEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. REAJUSTE IPÊ-SAÚDE. LEI 15.145/2018. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. INCOMPATIBILIDADE COM O RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FAZENDÁRIOS. INCOMPETÊNCIA. Nos termos do Enunciado nº 163 do FONAJE, os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente (arts. 303 a 310 do CPC), são incompatíveis com o rito célere dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Logo, deve ser reconhecida, de ofício, a incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública, com a conseqüente redistribuição dos autos originários ao juízo comum da Fazenda Pública competente. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA RECONHECIDA. COMPETÊNCIA DECLINADA. RECURSO INOMINADO PREJUDICADO. UNÂNIME.¹⁰³

¹⁰² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1ª Câmara Civil. **AC n.º 1.0372.16.006247-0/001**. Relator Des. Alberto Vilas Boas. Julgado em: 11 fev. 2020.

¹⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3ª Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais. **Recurso Cível n.º 71008775652**. Relator Alan Tadeu Soares Delabary Junior. Julgado em: 21 nov. 2019.

Contudo, em sentido oposto, a Terceira Câmara Cível do TJRS declarou, em conflito negativo de competência, que competente o Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Canoas. Ocorre que este declinara da competência para o julgamento do feito, sob a alegação de incompatibilidade do pedido de tutela de urgência, em caráter antecedente, com o rito dos juizados especiais. A decisão recursal destacou a ausência de caráter vinculante do enunciado nº 163 do FONAJE:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 2º, CAPUT E § 4º, DA LEI Nº 12.153/2009. RESOLUÇÃO Nº 901/2012-COMAG. I - Compete ao Juizado Especial da Fazenda Pública o julgamento das ações de interesse do Estado do Rio Grande do Sul e do Município, até o valor de 60 salários mínimos. II – Na hipótese da tutela de urgência requerida em caráter antecedente, nos termos do art. 305 e seguintes do Código de Processo Civil, e, inexistente discussão acerca do valor atribuído à causa, bem como a incidência das excepcionalidades previstas no §1º do art. 2º da Lei nº 12.153/09, evidenciada a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. III – Neste sentido, a competência do JEFPE da Comarca de Canoas para o julgamento do feito, em especial diante do ajuizamento depois da instalação. Conflito negativo de competência julgado procedente.¹⁰⁴

Diante disso, resta claro que as tutelas de urgências no âmbito dos Juizados Especiais se apresentam como instrumento necessário para a garantia de direitos, como ficou consignado no Enunciado nº 418 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), com exceção, entretanto, das tutelas de urgência com caráter antecedente, as quais, por dependerem de emenda à petição inicial, acabam por ferir os princípios norteadores da Lei 9.099/95.

2.2.2 Necessidade de intervenção do Ministério Público

Nos casos de ação civil pública envolvendo o cabimento de liminar e o pedido de tutela antecipada, a necessidade de intervenção do MP deve atentar-

¹⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara Cível **Conflito de Competência n.º 70078777729**. Relator Eduardo Delgado. Julgado em: 17 set. 2018.

se ao pleito da concessão desses instrumentos e também ao arbitramento de valores para a hipótese de descumprimento das obrigações.

A obrigatoriedade de intervenção do MP está elencada em todos os atos processuais dispostos no art. 127 da CF¹⁰⁵, do art. 178 do CPC¹⁰⁶ e do art. 25, V, da Lei 8.625 de 1993¹⁰⁷. No caso da decisão judicial que aprecia a tutela de urgência, passível de sofrer a estabilização, qualquer das partes deverá interpor recursos a fim de evitar esse fenômeno. É nesse sentido que a manifestação do MP nos casos de pedido de tutela antecipatória adquire importância, haja vista que sua inércia pode ocasionar uma necessidade posterior de ajuizamento de ação, especialmente nos casos em que a decisão reste desfavorável para alguma das partes. Em casos de ocorrência de estabilização, cabe ao MP a manifestação de parecer.

Cumprido destacar caso julgado de RE ao STF trazendo discussão acerca da legitimidade do MP para ações com vistas à obtenção de medicamentos, admitindo, nas últimas decisões, o transcrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁸

A partir da repercussão desse caso, as solicitações ao MP para obtenção de serviços em saúde aumentaram nos últimos anos, bem como a urgência para obtenção de exames, medicamentos, cirurgias e leitos no SUS, tornando uma constante na rotina da Promotoria de Saúde Pública ações de antecipação, restando, por vezes, na demora da concessão de serviços e assistências dispensadas de forma precária.

