

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS PARA A GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

WASHINGTON LUIZ FONSECA

**RIO DE JANEIRO
2019 / SEGUNDO SEMESTRE**

WASHINGTON LUIZ FONSECA

**IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS PARA A GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso,
elaborada no âmbito da graduação em
Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como pré-requisito para
obtenção do grau de bacharel em
Direito, sob a orientação do **Professor
Mestre Roberto Monteiro Litrento.**

RIO DE JANEIRO
2019 / SEGUNDO SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

F676i Fonseca, Washington Luiz
Importância das Tutelas Provisórias para a
Garantia da Efetividade Processual Constitucional
/ Washington Luiz Fonseca. -- Rio de Janeiro, 2019.
61f.

Orientador: Roberto Monteiro Litrento.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Tutelas provisórias CPC 2015. 2. Tutela de
Urgência. 3. Tutela de Evidência. 4. Natureza
Jurídica das Tutelas Provisórias. 5. Caso Prático
envolvendo a Saúde de um Paciente. I. Litrento,
Roberto Monteiro, orient. II. Título.

WASHINGTON LUIZ FONSECA

**IMPORTÂNCIA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS PARA A GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Mestre Roberto Monteiro Litrento**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / _____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2019 / SEGUNDO SEMESTRE

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todas as pessoas que resistem, continuam a lutar por justiça, sonham com Brasil melhor e para todos.

AGRADECIMENTOS

A Deus e à minha família, em especial à minha esposa Raquel Dilene Halberstadt e meu filho Natan Halberstadt Fonseca, que foram incansáveis em me incentivar à conclusão do presente trabalho.

Ao Professor e Mestre Roberto Litrento cuja disponibilidade e dedicação são fontes de inspiração para todos os seus alunos, além da generosidade em compartilhar conosco seus conhecimentos.

À chefia do Ministério Público Federal, na Procuradoria Regional da República RJ – PRR2, Dr^a Márcia, Procuradora e ao Dr. Flávio Paixão de Moura Júnior, Procurador e em especial, à Servidora de Gabinete Sônia Carnaval e aos Servidores e demais funcionários da Biblioteca da PRR2, Lúcia Santos, Joana e João, que incansavelmente e sempre dispostos a colaborar, permitiram que tivesse acesso às obras mais recentes de autores consagrados pela Doutrina.

Ao Servidor do Ministério Público do Trabalho Dr. Diego Freitas Leite Pinto, pelas pertinentes observações quanto à estrutura textual e concisão jurídica das abordagens produzidas.

Enfim, sou grato a todas as pessoas que apesar de todas as dificuldades, resistem, levantam a cabeça, continuam a lutar por justiça e sonham efetivamente com um Brasil melhor e para todos.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

Esse Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação – TCC tem a pretensão de debater sobre a importância das tutelas provisórias para a garantia da efetividade processual constitucional à luz das recentes alterações promovidas em 2015, no Código de Processo Civil e efetuar breve abordagem sobre os instrumentos processuais disponibilizados pelo legislador, a fim de promover o desafio de minimizar a morosidade da prestação jurisdicional do Estado aos cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias; Procedimentos; Efetividade Processual; Minimização da Morosidade Processual.

ABSTRACT

This Undergraduate Course Completion Paper (TCC) is intended to discuss the importance of provisional safeguards to ensure constitutional procedural effectiveness in light of recent updates to the Civil Procedure Code, in 2015 and to briefly execute on available procedural instruments. by the legislature, to promote the challenge of minimizing the length of the state's judicial provision to Brazilian citizens.

Keywords: Provisional Guardianships; Procedures; Procedural effectiveness; Minimization of Procedural Delay.

Sumário	Página
1 Introdução.....	9
2 Evolução do Conceito de Tutela Jurisdicional.....	15
2.1 Breve abordagem histórica.....	17
3 A Tutela Jurisdicional no Atual Código de Processo Civil.....	24
3.1 Tutela de Urgência.....	26
3.2 Tutela de Evidência.....	34
4 A Natureza Jurídica da Tutela Provisória.....	39
5 Diferenciação entre as Tutelas Provisórias de Urgência e de Evidência.....	44
6 Um Caso Prático Envolvendo a Saúde de um Paciente.....	47
7 Conclusão.....	53
8 Referências.....	59

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, sem sombra de dúvidas, a busca por soluções mais céleres junto ao Poder Judiciário, que garanta a realização do direito fundamental ao justo processo, tanto no que diz respeito à desmedida dilação processual, quanto pela ocorrência de novos direitos que podem advir com o passar do tempo, faz com que a concessão de tutelas, ainda que provisórias, contribua para assegurar uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz, a todos os que careçam de uma tutela de urgência, por exemplo e que não têm como esperar a coisa julgada material para alterar a sua realidade concreta.

Quando uma pessoa recorre ao Judiciário é porque o conflito já foi instalado e, via de regra, não há mais como encontrar uma solução pacífica, sem a intermediação de um terceiro. Ocorre que nem sempre é simples, barato e rápido recorrer ao Estado para intermediar e apontar uma solução para o conflito. Há casos em que a urgência se faz presente, como por exemplo, quando envolvem a manutenção da vida e não dá para aguardar na “fila” a solução de outros processos instaurados anteriormente

Atender às expectativas do autor e apresentar uma solução para o conflito, sem burlar a ordem estabelecida pelo sistema judiciário é um desafio gigantesco. A estrutura revela-se carente de diversos recursos, que não acompanharam a evolução social, nem a tecnológica, além de não haver estabelecido padronização de procedimentos, capaz de absorver simultaneamente diversas demandas e proporcionar tratamento célere a cada uma delas, de acordo com as suas particularidades.

Não é justo que o tempo de espera daquele que recorre ao Judiciário para pleitear o reconhecimento do seu direito recaia somente sobre o autor. Ainda que não lhe seja favorável a razão e que o direito pretendido, de fato, não lhe seja admitido, o exercício da prestação jurisdicional deve ser acessível a todos os cidadãos.

Há na legislação “remédios processuais” dos quais o autor poderá se valer para requerer a obtenção de tutela provisória, em uma situação de emergência. Nesses casos, a eficácia do provimento jurisdicional irá ocorrer, ao ensejo de certos pressupostos, que convençam o juízo, de que ele está fazendo o que é certo e na hora certa, uma vez que uma não-decisão naquele momento poderia aumentar os riscos de dano e até causar efeitos irreversíveis, inclusive à própria vida do demandante, em alguns casos.

Na realidade nem sempre é possível garantir que o demandante irá obter a concessão da medida pleiteada na íntegra. Cada caso é um caso. Entretanto, à luz dos valores e das necessidades de cada um, não tem como saber o que pensa o magistrado, se a ele não for submetido o requerimento de sua necessidade ao provimento de urgência. E as demandas que existem de fato superam a capacidade do Judiciário de solucioná-las integralmente.

O direito aplicável ao caso concreto sempre que for melhor instrumentalizado aumentará as chances de conceder maior eficácia ao provimento jurisdicional. Com esse intuito, a CRFB/88¹, dispôs sobre vários “remédios constitucionais” a serem interpostos contra as violações aos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. Estes, conhecidos também como “remédios processuais” são “espécies” de ação, que têm por finalidade proteger e resguardar tais direitos, instrumentalizando sua aplicação aos casos concretos.

Mas somente isso não basta, pois diversos fatores podem influenciar a decisão do magistrado. Por exemplo, quando presentes os pressupostos que o permitam avaliar, em cognição sumária, o direito que está sendo ameaçado e o receio de lesão que pode causar, o provimento jurisdicional provisório poderá ser prontamente deferido pelo juízo.

Em sua obra “O espírito das leis” publicada em 1748 Montesquieu² propôs a ideia de que, para se evitar a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, os comandos da sociedade fossem divididos em três poderes harmônicos e independentes entre si, de modo que a lei pudesse ser ajustada, de acordo com o espírito das pretensões emanadas pela sociedade. Suas propostas permanecem até hoje em diversas sociedades, uma vez que foram agregadas ao constitucionalismo, com o objetivo de construir de um espírito nacional estável e vigoroso em cada sociedade.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do. **Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012.

² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de, 1689-1755. **O espírito das leis**. 3. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O filósofo grego Platão já apontava a importância de promover a divisão das funções do Estado, para que o poder não se concentrasse nas mãos de uma só pessoa, pois segundo ele, o excesso de poder faz com que o homem perca sua virtude. Mais tarde, Aristóteles³ foi o primeiro teórico a entabular discussão sobre os poderes que constituem o Estado. Segundo ele:

- O poder que empreende reflexões e/ou discussões sobre tudo o que necessita ser feito, no intuito de decidir o que fazer, relativo aos negócios do Estado exerce a função deliberativa do Estado;
- O poder que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado exerce a função executiva do Estado;
- O poder responsável por interpretar e assegurar a aplicação das leis, consideradas a base de toda sociedade civilizada, exerce a função judicial.

Aristóteles acreditava que o exercício do poder não poderia ser atribuição de um único indivíduo, pela simples razão dele não ser capaz de prever aquilo que nem mesmo a lei era capaz de prever, além de ser injusto com a pessoa e perigoso para o Estado.

Foi em 1748 que em pleno Iluminismo Montesquieu publicou suas ideias acerca da divisão do Estado em três poderes harmônicos e independentes entre si e que até hoje são encampados pelas nações democráticas do mundo moderno. Mais tarde essas ideias foram agregadas ao constitucionalismo e mundo afora, na maioria das nações democráticas do mundo moderno, passaram a ser parte integrante de textos constitucionais, o que demonstra sua relevância para um Estado Democrático de Direito.

Ao elaborar sua teoria sobre a separação de poderes, o intuito de Montesquieu era de que o cidadão comum pudesse enfrentar o poder do Estado e evitar que um poder tirano recaísse sobre seus ombros. Em sua época Montesquieu já pensava muito além do seu tempo. Inspirado pelo sistema político constitucional da Inglaterra passou a acreditar que a monarquia era o tipo de governo mais efetivo, pois através dela, o monarca exercia seu poder aliado à nobreza e o clero. O parlamento controlava as ações do monarca. E o fraco devia se proteger do forte através das leis e pela separação dos poderes.

³ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 1999.

Em nosso país, pelas obrigações constitucionais estabelecidas na CRFB/88, incumbe ao Poder Legislativo a função de elaborar as leis. Ao Poder Executivo cabe a função de agir em nome do Estado e cumprir as normas instituídas na Magna Carta. Ao Poder Judiciário compete a função de interpretar as leis, assegurar que em caso de conflito elas sejam cumpridas através da coerção do poder estatal e a de exercer a função jurisdicional como forma de também limitar os outros poderes, em razão da sua incompletude.

