XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Angela Araujo da Silveira Espindola; Flavio Barbosa Quinaud Pedron – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-632-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Nesta edição, o GT Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III se destacou pela sintonia entre as abordagens dos trabalhos apresentados, demonstrando, que com a promulgação no CPC/2015, alguns temas acabaram por serem colocados em um spotlight epistêmico.

Um eixo comum de reflexão apresentado perpassa o reconhecimento de que o CPC/2015 pode se transformar em um importante instrumental para o combate ao mal instalado pela chamada "jurisprudência" lotérica. Assim, uma aposta clara parece ser o desenvolvimento de mecanismo que promovam uma padronização decisória.

Nessa lógica, JAQUELINE MARIA RYNDACK e ELIZEU LUCIANO DE ALMEIDA FURQUIM nos apresentam um texto no qual se procura demonstrar a necessidade do abandono de visões arcaicas acerca do papel do julgador e da leitura igualmente problemática sobre os princípios que disciplinam a atividade jurisdicional. Defendem o princípio da Parcialidade Positiva do julgador como forma de melhor correlacionar a justiça da decisão a uma leitura mais adequada da igualdade entre os sujeitos do processo.

Igualmente, GABRIEL DE CARVALHO PINTO nos traz um texto que aborda como ponto central a insegurança decisória e sob o prisma da análise econômica, para chegar a conclusão de que microssistema de precedentes gerará estabilidade; e isso será positivo para a economia, contudo, anda falta um maior número de julgamentos para avaliarmos.

Seguindo essa lógica, CRISTIANO BATISTA e PATRÍCIA BARBOSA NOGUEIRA apresenta uma investigação acerca do art. 927 do CPC/2015 e da suposta alegação que este

Relevante o trabalho de DANIEL ANDRADE PINTO, que escreve acerca dos aspectos históricos do controle de constitucionalidade, estrutura normativa das súmulas vinculantes e as críticas de Lênio Streck, em "Verdade e Consenso". Demonstra que súmulas vinculantes são discursos contra fáticos que se distanciam da realidade, ficando apenas no plano da validade. Equiparam-se à lógica de produção de regras por um Legislativo, esquecendo-se que súmulas se aplicam aos fatos.

Outro tema de recorrência no nosso GT, nesta edição foi a promoção de estudos e reflexões acerca do papel das normas fundamentais trazidas pelo CPC/2015, em seus quinze primeiros artigos e os princípios formadores do devido processo legal (bem sua constitucionalização pela Constituição de 1988).

Assim, VANESSA MASCARENHAS DE ARAÚJO nos traz um texto preocupado em travar uma discussão sobre o fato de que as normas fundamentais se traduzem em direitos constitucionais fundamentais. A partir de um caprovso prático – o Caso Belo Monte – demonstra como a violação de direitos fundamentais da população indígena acaba ocorrendo, sem que, contudo, seja garantido o devido processo.

Já ZAYDA TORRES LUSTOSA COELHO abre seu texto analisando a Petição (PET) n. 3388 e ADI n. 3239, para questionar qual o papel do judiciário para dar a melhor resposta em conflitos envolvendo questões étnico-culturais, como o caso indígena e quilombola, dos processos mencionados. Lembra que o modelo do Processo cooperativo deve resinificar o conceito de contraditório e o dever de fundamentação, de modo que as partes passam agora para num papel ativo, já que sua argumentação deve ser levada em conta para a melhor decisão judicial.

Igualmente relevante é a contribuição de JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, que abre uma importante discussão sobre se existe efetiva diminuição do tempo do processo com o advento do CPC/2015? Em seu texto, elaborará críticas à terminologia "cumprimento de

Logo, THIFANI RIBEIRO VASCONCELOS DE OLIVERIA nos traz um texto que prima pela crítica da concepção de que a mediação não pode ser reduzida e atrelada apenas para a garantia de celeridade e de "desafogamento" do judiciário. Para tanto, faz uma análise das inovações trazidas pela legislação sobre mediação. Em seu argumento destaca-se a defesa de se buscar de um empoderamento dos sujeitos litigantes, para que sejam capazes, como sujeitos autônomos, de solucionar esses conflitos, sem a participação estatal. Mas para tanto, faz-se premente a necessidade de implementação de uma mudança de mentalidade, para se valorizar o sistema multiportas, direcionando-se para conflito para o mecanismo mais adequado para a sua solução.

Já NIVALDO SOUZA SANTOS FILHO e FLAVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA corajosamente se propõem a discutir, em seu texto, o PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE como categoria jurídica – vetor de uma nova cultura de resolução de conflitos – dentro do ambiente processual. O texto tem o objetivo identificar e avaliar de que medida o princípio da fraternidade vai refletir em uma nova concepção para o processo civil. Lembra que Ayres Britto é precursor no Brasil da defesa de um maior humanismo jurídico. A defesa é que a fraternidade está assentada em um reconhecimento da igual dignidade humana. Isso reflete-se também no sistema de precedentes enquanto exigência de igual tratamento decisório. Em conclusão, tem-se que a fraternidade se mostra como uma proposta contra o individualismo de nossos tempos modernos.

Avançamos no sentido em deixarmos de lado concepções arcaicas da Teoria Geral do Processo, que reduziam o processo a uma instrumentalização da atividade jurisdicional. E a partir desse ganho qualitativo teórico, abre-se um novo campo de estudo e de pesquisa acerca da busca por construções decisórias cada vez mais legítimas e democráticas.

Cabe destacar que ANTONIO CALROS APOINÁRIO DE SOUZA CARDOSO e ROBERTO APOLINÁRIO DE SOUZA CARDOSO produziram um texto acerca do

GIERCK GUIMARÃES MEDEIROS destaca, em seu texto, a importância normativa do princípio da celeridade. A tônica dos precedentes estaria incluída na busca por previsibilidade, rapidez de julgamento, assim como a aplicação de filtros recursais como a repercussão geral ou o julgamento de recursos repetitivos. Isso retira o espaço do livre convencimento do magistrado em troca de um ganho de celeridade. Compara o texto original do CPC/2015 e a sua respectiva reforma pela Lei 13.256/2016. Questiona se tais mudanças efetivamente colaboram para o respeito do princípio da efetividade. Proposta não é a retirada do juízo de admissibilidade, mas de reformar o CPC para prever que o CPC fosse alterado para que o colegiado prolator da decisão realize o juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Já THIAGO PASSOS TAVARES apresenta uma reflexão acerca da tutela provisória, suas modalidades, requisitos e espécies.

