

LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE, UMA RELEITURA NECESSÁRIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE

LIS PENDENS IN HEALTH ACTIONS, A NECESSARY REVIEW OF THE TRIPLE IDENTITY

Jordana Pereira Lopes Goulart¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Litispêndência; 1.1 Conceito, requisitos e finalidade; 2 Litispêndência nas ações de saúde; 2.1 Solidariedade passiva entre os entes federativos e *forum shopping*; 2.2 A necessária flexibilização da identidade das partes nas ações de saúde; 2.3 Litispêndência *versus* conexão; 2.4 Análise de casos concretos; Conclusão; Referências.

RESUMO

Diante do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da solidariedade passiva dos entes públicos nas demandas prestacionais na área da saúde, surge a possibilidade de ajuizamento concomitante pela mesma parte autora de diversas ações em face de qualquer dos entes federados (União, Estado, Município e Distrito Federal) com idênticos pedido e causa de pedir em juízos distintos. Em razão disso, o presente artigo objetiva demonstrar que a análise estritamente formal e rígida do critério da tríplice identidade para fins de caracterização da litispêndência, sobretudo no tocante à identidade do polo passivo, é insuficiente para solucionar problemas de identidade de demandas no âmbito da judicialização da saúde, sendo necessário, além de uma releitura do polo passivo, considerando o Ente Público em sentido amplo, aplicar o critério da identidade da relação jurídica, a fim de se verificar se há ou não repetição de ações idênticas em determinado contexto. Pretende-se, assim, atender à finalidade do instituto da litispêndência, coibir condutas processuais abusivas e, principalmente, evitar desperdício de dinheiro público.

PALAVRAS-CHAVE: Litispêndência. Tríplice identidade. Ações de saúde. Solidariedade passiva. Estado.

ABSTRACT

In view of the consolidated understanding of the Supreme Court about the passive solidarity of public entities in the health demands, there is the possibility of concurrent filing by the same plaintiff of several actions in the face of any of the federated entities (Union, State, Municipality and Federal District) with identical request and cause of action in different courts. As a result, this article aims to demonstrate

¹ Especialista em direito material e processual do trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

that the strictly formal and rigid analysis of the triple identity criterion for purposes of characterizing lis pendens, especially regarding the identity of the passive pole, is insufficient to solve problems of identity of demands within the scope of judicialization health, being necessary, in addition to a re-reading of the passive pole, considering the State in a broad sense, to apply the criterion of the identity of the legal relationship, in order to verify whether or not there is a repetition of identical actions in a given context. It is intended, therefore, to serve the purpose of the lis pendens institute, to prevent abusive procedural conduct and, above all, to avoid wasting public money.

KEYWORDS: Lis pendens. Triple identity. Health actions. Passive solidarity. State.

INTRODUÇÃO

O aumento substancial e crescente da judicialização do direito à saúde é um fenômeno conhecido por toda sociedade jurídica, notadamente por aqueles que atuam na defesa dos entes públicos.

De acordo com a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demandas dessa natureza registraram um aumento de 130% entre 2008 e 2017, sendo que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50% (HERCULANO; MELO, 2019).

Diante desse cenário e do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (RE 855178 – tema 793²) acerca da responsabilidade solidária dos entes públicos nas demandas prestacionais na área da saúde, surge a possibilidade de ajuizamento pela mesma parte autora de diversas ações em face de qualquer dos entes federados (União, Estado, Município e Distrito Federal) com idênticos pedido e causa de pedir em juízos distintos.

Constata-se, assim, que nas ações de saúde há diversos foros concorrentes para o conhecimento e julgamento da causa a depender do ente que comporá o polo passivo, o que pode ensejar o abuso do denominado pela doutrina de direito internacional de *forum shopping*, além da tramitação concomitante de processos com idêntico objeto litigioso relativos ao mesmo autor.

Advém daí o questionamento acerca da caracterização ou não da litispendência entre demandas judiciais ajuizadas pela mesma parte autora, com iguais pedido e causa de pedir, em face de entes públicos diversos.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é demonstrar que a análise estritamente formal e rígida do critério da tríplice identidade para fins de caracterização da litispendência é insuficiente para solucionar problemas de identidade de demandas no âmbito da judicialização da saúde, sendo necessário, além de uma releitura do polo passivo, considerando o Ente Público em sentido amplo, aplicar o critério da identidade da relação jurídica, a fim de se verificar se há ou não repetição de ações idênticas em determinado contexto.

2 Tese de repercussão geral fixada: 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.

De início, a metodologia utilizada consiste numa análise teórica do instituto da litispendência: conceito, requisitos e finalidade e, especificamente, da litispendência nas ações de saúde, atentando-se à solidariedade passiva dos entes federados e ao *forum shopping* existente nessas ações.

Posteriormente, apresenta-se a incompletude do critério da tríplice identidade para configuração da litispendência em demandas dessa natureza, propondo-se uma flexibilização da identidade das partes para fins de sua caracterização, tal como ocorre nas ações coletivas, bem como a aplicação complementar da teoria da identidade da relação jurídica. E, ainda, é feito um estudo comparativo entre os institutos da litispendência e da conexão e de seus efeitos jurídicos, visando identificar qual deles melhor se ajusta à relação das demandas em foco.

Por fim, tem-se uma exposição de decisões judiciais que abordaram a problemática ora tratada, a fim de se verificar qual a solução dada em cada caso e qual a solução jurídica que mais se harmoniza aos princípios processuais constitucionais e à finalidade do instituto da litispendência.

1. LITISPENDÊNCIA

1.1. Conceito, requisitos e finalidade

No direito processual civil brasileiro, o instituto da litispendência possui dupla acepção³, sendo: a) o marco a partir do qual pende a lide, previsto no artigo 240⁴ do Código de Processo Civil – CPC e; b) pressuposto processual negativo, que obsta a coexistência de mais de um processo com a mesma demanda, conforme artigo 337, §§1º, 2º e 3º, CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 269).

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 269), “pende a lide para o demandado a partir da citação válida. Para o demandante, já existe a litispendência desde que proposta a ação (arts. 284 e 312, CPC)”.

Embora os significados sejam distintos, eles se relacionam, pois, havendo processo pendente (litispendência), o réu novamente demandado informa ao juízo do novo processo a pendência de ação com o mesmo conteúdo, ou seja, alega a existência de um pressuposto processual negativo, o que ensejará sua extinção sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC (DIDIER; ZANETI, 2013, p. 180).

A extinção do processo por litispendência ou coisa julgada se dá por conta da vedação do *bis in idem*. Isso porque o sistema processual não admite que haja uma ilegítima duplicação de atividades processuais em torno do mesmo objeto (CÂMARA, 2017).

É importante salientar que, ainda que o demandado não suscite a ocorrência de litispendência, esta poderá ser reconhecida pelo juiz, pois trata-se de matéria cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (artigo 485, §3º, CPC).

3 No mesmo sentido leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 554 e 555): “o termo ‘litispendência’ é equívoco, podendo significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (mesma ação)”.