A CRFB/88 elencou alguns “remédios constitucionais” que poderão ser utilizados por qualquer cidadão, para se socorrer junto ao Poder Judiciário, a fim de exigir aquilo que prontamente deveria ser um dever do Poder Executivo, mas que ele está deixando de cumprir. Nesse caso, por meio de instrumentos legais, o Poder Executivo será forçado a garantir que a determinação constitucional seja cumprida.

Podemos citar alguns exemplos práticos desses instrumentos: o Habeas Corpus, o Habeas Data, o Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, o Direito de Petição (Representação pleiteando uma Tutela de Urgência Antecipada, e.g.), a Ação Popular, a Ação Civil Pública, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

O Direito de Petição apresentado como um dos “remédios constitucionais” permite ao cidadão recorrer à justiça na tentativa de obter uma resposta aos conflitos não solucionados na esfera amigável, permite ao Poder Judiciário exercer a sua função jurisdicional de “dizer o direito” e, simultaneamente, cria segurança jurídica, na medida em que evita o abuso de poder do Estado em relação aos cidadãos.

Ao recorrer ao Judiciário para solucionar um conflito muitas questões são trazidas à baila e, geralmente, há bons argumentos para ambos os lados, a serem enfrentados pelo juízo no transcurso do processo. É dever do magistrado, antes de julgar a lide, tentar compreender e preservar a natureza *complexa* e multidisciplinar do conflito, ponderar as razões de um lado e de outro, para com isenção, pronunciar sua sentença com a solução mais favorável a dirimir a lide. É sempre um desafio para os operadores do direito encontrar solução pacífica para todas as controvérsias, à luz dos princípios fundamentais e das garantias concebidas e explicitadas pela Magna Carta.

CANOTILHO⁴ leciona que a constituição é um “conjunto de normas jurídicas que constituem a estrutura do Estado e, como lei fundamental que é, limita e garante vínculos na relação do Estado com a sociedade”. Ao absorver valores universais em permanente mutação e, com isso, alterar com o passar do tempo suas formas de autopercepção social, por ser o direito uma estrutura dinâmica, também ele deve ser aliado à adaptação da sociedade, sem modificar, contudo, a essência de conceitos jurídicos indeterminados.

Nem sempre a doutrina e a jurisprudência percebem da mesma maneira a aplicação das normas aos casos concretos. Não existe somente uma única solução razoável para resolver um determinado problema, nem métodos infalíveis para o enfrentamento dos argumentos que embasam uma lide. Há sim, instrumentos que permitem a aplicação de procedimentos normatizados e dão suporte ao magistrado para gerar um pronunciamento. Podemos citar a concessão das tutelas provisórias, por exemplo, que após cognição sumária, permite a concessão da tutela. Como o próprio nome revela, ela só se tornará definitiva após a cognição exauriente, que permitirá ao juiz firmar convicções que irão fundamentar sua decisão a respeito do conflito, no qual ele foi instado a se manifestar.

Para se ter uma ideia do número de variáveis envolvidas e que devem ser levadas em consideração na análise a que estão sujeitas, um outro exemplo bastante comum, ocorre em relação ao tratamento de saúde de um indivíduo. A imprevisão pode ser, simultaneamente, um aliado ao favorecimento do pleito autoral, ou não. Nunca se sabe previamente, quais serão as reações no organismo de uma pessoa, a um determinado medicamento. O ser humano é bastante complexo e possui características peculiares que o distinguem das demais pessoas. Mesmo os mais elaborados testes de eficiência, que são realizados em qualquer droga medicamentosa, para liberação pelos órgãos de controle, não são garantia absoluta de obtenção da cura, em sua integralidade, das pessoas que vierem a se utilizar desse medicamento específico, pois cada indivíduo reage conforme sua natureza singular.

Diante do impasse em favorecer, ou não, uma das partes e solucionar provisória ou definitivamente um conflito é o juiz quem vai ponderar e estabelecer se a norma deve ou não ser aplicável ao caso concreto, especificando caso a caso, a fundamentação da sua decisão.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Com o propósito de analisar de modo sintético, para melhor compreender o instituto das tutelas provisórias, esse trabalho irá se utilizar do método de pesquisa indutivo, que segundo Pasold⁵ equivale a “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Olhar com atenção e minúcia sobre dados singulares que pela experiência sensível se possa verificar em estudos de casos concretos, na busca dos pormenores que os envolvem. Através da bibliografia e de outras fontes impressas ou disponibilizadas através da rede mundial de computadores, buscar a ampliação dos entendimentos relativos à aplicação da legislação, aos pensamentos expressos pela doutrina, tribunais superiores e pela corte suprema, com a finalidade de inferir conclusão genérica, que pode ou não, vir a ser uma verdade geral ou universal.

A pretensão que constitui o objeto do presente trabalho é a de vislumbrar como o instituto das tutelas provisórias pode contribuir para tornar mais efetiva a prestação jurisdicional aos cidadãos, lançando uma luz tênue sobre como ele poderia efetivamente ser utilizado, a fim de minimizar o sofrimento de muitos que recorrem à prestação jurisdicional do Estado e aguardam por decisões que sejam diferenciadas e imprescindíveis, para não deteriorar o direito material pretendido.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2015.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL

A sociedade brasileira, como todas as outras sociedades organizadas que existem no mundo contemporâneo, sofre modificações constantes e progressivas que alteram, desenvolvem e aperfeiçoam as condições estruturais de relacionamento entre as pessoas que a integram. Chamamos a esse fenômeno que ocorre paulatinamente de evolução social, que nada mais é do que o desenvolvimento de comportamentos que trazem consequências para a aptidão de quem resolve agir, mas também de todos os outros indivíduos que interagem com o autor dessa ação, favorecendo o desenvolvimento de uma ideia, de um costume que irá aperfeiçoar o sistema em que ele vive.

A legislação processual civil, em contra partida à evolução gradual desse sistema, não pode deixar de acompanhar tal progresso, pois para atender as condições pretendidas pelo jurisdicionado em tempo razoável e de maneira efetiva, o Direito Processual, assim como outro ramo qualquer do Direito, deve compartilhar com as mesmas situações vividas pela sociedade e para isso necessita desenvolver e se modernizar de acordo com os anseios sociais, econômicos, políticos e culturais experimentados.

No início do século XX a escola processual italiana promoveu uma espécie de revolução no campo do Direito Processual. Segundo Marinoni⁶, “a escola italiana clássica não só negou à ação qualquer vínculo com um procedimento que pudesse apontar para as necessidades do direito material, como também organizou as formas processuais que necessariamente deveriam estar ao redor da ação, a partir de critérios unicamente processuais”.

(...) Ainda segundo o autor, não se pode tirar da escola processual italiana, “o grande mérito de reconstruir o processo a partir de bases publicistas, mas com isso, iniciou-se a história que permitiu ao processo se afastar perigosamente dos seus compromissos com o direito material”.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 2.ed. revista. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018.

É inegável que daquela época aos dias atuais inúmeros avanços à legislação processual se sucederam. O processo deixou de ser neutro em relação ao provimento material almejado e se tornou adequado a cumprir a principal finalidade da jurisdição, que é a de tutelar os direitos do cidadão.

2.1 Breve abordagem histórica

O ordenamento jurídico brasileiro teve forte influência do direito português. Este, por sua vez, em sua origem, foi fortemente influenciado pelo direito romano e até hoje percebemos a presença do direito italiano no sistema processual pátrio.

Em artigo publicado por Cruz⁷ na revista *Âmbito Jurídico* nº 22, intitulado “A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média” é curioso observar que, na Roma Antiga a justiça já poderia anuir com a concessão da tutela interdital “*que consistia em ordem emitida pelo "praetor" romano, impondo certo comportamento a uma pessoa, a pedido de outra, com nítida feição mandamental; ou promovendo atos executórios, como ocorria na "missio in possessionem" para submeter o infrator aos preceitos das lei.*

A medida em que a sociedade se aprimorou e sua realidade se tornou mais ágil e complexa, surgiram novas demandas por adequação de tempo – que passaram a exigir maior celeridade do sistema judiciário na concessão de provimentos jurisdicionais efetivos – e por garantia de segurança à realização do pleito. O cidadão passou a vindicar seu direito legítimo ou supostamente legítimo e o judiciário foi compelido a investir no aperfeiçoamento de novas técnicas processuais, a fim de adequar o emprego das tutelas disponíveis nos normativos vigentes às situações mais urgentes.

A história do Brasil revela que o Príncipe Regente D. Pedro (futuro D. Pedro I), antes mesmo de proclamar em 07 de setembro de 1822, a independência do Brasil, em junho daquele ano, concebeu a ideia de que, era fato irreversível e em breve o Brasil deveria se tornar independente de Portugal.

Com essa percepção, em 03 de junho de 1822, atendendo aos clamores populares, o então príncipe regente D. Pedro I convocou uma assembleia, cujo objetivo era o de elaborar uma constituição para o Brasil. Mas, essa assembleia não se consolidou imediatamente e só depois que o Brasil se tornou um novo Estado soberano é que a Assembleia Constituinte se instaurou definitivamente, em 03 de maio de 1823.

⁷ CRUZ, André Luiz Vinhas da. **A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucao-historica-das-tutelas-de-urgencia-breves-notas-de-roma-a-idade-media/#_ftn1. Acesso em: 27 out. 2019.

Por não admitir que seus poderes fossem limitados, D. Pedro I resolveu dissolver a Assembleia Constituinte e nomear o Conselho de Estado para elaborar a carta constitucional. Após esse período político bastante tumultuado, em 25 de março de 1824, a primeira constituição brasileira, conhecida como a Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada por D. Pedro I. Nela foram mantidos os princípios liberais e o poder que imperador já detinha foi fortalecido ainda mais.

Desta forma, o mesmo diploma legal que serviu para legislar à época do Brasil Colônia continuou a ser utilizado após a independência do Brasil, até o advento da primeira constituição no sistema republicano de governo, promulgada após a Proclamação da República, em 24 de fevereiro de 1891. Esta segunda Constituição brasileira sofreu somente uma única alteração, que foi realizada no ano de 1926 e permaneceu em vigor durante toda a República Velha.

O que pode ser considerado como a primeira legislação processual civil brasileira⁸ da qual se tem notícia é a Lei de 29 de novembro de 1832, que promulgou o Código do Processo Criminal de primeira instância. O marco inicial é a “Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil”, publicada em Título Único, com apenas 27 artigos, após o referido Código de Processo Criminal com 355 artigos.