¹⁰⁵ Cf. art. 127. In: BRASIL, 1988.

¹⁰⁶ Cf. art. 178. In: BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. op. cit.

¹⁰⁷ Cf. art. 25, V. In: BRASIL. **Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm Acesso em: 11 nov. 2020.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **RE n.º 554088 AgRg**. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 03 jun. 2008.

O Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça expediu, em março de 2012, por meio da Comissão Permanente de Defesa da Saúde e Grupo Nacional de Direitos Humanos, o Enunciado n.º 1, saliente que “O Ministério Público deve priorizar sua atuação coletiva nas questões de saúde pública, sem prejuízo de sua atribuição para as demandas individuais, com fundamento no art. 127, caput, da CF de 1988”, invocando ao MP o dever de intervir em defesa da integralidade do SUS.¹⁰⁹

Cumprir destacar:

Além das substanciais chances de sucesso do pleito singular, as ações civis públicas formais possuem um grau muito maior de escrutínio judicial e são menos bem sucedidas do que ações individuais, em grande parte por causa das reticências do Judiciário em acolher propostas que comumente não passam de, razoavelmente, detalhadas políticas públicas da parte do MP.¹¹⁰

Afirma-se, dessa feita, ser incabível que o MP pode se abster de adotar as providências que entenda serem necessárias para que os necessitados sejam atendidos, compelindo o SUS a fornecer os serviços de saúde devidos e os elementos materiais de que os pacientes precisam, não podendo se afastar da missão que a CF o concede no *caput* no art. 127. Deve, portanto, zelar pelos interesses individuais indisponíveis como o direito à vida e à saúde.

2.3 A DECISÃO JUDICIAL QUANTO À TUTELA DO DIREITO À SAÚDE REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

As decisões proferidas em processos em que formulado o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente relacionada ao direito à saúde apresentam peculiaridades que as distinguem das demais decisões liminares. Destaca-se a sua importância ante ao objeto deste estudo, visto que, com seu proferimento, o direito material demandado será concedido ou indeferido.

¹⁰⁹ ENUNCIADOS aprovados pela Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPJ). Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/37/copeds_2012_11_coletanea.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

¹¹⁰ HOFFMANN, Florian F. et al. **A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 391

Carlini¹¹¹ analisou os argumentos que reiteradamente fundamentam as decisões judiciais sobre saúde no Brasil. Conforme a autora, o substrato jurídico fornecido aos julgados constitui a mensagem que a sociedade e os gestores de saúde recebem, sinalizando os procedimentos a serem adotados em casos semelhantes. Verifica-se, com frequência, a divulgação midiática de decisões judiciais que, de modo geral, sinalizam aos cidadãos o que se demonstra judicialmente atingível. Desse modo, casos de grande repercussão acabam impulsionando o ajuizamento de pedidos de medicamentos e de tratamentos para a saúde. Com a análise dos dispositivos legais utilizados nas decisões, a autora destaca que:

A leitura dos julgados permitiu detectar que os argumentos utilizados são, quase sempre, a conjugação do artigo 6º com o artigo 196 da Constituição Federal, para concluir que o cidadão tem direito de ter acesso integral à saúde. Também é recorrente o fato de que os argumentos apresentados pelo médico assistente do requerente são considerados verdadeiros, substrato de fato considerado suficiente para a decisão judicial, em especial quando há alegação de urgência ou de emergência.

Conforme explica a autora, o pedido individual de acesso à saúde deve ser decidido assim que recebido pelo judiciário, visto que a ele caberia apenas a apreciação dos argumentos e do conjunto probatório apresentado. Nesse sentido¹¹²:

Não cabe mais o debate em torno da pertinência ou da possibilidade orçamentária, porque, salvo quando se tratar de comprovada fraude no pedido, o requerente está lá amparado por um documento médico que prova sua necessidade e, não raro, a urgência na concretização do pedido. Nessa situação, o Poder Judiciário é um lócus limitado porque a ele não compete o debate, mas a avaliação das provas apresentadas pelas partes e a decisão.