4 *In verbis*: “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

Em que pese seja cediço que o pronunciamento judicial que extingue o processo sem resolução do mérito não obsta uma nova propositura da ação, no caso de extinção em razão de litispendência, o ajuizamento da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito, conforme preceitua o artigo 486, *caput* e §1º do CPC.

No tocante aos requisitos para sua caracterização, verifica-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada (artigo 337, §1º, CPC), isto é, quando se repete ação que está em curso (artigo 337, §3º, CPC). O que a distingue da coisa julgada é que essa se dá quando há repetição de ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado (artigo 337, §4º, CPC).

A identidade de ações é aferida mais comumente nos termos positivados pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 337, §2º, com base no *critério da tríplice identidade* entre os elementos da demanda: *mesmas partes, causa de pedir e pedido*.

Como bem esclarecido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 363): “A identidade de partes que se exige é a identidade jurídica e não necessariamente a identidade física. Interessa para identificação e semelhança entre as ações a qualidade jurídica com que a pessoa se apresenta no processo.”

A causa de pedir, por sua vez, deve ser idêntica à outra em seu aspecto próximo (fundamentos jurídicos) e em seu aspecto remoto (fatos jurídicos) e o pedido, tanto em seu aspecto imediato (providência jurisdicional) como no mediato (bem da vida) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 363).

Cumprе ressaltar que a averiguação escoreita da caracterização ou não de repetição de processos idênticos é imprescindível para que o instituto da litispendência cumpra com sua finalidade, que é garantir economia processual, harmonização de julgados e segurança jurídica.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 585):

Não há qualquer sentido na manutenção de dois processos idênticos, com realização duplicada de atos e gasto desnecessário de energia. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de desprestígio ao Poder Judiciário, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de incompatibilidade lógica ou prática dos julgados contrários.

Com efeito, o encerramento do segundo processo em casos de litispendência e coisa julgada, bem como a reunião de processos em casos de conexão e continência, representam uma típica aplicação do princípio da economia processual, o qual preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais (GRINOVER, 2019, p. 1149).

De acordo com Antônio Gidi (1995, p. 223), a finalidade do instituto da litispendência é impedir a coexistência de decisões conflitantes.

Portanto, a litispendência visa evitar o conflito prático e lógico de julgados, que desprestigia o Judiciário e cria situações de injustiça, violando assim o princípio da segurança jurídica.

O referido princípio, de acordo com Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 103), pode ser distinguido em dois sentidos, a saber, “a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.”

Diante disso, a existência de decisões conflitantes em processos idênticos infirma a segurança que deriva da previsibilidade das decisões e, por isso, deve ser evitada.

Fixadas as premissas teóricas acerca do instituto, passa-se ao estudo específico da caracterização da litispendência nas ações de saúde, considerando as múltiplas possibilidades de composição do polo passivo, em razão da solidariedade dos entes federados na prestação de serviços de saúde.

2. LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE

2.1. Solidariedade passiva entre os entes federativos e *forum shopping*

Prevista como um direito social fundamental na Constituição Federal de 1988 (artigo 6º), 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 atendimento integral, conforme estabelecem os artigos 196 e 198, II, do texto constitucional.

Diante do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e de sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º, da CF)⁵, atrelado à promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde; à escassez de recursos públicos (subfinanciamento do sistema público de saúde) e à gestão deficiente, em razão da falta de coordenação entre os vários serviços; somados a uma concepção equivocada de que se trata de um direito ilimitado⁶; tem-se verificado um aumento crescente nas ações judiciais⁷ em face dos entes públicos, nas quais se pleiteiam o fornecimento de medicamentos, tratamentos, leitos hospitalares, equipamentos, dentre outros serviços de saúde.

As ações objeto do presente artigo são, portanto, ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Em virtude da instituição pela Constituição Federal de 1988 de um *federalismo solidário*, ante a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CF, artigo 23, II), o plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE, fixou a seguinte tese de repercussão geral (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

5 Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 155 e 156): “Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível.”.

6 Acerca da ausência de direito absoluto à saúde, Gilmar Mendes (2015, p. 661) leciona que: “Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.”.

7 Atualmente, são mais de dois milhões de ações sobre saúde, de acordo com dados recentes do Relatório Justiça em Números, do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/#:~:text=Atualmente%2C%20s%C3%A3o%20mais%20de%20dois,%2C%20mas%20negligenciados%20pelo%20Estado>. Acesso em: 9 jan. 2021.

de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (grifou-se)

Embora tenha havido uma ressignificação da solidariedade⁸ que vai além do seu universo no âmbito do direito privado, ante a própria previsão constitucional dos critérios de hierarquização, descentralização e regionalização do SUS, extrai-se da tese acima que os entes federados (União, Estados e Municípios) podem ser demandados solidariamente⁹ como litisconsortes passivos nas demandas em que se pleiteia o fornecimento de tecnologias de saúde pelo SUS, confirmando a antiga jurisprudência do STF, externada na STA 175¹⁰ e suspensão de segurança 3355¹¹.

Logo, o polo passivo pode ser composto por qualquer um dos entes federados, isoladamente, ou conjuntamente, competindo à parte autora a escolha¹², o que repercutirá diretamente no foro competente para processamento e julgamento do feito.

Face à existência de foros concorrentes, isto é, diversos foros em princípio competentes para processar e julgar as ações de saúde a depender do ente federado contra o qual será ajuizada a ação, o autor exercita aquilo que já se denominou de *forum shopping*: a escolha do foro pelo demandante (DIDIER, 2017, p. 232).

Segundo Mateus Fernandez Xavier (2016, p. 182), de forma resumida e no âmbito do direito internacional, pode-se definir *forum shopping* como a seleção estratégica de um tribunal para julgamento de um caso concreto, e/ou a decisão de se proceder com litigação paralela em diferentes cortes internacionais, e/ou a decisão de levar adiante demanda seriada em diferentes tribunais.

No mesmo sentido, para Solano de Camargo (2015, p. 77): “o conceito de *forum shopping*, de uma forma geral, relaciona-se a uma faculdade de se escolher uma jurisdição para se demandar, em hipóteses em que haja competência internacional concorrente”. Franco Ferrari cita decisão italiana proferida no Tribunal de Rimini, que conceitua *forum shopping* como a atividade que visa a alcançar a jurisdição mais favorável aos interesses do demandante (apud CAMARGO, 2015, p. 77).

8 Conforme se extrai do item “1.5. Conclusão do voto” do Min. Edson Fachin (p. 36 do acórdão), o assunto solidariedade foi melhor definido. Veja-se: Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário; iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;

9 A responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento de saúde é objeto de proposta de súmula vinculante (PSV n. 4).

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na suspensão de tutela antecipada - STA 175 AgR/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 30/04/2010.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na suspensão de segurança - SS 3355 RN. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 30/04/2010.

12 Não será objeto deste artigo a discussão acerca da obrigatoriedade do ente público responsável pela prestação em saúde pleiteada figurar no polo passivo da demanda e da possibilidade de o magistrado determinar a correção do polo passivo, a fim de viabilizar o direcionamento do cumprimento da obrigação ao ente responsável, bem como eventual ressarcimento financeiro, conforme restou assentado na tese de repercussão geral fixada no tema 793 do STF, em especial, no voto do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão.