Aos poucos a legislação de processo civil foi atualizada e com a promulgação da Constituição republicana em 16 de julho de 1934⁹, que em seu art. 5º, XIX, a, estabeleceu que é de competência privativa da União legislar sobre: “a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”.

Em decorrência da norma imposta pelo ordenamento jurídico, um projeto de código de processo civil e comercial foi elaborado e encaminhado ao Congresso Nacional, mas em decorrência do golpe de estado dado pelo Presidente da República Getúlio Vargas¹⁰ em 10 de

⁸ BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832. Coleção das Leis do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 09 out. 2019.

⁹ SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. **Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo.** *Locus - Revista de História*: v. 13, n. 2, 2007: Dossiê Estado Novo.

¹⁰ FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de A. N. (orgs). **O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo.** v.2, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. (Coleção O Brasil Republicano).

novembro de 1937, a Constituição de 1934 foi revogada e o Congresso dissolvido, para instaurar o regime ditatorial denominado de Estado Novo, que perdurou até 31 de janeiro de 1946.

Foi através do art. 675 do Decreto Lei nº 1608¹¹, transcrito a seguir, que em 1939 o ordenamento jurídico nacional fez a previsão de um poder geral de cautela, ao conceder ao magistrado, ainda que provisoriamente, uma maneira de proporcionar a aceleração na prestação jurisdicional por parte do Estado.

“Decreto Lei nº 1.608 de 18 de Setembro de 1939

Código de Processo Civil

Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I - quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II - quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III - quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.”

Embora à época uma parte da doutrina criticasse esse poder concedido aos magistrados, não se pode negar que, de alguma forma, houve um avanço em relação à legislação processual, ainda que, reconhecidamente era evidente a necessidade de aperfeiçoar tal instituto. No entanto, nenhuma alteração foi introduzida até a promulgação da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973¹², conhecida como Código Buzaid ou simplesmente Código de Processo Civil de 1973.

O processo em si é uma técnica que permite ao Estado promover a administração da justiça. Ao atuar no interesse de ambas as partes e sendo aplicado na estrita observância da lei o processo judicial atinge o interesse público, salienta Buzaid.¹³

¹¹ BRASIL. **Decreto Lei nº 1608**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

¹² BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil** - 1973, Página 13, Vol. 1 - Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 17/1/1973, Página 1 (Publicação Original).

¹³ BUZAID, Alfredo. **A Renovação da Ordem Jurídica Positiva**. Brasília: Imprensa Nacional, 1971.

Humberto Theodoro Jr.¹⁴ afirma que o Código de Processo Civil de 1973 não foi uma simples reforma da legislação formal para ajustar a “colcha de retalhos” em que havia se transformado o código de processo civil anterior, mas sim, a criação de um código novo e que marcou uma nova etapa na evolução do direito processual brasileiro.

Segundo ele, foi através do art. 798 do CPC/73 que o poder geral de cautela foi efetivamente concedido aos magistrados, no sentido de “determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação.”

Esse poder geral de cautela do qual os magistrados passaram a se utilizar para preservar, conservar ou garantir determinados direitos, aos poucos foi sendo ampliado pela doutrina, com o objetivo de evitar o *periculum in mora*.

Algumas inovações também foram introduzidas através do Código Civil de 1973. Em sua redação original, o art. 16, por exemplo, imputou sanção à parte que “pleitear de má-fé”. Agir com lealdade e boa-fé em relação ao processo passou a ser um dever das partes, sujeitando-as a serem consideradas como litigantes de má-fé, se viessem a adotar práticas incondizentes com o prescrito na lei. No art. 17 há uma descrição literal do que a lei conceitua ser um litigante de má-fé.

Além desses dois exemplos, podemos citar também o art. 332. Através dele o processo possibilitou, além da produção de provas por todos os meios legais admitidos, a permissão de outras maneiras moralmente legítimas para se produzir provas, mesmo que não estivessem descritas no Código. Assim produzidas, tais provas seriam consideradas instrumentos aptos a provar a verdade dos fatos em que se baseou a ação ou na defesa, pela outra parte, em relação ao que foi aduzido.

No Código de 73, o Processo Cautelar foi apresentado em dois capítulos no Livro III: O primeiro para tratar das disposições gerais sobre as medidas cautelares, estabelecendo a dependência do processo cautelar em relação ao processo principal e que ele poderia ser instaurado antes - ou no curso, do processo principal. O outro capítulo dispôs sobre os procedimentos cautelares específicos.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 35.ed., Rio de Janeiro: Forense. 2003, v. II.

Os Tribunais e a própria doutrina resistiam com veemência em não admitir que qualquer das partes pudesse obter uma tutela satisfativa do direito, utilizando-se da técnica cautelar. Ao citar que Lopes da Costa chamava a atenção para o fato de que “a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória”, Humberto Theodoro Jr.¹⁵ lecionava à época que a finalidade da medida cautelar “é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória”.

Com a introdução da Lei 8952/94 que trouxe nova redação ao art. 273 do CPC/73, o ordenamento tornou possível o deferimento de tutelas antecipadas genéricas, desde que, preenchidos os requisitos gerais estabelecidos no diploma. A nova redação do art. 273 assim dispôs:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 1976, p. 108.

No código de 1973, a tutela antecipada e a tutela de evidência já eram tratadas de maneiras distintas. A fruição do bem da vida, ou de seus efeitos, quando requerida, passou a ser viabilizada antecipadamente, a fim de preservar a possibilidade de eficácia, que se obteria de forma muito provável, ao final do processo. Nesses casos a tutela passou a ser satisfativa, pois não necessitou aguardar nenhum outro pronunciamento para promover sua fruição. A demora na prestação da tutela jurisdicional fundada na necessidade urgente do demandante poderia comprometer a eficácia do próprio processo, que perderia sua razão de ser, se sua fruição não fosse antecipada.

Quanto as situações de risco à efetivação da prestação da tutela definitiva Teori Albino Zavascki¹⁶ ensinava que são basicamente três as questões a serem consideradas:

“Há situações em que **a certificação do direito material é que está em risco**, já que a prova de sua existência se encontra ameaçada em face da demora de sua coleta pelos meios ordinários. Quando ocorrem, será **urgente medida para antecipar a produção da prova**, que, todavia, não importa qualquer antecipação dos efeitos da futura sentença. Por outro lado, há situações em que **o perigo ameaça, não a certificação, mas a futura execução forçada do direito certificado**, com a dissipação das suas indispensáveis bases materiais. Nesses casos, **urgente será a medida para garantir a execução**, o que, igualmente, não significa antecipar os efeitos da tutela definitiva. Mas finalmente, há situações em que a certificação do direito pode não estar sob o

risco, como podem não estar sob o risco de dissipação os bens destinados à execução do direito certificado: **o perigo de dano ao direito decorre, unicamente, da demora na sua efetiva fruição**. Presentes essas circunstâncias, será **urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado** a tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

Em suma: há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação o direito é, todavia, urgente, dado que **a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave**. Essa última é **a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória**”.

Ao longo dos anos o CPC de 1973 sofreu com a introdução de várias reformas a fim de viabilizar sua aplicabilidade prática, em um período bastante conturbado da política brasileira, até que um novo marco foi estabelecido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o que nas palavras de Cândido Dinamarco¹⁷ veio para “garantir a

¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 35-51, 1996.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

tutela constitucional do processo e, corroborar com os instrumentos da jurisdição constitucional das liberdades.”

Foi na data de 05 de outubro de 1988, ao manifestar sobre ser esta a “Constituição Cidadã” do Brasil, que instituiu um Estado Democrático, o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, deputado Ulysses Guimarães, pronunciou: “Declaro promulgado o documento da liberdade, da democracia e da justiça social do Brasil”. Com estas palavras entrou em vigor a Magna Carta de 1988, que entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, cuja norma é a fonte de todos os direitos fundamentais do processo, que entre outras prioridades visa assegurar o processo justo, imparcial e com equidade de justiça para todos.

A história revela que as mudanças não ocorrem instantaneamente no mundo contemporâneo. A percepção sobre o entendimento que as mudanças provocaram nas sociedades, demanda investigações sobre a base do conhecimento, as relações e interrelações que geraram tais reflexos nos meios sociais e influenciaram movimentos contínuos de preservação e avanços, de maneira a impactar diretamente na *história* de uma nação.

Na era da informação, as mudanças tecnológicas, sem dúvida, proporcionaram incremento nas bases do conhecimento, mas o que é aparente, de fato, é que mesmo com tantos recursos tecnológicos, os demais recursos – financeiros, humanos, materiais, ambientais, etc. – tornaram-se cada vez mais escassos ou inviabilizados. Fatores como os citados só aumentaram a complexidade em promover avanços sustentáveis nas atuais sociedades, pois essas estão cada vez mais individualistas e carentes de referenciais que estimulem a partilhar a vida em sociedade. A sociologia do direito ensina que a própria sociedade, através dos tempos e com a percepção de mundo vivenciada, é que fomentará o ordenamento jurídico, para alcançar de acordo com suas singularidades, o processo de crescimento e desenvolvimento pretendido.

3. A TUTELA JURISDICIONAL NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No mundo jurídico a experiência revela que as coisas não acontecem do dia para a noite. Muitos são os debates que acompanham a evolução das demandas prementes na sociedade. No novo código de processo civil de 2015, com o intuito de adequar as normas estabelecidas pela lei às demandas ambicionadas pela sociedade, o legislador estabeleceu uma série de inovações a fim de conceder ao processo maior celeridade, mas além disso, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹⁸ também é necessário “mudar essa ótica deformadora do verdadeiro papel reservado à prestação jurisdicional. É preciso, urgentemente, substituí-la pela objetiva e singela busca da justa e adequada realização do direito material na solução do conflito deduzido em juízo.”

Como já dito anteriormente, desde as últimas décadas do Séc. XX o CPC passou por diversas alterações legislativas e reformas, com novos institutos sendo introduzidos, outros extintos ao longo do tempo, por já não contribuírem razoavelmente para dar efetividade processual em um período de tempo razoável.

O direito como é uma ciência dinâmica, para dizer se as modificações introduzidas pelo legislador foram apropriadas à finalidade de instrumentalizar as regras, a fim de obter de forma mais ligeira, o direito material pleiteado e garantir a tutela dos direitos pretendidos de maneira mais efetiva, só o tempo dirá.