Mitidiero explica que a previsão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente viabilizou a introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro (artigo 302, CPC), nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação.¹¹³

Consagrada previamente em ordenamentos de outros países, como no référé da França e da Bélgica, a estabilização da tutela antecipada segue em

¹¹¹ CARLINI, op. cit., p. 153.

¹¹² Ibidem, p. 154.

¹¹³ MITIDIERO, 2015, op. cit.

caminho evolutivo no Brasil há um considerável tempo. Grinover¹¹⁴ explana sobre a proposta legislativa de reforma do art. 273 e, eventualmente, do art. 1.102-C do CPC, levada ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, visando à regulamentação da estabilização da tutela antecipada.

Transcreve-se a justificativa apresentada¹¹⁵:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas - mas não destituídas de embasamento teórico - é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito.

A proposta objetivou dispor sobre a hipótese em que as partes apresentam atitude omissiva após proferida a decisão antecipatória, de modo que seria pressuposta a conformidade destas com a decisão. Dessa maneira, ter-se-ia por pacificado o conflito entre as partes, restando a decisão exarada coberta pela coisa julgada. A autora acrescenta que, embora diversos os pressupostos dos provimentos monitórios e antecipatórios, sua eficácia deve ser análoga, uma vez que a tutela diferenciada também era estabilizada pelo mandado monitorio não impugnado. Caberia, portanto, ao demandante e ao demandado a instauração ou o prosseguimento da demanda (dependendo do momento em que a antecipação da tutela era concedida), restando a desnecessidade da sentença de mérito evidenciada por eventual conduta omissiva¹¹⁶.

A autora pretendia discutir a proposta com a posterior elaboração do anteprojeto final, reforçando sua importância:

Agora é hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias.¹¹⁷

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, mar. 2005. p. 18.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹¹⁷ GRINOVER, p. 18.

De outro modo, insta salientar que a análise da jurisprudência atual permitiu constatar os constantes equívocos nas decisões relativas aos pedidos de tutela antecipada antecedente. Colaciona-se, nesse sentido, dois julgados em que constatado erro no recebimento do pleito, o agravante limita-se a debater os institutos processuais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA AVALIAÇÃO E TRATAMENTO. PLEITO DE RECEBIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA FORMULADA PELA PARTE AUTORA COMO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA EM CARÁTER INCIDENTAL. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. O agravante trava fervoroso debate acerca da diferenciação da tutela de urgência e da tutela antecipada em caráter antecedente, diante das novas previsões processuais acerca da tutela provisória, embora não traga nenhuma consideração acerca do direito à saúde, constitucionalmente previsto. Houve, de fato, erro material na decisão agravada, na medida em que se está tratando de concessão de tutela de urgência de natureza antecipada, o que possui previsão no artigo 300 do CPC, e não no artigo 303 do CPC, como constou. Tutela de urgência em caráter antecedente que comporta procedimento específico, o que não se verifica na hipótese dos autos, além de não prosperar o receio de estabilização da tutela, afastado, conforme disposto no artigo 304 do CPC, pela interposição do presente recurso. Haja vista a matéria de direito à saúde ser considerada de natureza repetitiva, com diversas ações semelhantes em tramitação, plenamente compreensível o equívoco da magistrada singular, o qual se enquadra em simples erro material, podendo ser sanado a qualquer tempo, especialmente em observância ao princípio da celeridade processual. Direito processual que não pode prevalecer sobre o direito material, ainda mais quando se está tratando de um direito fundamental. Recurso desprovido.¹¹⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE PREPONDERÂNCIA DE QUESTÃO PROCESSUAL EM FACE DE DIREITO MATERIAL. 1. Consoante o art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, sendo dever do Estado – aí entendido em sentido amplo, contemplando os entes federados União, Estados e Municípios –, como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. O agravante esgrime um debate acadêmico em torno do novel regramento da tutela provisória (tutela de urgência x tutela antecipada em caráter antecedente). Nenhuma palavra é dita acerca do direito fundamental em jogo, qual seja o direito à saúde, o que mostra uma absurda distorção de perspectiva, pois o processo (instrumento) não pode preponderar sobre o direito material. Se a preocupação do agravante é, ao que parece, afastar a estabilização da tutela (art. 304), pode restar tranquilo, que, com a interposição deste recurso, ela está afastada. No entanto, nenhum dos argumentos esgrimidos é apto, em uma perspectiva finalística do processo, de justificar a modificação da