Como bem exemplifica Clenio Jair Schulze (2018, p. 22-23):

No âmbito da Judicialização da Saúde o *forum shopping* tornou-se um lugar comum. Por várias razões:

Em primeiro lugar porque o autor do processo pode escolher em face de quem a demanda será ajuizada. Se a ação for intentada em face da União, o Juízo competente será o Federal. Se tal ente não participar da lide, o processo tramitará na Justiça Estadual.

Em segundo lugar, se a União participar, além do Município de residência, é possível escolher entre ajuizar a ação na capital federal (Brasília) ou na capital do estado de origem do autor da ação.

Em terceiro lugar, já é possível saber antecipadamente se o Juiz tem um posicionamento favorável ou não ao pleito. Há algoritmos criados por intermédio da Jurimetria e da Inteligência Artificial que indicam quantos processos sobre a mesma questão já foram julgados procedentes pelo mesmo magistrado. Assim, se há posição favorável o advogado do autor construirá algum argumento para que este Juiz seja o competente para julgar o seu processo.

Em quarto lugar, não é incomum encontrar situações em que a parte pede desistência do processo em razão do indeferimento da liminar e fomenta nova ação perante outro Juízo, em razão de alteração do demandado (exclui ou inclui a União, de modo a afastar ou atrair a competência da Justiça Federal).

Não se pode olvidar que a escolha do foro dentre aqueles que “em tese” são competentes é um direito potestativo do autor. Todavia, o exercício desse direito não pode extrapolar os limites da boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito. Nesse sentido:

É compreensível que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé. (DIDIER, 2017, p. 232)

Diante dessa multiplicidade de foros competentes nas demandas de saúde, o autor pode ajuizar ações com mesmo pedido e causa de pedir em juízos distintos, que tramitarão em paralelo, porém cada uma em face de um ente público diverso. E mais, pode condicionar o prosseguimento de determinado processo ao resultado obtido no outro, desistindo daquele cuja decisão lhe foi desfavorável.

Conclui-se, assim, que um mesmo indivíduo pode ajuizar três ações distintas, uma contra a União, outra contra o Estado ou Distrito Federal, e uma terceira contra o Município, todas elas deduzindo a mesma pretensão (DRESCH; GEBRAN, 2015).

A questão que se coloca, objeto de análise no tópico seguinte, é: restaria caracterizada a litispendência entre essas ações, já que não há uma perfeita e formal identidade subjetiva quanto ao polo passivo?

2.2. A necessária flexibilização da identidade das partes nas ações de saúde

Imagine-se a seguinte situação hipotética: João ajuizou uma ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência em face da União perante o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande pleiteando o fornecimento do medicamento “X”, em virtude de ser portador da doença “Y”. Meses depois, ajuizou outra ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência em face do Estado de Mato Grosso do Sul perante o Juizado Especial da Fazenda Pública de Campo Grande requerendo o fornecimento do medicamento “X”, por ser portador da doença “Y”.

Pode-se falar que as citadas ações são idênticas e, por isso, haveria litispendência?

Com base na teoria da tríplice identidade positivada pelo Código Processual Civil Brasileiro para fins de definição e caracterização da litispendência (artigo 337, §§1º e 2º), não há controvérsia quanto à identidade do pedido e da causa de pedir, eis que o fato que ensejou a pretensão autoral é exatamente o mesmo.

O impasse está na suposta identidade das partes. Considerando o conceito processual de partes como os sujeitos parciais do processo, aqueles que participam em contraditório da formação do resultado do processo (CÂMARA, 2017), não há uma identidade formal, física entre as partes processuais integrantes do polo passivo das ações, já que um é composto pela União e outro pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

No entanto, tal como pontuado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Miti-diero (2015, p. 363), a identidade das partes deve ser aferida a partir da análise da relação jurídica de direito material controvertida, ou seja, consideram-se partes os titulares dos interesses em litígio, a exemplo do que ocorre nas ações coletivas e no mandado de segurança impetrado em face de autoridades coatoras distintas integrantes da mesma pessoa jurídica, conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDENTIDADE DE BENEFICIÁRIOS. LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, nas ações coletivas, para análise da configuração de litispendência, a identidade das partes deve ser aferida sob a ótica dos possíveis beneficiários do resultado das sentenças, tendo em vista tratar-se de substituição processual por legitimado extraordinário.

2. Recurso especial provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1726147/SP. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 14/05/2019. DJe 21/05/2019) (grifou-se)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IDENTIDADE ENTRE PEDIDO, CAUSA DE PEDIR E PARTES. LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO V, DO CPC.

I - A razão de ser do instituto da litispendência é evitar que a parte ingresse com duas ações judiciais buscando o mesmo resultado, o que, em regra, ocorre quando o postulante formula, em face do mesmo sujeito processual, idêntico pedido, fundado na mesma causa de pedir.

II - No mandado de segurança, “a autoridade coatora é um fragmento da pessoa jurídica de direito público interessada, e, se dentro dela há legitimidade passiva de mais de uma autoridade coatora, logo há identidade de parte para efeito de caracterizar litispendência e coisa julgada”. Precedente: RMS 11.905/PI, Rel. 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 23/08/2007.

III - In casu, resta evidenciada a tríplice identidade entre partes, pedidos e causa petendi em relação a ações intentadas pelo recorrente, razão pela qual o presente processo merece, consoante entendimento da c. Corte a quo, ser extinto, sem julgamento

do mérito, ex vi do art. 267, inciso V, do CPC. Recurso ordinário desprovido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Mandado de segurança 30595 RJ 2009/0190376-0. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 18/03/2010. DJe 05/04/2010) (grifou-se)

Acerca da caracterização da litispendência nas ações coletivas, ainda que o polo ativo seja composto por legitimados diferentes, Ada Pellegrini Grinover (2019, p. 1377-1379) leciona sobre a importância de se *determinar o objeto do processo trazido pelo demandante, conforme a causa de pedir e o pedido contidos na inicial*:

Tomando-se o confronto entre a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, parece inafastá-

vel que, entre ambas, pode existir identidade; parcial ou até mesmo total. *É evidente que entre uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público, e outra, intentada por uma associação, tendo ambas o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, haverá relação de litispendência.* Mas esta identidade de demandas também pode ocorrer entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, ou até entre uma ação civil pública e uma ação popular: conforme já tive oportunidade de observar, na ação civil pública intentada para a defesa da moralidade pública e a ação popular constitucional, por exemplo, poderá haver conexão (identidade de pedido ou causa de pedir – art. 55 do NCPC, correspondente ao art. 103 do CPC/1973), ou continência (se um pedido for mais amplo do que outro – art. 56 do NCPC, correspondente ao art. 104 do CPC/1973): aqui, também, *a pedra de toque para o exame dos nexos entre as ações é dada pela análise do pedido e da causa de pedir. Por outras palavras, o que importa nesses casos, conforme sempre oportuna lição de Kazuo Watanabe, é verificar “o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso”* (v. retro, comentários ao art. 81, n° 7).

(...)