Quanto aos procedimentos estabelecidos na lei que introduziu o CPC 2015 é perceptível a intenção do legislador em simplificar e adequar as regras do direito processual aos princípios da CRFB/88. Firmaram por exemplo, a obrigatoriedade de observação pelos Tribunais, quanto aos precedentes já pacificados por Tribunais Superiores e pelo STF. Com o mesmo objetivo, conciliações e mediações judiciais também foram estimuladas como métodos alternativos ao rito ordinário, para dar maior celeridade ao Poder Judiciário.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I, p.29.

Quanto às tutelas provisórias objeto desse trabalho, foi tratada pelo legislador no Livro V, a partir do art. 294 ao 311, do CPC 2015. Em relação à sua classificação, basicamente, as tutelas provisórias quanto à fundamentação podem ser de urgência ou de evidência. Quanto à natureza podem ser antecipadas ou cautelares e o momento da sua ocorrência irá determinar se elas serão concedidas em caráter antecedente ou incidental.

Importante salientar que a tutela provisória é uma ferramenta da qual o julgador se utiliza, em caráter provisório, para assegurar ou proteger um direito, em situações nas quais ainda não se tem uma compreensão efetiva dos fatos, que lhe permita sentenciar de modo seguro e definitivo.

Uma vez que a tutela provisória seja concedida, se o processo vier a ser suspenso, ela permanecerá válida durante todo o período de suspensão do processo, a não ser que haja decisão judicial contrária à manutenção da sua eficácia. Entretanto, por ser provisória, a qualquer tempo, a tutela poderá modificada ou vir a ser totalmente revogada.

Ainda por ser provisória e ter caráter secundário, o juiz poderá estabelecer a maneira mais adequada, a fim de que o cumprimento provisório da tutela possa vir a ocorrer. Em decisões que concedam, neguem, modifiquem ou revoguem a tutela provisória, o juiz deverá fundamentar de maneira clara e precisa, explicitando os motivos que o levaram a se convencer de tomar essa decisão, em razão da natureza precária desta espécie de provimento jurisdicional.

O momento da concessão da tutela provisória é o que vai determinar se ela será concedida em caráter antecedente ou incidental. Quando for requerida no curso do processo, dizemos que ela será concedida em caráter incidental. Porém, a tutela provisória poderá ser pleiteada junto ao órgão jurisdicional, antes mesmo que o processo seja instaurado e nesse caso, deverá ser concedida em caráter antecedente.

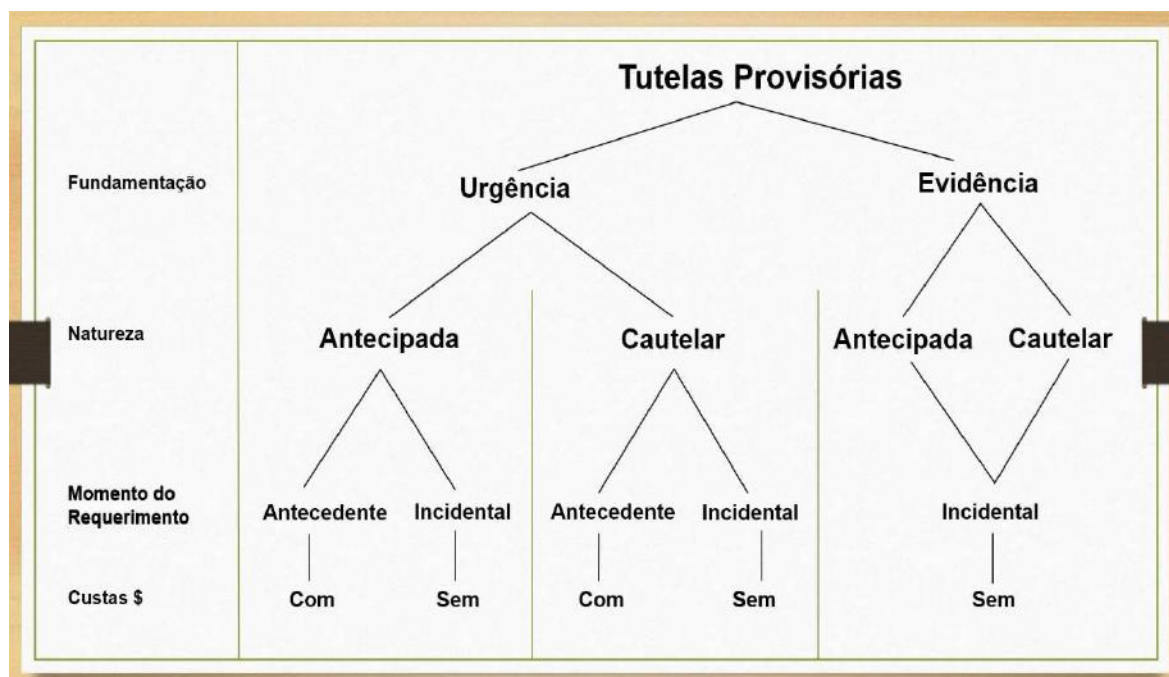
Eis a breve exposição acerca do instituto ora tratado.

3.1 Tutela de Urgência

Com base em cognição sumária e na convicção do magistrado, que verificou nas alegações pleiteadas indícios de que, aparentemente, estão ali presentes o bom direito – ou o *fumus boni iuris*, aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, *periculum in mora*, o juiz poderá atender ao pedido de concessão da tutela de urgência, antecipando a tutela assecratória do direito material. Para tanto, na petição inicial, o demandante deverá requerer a concessão da tutela provisória em caráter de urgência e sua confirmação ao final do processo, quando da sentença após cognição exauriente. Ao conceder o pleito requerido o magistrado deverá fundamentar sua decisão e explicitar o raciocínio que o levou a presumir tal convicção.

Para facilitar didaticamente a compreensão, um esquema será apresentado a seguir, a fim de permitir maior compreensão sobre a classificação das tutelas provisórias, a partir de três elementos básicos:

- 1) Em que se fundamentam;
- 2) A sua natureza;
- 3) O momento de seu requerimento.



As tutelas provisórias surgiram com o propósito de afastar o risco de dano à efetividade do processo, em virtude da demora excessiva da prestação jurisdicional proporcionada pelo Judiciário.

O Art. 303 do Código de Processo Civil de 2015, que regulamenta a tutela provisória de urgência de natureza antecipada, também chamada de tutela satisfativa, apresenta a seguinte redação:

“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.

§ 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;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - 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.

Da normatividade advinda do poder legiferante insculpido na lei adjetiva civil, percebe-se, claramente, positivamente dos requisitos necessários à concessão da tutela, os quais precisam ser cabalmente demonstrados pela parte processual que a pleiteia.

Ao perceber que as tutelas de urgência seriam de grande valia para alcançar a efetividade do provimento jurisdicional, seguidamente os operadores do direito passaram a se utilizar dessa técnica com maior frequência. Uma vez requerida, poderá ser concedida liminarmente ou após justificação prévia, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Como previsto no caput do art. 303, por ser a necessidade do autor simultânea à propositura da ação, poderá requerer a tutela de urgência em caráter antecedente, limitando-se na petição inicial a expor a lide, a explicitar o direito que busca realizar, com o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a indicar o pedido de tutela definitiva, com o respectivo valor da causa.

Posteriormente, no prazo determinado, aditará a exordial e proverá a complementação de sua argumentação, com a juntada de documentos e ao proceder os pedidos deverá solicitar que ao final do processo, a tutela que lhe for concedida em caráter provisório seja confirmada pelo juízo, quando do pronunciamento definitivo, para que possa ser efetivada de modo permanente. O magistrado analisará a justificação prévia e, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, poderá conceder a tutela requerida.

Ressalte-se que o juízo firmará decisão apenas em sua compreensão superficial, ainda não conclusa, a respeito da veracidade dos fatos apresentados, ou seja, sua cognição será sumária e, portanto, apenas sobre a probabilidade de existir um direito subjetivo aparente. Essa urgência ocorre em razão do perigo de dano irremediável em que se encontra o direito do autor, que busca socorro junto ao Judiciário, para garantir que seu direito não seja lesado.

Se houver necessidade o juiz poderá exigir que para concessão da tutela provisória em caráter de urgência, a parte forneça uma garantia que seja capaz de ressarcir possíveis danos à outra parte, caso a tutela não seja efetivada ao final do processo. Trata-se, em outras palavras, de garantias procedimentais tais como a caução ou a indicação de certos bens móveis ou imóveis, que se prestam para os referidos fins. Se de modo aparente houver perigo de irreversibilidade dos efeitos de sua decisão, o juízo também poderá não conceder antecipadamente a tutela de urgência.

O legislador já prevendo essa possibilidade, no §3º do art. 300 assentou que a tutela de urgência de natureza antecipada não poderá ser concedida, quando estiver presente o perigo de não ser possível reverter os efeitos da decisão de concedê-la.

A lição de Cassio Scarpinella Bueno et al¹⁹ acerca da irreversibilidade adverte que “A irreversibilidade não pode atuar como um limite intransponível à técnica da tutela jurisdicional diferenciada, seja na tutela antecipada, seja na execução provisória da decisão recorrida. Na verdade, compete ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; significa que o órgão jurisdicional deve mostrar-se consciente, sempre por meio de decisão motivada, dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação – trata-se de medir o *periculum in mora* comparando-o com o *periculum in mora reverso*. ” (Grifo nosso)

Salienta-se, inclusive, que há jurisprudência sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores no sentido de o magistrado não estar obrigado à concessão das eventuais medidas liminares requeridas pelas partes, razão pela qual é incabível a impetração de mandado de segurança. Tal entendimento por exemplo resta insculpido na súmula do TST.

Há casos em que mesmo que a parte saia vencedora ao final do processo ocorre a perda do seu objeto, em função da demora no reconhecimento da coisa julgada material. É o caso, por exemplo, de cirurgias negadas por planos de saúde, mas que necessitam ser realizadas em caráter de urgência. Ou ainda, da concessão de alimentos, onde o autor não possua as condições materiais mínimas para a sua subsistência. Sob essa perspectiva é que a tutela de urgência de natureza antecipada ganha relevância, em consonância com os princípios fundamentais estabelecidos na CFRB/88, que adota como um de seus principais fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

O Presidente do STF, ao apresentar os dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰ através do Informativo “Justiça em Números 2019”, disse que: “Outra oportunidade que se descortina a partir do efetivo conhecimento da realidade é a de constante aprimoramento.

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 196, 2016.

²⁰ BRASIL. Poder Judiciário. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ. 2019.