¹¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. AI n.º 70082605775. Relator José Antônio Daltoe Cezar. Julgado em: 07 nov. 2019.

decisão atacada, que determinou o fornecimento da internação compulsória. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹¹⁹

Nos casos analisados, em que pese invocada a tutela antecipada antecedente para conferir urgência à análise dos pedidos formulados, constata-se que o amparo jurisdicional foi, inclusive, postergado. O juízo originário deixou de receber adequadamente as pretensões da parte autora ao passo que, ao agravar da decisão, os procuradores limitaram-se a discutir as controvérsias do novo regramento processual, negligenciando as questões materiais apontadas.

Conforme já referido, cabe ao requerente manifestar expressamente seu interesse na aplicação do procedimento previsto nos artigos 303 e 304 do CPC, ante à impossibilidade de concessão de ofício na decisão judicial.

Nesse sentido, cabe a análise de recente decisão proferida no agravo de instrumento que tramitou, junto ao TJRS, sob o nº 70083939462. O recurso fora interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul inconformado com a decisão que, nos autos da ação originária, deferiu o pedido liminar, determinando aos demandados que providenciassem, de forma imediata, leito para internação compulsória da favorecida. O agravante sustentou a inadequação do procedimento adotado pelo juízo originário face ao pedido antecipatório formulado pela parte autora, aduzindo que incabível ao caso a previsão do art. 303 do CPC. Referiu que, erroneamente, a parte autora postulara, desde logo o pedido de tutela final, não havendo a possibilidade de conversão, de ofício do pedido de antecipação de tutela requerida em caráter incidental.

A decisão agravada foi reformada na instância recursal, consignando-se que o pedido foi expresso em relação à tutela de urgência antecipatória, em caráter incidental, de modo que o Estado agravante e o Município de Santa Maria teriam sido surpreendidos com a transformação do procedimento, de ofício. À vista disso, o juízo recursal entendeu que não haveria razão para o processamento da demanda na forma do art. 303 do CPC (procedimento específico), até porque implicaria estabilização da tutela antecipada caso não fosse impugnada ou interposto recurso, como previsto em seu art. 304 do CPC.

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AI n.º 70080469299**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 16 maio 2019.

Por fim, provido o agravo de instrumento, determinou-se o prosseguimento do feito nos termos que proposto.

Com efeito, colaciona-se a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER INCIDENTAL. PETIÇÃO INICIAL RECEBIDA COMO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. O pedido deduzido na inicial da demanda é expresso em relação à tutela de urgência antecipatória, em caráter incidental, tendo a parte autora instruído o feito com os documentos necessários para a internação compulsória da mãe, dependente químico, cuja responsabilidade pelo tratamento imputa ao Poder Público, medida esta a ser confirmada no julgamento final. O juízo na origem, porém, alterou o procedimento, de ofício, recebendo a inicial como pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do art. 303 do CPC, o que é descabido, seja porque não foi pleiteado pela parte autora, seja porque vem em flagrante prejuízo processual do Estado agravante e do Município de Santa Maria, na medida em que implica estabilização da tutela antecipada caso não impugnada ou interposto recurso, como previsto em seu art. 304. Decisão agravada reformada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹²⁰

Decisão semelhante foi verificada no recurso de apelação nº 70081898447 (interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul), cujo acórdão também foi proferido pela Oitava Câmara Cível do TJRS. Conforme relatado no acórdão, a sentença declarou a estabilização da tutela, com forte no artigo 304 do CPC, consignando-se que incabível a apresentação da contestação oferecida pelo ente estatal. Em suas razões, o apelante discorreu a respeito do cabimento do apelo diante do caráter eminentemente terminativo do *decisium*. Postulou que, no caso de interpretação divergente, a insurgência fosse recebida sob a qualidade de agravo de instrumento, invocando o princípio da fungibilidade recursal. Defendeu a ausência de estabilização da tutela, sob a alegação de que houve a apresentação da peça contestatória.

Depreende-se que não poderia o magistrado, de ofício, modificar a natureza da ação proposta, imprimindo-lhe procedimento diverso do que fora postulado pelo autor, o que bastaria para justificar a cassação do decisório impugnado. Transcreve-se a ementa da decisão referida:

APELAÇÃO CÍVEL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA, COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. EXTINÇÃO INDEVIDA. 1. Proposta AÇÃO DE AVALIAÇÃO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA COM

¹²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **Al n.º 70083939462**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 19 jun. 2020.

PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, o magistrado de origem (fls. 20/21) recebeu como pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do art. 303 e segs. do CPC. Ocorre que não poderia o juiz, de ofício, modificar a natureza da ação proposta, imprimindo-lhe procedimento absolutamente diverso do que fora postulado pelo autor! (...) Sentença cassada, para que o feito tenha prosseguimento. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹²¹

Outrossim, cumpre ressaltar a importância de que, sempre que necessário, especialmente tratando-se de direito à saúde, seja observado o Princípio da Fungibilidade. Nesse sentido, transcreve-se decisão em que devidamente priorizada a proteção à saúde do favorecido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. 1. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DE PROCEDIMENTO. AFASTAMENTO. Apesar de ter havido erro material na decisão agravada, porquanto fundamentou o deferimento do pedido liminar no art. 303 do CPC, que trata de tutela de urgência antecedente, embora seja caso de tutela de urgência de natureza antecipada (art. 300 do CPC), não merece acolhimento a preliminar arguida. Isso porque, estando em questão a saúde do favorecido, não é cabível que tal equívoco justifique a revogação da liminar concedida. 2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PELO FORNECIMENTO DA INTERNAÇÃO. A Constituição Federal (art. 196) preceitua que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, aí entendido em sentido amplo, contemplando os entes federados União, Estados e Municípios. Nesse contexto, o Estado do Rio Grande do Sul é responsável pelo fornecimento de internações compulsórias e atendimentos na área de saúde mental e drogadição, sendo de conhecimento geral o entendimento deste Tribunal de Justiça acerca da solidariedade entre os entes federados relativamente ao dever de disponibilização de tais prestações. 3. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS. Não há qualquer afronta aos princípios da legalidade e da isonomia na decisão atacada, porquanto a determinação de fornecimento da internação pleiteada se trata de aplicação da Lei Maior, cabendo ao Judiciário vigiar seu cumprimento, mormente quando se cuida de tutelar superdireitos de matriz constitucional, como vida e saúde. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹²²

Ante o exposto, evidencia-se a necessidade de que os operadores do direito se aprofundem no estudo do processo civil, em especial quanto à diferenciação processual das tutelas de urgência.

¹²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AC n.º 70081898447**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 26 set. 2019

¹²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **Agravo de Instrumento n.º 70079244570**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22 nov. 2018

2.4 EFEITOS DA TUTELA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Contata-se que, um dos pontos do procedimento da tutela antecipada antecedente mais discutidos trata-se da possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão. Portanto, embora sem a pretensão de esgotar as inúmeras e divergentes elucidações doutrinárias a respeito da técnica processual, será proposta a discussão de alguns aspectos que se destacam como relevantes ao objeto deste estudo.

2.4.1 Causas de cessação da eficácia

A estabilização da tutela antecipada, assim como na técnica monitoria, é limitada à constatação de desinteresse bilateral. Raatz¹²³ explica que o recurso interposto pelo réu ou o aditamento da inicial pelo autor são os dois atos-fatos que podem impedir a estabilização.

O autor critica a confusão gerada pelo regramento processual quanto ao prazo de 15 (quinze) dias para aditamento da inicial, visto que este aparenta ser o mesmo prazo para interposição de recurso pelo réu. Nesse contexto, a necessidade de complemento da petição inicial previamente à sua ciência quanto à estabilização da tutela, caracterizaria a inutilidade do benefício relacionado à inversão do contraditório.¹²⁴

Conforme decisão proferida, em 2018, no julgamento do Recurso Especial 1760966/SP pelo STJ, a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Desse modo, evitando sobrecarga desnecessária aos tribunais, o agravo de instrumento não se trata da única forma de obstar a estabilização da decisão, cabendo, para estes efeitos, a contestação.

Nesse sentido, decidiu a Sétima Câmara Cível do TJRS. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. AVALIAÇÃO E INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. TRATAMENTO CONTRA DROGADIÇÃO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PLEITEADA EM CARÁTER INCIDENTAL LIMINAR. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA CONCEDIDA. CONVERSÃO EX OFFICIO EM TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO

¹²³ RAATZ, op. cit., p. 171.