Tais considerações, como visto, podem ser feitas a propósito de diferentes ações populares, de diversas ações civis públicas, de distintos mandados de segurança coletivos ou, ainda, no cotejo de umas com outros: *a diversidade subjetiva do autor; substituto processual da coletividade, não infirma, de modo algum, a ocorrência de fenômenos como os da conexão, continência ou mesmo da litispendência. O que importa é determinar o objeto do processo trazido pelo demandante, conforme a causa de pedir e o pedido contidos na inicial. A partir desses elementos é que será possível aferir o fenômeno da identidade – total ou parcial –, impondo providências que impeçam duplicidade ou desarmonia de julgamentos, previstas nos arts. 54 a 59 (correspondem aos arts. 102 a 106 do CPC/1973) e 485, V, do NCPC (correspondente ao art. 267, V, do CPC/1973).* (grifou-se)

Nesse sentido é a posição de Antônio Gidi (1995, p. 218-219):

Poder-se-ia argumentar que não haveria litispendência entre duas ações coletivas em defesa de um mesmo direito material, se interpostas por diferentes legitimados (dentre aqueles constantes no art. 5° da LACP ou art. 82 do CDC). Afinal, dir-se-ia, ainda que a causa de pedir e o pedido sejam os mesmos, as partes não o seriam. Em que pese o fato de as pessoas não serem empiricamente as mesmas, entendemos que, para efeito de legitimidade, litispendência, efeitos da sentença e sua imutabilidade (autoridade da coisa julgada), juridicamente, trata-se da mesma parte. Por outro giro, as partes são consideradas as mesmas pelo direito positivo, muito embora, empiricamente, no mundo naturalístico, não o sejam.

Corroborando a tese, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 181) lecionam que:

Assim, é possível que uma mesma ação coletiva possa ser proposta por diferentes legitimados ativos. É possível, portanto, que haja litispendência sem identidade entre as partes autoras. A identidade de parte autora é irrelevante para a configuração da litispendência coletiva (no caso de ação coletiva passiva, essa irrelevância dirá respeito ao polo passivo do processo).

Em sentido diverso, pequena parte da doutrina, a exemplo de Fernando Gajardoni (2012, p. 94), sustenta que a identidade de parte formal, ainda que haja identidade da parte material (na verdade, dos titulares do direito material tutelado pela ação), “é indispensável para a ocorrência da litispendência e para a extinção dos processos assim considerados”.

Defende, assim, que a melhor posição é a que afasta a ocorrência da litispendência e reconhece a conexão (com determinação para julgamento conjunto ou suspensão de parte das ações semelhantes).

Todavia, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e no Projeto de Lei nº 5.139/2009¹³, da Câmara dos Deputados, a diferença de legitimados ativos não é empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos, o que significa que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação (GRINOVER, 2019, p. 1149).

¹³ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5EC3302CBD621D965E3FC-C17DA074D76.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009. Acesso em: 17 jan. 2021.

A razão subjacente ao entendimento exposto é coibir a existência de julgados contraditórios e a movimentação desnecessária do judiciário repetidas vezes para obtenção de idêntica tutela jurídica em favor dos mesmos beneficiários, tendo em vista que nas ações coletivas a legitimação ativa é extraordinária (o legitimado age em nome próprio defendendo interesse da coletividade), concorrente (há vários legitimados) e disjuntiva (qualquer um deles pode propor sozinho a demanda coletiva) (DIDIER; ZANETI, 2013, p. 181).

Embora não se tratem de ações coletivas, o que se propõe é a aplicação desse mesmo raciocínio às ações de saúde para fins de caracterização da litispendência.

Isso porque, como visto, nas ações coletivas a discussão quanto à identidade das partes se dá em relação ao polo ativo, já nas ações individuais de saúde a dúvida surge quanto ao polo passivo, devido à legitimidade passiva concorrente e disjuntiva dos entes federados em razão da solidariedade, de acordo com o tema 793 do STF.

Assim, a diversidade subjetiva formal de um dos polos não pode impedir a caracterização do instituto, devendo-se analisar as partes em sentido material (titulares dos interesses em litígio) e o objeto litigioso do processo.

Desse modo, exclusivamente para fins de análise de replicação de demandas idênticas e aplicação dos institutos processuais daí decorrentes, é imperioso que haja uma releitura da identidade das partes em relação ao polo passivo da ação para que, independentemente do ente federado demandado, seja considerado o Ente Público em sentido amplo, como consta na previsão expressa do artigo 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do *Estado* (...)” e no art. 2º da Lei n. 8.080/90: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o *Estado* prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Tal tese fundamenta-se no fato de que cada um dos entes federados (Estados, Municípios e União) é parte integrante de um todo, denominado Estado, o qual é obrigado pela prestação do conjunto de ações e serviços de saúde, que, embora integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituem um sistema único. Da mesma forma em que “a autoridade coatora é um fragmento da pessoa jurídica de direito público interessada, e, se dentro dela há legitimidade passiva de mais de uma autoridade coatora, logo há identidade de parte para efeito de caracterizar litispendência e coisa julgada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança 30595 RJ 2009/0190376-0. Relator: Min. Felix Fischer. DJe 05/04/2010).

Então, seja a demanda ajuizada contra o Estado (em sentido estrito) ou contra a União ou mesmo contra o Município, a pretensão jurídica da parte autora é uma só: o fornecimento de tratamento de saúde pelo Poder Público através do SUS; e os titulares dos interesses em litígio também são os mesmos, sendo de um lado o autor e do outro, o Ente Público em sentido amplo.

Ademais, independentemente de qual ente figure na relação processual, os três entes federados poderão ser atingidos pela decisão judicial, pois, a depender do caso, os demais podem ser compelidos a ressarcir financeiramente o ente que efetivamente cumpriu a obrigação, conforme as normas administrativas de repartição de competências no âmbito do SUS.

Ainda que se defenda que pela teoria da tríplice identidade a litispendência não estaria configurada, já que não há coincidência dos três elementos da demanda, deve-se aplicar a teoria da identidade

da relação jurídica, difundida por Savigny (apud TUCCI, 2009, p. 231), baseada na coincidência de determinado relacionamento jurídico entre dois sujeitos, para solucionar o problema da identificação de ações.

Sobre o assunto, o professor José Rogério Cruz e Tucci (2009, p. 232) discorre que, a despeito da adoção expressa pelo nosso código da teoria da tríplice identidade, “não pode restar dúvida de que a doutrina e a jurisprudência devem procurar soluções para determinadas questões que extravasam os lindes daquela.”

E propõe que, diante de tais situações excepcionais que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, devem ser observadas duas regras quanto à sua incidência prática, quais sejam: a) o critério da tríplice identidade não é absoluto, mas, sim uma boa “hipótese de trabalho”; b) e quando o citado critério for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser empregada, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica (TUCCI, 2009, p. 232-233).

Com efeito, essa é uma situação que demonstra a incompletude da teoria consagrada pelo CPC e que sua aplicação exclusiva possibilita a existência de demandas substancialmente iguais mas processualmente distintas.