Este relatório mostra que, pela primeira vez na última década, houve redução dos casos pendentes, contrariando a tendência que vinha sendo observada ao longo dos últimos anos. Em outras palavras, o resultado indica que o Poder Judiciário brasileiro conseguiu vencer a barreira de julgar apenas o número de ações equivalente às ingressadas, deu um salto na produtividade e avançou para a diminuição do estoque de processos”.

É uma boa notícia. Na figura 119 reproduzida a seguir é apresentada a série histórica do tempo médio de duração dos processos, de 2015 a 2018. Ela demonstra que o tempo, da inicial até a sentença e até a baixa estão em ascendência, enquanto o tempo do processo pendente diminuiu. Segundo os especialistas, trata-se de resultado positivo, pois significa que estão sendo solucionados casos mais antigos, reduzindo o tempo do acervo. A ação de priorizar o julgamento de processos antigos integra o rol das Metas Nacionais do Poder Judiciário, e devem ser seguidas por todos os tribunais.

Figura 119: Série histórica do tempo médio de duração dos processos – Fonte: CNJ²¹



²¹ BRASIL. Poder Judiciário. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ. 2019.

No entanto, apesar da boa notícia, a demora em reconhecer a coisa julgada material ainda causa inevitáveis transtornos à parte que recorre ao judiciário para postular seus direitos. Para tanto, técnicas processuais que permitam a construção de procedimentos diferenciados, como a cognição parcial, por exemplo, que através de uma cognição sumária encontra amparo para conceder antecipadamente, em determinados casos, o direito material pleiteado, quando os requisitos previamente definidos pelo legislador possam ser cumpridos, passa a ser adequado à tutela de direitos.

Se a tutela provisória for de urgência, mas de natureza cautelar e requerida em caráter antecedente, o legislador dispôs nos art. 305 a 310 os seguintes procedimentos a serem adotados:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

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

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Constata-se que o legislador se precaveu ao inserir no normativo, que mesmo se a urgência for para assegurar o resultado útil do processo e tentar afastar o perigo de dano aparente, o autor poderá requerer a tutela em caráter antecedente. Nesses casos, caberá ao magistrado decidir conforme o previsto no § 1º do art. 305, ou seja, se em seu entendimento julgar que a urgência deva ser antecipada o juiz procederá concedendo a tutela conforme disposto no art. 303. Caso contrário, promoverá o contraditório e se for o caso estabelecerá a tutela de modo cautelar incidental.

Para pleitear a prestação de tutela cautelar em caráter antecedente o autor indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, para que ele não se torne ineficaz no futuro. Por ter natureza protetiva e visar a preservação do direito do autor, a fim de que futuramente possa obter a satisfação do direito, no presente não lhe será adiantada a fruição do direito material pleiteado e não haverá coincidência do pedido formulado na inicial, com o pedido definitivo a ser deferido ao final do processo.

A natureza cautelar dessa modalidade de tutela tem o condão de apenas assegurar a aplicação do direito, devendo o juízo adotar as medidas necessárias para garantir à parte lesada o ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados. Trata-se, portanto, de modalidade de provimento jurisdicional de natureza não satisfativa.

É importante ressaltar que todas as tutelas, por serem provisórias, podem ser revogadas a qualquer momento, bastando para isso, manifestação do magistrado no sentido de revogação da tutela. Cabe salientar também, que na maioria das vezes há resistências do réu, quanto ao cumprimento da tutela determinado pelo juiz, por ela ter sido deferida em caráter provisório. O estabelecimento de multa diária pelo descumprimento da medida cumpre importante papel nesses casos e é um grande aliado no enfrentamento desse problema bastante recorrente.

A fim de realçar o papel da multa para conceder efetividade às tutelas de urgência satisfativas, nos casos em que há resistência por parte do réu em cumprir o que foi determinado pelo juízo, pedimos permissão para apresentar jurisprudência do TJRJ nesse sentido:

SEXTA CÂMARA CÍVEL. Julgamento Processo: 0026012-90.2016.8.19.0000-AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.TRANSFERÊNCIA E INTERNAÇÃO. TRATAMENTO MÉDICO. FIXAÇÃO DE MULTA. REDUÇÃO. Decisão agravada determinou que os réus providenciem a transferência da autora para hospital da rede pública com vaga em UTI no prazo de quatro horas, sob pena de multa de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos) por hora, durante as 24 (vinte e quatro) primeiras horas de descumprimento e de R\$12.000,00 (doze mil reais) por dia a partir do segundo dia. Recorre o Agravante do valor fixado a título de multa diária. O juiz, conforme entendimento da Corte Superior pode de ofício ou a requerimento da parte fixar as denominadas astreintes, ainda que contra a Fazenda Pública, com o fim de forçá-la ao adimplemento de obrigação de fazer. Todavia, os limites da coerção devem atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, até mesmo porque entendimento diverso implicaria no possível enriquecimento sem causa do Autor, vedado pelo direito pátrio, de acordo com o art. 884, Código Civil. Redução da multa diária para R\$5.000,00 (cinco mil reais), possibilitando a transformação da obrigação, para conceder efetividade a medida, ou seja, internação na rede particular as expensas do Poder Público. Art. 536, caput do CPC/2015 aplicável as tutelas de urgência satisfativas, como no presente caso (art. 300 e § 3º do CPC/2015). Necessidade de valor elevado para conferir a força coercitiva da ordem judicial. Precedentes do TJ/RJ. Parcial provimento do recurso. Data de Julgamento: 24/05/2017. (Grifo nosso)

Impende destacar que tanto a tutela de urgência antecipada, quanto a tutela de urgência cautelar poderão ser requeridas antecipadamente ou após iniciado o processo. Dizemos que se o requerimento de tutela foi efetuado antes do início do processo, essa modalidade de tutela será classificada como **antecedente**, ou seja, ela poderá ser uma **tutela de urgência antecipada antecedente** ou uma **tutela de urgência cautelar antecedente**. Já se o momento do requerimento se der durante o curso do processo será classificada como **incidental**, ou seja, ela poderá ser uma **tutela de urgência antecipada incidental** ou uma **tutela de urgência cautelar incidental**.

3.2 Tutela de Evidência

O requerimento da concessão da tutela de evidência ocorre quando o autor recorre ao Judiciário e requisita que lhe seja concedida uma tutela provisória, após cognição sumária do magistrado, que lhe permita realizar o direito material “de imediato” em face da robustez e credibilidade das provas apresentadas.

Parece elementar, mas essa entrega do bem da vida a quem faz jus não é tão simples assim e gera muitas dúvidas entre os juristas, quanto à sua aplicação prática. Há argumentos a favor e contra, ainda sem um consenso definido.

Para o legislador, há quatro situações dispostas no art. 311 do CPC de 2015 que na opinião de Humberto Theodoro Júnior²², constituem um rol taxativo e nas quais se admite a concessão da tutela de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Elas ocorrerão quando:

“I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

E o legislador acrescentou ainda no parágrafo único, que nas hipóteses dos incisos II e III o juiz poderá decidir liminarmente.

Parte da doutrina que considera a tutela de evidência em uma dimensão mais ampla, a dos direitos fundamentais processuais, há nas situações que envolvem o ser humano uma diversidade tão profusa e complexa, que é incabível estabelecer um rol taxativo que consiga abarcar todas as situações cabíveis à concessão de determinado instituto, especialmente o da tutela de evidência.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I, p.713.

Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni²³ a limitação de conceder a tutela de evidência somente nos itens previstos pelo legislador carecem de revisão. Ele afirma que “Realmente seria absurdo imaginar que a tutela de evidência é cabível apenas nas hipóteses dos incisos II, III e IV do art. 311. Note-se que o inciso III nada mais é do que um dos muitos exemplos de tutela de evidência baseada em prova dos fatos constitutivos e defesa infundada que requer instrução dilatária. (...) Não é por outro motivo que o inciso I do art. 311 deve ser visto como uma regra geral de democratização do processo – que viabiliza técnica processual idônea a toda e qualquer situação de direito substancial”.

Quando a parte que se socorre junto ao judiciário é capaz de confirmar a verdade e de trazer ao processo uma ou mais provas, a fim de instruir a petição inicial com provas documentais suficientes para a demonstrar seu direito material, o magistrado poderá aferir, ao menos em tese, se suas alegações são passíveis de serem validadas, apenas com os elementos trazidos aos autos.

Quanto à pressuposição fática o juízo irá apurar se as alegações são passíveis de serem comprovadas através de prova documental ou documentada. Quanto à pressuposição de direito será analisado se o pedido efetuado pelo requerente se baseia em tese jurídica já firmada em precedente obrigatório. Após se convencer de que ambos os requisitos foram preenchidos, o juízo poderá acolher e se pronunciar a respeito do pedido formulado. se pelas provas apresentadas o direito da parte for inequívoco e visível, e poderá ser reconhecido imediatamente pelo juízo, antes mesmo de ocorrer a citação do réu.

O Ministro Luiz Fux²⁴ leciona que “o direito evidente é aquele cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossíveis de contestação séria”. No entanto, grande parte da doutrina ainda resiste, sob o argumento de que o direito invocado pelo autor, ainda que aparentemente líquido e certo e com grandes possibilidades de ser verossímil, depende da verificação de requisitos procedimentais a serem efetuados, a fim de que comprovem ser, de fato, cabível.

Não é por outra razão que a concessão das tutelas de evidência, sejam elas de natureza antecipada ou cautelares, ocorrem sempre de modo incidental, ou seja, durante o curso do

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 2.ed. revista. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018, p.331.

²⁴ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

processo e, de preferência, com a oitiva da parte contrária, em obediência ao Princípio do Contraditório. No entanto, o art. 9º do próprio CPC, prescreve os casos em que excepciona a aplicação desse Princípio, a saber:

Art. 9º - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

- I - à tutela provisória de urgência;
- II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
- III - à decisão prevista no art. 701.

Para os casos previstos nos incisos II e III do art. 311, onde de fato, as alegações do demandante puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, ou ainda, se a demanda tratar de pedido reipersecutório, baseada em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa, nesses casos, ambas as hipóteses legitimam a concessão da tutela de evidência e o magistrado deverá concedê-la *inaudita altera parte* ou seja, sem ouvir previamente a parte contrária.

A terceira hipótese de concessão da tutela de evidência *inaudita altera parte* está prevista no item III – “à decisão prevista no art. 701”, que o ordenamento faz previsão legal de que:

“**Art. 701.** Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

Quando o direito material do demandante resta evidente, a ponto de não suscitar dúvidas, o juiz pode e deve tutelar seu direito, sem realizar a oitiva da parte contrária, antes de prolatar sua decisão.