¹²⁴ Ibidem.

ART. 303 DO CPC. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. ATO PROCESSUAL SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR A PRETENSÃO RESISTIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PROVIDO.¹²⁵

No relatório da decisão, constou que o apelante postula seja declarada a nulidade da sentença, uma vez que estabilização da tutela fora determinada de ofício pelo juízo originário, sem prévia requisição da parte apelada. Conforme o voto da relatora Des.^a Sandra Brisolara Medeiros, “forçoso concluir que a estabilização somente poderá ocorrer nos casos em que não apresentada nenhuma impugnação pela parte adversa”¹²⁶, restando consignado que, apresentada contestação, não há que se falar em estabilização da tutela antecipada.

2.4.2 Estabilidade *versus* coisa julgada

A decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, conforme já mencionado, permanece estável quando há extinção do processo por ausência de interesse das partes em seu prosseguimento após a antecipação do provimento jurisdicional, ainda que não seja confirmada ou absorvida por uma sentença fundada em cognição exauriente. Deve-se atentar, porém, que a estabilidade não implicará a cobertura da decisão pela imutabilidade inerente à coisa julgada material (art. 304, § 6º, do CPC)¹²⁷.

Didier Jr., Braga e Oliveira entendem que se tornam estáveis os efeitos da decisão após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória.¹²⁸ Os autores também destacam a inexistência de reconhecimento judicial do direito do autor, de modo que este encontra-se impossibilitado de extrair da decisão antecipatória uma espécie de efeito de coisa julgada. Os autores entendem que, embora seja reconhecida sua eficácia fora do processo, a estabilidade concedida à decisão é

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. 7ª Câmara Cível Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC n.º 70082007154. Relator Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em: 31 jul. 2019.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ RAATZ, op. cit., p. 174.

¹²⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 142.

diferente daquela produzida pela coisa julgada e que, por isso, não caberia ação rescisória em relação a ela.¹²⁹

Conforme entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, embora seja legítima a criação de vias alternativas ao procedimento comum, de modo que possam ser previstos procedimentos diferenciados sumários, é questionável o tratamento de equiparação dos efeitos destes com os gerados pelo procedimento comum, que é realizado em contraditório com direito à produção de prova. Nesse contexto, para que se possa analisar a legitimidade constitucional dessa opção, impõe-se definir a função do processo civil no Estado Constitucional.¹³⁰

Nesse sentido, os autores complementam:

Ou seja, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*. Em resumo: direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.¹³¹

A inaptidão da decisão para a coisa julgada é uma das principais diferenças encontradas na comparação do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente com o regime da ação monitória. A inércia do réu na ação monitória transforma automaticamente a decisão provisória em definitiva, produzindo coisa julgada e, conseqüentemente, tornando-se passível para ação rescisória, nos termos do art. 701, § 3º, do CPC. Insta salientar, contudo, que há mais rigor no regime da ação monitória, porquanto pressupõe prova escrita da obrigação.¹³²

Raatz esclarece que a doutrina contemporânea vem apresentando esforços para superar a abordagem cognitivista das estabilidades processuais, que as concentra na decisão sobre o mérito. Objetiva-se, com essa abordagem, viabilizar que o caráter regulatório seja atribuído aos efeitos do ato jurisdicional, visto que este era limitado à declaração de mérito. Desse modo, ao serem

¹²⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 695.

¹³⁰ MARINONI; ARENHART, MITIDIERO, op. cit.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 695.

considerados os impactos do ato jurisdicional em demais atos e processos, evidencia-se o prestígio da segurança jurídica e da boa-fé processual. O autor explica, outrossim, que a decisão que aprecia a tutela antecipada sempre importa no exame do mérito, embora este não seja resolvido de modo definitivo¹³³. Apenas não haverá declaração sobre o mérito com força de coisa julgada em razão da ausência de cognição exauriente na decisão proferida¹³⁴.