Diante disso, é possível concluir que, mesmo que as ações sejam compostas por entes diferentes, se houver coincidência do pedido, da causa de pedir e da parte autora, as demandas serão idênticas para fins de caracterização da litispendência ou da coisa julgada, eis que o conteúdo da relação jurídica material existente no processo é o mesmo: a obrigação de fornecimento pelo Poder Público através do SUS de determinada prestação em saúde.

A esse respeito, asseveram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 180):

Essa definição de *litispendência* é correta, mas é *insuficiente*. A *tríplice identidade* dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência. Trata-se do exemplo mais claro do fenômeno. Mas não é o único.

Há litispendência quando pendem processos com mesmo conteúdo. A mesma *situação jurídica controvertida* é posta em mais de um processo para ser resolvida. Enfim, há litispendência quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo.

Caso esse não seja o entendimento adotado, é possível vislumbrar situações de potencial violação ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII e XXXVII, da CF/88), eis que, dispondo a parte da faculdade de demandar perante diversos juízos (*forum shopping*) e sem a possibilidade de caracterização da litispendência, poderia formular idênticos pedidos em paralelo em face de entes diferentes, escolher qual a decisão mais favorável para o seu caso e desistir das demais ações em andamento ou, ainda, não desistir de nenhuma delas para ampliar a garantia de atendimento ao seu pedido e aguardar em qual se dará o cumprimento em primeiro lugar.

Essa conduta, que ultrapassa os limites da boa-fé, configurando abuso de direito, acarreta superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos.

E mais, gera um verdadeiro caos no sistema público de saúde com aquisições em duplicidade, haja vista que diversos entes movimentariam suas máquinas administrativas para cumprimento de inúmeras decisões atinentes ao mesmo medicamento destinado à mesma pessoa, ocasionando desperdício de dinheiro público.

Desnecessário enfatizar que isso representa a prática duplicada de atos processuais pelo Judiciário para o mesmo fim em total divergência à economia processual, gera um risco de prolação de decisões contraditórias culminando, no caso concreto, em incompatibilidade prática dos julgados, bem como imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Dessarte, para garantir observância ao princípio do juiz natural, devido processo legal, coisa julgada, boa-fé, segurança jurídica, economia processual, harmonização dos julgados e, sobretudo, evitar desperdício de dinheiro público, afigura-se imprescindível o reconhecimento da litispendência entre demandas judiciais ajuizadas pela mesma parte autora, com iguais pedido e causa de pedir, em face de entes públicos diversos, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, consoante determina o artigo 485, V, do CPC.

2.3 Litispendência *versus* Conexão

Diante do que fora exposto, poder-se-ia questionar se a relação entre as ações individuais de saúde ajuizadas pelo mesmo autor, com idênticos pedido e causa de pedir em face de entes federados distintos não se enquadraria no conceito de conexão em detrimento da caracterização da litispendência aqui defendida, uma vez que, segundo o artigo 55 do CPC, “reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

Embora a citada relação entre as demandas de saúde, aqui tratadas, se aproxime da conexão, parece ajustar-se melhor ao instituto da litispendência, pois a conexão decorre da identidade parcial dos elementos da lide deduzida nos diversos processos e pressupõe, portanto, a existência de duas ou mais causas diferentes, enquanto a litispendência pressupõe a pendência de duas ou mais causas iguais.

Segundo lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 183), “a observação é importante, principalmente para que se evite a repositura de demanda que já fora julgada”.

Como se trata de repetição de ações pleiteando pretensão idêntica em favor do mesmo autor, elas são, antes e, mais que conexas, essencialmente idênticas, seja em razão de se considerar o polo passivo integrado pelo Ente Público (em sentido amplo), aplicando-se assim a teoria da tríplice identidade, seja em virtude da incidência subsidiária do critério da identidade da relação jurídica.

Esse ponto é de extrema relevância, pois o entendimento de que não se trata de ações iguais poderia levar à ideia de serem conexas, que não é a solução mais adequada, além de ensejar situações de violação à segurança jurídica e à coisa julgada, já que bastaria ao autor, diante de uma decisão de improcedência, repropor a mesma demanda de saúde, rediscutindo questões já submetidas à apreciação do Poder Judiciário através da indicação de outro legitimado para compor o polo passivo do novo processo.

Tudo isso, além de contrariar a segurança jurídica que se traduz na estabilidade das relações definitivas (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 103), vai de encontro a um dos escopos da jurisdição¹⁴ que é a pacificação social, ao incentivar que o litígio seja rediscutido.

¹⁴ Segundo lições de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 2), “A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.”

Outrossim, como afirma Fredie Didier Jr. (2017, p. 259), “a conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a modificação da competência relativa, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas”, a fim de promover a eficiência processual e evitar a prolação de decisões conflitantes.

Em que pese o efeito principal da conexão seja a reunião dos processos, se esta não for possível ou conveniente, poderá ser determinada a suspensão de um deles para evitar decisões contraditórias (NEVES, 2016, p. 208).

Observa-se que, no âmbito das ações individuais de saúde ora analisadas, a reunião dos processos de ações conexas para decisão conjunta (artigo 55, §1º, CPC) ou até mesmo a suspensão de um deles não seria útil à economia processual, já que a tramitação concomitante de ações exatamente com o mesmo fim, ainda que reunidas em um único juízo, representa inútil dispêndio de atividade jurisdicional. Ademais, não solucionaria o problema da mobilização desnecessária de máquinas administrativas distintas para a consecução do mesmo objetivo.

Além disso, não se pode olvidar o óbice à reunião dos processos para julgamento conjunto quando se estiver diante de ação ajuizada em face do Estado e/ou Município perante a Justiça Estadual e outra ação com iguais elementos da lide, porém em face da União, em trâmite na Justiça Federal, já que implicaria em alteração de competência absoluta em razão da pessoa.¹⁵

Nesses termos é o entendimento do STJ¹⁶:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL E A FEDERAL. RÉUS DISTINTOS. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA RATIONE PERSONAE. Compete à Justiça estadual processar e julgar demanda proposta contra o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, e à Justiça Federal processar, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, julgar ação proposta contra a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal.

Ante a incompetência absoluta em razão da pessoa, mesmo que se cogite de eventual conexão entre os pedidos formulados na exordial, ainda assim eles não podem ser julgados pelo mesmo juízo.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Conflito de Competência 119.090 MG. Informativo 504. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 12/9/2012. DJe 17/09/2012)

Por fim, acerca do efeito da litispendência, não se desconhece que, no âmbito das ações coletivas, parte da doutrina¹⁷ defende que, quando ocorrer litispendência com partes diversas, a solução deve ser a reunião dos processos para processamento simultâneo e não a extinção de um deles, em razão da natureza dos interesses supraindividuais tutelados, do regime jurídico específico das ações coletivas e, ainda, de suposta ofensa ao direito fundamental de acesso ao judiciário (artigo 5º, XXXV, da CF).