Em ANA CAROLINA BUENO FERRER e PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA nos apresentam um breve histórico do direito a saúde nas Constituições brasileiras e na legislação. Tecem um paralelo entre o antigo 273 do CPC/73 e o atual CPC/15, com o objetivo de destacar a figura da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente.

De maneira inovadora, RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR elabora uma análise das estabilidades processuais, partindo da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente. Primeiro, porque o art. 304 do CPC parte do paradigma da coisa julgada para explicar a estabilização processual. O sistema novo demanda uma reflexão dos conceitos antigos. Traça um paralelo, então, da estabilidade dos precedentes, como solução para expectativa normativa no tempo. Uso do Antônio do Passo Cabral. Com o confronto da coisa julgada, analisando com a doutrina da coisa julgada, faz uso de Barbosa Moreira e da doutrina norte-americana.

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Professor Adjunta do Mestrado Direito do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Editora da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Membro da Associação Brasileiro do Ensino do Direito (Abedi). Membro Fundadora e Secretária Geral da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogada e Consultora.

Flávio Quinaud Pedron

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE SAÚDE

THE EARLY TUTELAGE IN CHARACTER HISTORY AS A MEANS OF HEALTH CONFLICTS RESOLUTION

Ana Carolina Bueno Ferrer
Paulo Lage Barboza de Oliveira

Resumo

O presente estudo tem por escopo a análise do novo instituto da tutela antecipada em caráter antecedente para a entrega de insumos médicos e realização de procedimentos cirúrgicos como meio de resolução de conflitos entre o jurisdicionado e o Estado ou entre aquele e a rede privada de saúde, incursando de forma mais detida nos dispositivos trazidos com o novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Tutela antecipada, Antecedente, Saúde

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims the new institute analysis of early tutelage in character antecedent for the delivery of medical supplies and surgical procedures as a means of resolving conflicts between the citizen and the State and between him and the private health network, examining more accurate devices brought with new code of civil procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Early tutelage, Antecedent, Health

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da utilização do mecanismo da tutela antecipada antecedente para as demandas de busca do direito à saúde (fornecimento de medicamentos e realização de cirurgias). Para tanto, traçaremos um panorama da inclusão dos direitos sociais, dentre eles e, em especial, o direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio, com um histórico cronológico nas Constituições brasileiras.

Em seguida, já na última Carta Política, indicaremos a fonte do direito à entrega de insumos médicos e à realização de procedimentos cirúrgicos, inclusive com a evolução jurisprudencial sobre o tema.

Após tal estudo, apresentaremos uma ótica da entrega prestacional em debate sob o sistema da tutela antecipada descrita no antigo art. 273, do CPC revogado. Em vista da novidade do instituto da tutela antecipada em caráter antecedente, não poderíamos deixar de examinar detidamente – e com críticas pontuais – o texto da nova lei processual, especificamente no que toca aos artigos 303 e 304, juntamente com seus parágrafos e incisos, posicionando o novel mecanismo como mais um meio alternativo de resolução de conflitos.

Assim, sem intenção de esgotar o tema do direito à saúde, usamos-no como pano de fundo para o exame da forma alternativa de se chegar à pacificação social atinente à tutela antecipada e sua esperada decisão estável. Tal como a ação monitória criada na mini reforma processual de 1994, em que o rito simplificado somente seria utilizado se o réu deixasse de opor os embargos do revogado artigo 1.102c, também a celeridade do procedimento em exame depende da vontade do demandado.

Sob o enfoque do Diploma passado (Art. 1.102a a 1.102c, do CPC/73), a ação monitória não gerou impacto, uma vez que na gigantesca maioria dos casos os demandados simplesmente opunham embargos, desnaturando a ação monitória, tornando inócuo o procedimento traçado hoje nos artigos 700 a 702, do CPC/2015. Todavia, diferentemente do Código derrogado, a nova Lei Processual retirou da lide a ambientação de guerra, primando pelo diálogo e pela autocomposição.

Daí a necessidade de exploração pontual do novo texto legal, de modo a que seja esmiuçado o instituto trazido para o ordenamento jurídico pátrio, com vistas a promover a entrega de um dos bens mais pleiteados hoje no Poder Judiciário por um meio alternativo, vale dizer, sem a utilização de um processo moroso, dispendioso e, para o réu, neste tema, de pouca ou nenhuma eficácia, em vista do talvez inexistente ou ao menos inexpressivo número de ações em que a tutela seja alvo de revogação ao tempo da sentença.

1. HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Como se sabe, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, chamada de constituição cidadã em vista da participação popular na sua confecção, trouxe elementos garantidores e capítulos nunca antes vistos em uma Carta Magna brasileira.

Com isso, para que cheguemos ao que restou consagrado no referido texto de 1988 com respeito ao direito à saúde, mister se faz traçar um panorama sobre as Constituições pretéritas, incluindo-se até mesmo, e por que não, a Emenda Constitucional de 1969, que alterou substancialmente a Constituição de 1967, e por muitos denominada como uma verdadeira Carta Política.

Não poderíamos iniciar por outra senão pela Constituição Imperial, primeira Carta Magna brasileira, outorgada no dia 25 de março de 1824 por Dom Pedro de Alcântara (D. Pedro I), fazendo referência no seu artigo 179 em diversos de seus incisos à proteção a direitos específicos da saúde. Como exemplo, o inciso XXIV[1], referindo-se ao exercício de atividade laborativa, o denominado Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil impedia, em sua Constituição, que o trabalho fosse proibido, salvo se a atividade laborativa se opusesse à saúde dos cidadãos.

Mais adiante, no mesmo artigo, foi o inciso XXXI que estabeleceu que a Constituição também garante os socorros públicos. Cabe aqui uma oportuna anotação de que as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros se posicionava no título 8º daquela Constituição, se iniciando pelo artigo 173. O mencionado artigo 179 era nada mais, nada menos, que o último da Constituição, ressaltando-se que a posição geográfica dos dispositivos no texto normativo representa uma ordem decrescente de valor axiológico do regramento ali traçado.Em contraste, hoje, como sabido, nossa Magna Carta trouxe para o artigo 5º, ou seja, logo para seu início a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tutelando-se o direito à vida já em seu *caput*.