A respeito das possibilidades de estabilização dos efeitos da decisão pautada em cognição sumária e de continuidade do exercício de ação, quando processualmente controvertido o direito reconhecido em primeiro momento, Scarparo leciona:

Apesar de o CPC possibilitar um passo à frente, no relativo à estabilização de uma tutela conferida sem cognição exauriente, por outro, mantém as fundações da sua organização em um esquema sistemático que conduz, invariavelmente, à busca de validação do conhecimento, mediante a assunção do dogma da certeza. Assim também por considerar a tutela de cognição sumária como um pedaço, menor e subsidiário, de uma discussão de fundo imprescindível e insubstituível, cuja cognição se daria sempre em grau vertical exauriente. Nesse sentido, inclusive, advoga a terminologia geral dada a essas tutelas: provisórias. Ao menos em algumas raras hipóteses, agora, ela é dispensável.¹³⁵

¹³³ RAATZ, op. cit., p. 174.

¹³⁴ Apresenta-se entendimento divergente, concebendo que a estabilização da tutela produz coisa julgada material. In: ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral, institutos fundamentais. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹³⁵ SCARPARO. In: COSTA; PEREIRA; GOUVEIA FILHO, op. cit.

3 CONCLUSÃO

A partir da análise feita nessa pesquisa, constatou-se a importância de o processo civil ser pensado e aplicado em atenção ao direito material. A aplicação do direito material está intimamente conectada com o direito processual, requerendo diversas normas e princípios para regulamentá-lo. Uma vez que um esteja em consonância com o outro, mesmo em situações de conflitos, os interesses restarão preservados. O direito carrega em si os seus fundamentos, os quais são a base da existência do direito material; o direito processual, por sua vez, é a razão de ser do direito material.

Procurou-se trazer para essa realidade, a questão envolvendo os chamamentos ao Poder Judiciário em prol da garantia do acesso à saúde como forma de garantir o acesso a esse direito fundamental previsto na CF. Tem-se no Poder Judiciário, dessa forma, uma salvaguarda para a supressão das necessidades daqueles que necessitam de medicamentos, serviços de saúde pública e de tratamento médico. É nesse sentido que a abordagem jurídica e a análise da garantia da tutela antecipada ganham seu espaço.

Tendo em vista que as normas garantidoras do direito à saúde presentes na CF possuem natureza programática, há a necessidade de regulamentação legislativa a fim de dar-lhes eficácia e, quando diante dessa ausência, cabem os pedidos de tutela de urgência para a permanência dessas garantias.

Depreende-se, dessa feita e após considerações abrangidas por esse estudo que, sendo a vida o bem mais precioso, destaca-se a importância de debates nas esferas legislativas acerca de soluções e de técnicas que defendam a dignidade da pessoa humana, promovendo a reserva do possível dentro de uma realidade que se atente tanto aos interesses públicos quanto aos interesses privados.

O problema da judicialização surge no sentido da complexidade que envolve a prestação de serviços de saúde. A questão orçamentária esbarra na limitação do mínimo existencial, suscitando críticas a esse modelo de gestão da administração pública.

Além disso, é inegável o desconhecimento técnico de muitos operadores do direito no que tange à atuação do poder judiciário na saúde, além de muitos

possuírem um conhecimento meramente baseado no senso comum em termos de acesso à saúde.

Urge mencionar que cabe aos operadores do direito explorar os desdobramentos dos procedimentos recentes contemplados pelas decisões judiciais mais recentes, no sentido de servir-lhes de base para a solução aplicação técnica envolvendo a tutela antecipada em direito de saúde. A adaptação dos operadores do direito quanto inovações processuais será viabilizada na medida em que difundidos seus procedimentos, especialmente quando se provoca o Judiciário a decidir em atenção aos recentes contornos processuais.

Por fim, cabe mencionar a constatação de que as lacunas deixadas pela disciplina da tutela antecipada antecedente poderiam ser melhor esclarecidas caso fossem preenchidas mediante a adaptação direta na legislação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMAZONAS. Defensoria Pública do Estado do Amazonas. **DI n.º 0640028-72.2020.8.04.0001**. Manaus, 21 de março de 2020. Disponível em: <http://defensoriaam.com/principal/wp-content/uploads/2020/04/Tutela-de-urg%C3%A2ncia-Hidroxicloroquina-DPAM.pdf> Acesso em 05 nov. 2020.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral, institutos fundamentais. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **REsp n.º 1.797.365/RS**. Relator Min. Sérgio Kukin; Relator Acórdão Min. Regina Helena Costa. Julgado em: 3 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp 1.760.966 SP 2018/0145271-6**. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 04 dez. 2018. Diário de Justiça, 07 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178-SE**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 maio 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356> Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **RE n.º 554088 AgRg**. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 03 jun. 2008.