No entanto, em sentido contrário e com fulcro na previsão do Código de Processo Civil, Antônio Gidi (1995, p. 223-224) leciona que a litispendência deve resultar na extinção do segundo processo, com a possibilidade de intervenção da parte autora como assistente litisconsorcial no processo remanescente, o

¹⁵ Embora houvesse divergência entre a 1ª e 2ª Seção do STJ acerca da possibilidade ou não de reunião de ações coletivas conexas em trâmite na Justiça Federal e na Justiça Estadual, o STJ, por meio da Súmula 489, consolidou o entendimento de que devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça Estadual (NEVES, 2016, p. 208-209).

¹⁶ No mesmo sentido, “A eventual existência de conexão entre demandas não é causa de modificação de competência absoluta, o que impossibilita a reunião dos processos sob esse fundamento” (STJ. AgInt nos EDcl no Conflito de Competência nº 156.751 BA. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 10/04/2019. DJe 15/04/2019).

¹⁷ Compartilham esse entendimento Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 182).

que é corroborado pela jurisprudência do STJ (AgRg nos EmbExeMS 6.864/DF¹⁸, REsp 1.726.147/SP¹⁹).

No caso das ações de saúde, os fundamentos utilizados pela corrente que defende a reunião dos processos não possuem aplicabilidade, pois se tratam de ações que tutelam direitos estritamente individuais e que não se submetem a um regime jurídico específico, não há pluralidade de legitimados ativos e o exercício do direito fundamental de acesso ao judiciário está devidamente garantido, já que o ajuizamento de um único processo é suficiente para a tutela do direito à saúde reputado violado.

Portanto, o reconhecimento da litispendência entre as ações de saúde ajuizadas pelo mesmo autor contra entidades políticas diversas com a consequente extinção sem resolução do mérito do segundo processo é a medida que melhor garante efetividade ao princípio da economia processual, assegura a inviolabilidade da coisa julgada e, acima de tudo, garante uma melhor utilização dos recursos públicos e coíbe condutas violadoras da boa-fé processual.

2.4 Análise de casos concretos

A problemática tratada no presente trabalho acerca da caracterização da litispendência entre ações de saúde ajuizadas em face de entes federados distintos ultrapassa a seara acadêmica, ocorrendo também na prática jurídica. Contudo, não há pronunciamentos conclusivos dos tribunais superiores a esse respeito²⁰, havendo apenas entendimentos divergentes de juízes e tribunais estaduais, ora reconhecendo a litispendência, ora entendendo pela sua não ocorrência, como será demonstrado a seguir pela análise de casos práticos.

No Estado de Sergipe, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face do *Município de Aracaju*²¹ pleiteando a realização do procedimento cirúrgico denominado litotripsia extracorpórea em favor de um menor, por ser este portador de litíase renal.

No mesmo dia, o menor, representado por sua genitora e assistido pela Defensoria Pública Estadual, ajuizou ação condenatória com pedido de tutela de urgência contra o *Município de Aracaju e o Estado de Sergipe*²² requerendo o fornecimento do mesmo procedimento cirúrgico, em virtude da patologia citada acima (litíase renal).

A repetição de pedidos foi constatada pelo Núcleo de Assessoramento Técnico ao Judiciário (NATJUD) ao emitir a nota técnica em atendimento à solicitação do juízo, motivo pelo qual juntou ao segundo processo as mesmas informações técnicas anexadas ao primeiro.

Diante disso, a Procuradoria do Estado de Sergipe requereu em sua manifestação a extinção sem resolução do mérito do processo ajuizado pela Defensoria Pública, em razão da litispendência, o que fora acolhido pelo juízo, com os seguintes fundamentos:

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). AgRg nos EmbExeMS 6.864/DF. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Julgado em 14/08/2014. DJe 21/08/2014.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.726.147/SP*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 14/05/2019. DJe 21/05/2019.

20 Conforme pesquisas realizadas nos sítios eletrônicos em 24 de janeiro de 2021 do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no campo “Jurisprudência”, utilizando os termos “litispendência” e “saúde” como critério de busca.

21 Autos n. 202010300123 em trâmite na 3ª Vara Cível de Aracaju.

22 Autos n. 202011800141 em trâmite na 18ª Vara Cível de Aracaju.

Analisando, minuciosamente, o presente feito e diante das informações contidas na Nota Técnica do Natjud, realizado consulta ao *sistema pgrau*, constata-se a existência de outra ação tombada sob o nº 202010300123, constando os mesmos pedido e causa de pedir. Por este jaez, como é sabido, não se admite, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente, consoante prescreve o art. 485, inciso V e §3º do NCPC (...)

(...)

Demonstrada, pois, a ocorrência de litispendência, isto é, identificada a identidade de partes, objeto e de *causa petendi* entre os dois processos, imperioso se faz reconhecer a ocorrência do instituto da litispendência, *devendo ser extinta a presente demanda*.

Observa-se inclusive que apesar das demandas serem distribuídas em igual dia, o processo nº 202010300123 já se encontra com o pleito tutelar analisado e deferido.

Dessa forma, sem maiores delongas e por tudo que dos autos consta, *declaro extinto o feito*, sem análise do mérito *com fulcro no art. 485, V, do NCPC, para RECONHECER a litispendência com processo de nº 202010300123*.

(SERGIPE. Tribunal de Justiça. Sentença. Nº Processo 202011800141 - Número Único: 0004515-10.2020.8.25.0001. 18ª Vara Cível de Aracaju. Juíza Christina Machado de Sales e Silva. Julgado em 16/06/2020).

Nota-se que no caso relatado não há uma perfeita identidade subjetiva entre os polos ativo e passivo das duas demandas, já que em uma o Ministério Público é o autor, como substituto processual do menor, enquanto na outra o próprio menor, representado por sua genitora, figura no polo ativo. No tocante ao polo passivo, tem-se em um dos processos apenas o Município de Aracaju e no outro o Município de Aracaju e o Estado de Sergipe.

No entanto, como bem observado pela magistrada, uma mesma lide originou dois processos simultaneamente, o que não é admitido pelo sistema processual brasileiro, motivo pelo qual, a extinção do processo é a medida mais adequada.

Por sua vez, no Estado de Pernambuco, verificou-se a ocorrência da litispendência entre um processo ajuizado em face do Estado de Pernambuco²³ em 11 de abril de 2019, no qual se pleiteava o fornecimento do medicamento de alto custo denominado Spinraza (Nusinersen) para tratamento da doença grave e rara: amiotrofia espinhal progressiva – tipo II, e um processo com idêntico pedido e causa de pedir ajuizado pelo mesmo autor meses antes (28 de janeiro de 2019) em desfavor do Estado de São Paulo²⁴.

O custo anual do tratamento, conforme consta na petição inicial de ambos os processos, foi estimado em R\$ 1.399.411,04 (um milhão, trezentos e noventa e nove mil, quatrocentos e onze reais e quatro centavos) e as ações foram patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia, instruindo-as exatamente com os mesmos documentos.

Inicialmente o pedido de tutela provisória de urgência no processo em trâmite no Estado de São Paulo foi indeferido por decisão proferida em 01 de março de 2019. Nota-se que a ação em face do Estado de Pernambuco foi proposta após o indeferimento da tutela pleiteada no juízo de São Paulo.