Prosseguindo em nosso histórico, a primeira constituição republicana (1891), promulgada pelo Congresso Constituinte, deixa de dar atenção aos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde e à vida. A bem da verdade, sua "Declaração de Direitos", também posicionada na parte final do Diploma (art. 72, dos 91 artigos da Constituição), aponta em seu *caput* apenas a proteção à inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança

[1] O Art. 179, inciso XXIV da Constituição de 1824 previa que: Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

individual e à propriedade. Não apenas neste título, como no restante de seu texto, a Constituição de 1891 deixa, portanto, de fazer qualquer menção à necessidade de se proteger a saúde ou até mesmo a vida do cidadão.

Com relação à Constituição de 1891, o art. 113 (direitos e garantias individuais) estabeleceu a inviolabilidade do direito à subsistência, mantendo-se a referência à tutela dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade. O que se vê é que a política social não foi um setor privilegiado pela Constituição Imperial, de sorte que os compromissos governamentais com as necessidades básicas do povo se tornaram preocupações meramente secundárias. Com o direito à saúde não foi diferente, permanecendo uma política de atendimento somente para os mais afortunados, restando aos pobres o quase que completo descaso.

A Constituição de 1934, por outro lado, é a primeira Constituição a instituir um título próprio para regrar a ordem econômica e social (Título de nº IV, da Constituição de 16 de julho de 1934). Teve origem após a Revolução de 1930, momento a partir do qual Getúlio Vargas comandou o Governou Provisório por meio de decreto, seguindo-se daí eleição em São Paulo da Assembleia Constituinte em 1934 que redigiu e instituiu, naquele mesmo ano, a chamada República Nova, tendo o Congresso Nacional elegido Getúlio Vargas para dirigir a nação até 1937. Já em seu art. 10, inciso II, estabeleceu aquele diploma uma competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas, enquanto que o Título IV, acima mencionado, trouxe como tema a ordem econômica e *social*, dando força à necessidade de o Estado tutelar os direitos sociais. Vê-se que os direitos e garantias individuais (art. 113 e 114), longe de ocupar uma posição geográfica privilegiada, integravam o terceiro dos oito Títulos.

Na Constituição de 1937, baseada na Constituição autoritária da Polônia e outorgada por Getúlio Vargas no dia 10 de novembro de 1937, mesmo dia em que implanta o denominado Estado Novo, manteve-se a competência da União, embora excluindo dos Estados, para legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde (art. 16, XXVII). Os Direitos e Garantias Individuais mantiveram-se mais ou menos no mesmo degrau valorativo axiológico (art. 122), protegendo-se expressamente em seu *caput*, tal como na Constituição de 1891, a liberdade, a segurança individual e a propriedade, excluindo-se, todavia, o direito à subsistência, implementado pelo texto de 1934.

Em 1946, a Constituição promulgada pela Assembleia Constituinte em 18 de setembro daquele ano, após a queda de Getúlio Vargas, deposto em 29 de outubro do ano anterior,

prescreveu já em seu art. 5º sobre a competência da União Federal para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde. Mais do que isso, no capítulo atinente aos Direitos e Garantias Individuais (capítulo II, do Título IV intitulado – Da Declaração de Direitos), a Constituição assegurou não apenas aos brasileiros como também aos estrangeiros residentes a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida (art. 141). Manteve-se a proteção dos direitos atinentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, colocando-se antes mesmo destes, o direito à vida, sendo a primeira Constituição brasileira a tutelar expressamente referido bem jurídico. Este foi um período de redemocratização do país, marcado pelo governo do então presidente Enrico Gaspar Dutra, em que pese a saúde permanecer sendo tratada faticamente da mesma forma que no período ditatorial.

Quando Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu a Presidência, foi outorgada[2] no dia 24 de janeiro de 1967 para entrar em vigor no dia 15 de março, Constituição que já trazia uma inovação em seu art. 8º, inciso XIV, referente à competência da União para estabelecer planos de saúde. Foi mantida a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, inciso XVII, alínea "*c*"). Todavia, a partir de então, os Estados poderiam legislar de forma supletiva, nos exatos termos do § 2º, do aludido dispositivo constitucional.

No Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais) do Título II (Da Declaração de Direitos), repetiu-se no art. 150 quase que na literalidade o que dispunha o artigo 141 da Constituição revogada (de 1946), assegurando-se a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, mantendo-se a tutela aos direitos à liberdade, à segurança (que deixou de utilizar o termo restritivo "individual") e à propriedade.

Com o adoecimento do Presidente Costa e Silva e a edição do Ato Institucional nº 12, ao invés de subir ao poder o Vice Presidente Pedro Aleixo (um civil), quem o assumiu foi uma Junta Militar que decretou a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, passando a vigorar em 30 de outubro daquele ano. Os incisos XIV e XVII, do artigo 8º, foram mantidos em relação ao texto original da Constituição de 1967, enquanto que o artigo 150 foi renumerado para art. 153, mantendo-se, no entanto, sua redação anterior.

Curioso notar que tanto a Constituição de 1967 quanto a redação que lhe deu sua primeira emenda, (art. 178, "*f*" e art. 197, alínea "*d*", respectivamente) garantiam ao civil, ex-

[2] Apesar de autodeclarada como constituição "promulgada", o mais técnico seria dizer que a Constituição de 1967 foi outorgada ou mesmo semioutorgada. Isto porque com o Ato Institucional nº 4, editado por Castelo Branco em 7 de dezembro de 1966, o Congresso Nacional foi convocado para estabelecer uma nova Carta Constitucional. Deste modo, o Congresso, transformado pelo AI 4 em Assembleia Nacional Constituinte e com membros da oposição afastados, editou sob a pressão armada dos militares um texto que legalizasse os governos militares.

combatente da Segunda Guerra Mundial, assistência médica e hospitalar, caso fosse carente de recursos.

Finalmente, a Constituição cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe inúmeras referências à saúde e à vida, tais como os artigos 5º, *caput*; 6º; 23, II; 24, XII; 30, VII; 34, VII, "*e*"; 35, III; 166, §§ 9º e 10; 194; 196 a 200; 212, § 4º; 227, *caput* e § 4º; e 230. Pela primeira vez os direitos e garantias individuais foram tratados logo no início (art. 5º) em uma Constituição brasileira.