Apesar de parte da doutrina postular para que os magistrados sejam parcimoniosos na concessão da tutela de evidência, alegando o receio de que concessões indevidas possam vir a causar prejuízos relativos ao direito de defesa e ao Princípio do Contraditório, fato é que, no diploma legal há recomendação expressa para a concessão da tutela de evidência, nos casos em que o legislador prescreveu.

Por outro lado, a outra parte conhecer o teor do processo que a envolve; ter a possibilidade de saber o que pretende a parte demandante e poder se manifestar no processo; a justiça poder considerar suas razões, ainda que estas o tenham levado a agir de maneira diversa da pretendida pelo demandante; todas essas são exigências típicas de sociedades que promovam o Estado Constitucional e Democrático de Direito e executam o devido processo legal. Nessa perspectiva, o princípio do contraditório deve ser elencado em sua dimensão mais substancial e garantir efetividade ao Estado de Direito.

Quanto às provas apresentadas, Luiz Guilherme Marinoni²⁵ adverte que “o objeto da prova são as afirmações de fato e não os fatos em si. O fato não pode ser qualificado de *certo, indubitado ou verdadeiro*; ele apenas existe ou não existe. Como o direito existe independente do processo, esse serve para declarar que o direito *afirmado* existe”.

As declarações que constam de um documento presumem-se que são verdadeiras, mas mesmo provas documentais aparentemente robustas são passíveis de contestação quanto à falsidade material ou substancial. O documento público também gera presunção de autenticidade, mas o particular necessita que a parte contrária o reconheça como válido, para ser considerado autêntico.

No art. 430, está previsto que a falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. E o parágrafo único complementa que uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

Humberto Theodoro Júnior²⁶ ensina que “a tutela de evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. (...) No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.”

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 2.ed. revista. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018, p.303.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I, p.713.

Alexandre Freitas Câmara²⁷ é mais categórico quando sustenta que a tutela de evidência é “de natureza satisfativa e sua concessão prescinde do requisito da urgência. (...) trata-se, então, de uma tutela antecipada não-urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática, o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora*. (...) é uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material”.

Não se pode confundir o deferimento da tutela de evidência após cognição sumária do magistrado, com o julgamento antecipado do mérito, pois além da tutela ser provisória ela é oriunda de uma decisão interlocutória e, portanto, suscetível de Agravo. Somente após cognição exauriente é que estará apta a fazer coisa julgada material.

Em 2010, Luiz Guilherme Marinoni²⁸ já assegurava: “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à reordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem”.

Apesar do CPC de 2015 ter concedido maior autonomia à tutela de evidência, na prática ainda há controvérsias a serem esclarecidas. Há a necessidade de se alcançar um consenso entre os operadores do direito, para que esse importante instrumento possa ser utilizado efetivamente para exercer o mandamento constitucional de diminuir o tempo de espera que o cidadão necessita para ver o seu direito tutelado pelo Estado.

O ônus decorrente do tempo do processo não pode ser creditado somente ao autor, como se fosse duplamente culpado pela violação de seu próprio direito: Primeiro, pelo conflito com o réu. Segundo, pela morosidade do Estado em lhe reconhecer o direito violado e devolver o direito material subtraído.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.167/168.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.114.

4. NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA PROVISÓRIA

A doutrina ainda não pacificou um entendimento único acerca da natureza jurídica das tutelas provisórias. Há várias abordagens e muitas controvérsias a serem debatidas. O que se sabe até aqui é o que está explícito no art. 304, do CPC de 2015, especialmente nos parágrafos 5º e 6º que tece considerações sobre a estabilização da tutela:

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.

Para a concessão da tutela provisória de urgência, além do *fumus boni iuris*, aliado ao *periculum in mora* também é requisito para a sua concessão, que a tutela a ser concedida não produza efeitos irreversíveis. Se a parte contrária não impetrar o recurso cabível objetivando reverter a decisão que a concedeu, esta adquirirá estabilidade após o prazo de dois anos e a fim de manter a segurança jurídica, permanecerá com esse *status* de estável, até que o juízo pronuncie a sentença final.

Quanto à necessidade de a parte demandada impetrar o recurso cabível, a fim de evitar que a tutela de urgência pudesse vir a adquirir estabilidade, pedimos vênias para transcrever a decisão exarada no Acórdão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 28/11/2017, onde o pleito do apelante foi rejeitado, pela falta da interposição do recurso cabível, no caso o Agravo de Instrumento, dentro do prazo legal, em face da decisão que concedeu a

tutela de urgência antecipada. Portanto, restou configurada a estabilização da tutela concedida pelo juízo *a quo*.

“DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023492-56.2016.8.19.0066 1 V EMBARGANTE 1: FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF EMBARGANTE 2: CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAÚDE S/A EMBARGADA: EUNICE MARIA CUSTÓDIO RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA REGINA NOVA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMBAS AS RÉS. - Sem razão a Embargante 1, eis que o aresto sob foco não padece das alegadas omissões. - O decisum embargado foi claro ao mencionar expressamente que, conforme entendeu o Juízo a quo, antes da renúncia dos patronos anteriores da ora Recorrente 1, a decisão que havia deferido a tutela de urgência antecedente restou irrecorrida (não foi interposto recurso dentro do prazo legal), pelo que não há que se falar em prejuízo. Isso porque, a tutela de urgência antecedente se estabilizará na hipótese de não interposição de recurso, na forma do caput do art. 304 do CPC/2015, e do Enunciado nº 28 da ENFAM. Dessa forma, só se aprecia o mérito da causa se houver sido interposto o recurso cabível. Na hipótese, considerando a não interposição do recurso cabível (o agravo de instrumento) em face da decisão antecipatória, conforme atestou a certidão cartorária, restou configurada a estabilização da tutela concedida, não tendo a contestação oferecida pela FUNCEF o condão de impedir a estabilização da demanda. - Não há, nessa seara, que se discutir o mérito da tutela antecedente deferida e estabilizada, sendo inadequada a via eleita pela Embargante 1, de modo que prejudicadas as demais alegações. - Correta, portanto, a sentença que reconheceu a estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa e extinguiu o processo sem resolução do mérito, não havendo que se falar em violação, por parte do acórdão embargado, aos dispositivos prequestionados pela ora Recorrente 1. - No que tange ao recurso da ora Embargante 2, a sua contestação foi protocolizada em 15/02/2017, ou seja, após a sentença, que foi assinada digitalmente em 17/01/2017. Além disso, a ora Recorrente 2 não apresentou contrarrazões, conforme certidão cartorária. Ainda que assim não fosse, a contestação oferecida pela ora Embargante 2 também não impediria a estabilização da demanda, pelas razões já expostas, não tendo a parte interposto agravo de instrumento, que era o recurso cabível. REJEIÇÃO DE AMBOS OS RECURSOS DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0023492-56.2016.8.19.0066 3 V A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima epigrafadas, A C O R D A M os Desembargadores que integram a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em REJEITAR AMBOS OS RECURSOS, nos termos do voto do Desembargador Relator. R E L A T Ó R I O Trata-se de Embargos de Declaração opostos por FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF (fls. 409/415) e por CAIXA SEGURADORA ESPECIALIZADA EM SAÚDE S/A (fls. 423/424) em face do acórdão de fls. 396/407. Em suas razões, a Embargante 1 alega que há omissões no julgado, pretendendo o prequestionamento dos artigos 76, 111, parágrafo único, e 485, §1º do CPC/15; artigos 102 e 109 da CRFB/88; artigo 68 da Lei Complementar nº. 109/2001 e artigo 90 do Decreto 4.923/2003. Já a Embargante 2 alega a existência de omissão no decisum embargado, que não se pronunciou sobre a sua contestação de fls. 275/279, ignorada também pelo Juízo a quo. Às fls. 430, certidão de que não foram apresentadas contrarrazões. Petição da Embargada (fls. 433/434) informando que apresentou contrarrazões, conforme fls. 435/438. É o sucinto relatório. V O T O Presentes os pressupostos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, conheço dos recursos. Sem razão a Embargante 1, eis que o aresto sob foco não padece das alegadas omissões. O acórdão embargado reconheceu que, de fato, a ora Recorrente 1 não foi intimada da sentença, eis que a intimação eletrônica (fls. 204/206) teve como destinatária a patrona anterior (que havia renunciado), tendo os atuais patronos ingressado espontaneamente no feito em 06/02/2017 (fls. 214), requerendo a devolução de prazo e declaração de nulidade dos atos processuais desde 16/12/2016 (data da renúncia). No entanto, o decisum embargado foi claro ao mencionar expressamente que, conforme entendeu o Juízo a quo (fls. 273), antes da renúncia dos patronos anteriores, a decisão que havia deferido a tutela de urgência antecedente (fls. 71) restou

irrecorrida (não foi interposto recurso dentro do prazo legal), pelo que não há que se falar em prejuízo. Isso porque, a tutela de urgência antecedente se estabilizará na hipótese de não interposição de recurso, na forma do caput do art. 304 do CPC/2015, e do Enunciado nº 28 da ENFAM. Dessa forma, só se aprecia o mérito da causa se houver sido interposto o recurso cabível. Na hipótese, considerando a não interposição do recurso cabível (o agravo de instrumento) em face da decisão antecipatória (fls.71), conforme atestou a certidão cartorária de fls.195, restou configurada a estabilização da tutela concedida, não tendo a contestação (fls. 103/117) oferecida pela FUNCEF o condão de impedir a estabilização da demanda. Como mencionado no acórdão embargado, não há, nessa seara, que se discutir o mérito da tutela antecedente deferida e estabilizada, sendo inadequada a via eleita pela Embargante 1, de modo que prejudicadas as demais alegações. Correta, portanto, a sentença que reconheceu a estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa e extinguiu o processo sem resolução do mérito, não havendo que se falar em violação, por parte do acórdão embargado, aos dispositivos prequestionados pela ora Recorrente 1. No que tange ao recurso da ora Embargante 2, a contestação de fls. 275/279 foi protocolizada em 15/02/2017, ou seja, após a sentença de fls. 197/199, que foi assinada digitalmente em 17/01/2017. Além disso, a ora Recorrente 2 não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fls. 376. Ainda que assim não fosse, a contestação oferecida pela ora Embargante 2 também não impediria a estabilização da demanda, pelas razões já expostas, não tendo a parte interposto agravo de instrumento, que era o recurso cabível. Pelo exposto, voto pela REJEIÇÃO DE AMBOS OS RECURSOS.” (Grifo nosso)

No trabalho de pós-graduação em Direito Notarial e Registral, a autora Jaqueline da Rocha Medis²⁹ demonstrou através de suas pesquisas, que o pensamento da doutrina sobre a estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente ainda está longe de um consenso.