Contudo, após a juntada de novos documentos médicos, o magistrado deferiu o pedido em face do Estado de São Paulo e na mesma data a tutela também foi deferida pelo juízo de Recife em face do Estado de Pernambuco, culminando na vigência de duas liminares idênticas para o atendimento da mesma finalidade em face de entes distintos, porém sem que um Estado tivesse conhecimento da ordem proferida em face do outro.

²³ Autos n. 0023213-37.2019.8.17.2001.

²⁴ Autos n. 1000650-20.2019.8.26.0566.

A situação difere dos casos de litisconsórcio passivo entre os entes públicos, pois nessas hipóteses, conforme estabelece o tema 793 do STF, a autoridade judicial deve direcionar o cumprimento da obrigação ao ente competente de acordo com as normas administrativas de distribuição de competências no âmbito do SUS ou, ainda, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente, nos termos do enunciado n. 87 da Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça - CNJ²⁵, a fim de evitar superposição de esforços e cumprimento simultâneo por mais de um dos entes, causando prejuízo ao erário.

E ainda que não ocorra essa individualização dos atos ou estabelecimento de ordem para cumprimento, os entes têm ciência da decisão prolatada em desfavor de todos eles e poderão se organizar administrativamente para que o cumprimento não se dê em duplicidade, o que não é possível quando os entes são demandados isoladamente em processos autônomos, como no caso ora analisado.

A litispendência relatada acima apenas foi constatada cinco meses após o deferimento da tutela, através de diligências internas da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco.

Intimada a se manifestar, a parte autora defendeu a não configuração da litispendência, pois o polo passivo de ambas as ações possui réus distintos e que o pleito duplicado se justifica em razão da necessidade de atendimento imediato e urgente pelo Estado mediante o fornecimento da medicação a fim de resguardar a saúde do menor.

A requerente afirmou expressamente que sua pretensão era a desistência da ação junto ao processo que não acolhesse o pedido liminar, ou o acolhesse por último, permanecendo em trâmite apenas aquele que o deferiu, o que evidencia a preocupação exarada nos tópicos anteriores acerca da utilização abusiva do *forum shopping*, em total contrariedade à boa-fé processual, e a necessidade de se coibir essa prática, sendo uma das ferramentas o reconhecimento da litispendência e, considerando as peculiaridades do caso, até mesmo a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, com fulcro nos artigos 79 a 81 do CPC.

Não houve pronunciamento do juízo sobre a caracterização ou não da litispendência, pois a autora requereu a desistência da ação ajuizada em face do Estado de Pernambuco, a qual foi homologada na sentença.

A tese da litispendência tal como defendida neste artigo também foi suscitada pela Procuradoria do Estado do Acre em um processo ajuizado contra este Estado objetivando o fornecimento dos medicamentos Sofosbuvir 400mg/dia, associado ao Simeprevir 150mg e Ribavirina 1000mg/dia por ser o autor portador de Hepatite Crônica pelo Vírus “C”, alegando a presença de outra demanda judicial com mesmo objeto e causa de pedir em desfavor do Distrito Federal.

A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, considerando a litispendência, com base no artigo 267, V, do CPC/73, e revogou a liminar deferida anteriormente.

Interposta apelação pela parte autora, em decisão monocrática lhe foi dado provimento com o reconhecimento da inexistência do vício de litispendência, resultando na anulação da sentença de primeiro grau e determinação de regular prosseguimento do feito.

25 Enunciado n. 87: Nas decisões que determinem o fornecimento de medicamento ou de serviço por mais de um ente da federação, deve-se buscar, em sendo possível, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 26 jan 2021.

Diante dessa decisão o Estado interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento, sob o argumento de que é “possível verificar que o Réu na mencionada ação é o Distrito Federal, enquanto que nestes autos o Apelante litiga em face do Estado do Acre. Não há que se falar, portanto, no vício da litispendência”, consoante ementa do acórdão transcrita abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. LITISPENDÊNCIA. TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE DEMANDAS. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERTÇÃO. (...) 2. *Consoante disposto no art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, o vício da litispendência pressupõe o trâmite concomitante de duas ou mais ações com tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir, circunstância não ocorrida na espécie.* 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a verificação das condições da ação deve ser procedida à luz da teoria da asserção, com base exclusivamente no relato do autor na exordial, independentemente da produção de qualquer espécie de prova. 4. Nesta linha de ideias, se, para concluir a respeito da carência de ação, o julgador necessitar se imiscuir nas provas produzidas pelas partes, estará emanando decisão de conteúdo meritório, providência inviável se o feito não estiver maduro para julgamento. 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(ACRE. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n.º 0715176-83.2014.8.01.0001/500 do Estado do Acre. 1ª Câmara Cível. Relator Des. Laudivon Nogueira. Julgado em 17/06/2015. DJe 18/06/2015) (grifou-se)

Importante ressaltar que a análise estritamente formal do critério da tríplice identidade pelo Tribunal de Justiça do Acre, que resultou no afastamento da litispendência, além de violar a economia processual, poderia gerar o fornecimento em duplicidade de medicamentos com valor total de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) à época, causando grave lesão aos cofres públicos.

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª região, em consonância com o entendimento ora defendido, reconheceu a litispendência entre ação proposta na Justiça Estadual, em face de ente municipal, para fornecimento do medicamento *Hemp Oil - Canabidiol*, e processo instaurado na Justiça Federal, dirigida ao mesmo Município e à União, com igual intento, e ressaltou a necessidade de se imputar a sanção por litigância de má-fé para registrar censurabilidade processual da conduta manifestada nos autos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CANNABIDIOL (CBD) - HEMP OIL (RHSO). LITISPENDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

(...) 4. *Enquanto tramitava na Justiça Estadual ambos os processos, a autora ajuizou na Justiça Federal ação, contra a União e o ente municipal, para fornecimento do medicamento HEMP OIL - CANABIDIOL, que havia sido objeto da segunda ação na Justiça Estadual e sobre o qual havia a sentença deixado de condenar o ente municipal, por supor que teria havido desistência do pedido em relação a tal fármaco, caracterizando, portanto, litispendência.*

5. A despeito do esforço intentado, não existem elementos que respaldem a assertiva de que não houve litispendência, pois, conforme esclarecido, a situação fática-processual, atinente ao objeto da primeira ação proposta na Justiça Estadual, não evidencia que tenha havido desistência do pedido, em relação ao fornecimento do medicamento que, perante a Justiça Federal, foi objeto da presente ação, configurando, portanto, litispendência, a autorizar, nos termos da sentença, a extinção do processo sem resolução do mérito.

(...)

7. *Quanto à aplicação de sanção por litigância de má-fé, não pode ser descaracterizada a conduta processual, consistente em ocultar fato processual relevante que impediria a tramitação do feito na Justiça Federal. Ainda que a motivação fosse a tutela da saúde e da dignidade, a atuação processual transparente e de boa-fé não pode ser dispensada ou relegada a segundo plano, pois o cometimento de ilegalidade e fraude processual poderia atingir não apenas os atos voluntários da própria parte como a dos demais operadores processuais, ainda que sem adesão voluntária a tal intento ou projeto. A conduta processual é, portanto, grave e sancionada pela legislação, embora*

o valor da penalidade tenha efeito simbólico, seja porque de valor reduzido, seja porque a anunciada condição da autora não deve permitir que suporte, efetivamente, a condenação. Seja como for, tem importância ainda que para registrar censurabilidade processual da conduta manifestada nos autos.

(SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Cível nº 0000082-44.2016.4.03.6113 do Ministério Público Federal. 3ª Turma. Relator Des. Federal Luis Carlos Hiroki Muta. Julgado em 24/07/2020. DJe 30/07/2020) (grifou-se)

Em total coerência com o julgado acima, o juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande proferiu sentença terminativa em processo ajuizado por determinado autor em face da União e do Estado de Mato Grosso do Sul²⁶, no qual se pretendia a obtenção do medicamento oncológico Ibrutinibe 140 mg, cujo preço máximo de venda ao governo da caixa é de aproximadamente R\$41.530,69 (quarenta e um mil, quinhentos e trinta reais e sessenta e nove centavos), ante a existência de litispendência em relação a uma ação proposta na Justiça Estadual contra o Estado de Mato Grosso do Sul pleiteando o mesmo medicamento e com lastro nas mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas.

O magistrado destacou que as duas demandas não deveriam prosseguir tramitando paralelamente, devido ao evidente risco de decisões conflitantes e, aplicando analogicamente o entendimento do STJ a respeito do conceito (material) de partes em ações coletivas, considerou

que a pretensão formulada pelo autor era, em verdade, dirigida ao Sistema Único de Saúde (SUS) e que, portanto, restaria configurada a identidade subjetiva das demandas apta a autorizar o reconhecimento da litispendência.

A exposição dos casos concretos descritos acima, cujo intuito é apenas exemplificar como o tema é enfrentado na prática jurídica e as possíveis consequências processuais e impactos financeiros da coexistência de processos idênticos, demonstra a importância de uma releitura dos critérios de caracterização da litispendência nas ações de saúde para fins de evitar o desperdício do já escasso orçamento da saúde, desorganização do SUS e combater condutas processuais atentatórias aos princípios da boa-fé, cooperação, transparência e juiz natural.

Por fim, desperta atenção para a necessidade de criação de um sistema único de tramitação de processos judiciais eletrônicos para todo o território nacional que atenda às necessidades dos diversos segmentos do Poder Judiciário brasileiro (Justiça Comum: Federal e Estadual), a fim de viabilizar a pesquisa e localização de processos idênticos ajuizados em Estados da federação diferentes.

CONCLUSÃO

A judicialização do direito à saúde tornou-se tema bastante debatido e causador de preocupações no âmbito do Poder Judiciário, da administração pública e entre os demais profissionais do direito e agentes que atuam na área da saúde, notadamente em razão de seu acelerado crescimento, do impacto das decisões judiciais na própria continuidade das políticas de saúde pública já instituídas e da necessidade de se pautar cada vez mais na chamada medicina baseada em evidências.

Questões processuais relativas à matéria também são objeto de estudos acadêmicos e pronun-

²⁶ Autos n. 5005981-44.2020.4.03.6000.

ciamentos pelos tribunais superiores, como a possibilidade do chamamento ao processo e o próprio *forum shopping*. No entanto, a escassez de pesquisas e produções acadêmicas sobre o assunto da litispendência nas ações de saúde ajuizadas em face de entes federados distintos motivou o desenvolvimento do presente trabalho, além de sua repercussão na economia processual e no melhor aproveitamento e otimização dos recursos públicos.

Como demonstrado, a aplicação rígida da teoria da tríplice identidade prevista no Código de Processo Civil e a análise da identidade das partes em seu aspecto estritamente formal revela-se insuficiente ao cumprimento da finalidade do instituto da litispendência e do próprio escopo social da jurisdição consistente na pacificação dos conflitos, tendo em vista que qualquer dos entes federados pode ser demandado isolada ou conjuntamente nas ações em que são postuladas prestações de saúde no âmbito do SUS, segundo a tese da solidariedade consolidada pelo STF (tema 793).

Diante disso, semelhante ao que ocorre nas ações coletivas e no mandado de segurança, no coitejo analítico entre ações de saúde visando verificar se há ou não demandas idênticas, o operador do direito não pode se limitar ao exame isolado e formal da identidade entre os três elementos da ação, sobretudo das partes processuais integrantes do polo passivo, devendo considerar que este é composto pelo Ente Público em sentido amplo, nos termos preceituados pelo artigo 196 da Constituição Federal.

E, de forma complementar, é necessário observar se há identidade quanto à situação jurídica controvertida, isto é, se os processos submetem ao judiciário a mesma relação jurídica base, em consonância com a teoria da identidade da relação jurídica.

Isso porque, como revelam os casos práticos apresentados, o processamento simultâneo de demandas com mesmo objeto litigioso em desfavor de entes públicos diferentes deve ser coibido, seja por representar, muitas vezes, o exercício abusivo do direito potestativo de se escolher contra quem demandar e em qual juízo propor a ação (*forum shopping*); seja por ocasionar a movimentação desnecessária da máquina administrativa e judiciária de entidades federativas diversas e a aquisição em duplicidade de tratamentos de elevado valor em patente prejuízo aos demais usuários do SUS, uma vez que os recursos públicos direcionados ao cumprimento da decisão por um dos entes poderiam ser utilizados no atendimento de outros pacientes.

Assim, o presente trabalho buscou destacar a importância de se reconhecer a litispendência entre demandas ajuizadas pelo mesmo autor com mesmo pedido e causa de pedir, ainda que em face de entes federados distintos, como forma de assegurar observância aos princípios do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, da CF/88), devido processo legal, adequação, boa-fé, segurança jurídica, economia processual, harmonização dos julgados e, principalmente, evitar desperdício de dinheiro público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dou de 20.9.1990.

BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Dou de 17.3.2015.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.139 de 2009*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5EC3302CBD621D965E3FCC17DA074D76.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009. Acesso em: 28 jan. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? (dissertação)*. São Paulo: Universidade de São Paulo/ Faculdade de Direito, 09 set. 2015. 203 p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015-193317/publico/forum_shopping.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 8. ed. v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo)*. In: Coleção saberes do direito. n. 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. Volume único. Colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HERCULANO, Lenir Camimura; MELO, Jeferson. *Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos*. Agência CNJ de notícias, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 1 mai. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NETO, João Pedro Gebran; DRESCH, Renato Luís. A Reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região*, Porto Alegre, a. 25, n. 84, p. 77-103, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito Processual Civil*. Salvador: Ed Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Litispendência e conexão no processo coletivo brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, v. 16, n. 24, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/>

index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/507/749. Acesso em: 10 mar. 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à Saúde e a Judicialização do Impossível*. Coletânea Direito à saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde. 1. ed. v. 2. Brasília: CONASS, 2018. p. 22-23.

SCHULZE, Clenio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à Saúde*. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Belo Horizonte, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 231-233.

XAVIER, Mateus Fernandez. Forum Shopping, Fenômeno Jurídico Do Cenário Pós-Guerra Fria. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53, n. 210, p. 181-201, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p181.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.