Relevante verificar que dentro do Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), a mais nova Constituição brasileira trouxe uma Seção (de nº II) intitulada apenas como "DA SAÚDE". E é nesta Seção II que reside um dispositivo de crucial importância para o estudo ora apresentado, motivo pelo qual, por oportuno, o transcrevemos:

> 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.

Com a evolução da matéria nas Cartas Políticas da era imperial até a republicana, passando-se por quatro Diplomas outorgados (sendo um deles uma Emenda Constitucional) (1824, 1937, 1967 e 1969) e quatro promulgados (1891, 1934, 1946 e 1988), o fato é que os direitos sociais, dentre eles – e talvez os mais importantes – direito à saúde e direito à vida –, antes do atual texto constitucional foram olvidados pelo Poder Público no Brasil, demonstrando um Estado inequivocamente absenteísta, neste particular.

É correto afirmar, portanto, que os direitos sociais foram largamente ampliados com o texto constitucional de 1988, para um Poder Público que hoje, compelido pelo Judiciário ou não, entrega medicamentos a milhões de pessoas em todo o Brasil.

Já em 1990, foi editada a Lei 8.080, que passou a regular as ações e e serviços de saúde com a integração dos entes federados, passando a tratar a saúde como um direito fundamental individual, impelindo ao Estado o dever de fornecer condições necessárias para o seu exercício. Nesse diapasão, a norma em apreço deu uma grande ênfase ao viés de solidariedade dos entes federados na consecução do atendimento ao direito fundamental à saúde.

Como não poderia ser diferente, a matéria chegou ao Supremo, que discutindo o tema deixou clara a solidariedade apontada no direito positivado, o que se extrai do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 855.178/SE, em que relatou o Ministro Luiz Fux,

ocorrido em março de 2015. *Verbis* (BRASIL, 2015):

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRA- TIVO. **DIREITO À SAÚDE**. TRATAMENTO MÉDICO. **RESPONSABILI-DADE 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"[5]. (Grifos nossos).

Feito este breve histórico dos momentos constitucionais vividos em nosso país, de crucial importância para entendermos a evolução do direito em espeque, passemos ao estudo do mecanismo processual mais utilizado para a efetividade do direito à saúde, a fim de que possamos realizar um contraste com o novo instituto trazido pelo CPC de 2015.

2. A PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O ANTIGO ARTIGO 273, CPC

No fim de 1994, o então vigente Código de Processo Civil de 1973 sofreu importante reforma com a edição da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro daquele ano. A referida norma alterou radicalmente o texto do art. 273, trazendo instituto amplamente utilizado nos anos vindouros, atinente à chamada antecipação de tutela, cujo texto ali exposto dizia:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido final, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> a. haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> b. fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Hoje, com um Processo Civil mais maduro e constitucionalizado, seria até mesmo possível afirmar que a inexistência de dispositivos como o art. 273 não poderiam ter o condão de impedir que o Judiciário concedesse provimento jurisdicional de conteúdo satisfativo, tal como a tutela antecipatória. Isto por conta do que dispõe o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República – o princípio garantidor do acesso à justiça – "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" – que impede que o legislador ordinário deixe de tutelar um direito ou mesmo a ameaça deste, por força de lei ou, ainda, pela inexistência desta.

Explicando o princípio do acesso à justiça, Antônio Cappelletti nos presenteia com as seguintes palavras (CAPELLETTI, GARTH, 2002, P.8)

> A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve

> para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Pode-se dizer, nesta linha de raciocínio, que o inciso XXXV, acima mencionado, é fundamento de validade do próprio instituto da tutela antecipatória, desde a sua positivação em 1994. Muito embora não possamos inferir que o inciso LXXVIII, do mesmo artigo 5º, da Constituição, tenha servido como balisador para a criação do referido instituto, já que tal inciso somente nasceu uma década depois (Emenda à Constituição nº 45, de 2004), certo é que o inciso passou a ser mais um importante fundamento de validade e de legitimidade do mecanismo processual em apreço, utilizando-se aqui, por oportuno, o brocardo sacramentado por Rui Barbosa, no sentido de que "justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada".

Do escólio de Luiz Guilherme Marinoni (2006, P.23), a tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança meio a crise que afeta a justiça civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento.

Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar, o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor.

Muito se discutiu na década seguinte a respeito da possibilidade ou não de a tutela pretendida apresentar natureza cautelar ou não, o que levava séria corrente doutrinária e jurisprudencial a entender que não seria cabível a utilização do art. 273, caso estivéssemos diante de um provimento cautelar.

Daí dizer o renomado jurista acima, que a tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim 'a antecipação da tutela', e essa 'antecipação' – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil

para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de ‘fundado receio de dano’ e do ‘abuso de direito de defesa’, nele inserindo o art. 273 (MARINONI, 2005, p. 198).

Pode-se afirmar sem medo de errar que em muitos casos não é tarefa das mais fáceis identificar se o autor tem razão em tão tenra fase processual como a de cognição sumária. Neste aspecto, Cândido Dinamarco (2005, p. 323) nos abrilhanta com seu conhecimento, ao destacar que é dever do juiz, nas situações mais angustiosas para se decidir por conceder ou negar uma tutela de urgência, fazer mentalmente um juízo do mal maior, ponderando os males que o autor suportará em caso de negativa e também o que recairão sobre o réu, se a medida for dada. Essa é a linha de equilíbrio capaz de legitimar as tutelas urgentes e conciliá-las com o desiderato de justiça nas decisões.

Com relação à matéria em estudo, poderíamos imaginar a propositura de demanda objetivando a entrega frequente de determinado medicamento como tutela antecipada e um pedido de sequestro de verba pública para garantir a aludida entrega. Não há dúvidas de que o último pedido apresenta natureza cautelar, o que, sob a ótica de parcela expressiva de renomados juristas, não poderia ser concedida com base no art. 273 da Lei Processual.