De início, ela expôs o pensamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Eles afirmam que: “(...) a eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem exaurimento da cognição. Ou seja, a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes”.

²⁹ MEDIS, Jaqueline da Rocha. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72102/natureza-juridica-da-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-antecedente>, Artigo Científico. Revista Jus Navigandi, 02/2019, p. 12. Acesso em: 31 out. 2019.

Em outra oportunidade mencionou a afirmação de Marinoni de que “a natureza jurídica da tutela antecipatória é de movimento judicial com eficácia mandamental ou executiva: lato sensu (ou executiva pura), isto porque permite a um só tempo não só a entrega antecipada provisória do próprio mérito ou seus efeitos, como também permite a efetivação imediata desta tutela”.

Citou ainda as lições de Fredie Didier, onde ele considera que “a natureza da estabilização não é de coisa julgada, uma vez que não recai sobre o conteúdo da decisão e sim sobre os efeitos. Quer dizer que o mérito poderá ser discutido em ação própria, mesmo passados os dois anos da estabilização dos efeitos da tutela provisória concedida”.

Medis, ao se referir às hipóteses da formação de coisa julgada material, cita os esclarecimentos fornecidos por Cassio Scarpinella Bueno dizendo que “A circunstância de, passados os dois anos do §5º do art. 304, não haver mais meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão não faz com que ela transite em materialmente em julgado. Há, aqui, mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica. Não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da “ação rescisória”, técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses”.

Para contrapor, Medis diz que o pensamento de Leonardo Greco é de que “passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada”.

Ao finalizar seu raciocínio em relação as ideias apresentadas acerca da natureza jurídica da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, Medis chega à conclusão de que “A estabilização da tutela, por se tratar de dispositivo novo na legislação processual, ainda suscita dúvidas e debates doutrinários. Entretanto, conclui-se que andou bem o legislador pátrio, uma vez que tentou assegurar a satisfação do direito, encurtando o tempo esperado do processo, de forma a obter economia processual e celeridade, diante da inércia do réu”, o que é bastante razoável.

Com tantas indefinições, após a entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda sem nenhum consenso estabelecido a respeito das ideias sobre a natureza jurídica do instituto da tutela provisória, no plano fático, o que se pode afirmar com convicção, é que a tutela provisória de urgência antecipada antecedente possui natureza satisfativa e com aquisição de determinada estabilidade após dois anos, se não houver recurso em contrário, o que a confere segurança jurídica. Todas as demais tutelas provisórias possuem natureza cautelar, não fazem coisa julgada, enquanto concedidas em caráter provisório, no aguardo de pronunciamento definitivo pela jurisdição.

5. DIFERENCIAÇÃO ENTRE A TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

A principal diferença entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, como o próprio nome já remete é a urgência do demandante em obter, na prática, a realização imediata do direito que se apresenta em uma situação de perigo iminente e corre o risco de não se realizar e, por esta razão, necessita que sua urgência seja satisfeita de imediato. Já em relação à tutela de evidência o próprio legislador tentou elaborar um rol, onde se vislumbra a possibilidade de ela vir a ser concedida. No entanto, na doutrina há opiniões divergentes acerca do assunto e muitas divergências acerca do rol, se ele é ou não taxativo, havendo também defesa para ambos os lados, sem nenhum consenso por enquanto.

Para situações onde é crucial e urgente que providências sejam tomadas, onde o tempo pode consumir as expectativas de alcançar melhores resultados, que não se pode protelar as ações sem correr o risco de nada adiantar, de maneira prudente, o próprio texto constitucional, criou remédios jurídicos capazes de “socorrer” e proteger os direitos do postulante a uma resposta que possua aplicabilidade imediata ao pleito requerido.

E por falar em situações cruciais, onde a necessidade de providências é urgente, peço permissão para apresentar entendimento jurisprudencial, que apesar de ter ocorrido durante a égide do CPC de 1973, retrata fielmente a demonstração de que, em casos como esses, é cabível o deferimento da tutela de urgência por ocasião da apreciação do mérito pelo magistrado. Trata-se da manutenção do bem da vida, que corre perigo iminente, pois o demandante corre o risco de perder a própria vida, se o tratamento não puder ser realizado.

“SEXTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001637- 61.2012.8.19.0001 AGRAVANTE: BRADESCO SAÚDE S/A AGRAVADO: RICHARD OJALVO RELATOR: DES. BENEDICTO ABICAIR AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE HEMODIÁLISE. TUTELA SATISFATIVA. FALTA DE SUBSÍDIOS PARA RECONSIDERAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO. A C Ó R D Ã O. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DE HEMODIÁLISE. TUTELA SATISFATIVA. 1. No presente caso, o pedido se refere a uma tutela de urgência satisfativa, que corresponde à antecipação dos efeitos da tutela pretendida em ação principal, qual seja, a ação de obrigação de fazer. 2. Certo é que, com a alteração promovida pela Lei nº 10.444/2002, que inseriu o §7º ao art. 273 do CPC, passou-se a admitir a fungibilidade procedimental entre as medidas cautelares e satisfativas atípicas. 3. É certo que a fungibilidade entre os institutos da medida cautelar e da tutela antecipada apenas poderá ser aceita quando presentes os requisitos da medida que vier a ser concedida, conforme já se manifestou o STJ. 4. Na hipótese dos autos, a verossimilhança das alegações é confirmada pelos

documentos colacionados, que demonstram ser o requerente associado ao plano de saúde administrado pela ré e necessitar do tratamento de hemodiálise, por ser portador de falência renal. 5. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, diante do risco à integridade física que a demora na concessão do provimento liminar poderia acarretar ao requerente. 6. Sendo assim, descabido o pleito de extinção do processo, ainda que o autor não tenha ajuizado a ação principal no período de 30 dias, considerando a natureza satisfativa da tutela, de modo que não há que se falar em violação aos artigos 806 e 808, inciso I, do Código de Processo Civil. 7. Quanto ao mérito, ressalte-se que, embora o plano de saúde alegue estar o tratamento de hemodiálise excluído da cobertura contratual, é aplicável ao presente caso o disposto no art. 51 do CDC, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. 8. Vale ressaltar que os planos e os contratos de seguro-saúde são contratos de longa duração, firmados com o escopo de proteção e assistência à saúde do consumidor, parte naturalmente mais vulnerável na relação jurídica. 9. Portanto, correta a sentença que condenou o plano de saúde réu a custear o tratamento de hemodiálise requerido pelo autor, devendo a sentença ser mantida, na íntegra. 10. Negativa de seguimento ao recurso, com fulcro no art. 557, caput, do CPC.” (Grifo nosso)

Não é sem propósito que a CRFB/88 no §1º, do art. 5º estabeleceu que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Esse princípio da aplicabilidade imediata está garantido expressamente na Constituição e confere eficácia direta, independentemente de legislação infraconstitucional, pois engloba todos os direitos fundamentais explícitos ou implícitos no texto constitucional.

O próprio legislador faz uso de algumas restrições legais do tipo “nas hipóteses que a lei estabelecer” ou “nos termos da lei” para limitar a aplicabilidade imediata de alguns direitos, mas de fato, quando se trata de assuntos delicados e mais relevantes, em uma sociedade plural, onde os direitos subjetivos devem ser considerados, em consonância com a necessidade e conveniência de diversos valores assegurados, os conteúdos fáticos e jurídicos permitem ao operador do direito, vislumbrar as condições necessárias para requerer a possibilidade da conjunção simultânea de princípios, a fim de obter as medidas de proteção que resguardem o direito do cidadão, até mesmo em relação à manutenção da própria vida em sociedade.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior³⁰, “o que distingue a tutela da evidência das medidas de urgência é a desnecessidade do *periculum in mora* (art. 311, *caput*). Este pode favorecer o seu deferimento, mas não é requisito indispensável.”

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I, p.715.

O momento mais oportuno para o juiz decidir sobre a concessão da tutela de evidência, segundo Luiz Guilherme Marinoni³¹ é durante a decisão de saneamento e organização do processo promovida pelo magistrado, porque nessa fase é que ele definirá quais são os fatos litigiosos controversos e onde eles estão situados. A fim de compreender melhor toda a situação fática, ele poderá confabular com as partes, para tentar esclarecer possíveis dúvidas sobre a geração do litígio.

O § 3º do art. 357 prevê que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Marinoni lembra também que a possibilidade de concessão provisória da tutela de evidência pode vir a restabelecer o equilíbrio entre as partes, o que pode favorecer uma possível conciliação, ainda que o momento de conciliar já tenha sido ultrapassado.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 2.ed. revista. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018, p.342.

6. UM CASO PRÁTICO ENVOLVENDO A SAÚDE DE UM PACIENTE

Digamos que uma pessoa tenha contratado, há cerca de cinco anos atrás e pago regularmente, um determinado plano de assistência de saúde junto à uma operadora que ofereça esse serviço no mercado, com o objetivo de assegurar para si, a prestação de serviços médicos, realização de exames e internações hospitalares.

E, em um determinado dia, após sentir um mal-estar e dores no corpo, a contratante procura o Setor de Emergência de um dos Hospitais conveniados com o Plano de Saúde e após ser examinada pelo médico, que a diagnosticou com um tipo de Neoplasia, optou por sua internação imediata.

Ato contínuo, a contratante foi submetida a uma cirurgia para retirar tumores, realizar biópsia e iniciar tratamento quimioterápico tendo sido realizado acompanhamento mensal pelos especialistas médicos em ginecologia, oncologia e pelo próprio cirurgião que fez a retirada dos tumores.

Aproximadamente um ano e meio depois de iniciar o acompanhamento de rotina, um dos exames de ressonância magnética detectou uma grande quantidade de linfonodos, indicando a necessidade de um aprofundamento na investigação do avanço do câncer nos órgãos da paciente.

Com o objetivo de aprofundar sobre a extensão e a localização mais precisa alcançada pelo câncer no corpo da paciente e de se discutir sobre as possibilidades terapêuticas mais adequadas, a equipe médica indicou a realização de um exame conhecido como PET SCAM, que é uma espécie de tomografia computadorizada específica para detectar o avanço do câncer no organismo humano. A paciente pleiteou a realização do exame junto ao Plano de Saúde, mas não autorizado. Diante da recusa, a paciente arcou sozinha com os custos do procedimento.