BUBOLZ, Gimena de Lucia. Estabilização da tutela antecipada antecedente. **Direitonet**, 05 jul. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10783/Estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente> Acesso em 08 nov. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. **Tutela Provisória**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2015.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; CURVELO, Yasmin Araújo. A estabilização da tutela antecipatória, suas controvérsias e a possibilidade de modificação da decisão antecipatória após o transcurso in albis do prazo de dois anos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, p. 627-656, set./dez., 2018. p. 638.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 16. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2, p. 646-649.

DIDIER JR., Fredie; COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. (Coords.). **Honorários advocatícios**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

ENUNCIADOS aprovados pela Comissão Permanente de Defesa da Saúde (COPEDS) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPJ). Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/37/copedes_2012_11_col_etanea.pdf Acesso em: 10 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea novo CPC: doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo)

FUHRMANN, Ítalo Roberto. **Judicialização dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. Brasília: Consulex, 2014.

GALEGO, Felipe; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. A estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, [s.d]. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11293/1/12%20-%20Cap.%20%20-%20A%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada%20e%20a%20Fazenda%20P%C3%BAblica.pdf> Acesso em: 05 nov. 2020.

GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Monia Clarissa Hennig. (Orgs.). **Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça**. Curitiba: Multideia, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 121, mar. 2005.

HOFFMANN, Florian F. et al. **A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 391.

LOUZADA, **THOMAS FERNANDES BRAGA**. A estabilização dos efeitos da decisão concessiva de tutela de urgência antecipada antecedente: um instituto processual ainda pouco compreendido (e utilizado) **Âmbito Jurídico**, 01 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-estabilizacao-dos-efeitos-da-decisao-concessiva-de-tutela-de-urgencia-antecipada-antecedente-um-instituto-processual-ainda-pouco-compreendido-e-utilizado/> Acesso em: 08 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e de evidência**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. TUTELA PROVISÓRIA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1ª Câmara Civil. **AC n.º 1.0372.16.006247-0/001**. Relator Des. Alberto Vilas Boas. Julgado em: 11 fev. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NAS TUTELAS antecipadas antecedentes, prazo para emenda à petição começa com intimação específica. **Superior Tribunal de Justiça**, 10 nov. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04112020-Nas-tutelas-antecipadas-antecedentes--prazo-para-emenda-a-peticao-comeca-com-intimacao-especifica.aspx> Acesso em: 11 nov. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOGUEIRA, Marcia Coli. O tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 8-26, out./dez., 2019. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/558/617> Acesso em: 05 nov. 2020.

PEIXOTO, Ravi. Estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência: instrumentos processuais aptos a impedi-la e interpretação da petição inicial, uma análise do Recurso Especial 1.760.966. **Revista de Processo**, v. 292, jun. 2019.

RAATZ, Igor. **Tutelas provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

REDONDO, Bruno. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, v. 244. 2015, p. 167-192.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Civil. **AI n.º 70080399389**. Relator Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 29-05-2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AI n.º 70082605775**. Relator José Antônio Daltoe Cezar. Julgado em: 07 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AI n.º 70080469299**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 16 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AI n.º 70083939462**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 19 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AC n.º 70081898447**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 26 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Civil. **AI n.º 70079244570**. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Câmara Civil. **AC n.º 70082007154**. Relator Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em: 31 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 21ª Câmara Civil. **AC nº 70073793895**. Relator Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em: 12 jul. 2017.

SANTOS, Amanda Karine Santana dos. Contestação como meio apto a elidir a estabilização da tutela antecipada antecedente. **Âmbito Jurídico**, 01 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/contestacao-como-meio-apto-a-elidir-a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente/> Acesso em: 08 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Sumaré. 1ª Vara Cível. **AI n.º 2129259-58.2016.8.26.0000**. Relator José Maria Câmara Junior. Julgado em: 28 set. 2016.

TEIXEIRA, Sergio Torres; ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coelho de. Estabilização da tutela antecipada antecedente em face da fazenda pública: a inspiração do référé francês e a (im)possibilidade da adoção de um microssistema de tutela monitória no CPC/2015 como parâmetro interpretativo. **Revista de Processo**, v. 294, p. 197-223, ago. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.