A propósito, quanto à possibilidade de realização de sequestro de verba pública para custear entrega de de medicamentos, citamos a título de ilustração aresto da lavra da digníssima Desembargadora Renata Cotta do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de janeiro, nos seguintes termos (RIO DE JANEIRO, 2015):

> AGRAVO INTERNO. Direito de submeter a decisão ao colegiado. Decisum que negou seguimento recurso, na forma do art. 557, caput, do CPC. No que tange ao bloqueio das verbas públicas como meio coercitivo para o fornecimento dos medicamentos, a matéria já é assente na jurisprudência, que permite o bloqueio e seqüestro de conta pública para fazer cumprir decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamentos indispensáveis à saúde do autor. O seqüestro/bloqueio de quantias nos cofres públicos é medida eficaz para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como forma de concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Na hipótese dos autos, estamos diante de bloqueio de verba pública como meio coercitivo para que a decisão judicial seja efetivamente cumprida, ex vi, do art. 461§5º, do CPC. Sopesando o direito à saúde, diga-se de interesse público primário, e o direito patrimonial da Administração, de interesse público secundário, deve prevalecer o primeiro. Inexistência de qualquer vício. Inexistência de ilegalidade na decisão agravada, não se justificando a sua reforma. Desprovimento do recurso.

Para solucionar a celeuma, em maio de 2002 uma nova norma – Lei nº 10.444/02 –

em mais uma reforma ao Código de Processo Civil de 1973, trouxe o parágrafo de número 7 ao artigo 273, para dispor que se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Deste modo, a Lei Processual então vigente passou a não mais distinguir os provimentos provisórios, seja os de natureza de tutela antecipatória, seja os de natureza cautelar, para fins de aplicação do art. 273, do CPC/73. Tratava-se da chamada fungibilidade da tutela antecipada, princípio este conhecido no manejo de recursos, quando um pode ser onhecido no lugar de outro, caso não haja erro grosseiro e caso ausente a má fé do recorrente.

A fungibilidade se justifica, uma vez que ambos os institutos – tutela antecipatória e tutela cautelar – têm em comum a urgência da medida postulada, sendo correto afirmar que o princípio traçado no parágrafo 7º, do revogado dispositivo da Lei Processual Civil apresenta, na verdade, uma via de mão dupla, sendo autorizado ao Juiz a fungibilidade de uma tutela antecipatória para uma tutela cautelar, assim como a fungibilidade no caminho contrário.

Sobre a referida fungibilidade, Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 09), com propriedade, explica:

> a) requerida a medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova preconstituída e demais exigências do art. 273 e §§, o juiz deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada;
>
> b) se não houver urgência que torne inadiável ou se faltar algum requisito dos elencados pelo art. 273 e §§, o juiz não indeferirá o pedido cautelar disfarçado em providência antecipatória; determinará seu processamento apartado, dentro dos padrões procedimentais da ação cautelar;
>
> c) será objeto de autuação à parte, também, a medida cautelar que se requerer incidentalmente no processo principal, em estágio em que não mais será viável formar-se o contraditório próprio das ações cautelares, a não ser fora daquele feito;
>
> d) de maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir a medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte. O que lhe cabe é verificar se há um risco de dano grave ou de difícil reparação. Havendo tal perigo, não importa se o caso é de tutela cautelar ou de tutela antecipada: o afastamento da situação

> comprometedora da eficácia da prestação jurisdicional terá de acontecer.

Muito feliz a reforma de 2002 nesse aspecto, muito infeliz o Novo Código de Processo Civil ao não tratar de forma isonômica os dois institutos. Veja que foram anos de debate a respeito da possibilidade de utilização do artigo 273 para os provimentos cautelares, somente resolvido quase oito anos após a modificação legislativa.

Mais difícil ainda é definir em diversas hipóteses o que viria a ser um provimento antecipatório e o que viria a ser um provimento cautelar, mesmo porque em muitos casos os institutos se confundem, gerando grande insegurança jurídica, diante da possibilidade de dissonância de entendimento sobre os exemplos de cada um. Nesse diapasão, os artigos 303 e 304 do atual Código de Processo Civil regulam o procedimento de tutela antecipada, enquanto que os artigos 305 a 310 tratam do procedimento da tutela cautelar.

Com todas as vênias ao legislador ordinário, houve aqui um retrocesso, passando o novo Diploma Processual a distinguir os institutos, gerando, novamente, insegurança jurídica, já que juízes diversos podem entender de maneira dissonante sobre o que vem a ser tutela antecipatória e o que vem a ser a tutela cautelar.

De todo modo, e aqui o que se pretende registrar diz tão somente quanto ao art. 273, do Código passado, tal inovação trouxe inigualável adição ao Processo Civil brasileiro, possibilitando uma rápida resposta ao jurisdicionado, ainda mais em se tratando de entrega de medicamentos ou de realização de procedimento cirúrgico, onde a demora, a despeito de tornar inócuo o provimento jurisdicional final pretendido, poderia culminar na própria perda da vida do demandante.

Oportuno esclarecer, inclusive, que a tutela antecipada foi um meio de gerar a inversão do ônus do tempo do processo, tal como nos ensina Luiz Guilherme Marinoni, é o autor quem pretende uma modificação no quadro fático, enquanto que o réu almeja, no mais das vezes, a manutenção do *status quo*.

Transcrevemos aqui passagem bastante didática de sua obra intitulada Antecipação de Tutela, onde examina detidametne o reverenciado autor sobre o antigo artigo 273 e suas repercussões jurídicas (MARINONI, 2007, p. 27):

> A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso de direito de defesa (art. 273, II) e de parcela incontroversa da demanda (art. 273, § 6º). Desta forma concretiza-se o principio

> de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia - que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material - de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.

Não por outro motivo que a defesa intenta, não raras vezes, na gigantesca maioria dos casos, a eternização da demanda, cansando e torturando o autor que suporta, integralmente, o ônus da demora do processo, já que deverá esperar até o fim da fase de conhecimento para começar a tentativa de efetivação de seu direito através – àquela época – de uma tortuosa e morosa fase de execução do julgado.

Implementado o instituto da tutela antecipada, o que houve foi a inversão desse ônus, que passou a ser suportado não mais pelo autor, mas pelo réu, haja vista que precisa fornecer o bem da vida pretendido pelo demandante já no início da lide. E o autor, já tendo recebido o bem da vida pleiteado e tão esperado, ou ao menos a parcela mais importante e urgente, poderá aguardar sem toda aquela angústia pelo resultado final do pleito.

Inspirado neste instituto o Código de 2015 trouxe um mecanismo talvez focado em demandas como as ligadas ao direito à saúde, em que a demanda em si nada mais é do que um arrastamento da tutela antecipada até a obtenção de uma sentença que simplesmente a repete, revelando um despropositado desperdício de tempo e dinheiro, tanto das partes, como dos advogados, dos serventuários e dos juízes, situação que não tem mais qualquer razão de ser em nosso ordenamento.

3. OS ARTIGOS 303 E 304 DO NOVO CPC COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Desde a segunda metade do século XX, conforme salientam Delton Meirelles e Fernando Gama, decorreu uma crise do Judiciário causada pela conscientização dos direitos, assim como pelo fácil acesso à Justiça, bem como pelo expressivo aumento da litigiosidade. Nesse período, houve um considerável aumento da atividade forense por conta da crescente judicialização da política e das relações sociais, da dificuldade de interpretação jurídica dos novos conflitos e os consequentes questionamentos dirigidos à legitimidade judicial estatal para dirimi-los (MEIRELLES, MIRANDA, 2009, p. 6396).

Em meio a isso, inúmeros movimentos sociais lutaram para remover os obstáculos ao acesso à tutela jurisdicional plena, tendo sido o Estado, por conseguinte, obrigado a encontrar políticas públicas de inclusão – os chamados movimentos de Acesso à Justiça. Daí o surgimento dos denominados *meios alternativos de resolução de conflitos*, cujo fomento foi uma das soluções indicadas para implementar o acesso à justiça, acima destacado.

O Novo Código de Processo Civil, como assinalado anteriormente, trouxe uma novidade na seara das tutelas de urgência, dentre elas, e é o campo que diz respeito ao trabalho em espeque, a tutela antecipada em caráter antecedente. O tema "TUTELA DE URGÊNCIA" vem tratado no Título II do Livro V ("DA TUTELA PROVISÓRIA"), do Diploma Processual. No referido Título se posiciona o Capítulo II – DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE – sendo iniciado pelo artigo 303, que destaca:

> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Por se tratar de procedimento em que a tutela é postulada em caráter antecedente, o dispositivo acima se inicia justamente com a descrição do momento do requerimento pretendido: "Casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação".

Em seguida, inovando na seara procedimental, o artigo 303 permite ao demandante que apresente uma peça resumida, onde deverá ser requerida a tutela antecipada, indicando-se o pedido de tutela final, com a exposição da lide e do direito que se busca realizar.

Por fim, e como não poderia deixar de ser, o autor deve expor o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, configurando um dos requisitos de todo pedido liminar – o *periculum in mora*.

Referido dispositivo seria inócuo se não viesse acompanhado do rito e das consequências posteriormente apresentadas, como se pode verificar nos parágrafos 1º a 6º, que dispõem:

> Art. 303. (...).
>
> § 1º. Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:
>
> I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;
>
> I- o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;
>
> II - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.
>
> § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

> § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.
> § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.
> § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.
> § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Tal como descrito nos parágrafos oportunamente transcritos, caso seja concedida a liminar pleteiada, o autor deverá aditar sua exordial, complementando sua argumentação e juntando novos documentos (§ 1º, I), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (§ 2º). Aqui, deve-se mencionar, há uma incongruência quanto ao prazo, o que será explicitado após a análise dos parágrafos em comento.

Prosseguindo-se no rito, o réu será citado e intimado para a audiência do art. 334 (conciliação ou mediação), contando-se, a partir daí, o prazo para contestação, caso infrutífera a tentativa de conciliação ou de mediação. Na hipótese de não ser deferida a liminar, o autor terá apenas 5 (cinco) dias para aditar a inicial, sob pena de seu indeferimento e extinção do processo sem mérito.

Inovação maior vem, todavia, descrita no artigo 304 e seus parágrafos, com a estabilidade da decisão liminar. Dispõe o artigo:

> Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
> § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.
> § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.
> § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
> § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
> § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão

> que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.
>
> § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas 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.

O *caput* do art. 304 trata justamente da estabilidade da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, instituto semelhante ao da coisa julgada, caso não seja contra ela interposto recurso pelo réu (§ 1º). Com tal efeito, a decisão é ainda impugnável por meio de ação (§ 2º), mas permanece em um estado de latência por 2 (dois) anos (§ 5º), conservando seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito (§ 3º) proferida na ação de que dispõe o § 2º.

Para instruir a ação de que trata o § 2º, a parte poderá requerer o desarquivamento dos autos onde concedida a liminar, nos termos do § 4º. O § 6º, por fim, estabelece que não fará coisa julgada a decisão que concede a tutela. Ressalva-se, contudo, que a estabilidade dos efeitos da decisão somente será afastada por decisão proferida em ação ajuizada por uma das partes, conforme regulamentado pelo § 2º.

Em vista das novidades trazidas pela nova lei, antes de mais nada não podemos deixar de registrar algumas críticas pontuais ao instituto em apreço e a alguns equívocos cometidos pela comissão de elaboração do novo CPC e pelo legislador ordinário.

O primeiro deles, conforme relatado anteriormente, diz com o fato de que as tutelas de urgência – antecipada e cautelar – deveriam ter recebido tratamento isonômico, tal como estipulado pela Lei 10.444/02, que inseriu o § 7º ao artigo 273, do Código de Processo revogado, e que criou o chamado princípio da fungibilidade da tutela antecipada. A fungibilidade foi repetida (art. 305, parágrafo único), todavia, os ritos, não.Ao estabelecer prazos, ritos e requisitos distintos para a tutela antecipada (artigos 303 e 304) e para a tutela cautelar (artigos 305 a 310), com todas as vênias, não andou bem o legislador que acabou por fazer renascer a inexpugnável discussão anterior à reforma processual de 2002.

Outro ponto de relevante abordagem se encontra no reduzido prazo do art. 303, § 1º, inciso I. Veja que o dispositivo assenta que caso concedida a tutela, o autor deverá aditar a petição inicial em 15 dias ou em prazo maior fixado pelo juiz. Ora, o exíguo prazo de 15 dias culminará no aditamento de todas as petições iniciais a que se refere o procedimento em estudo. Isto porque a decisão somente tornar-se-á estável, daí não sendo necessários nem o aditamento, nem a audiência do art. 334, se o réu, citado e intimado, deixar de interpor recurso (art. 304, *caput*).

Ora, o recurso cabível é o Agravo de Instrumento (art. 1.015, I), quando a decisão for de Primeiro Grau, ou o Agravo Interno (art. 1.021), em hipótese de competência originária, tendo ambos o prazo de 15 dias (art. 1.003, § 5º) úteis (art. 219, todos do CPC). O autor será intimado para aditar antes de o réu ser encontrado, citado e intimado, decorrendo daí que o prazo de 15 dias para o demandante encerrar-se-á antes do prazo de 15 dias para o demandado agravar. Significa dizer que o autor sempre deverá aditar a petição inicial, salvo se o juiz conceder prazo superior, como lhe permite a parte final do art. 303, § 1º, I ("...ou em outro prazo maior que o juiz fixar"), havendo, desse modo, quem defenda que o *termo a quo* para a contagem do prazo de aditamento deveria ser o decurso do prazo recursal para o réu.

Um terceiro aspecto se nota no artigo 304, *caput*, onde o CPC obrigou o réu a recorrer para impedir a estabilidade da decisão. Como prejuízo inicial deste comando, a ideia do Código de retirar a litigiosidade do sistema, permitindo uma tentativa de conciliação ou de mediação antes mesmo de o réu confeccionar sua peça defensiva (art. 334) aqui foi por água abaixo. Se no procedimento comum o réu iria para a audiência do art. 334 sem que seu advogado tivesse estudado todas as teses defensivas possíveis e redigido a defesa, no procedimento em exame, o réu irá para a audiência necessariamente já tendo redigido um recurso, tentando demonstrar todos os motivos pelos quais não deve prevalecer a decisão concessiva da liminar.

A interposição de recurso, especialmente num procedimento simplificado como este, não deveria ser a regra, mas sim a exceção, podendo a estabilidade dos efeitos da decisão ser obstada simplesmente com um pedido de reconsideração, por exemplo, ou até com uma peça defensiva. Fredie Didier Jr., contrariando a literalidade do texto legal, entende que a resposta do réu já teria o condão de inibir a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada. Afirma o autor que quando o réu responde à demanda e/ou recorre da decisão que concede a tutela antecipada, o procedimento comum se desenvolverá normalmente, rumo às suas etapas de saneamento, instrução e decisão (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 604).

Deve ser aqui salientado, por oportuno, que além da possibilidade de estabilização da decisão ante a não interposição do recurso, é possível que as partes negociem a estabilização da tutela antecipada, nos exatos termos do enunciado de nº 32, do Forum Permanente de Processualistas Civis[3].

[3] O Enunciado 32 prevê: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente".

Por derradeiro, faz-se uma crítica à redação disposta no § 6º, do artigo 304, que diz não fazer coisa julgada a decisão estável. Assevera, em seguida, que o *decisum* permanecerá estável, salvo se alterado por meio da ação apontada no § 2º.

Não podemos olvidar o fato de que o prazo para a ação acima se extingue em 2 (dois) anos da ciência da decisão extintiva do feito. Luiz Mourão (2015, p. 06), analisando a controvérsia, salient que com base nos referidos dispositivos legais, conceituamos a coisa julgada como uma "situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros. Atualmente, com os chamados processos sincréticos, podemos dizer que essa proibição também consolida para a fase cognitiva e executiva, separadamente.

Tendo como finalidade a segurança jurídica, a *res iudicata* cria um óbice à repetição de demandas e, com isso, visa impedir a eternização de conflitos, de molde a culminar na paz social. E o art. 304, em que pese a redação de seu § 6º, apresenta uma decisão contra a qual não cabe mais qualquer recurso (a tutela antecipada estável após dois anos da ciência da decisão de extinção do processo), bem como também não pode ser alterado o comando do ato decisório. A sistemática exposta é simples: concedida a tutela e se o réu não recorrer, extinguir- se-á o processo, tornando-se estável a tutela provisória.

Após esta decisão, passados dois anos, se nenhuma das partes intentar a ação de que dispõe o § 2º, a estabilidade será permanente, vale dizer, não será cabível qualquer recurso ou demanda apta a modificar o comando daquela decisão. Daí conclui Mourão (2015, p. 26) que, portanto, tendo como premissa a ideia de que a coisa julgada é a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto (artigos 337, parágrafos 1º e 4º e 502 do novo CPC), em processos futuros, não há dúvida de que a mera possibilidade rediscussão da tutela antecipada, pela repropositura de nova ação, elide a *res iudicata* (artigo 304, parágrafo 2º do novo CPC).

O que temos, desse modo, é uma decisão contra a qual não cabe mais recursos, afirmando o Código, expressamente, que não faz coisa julgada. Mas se, contrariando o que dispõe o § 6º, haja de fato a coisa julgada, seria possível falar em coisa julgada material? Quanto a esse aspecto, forçoso destacar o que dispõe o art. 502, da Lei Processual de 2015: "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

Da simples leitura do dispositivo acima é possível detectar a ausência na decisão

estável permanente (art. 303 c/c 304, caput c/c § 2º c/c § 5º, CPC) de um dos elementos da coisa julgada material: não há decisão de mérito. O legislador ordinário entendeu por bem não definir a decisão de mérito. Porém, levando-se em conta que a lei não contém palavras inúteis, devemos assinalar que o § 3º do artigo 304, do CPC, destaca categoricamente a inexistência de caráter de decisão de mérito da tutela antecipada de que trata o *caput* do art. 303, eis que menciona que "a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º".

Reforçando ainda mais a inevitável existência desta distinção, necessário asseverar que a tutela antecipada é proferida no âmbito da cognição sumária (ou mesmo rarefeita) enquanto que a decisão de mérito está sujeita a uma cognição exauriente do objeto da demanda. E a questão remanescente é: pode ser alterado o conteúdo decisório após o transcurso dos dois anos de que trata § 5º, do art. 304? A resposta é negativa.

De todo modo, para alguns autores, após o decurso do prazo, não haveria coisa julgada material, haja vista que proferida a tutela em cognição sumária, enquanto que outros autores defendem a existência da coisa julgada material, justamente porque a decisão se torna imutável.

Utilizando o procedimento em análise para a entrega de medicamentos ou realização de intervenção cirúrgica, teríamos de traçar o seguinte rito: O autor proporia uma ação onde a petição inicial preencheria os requisitos mínimos dispostos no artigo 303[20], podendo fixar o Magistrado, no caso da concessão da tutela, um prazo para o aditamento da exordial, salvo se for mantido o incongruente prazo de 15 dias disposto no inciso I, do § 1º, do art. 303.

Nesta decisão, o Juízo determinaria, assim, a entrega do medicamento ou a realização de cirurgia. Ao ser citado e intimado para a audiência do art. 334, com a determinação da entrega de coisa certa ou da obrigação de fazer, o réu, caso considerasse ser uma hipótese em que, por critério seu, baseado nos inúmeros precedentes de seu acervo, não devesse seguir adiante, simplesmente deixaria de interpor recurso, momento a partir do qual a decisão que concedeu a tutela tornar-se-ia estável.

Nas demandas com objeto de entrega de direitos ligados à saúde, o réu tanto poderá ser o Poder Público – a União, os Estados e/ou os Municípios, como o particular, como muito ocorre com as operadoras de planos de saúde. Especificamente quanto ao ente público, Delton Meirelles e Fernando Gama (2009, p. 6396) assentam que se é verdade que o processo judicial tem que ser justo não só para o particular mas também para a Administração Pública, não menos certo é dizer que é do interesse do Estado de Direito e, como corolário

natural, também do interesse da Administração Pública a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta premissa deve nortear o pensamento garantista na busca de salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão através de uma tutela judicial efetiva em face da Administração Pública. Os referidos autores dão enfoque, inclusive, para o fato de que nosso ordenamento jurídico é munido de instrumentos processuais capazes de oferecer uma tutela jurisdicional adequada ao cidadão que escape da camisa de força do procedimento judicial ordinário.

Tais instrumentos, segundo apontado no aludido texto, são diferenciados pelo procedimento e pelo provimento, adequando-se perfeitamente ao tema tratado, ao se utilizar um rito especialíssimo como o do art. 303 e 304, do CPC, para a entrega de insumos de saúde e realização de intervenções cirúrgicas.

Podemos assim entender claramente a tutela satisfatica de caráter antecedente como um meio alternativo de solução de conflitos, exigindo uma atuação conjunta das partes, vale dizer, a escolha do procedimento pelo autor, apresentando uma postulação com as características expostas no *caput* do art. 303, do CPC, bem como a resignação do réu que simplesmente deixará de recorrer, levando a decisão a um estado de latência por dois anos (art. 304, § 5º, CPC). O tempo dirá como se comportarão as partes envolvidas, devendo ser debatida novamente essa matéria mais à frente, de modo a sabermos se a tutela antecipada em caráter antecedente trará o necessário efeito de desafogamento do Poder Judiciário em caráter dessa natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se extrai do presente texto é que o direito à saúde foi uma garantia do indivíduo conquistada a duras penas ao longo de nossa história, passando de um Estado absenteísta para um ordenamento que atende ou, ao menos, tem o dever de atender o jurisdicionado enfermo.

A evolução culminou com uma Constituição que trouxe uma série de dispositivos cuidando dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, fomentando a atuação do Estado nesse departamento, inclusive com a edição de Lei Ordinária específica sobre o tema.

Nos idos de 1994, o Código de Processo Civil foi modificado para nele ser inserido um poderoso instrumento de inversão do ônus do tempo do processo, com a entrega imediata do bem da vida logo no início do feito.

Com a instituição do Novo CPC, o legislador ordinário foi um passo à frente para trazer um mecanismo também célere, mas que permite o término prematuro do processo,

extinguindo-o logo após a concessão da medida liminar, o que em muito poderá contribuir para a redução do volume exacerbado de feitos em trâmite no Judiciário.

Espera-se que, diferentemente do que ocorreu com a ação monitória, que a sistemática da tutela antecipada em caráter antecedente não seja letra morta, vale dizer, não se transforme em um rito que se inicia de forma distinta, mas que por ausência de modificação do comportamento litigioso dos demandados, siga para o procedimento comum.

O que se deseja é que o instituto seja efetivamente utilizado e que o Poder Público e o particular, quando demandados em ações que envolvam o direito à saúde, criem critérios para a escolha das demandas nas quais seus patronos devam deixar de recorrer justamente para provocar a estabilização da decisão concessiva da liminar.

A própria experiência dos processos em que já atuam lhes permitirá ter uma ampla noção de que apenas excepcionalmente possa ser vantajoso dar continuidade a um processo de tal natureza.

Sabe-se que o novo texto processual veio para tentar modificar pensamentos, vale dizer, foi criado com o manifesto propósito de quebrar paradigmas e de trazer o diálogo e o fim da premissa litiosa às demandas.

Por ser meio alternativo de resolução de conflitos, deve-se primar para que o instituto seja utilizado em toda a sua magnitude, de forma a possibilitar um trâmite processual dos mais céleres, com a extinção e o arquivamento do feito em poucos meses.

O tempo é aqui crucial para que se possa identificar se o instituto terá ou não a eficácia pretendida, daí a necessidade de seu aprofundado exame e difusão para que os autores passem a postular seu bem da vida através do sistema previsto nos artigos 303 e 304, do CPC, e os réus entendam a finalidade da medida com a consciência de que seu sucesso depende intrinsicamente da atitude que adotarem no feito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL**,** STF. RE 855.178. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 05.08.2015. Dje 16.03.2015.

BRAGA, José Carlos de Souza Braga; PAULA, Sergio Goes de. Saúde e previdência. São Paulo: Hucitec, 1981.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica

Jurídica, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.
DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodium, 2009.
DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodium, 2016.
DINAMARCO, Cândido Rangel . A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.
DOMINGUES FILHO, João Batista. Planejamento governamental e democracia no Brasil. Uberlândia: EDUFU, 2007.
FUX, Luiz. Novo Código de Processo Civil TEMÁTICO. São Paulo. Mackenzie, 2015.
LOPES, João Batista. Tutela antecipada no processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
MARINONI, Luiz Guilherme, Antecipação de Tutela, 10ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.
MEIRELLES, Delton R. S.; MIRANDA Netto, Fernando Gama, Meios Alternativos de Resolução de Conflitos Envolvendo a Administração Pública. *XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá*. Fundação Boiteux, 2009, p. 6396.
MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada. Revista Consultor Jurídico, 6 de julho de 2015, 7h39. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada. Acessado em 29/11/2016.
RESENDE, Vera Lúcia Pereira. Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988. 2006.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conheciemento. 47. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
TJ/RJ. Agravo Interno no AI nº 0039840-90.2015.8.19.0000. 3ª Câm. Cív. Rel. Des. Renata Machado Cotta. Pub. 04.09.2015. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004707C7BB222BBECF94A3A215CCF9F0085C504213C623D&USER=. Acessado em 29/11/2016.