Os resultados apresentados no exame sugeriram uma nova intervenção cirúrgica e posterior tratamento quimioterápico com uma medicação ainda mais forte do que a realizada na quimioterapia anterior, como sendo os procedimentos mais adequados para estabilizar a evolução do câncer.

Realizados os estudos prospectivos e definidas as estratégias de enfrentamento do avanço da doença, o oncologista receitou à paciente, o remédio Olaparib na dose de 600 mg diárias. Tal indicação de tratamento também já obteve a aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Através de estudos efetuados durante o acompanhamento de pacientes que apresentaram a doença foram demonstrados estatisticamente e restou comprovado que houve um benefício significativo naquele cenário de tratamento/manutenção desses pacientes, com resposta parcial/completa, especialmente, em mulheres acometidas com câncer de ovário.

A paciente recorreu ao Plano de Saúde a fim de obter uma autorização para que lhe fosse fornecido o medicamento de uso contínuo, o qual, mais uma vez, lhe foi negada.

Em resposta, a Operadora do Plano de Saúde justificou a negativa do pleito alegando que “O procedimento em questão não preenche as Diretrizes de Utilização do Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (...)”.

Sem alternativas para solucionar amigavelmente o conflito de interesses junto à Operadora do Plano de Saúde, não restou outra alternativa à paciente, no que tange preservar seu direito à vida como um direito primordial do cidadão e reconhecido no Caput do art. 5º da CRFB/88 – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”, a não ser recorrer à Justiça, a fim de buscar uma solução específica para o seu caso.

Diante do problema, de um lado, a necessidade do fornecimento de um medicamento recém-criado, de custo elevado, para tratar uma doença considerada de alta letalidade e ainda sem garantia de efetivo sucesso da terapia medicamentosa. Do outro, os custos de aquisição do medicamento prescrito, o interesse individual X o interesse coletivo dos demais contratantes e a relação custo X benefício gerada pela incerteza quanto à efetividade do tratamento.

Só para concluir o desfecho do caso prático apresentado nesse trabalho, durante a audiência de conciliação o Plano de Saúde resolveu fazer proposta a fim de tentar solucionar o litígio. Após intenso debate, ambas as partes concordaram em estabelecer o que consideravam razoável e cederam em prol da realização de um acordo negociado, que foi prontamente homologado pelo magistrado.

No caso específico apresentado, alguns referenciais foram retirados do ordenamento jurídico pátrio, a fim de pleitear em juízo o que era imprescindível à demandante, para que pudesse continuar com seu tratamento, conforme prescrito por médico da sua confiança. A norma, a jurisprudência e a doutrina, que através do cotejamento de elementos contidos no diploma legal, investiga e interpreta as possibilidades do texto, com a finalidade de melhor compreender as leis são essenciais para a construção argumentativa junto ao Poder Judiciário. A seguir, alguns dos princípios, o próprio normativo e algumas das jurisprudências utilizadas na argumentação do caso prático:

O Brasil tem como um dos Princípios Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Conforme já citado anteriormente, a inviolabilidade do direito à vida está garantida pelo Caput do art. 5º, que define: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Além disso enuncia no inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, reafirmando o contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU proclamada em 10/12/1948. Ela prescreve em seu artigo VIII que: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

Com o firme propósito de respeitar os Direitos Humanos, o Brasil aderiu em 22/11/1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente como Pacto de São José da Costa Rica.

Art. 6º, III c/c art. 46 c/c art. 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, caso o contrato celebrado entre a Operadora do Plano de Saúde e a contratante seja um contrato de adesão e haja exclusão expressa e direta relativa ao fornecimento do tratamento ou do medicamento, caso contrário, a recusa da prestadora dos serviços em custear se tornará abusiva e arbitrária.

Prescreve o art. 6º que são direitos básicos do consumidor: III – “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

Jurisprudências:

O entendimento na Súmula 102 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevê que “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

Pedimos licença para transcrever alguns julgados que corroboram o entendimento do TJSP de que é abusiva a negativa dos planos de saúde em custear tratamentos e/ou fornecer medicamentos aos seus beneficiários, sob a alegação de que não estão previstos no rol de procedimentos da ANS. A esse respeito o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim tem se manifestado:

"Apelação cível. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Custeio de tratamento com fornecimento do medicamento ENTYVIO (vedolizumabe). Sentença de procedência do pedido. Inconformismo da parte ré. Relatório médico. Prescrição de tratamento experimental ou não previsto no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990, Súmulas nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça e nº 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Fornecedor que deve assumir o risco do negócio que está fornecendo. Caveat venditor. Sentença mantida. Recurso desprovido."(TJSP; Apelação nº.1054977-52.2019.8.26.0100; 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Min.Rodolfo Pellizari; j. Em 07.10.2019). (Grifo nosso)

“PLANO DE SAÚDE. Recusa em autorizar o tratamento com a droga ENTYVIO. Alegada falta de previsão no rol de procedimentos obrigatórios da ANS que não exime a cobertura. Relatório médico atestando a necessidade das terapias solicitadas para o tratamento do problema que goza de cobertura contratual Incidência da Súmula nº 102 desta E. Corte. Apelo não provido.” (Ap. nº 1003915- 96.2017.8.26.0114 Rel. Des. Percival Nogueira 6ª Câm. de Dir. Priv. j. em 06/10/2018).

“Valor da causa. Correspondência ao benefício pretendido. Valor majorado. Recurso do autor provido nessa parte. Plano de saúde. Negativa de cobertura de tratamento de retocolite ulcerativa (inflamação intestinal) com o medicamento imunobiológico Entyvio (vedolizumabe), sob alegação de que não integra o rolde Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Abusividade. Rol que é apenas exemplificativo, não exaustivo. Médico assistente que acompanha a paciente que define o procedimento a ser realizado. Necessidade, ademais, justificada. Incidência do verbete n. 102 das Súmulas deste C. Tribunal de Justiça. Honorários de advogado. Valor compatível com os parâmetros fixados pelos artigos 84, § 2º, e 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015. Arbitramento mantido. Recurso do autor provido em parte, desprovido o da ré. (TJSP; Apelação Cível 1013174-70.2016.8.26.0011; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/06/2017; Data de Registro: 06/06/2017).

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento similar e assim tem se manifestado seus Ministros:

O Ministro Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, da TERCEIRA TURMA do STJ, quando do julgamento do AGRAVO REGIMENTAL no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL de nº 708.082/DF julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016 asseverou que:

“1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. (Grifo nosso)

2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor.” (Grifo nosso)

O Ministro Relator ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA do STJ, quando do julgamento do AGRAVO REGIMENTAL no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL de nº 169.486/DF julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013:

“CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO INTRAOCULAR QUIMIOTERÁPICO. ALEGAÇÃO DE NÃO COBERTURA PREVISTA EM CONTRATO AMPARADO EM RESOLUÇÃO DA ANS. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS A FAVOR DO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS. DITAMES CONSUMERISTAS.

01. São aplicáveis aos contratos de assistência à saúde as normas do Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual as cláusulas contratuais que levem o segurado a uma situação exageradamente desvantajosa em relação à seguradora devem ser tidas como nulas, bem como ser analisadas de forma restritiva. (Grifo nosso)

02. O rol de procedimentos e eventos em saúde previstos em resolução da Agência Nacional de Saúde consubstancia referência para cobertura mínima obrigatória nos planos privados de assistência à saúde, desservindo para respaldar exclusão de autorização de procedimento indispensável a tratamento essencial ao paciente, prescrito por balizados relatórios médicos. (Grifo nosso)

03. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, "(...) a recusa indevida da operadora de plano de saúde em autorizar o tratamento do segurado é passível de condenação por dano moral." (Grifo nosso)

CONCLUSÃO

Todas as tutelas provisórias têm natureza protetiva. Visam preservar ou satisfazer o direito do autor, ainda que em caráter provisório e, em princípio, concedidas após cognição sumária do magistrado. As tutelas provisórias também podem ser concedidas na sentença, após a cognição exauriente do juiz.

Especificamente em relação às tutelas provisórias, tratadas no inciso V, §1º do art. 1012, a norma diz que: “Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que, (V) confirma, concede ou revoga tutela provisória”.

Entretanto, a lei, via de regra, atribui efeito suspensivo à apelação, conforme previsto no caput do art. 1012, do CPC/2015, ou seja, a sentença exarada pelo juiz, não poderá ser executada imediatamente, de forma provisória, pois o recurso de apelação ainda está pendente de julgamento e, portanto, não há o trânsito em julgado da sentença.

As tutelas provisórias são instrumentos dos quais os operadores do direito se valem para assegurar ou proteger o direito, ainda que de maneira provisória, em situações de urgência ou evidência, antes da decisão final pronunciada pelo juiz. Sua função é dar maior efetividade ao processo e minimizar o tempo de espera do demandante. Todas estão sujeitas à confirmação pela sentença, para se tornarem um provimento definitivo.

Importante destacar que também em 2015, com a Emenda Constitucional nº 90, entre outros, estabeleceu no art. 6º, o direito social à saúde, de acordo com os princípios constitucionais. De 2015 aos dias atuais vem crescendo o número de processos, cujo tema envolve o direito à saúde do indivíduo, tais como os pedidos de medicamentos, o fornecimento de tratamentos especializados e de internações hospitalares, como já foi abordado anteriormente, quando da apresentação de um caso prático.

Sobre o crescente número de processos envolvendo a área de saúde, uma entrevista concedida na cidade de Salvador na Bahia, durante a 4ª edição do Simpósio Nacional de Combate à Corrupção, realizado nos dias 22 e 23 de agosto de 2019, um dos autores do livro, o desembargador Gebran Neto³², cujo título é “Direito à Saúde: Análise à Luz da Judicialização”, destacou que “a inflação de processos não está melhorando o sistema de saúde” – ao contrário, o está vulnerando, e que estes precisam ser julgados com base na lei, nos direitos, mas principalmente com base em evidência científica. “Essa é a pedra de toque que precisa ser realçada pelo Judiciário: a existência ou não de evidência científica.” Comentou também sobre outros temas conectados ao Direito e Saúde como o reajuste de planos de saúde e a concessão de medicamentos por parte da União, conforme previsto na CRFB/88.

Quando um indivíduo interpõe ação perante o Estado, visando assegurar um direito garantido na Magna Carta, por ser a parte mais vulnerável do processo, nem sempre consegue obter o direito pleiteado, conforme previsto. Para a maioria dos brasileiros, os problemas decorrentes da escassez de recursos na área governamental, especialmente nas áreas da saúde e educação, não é nenhuma novidade. Os gastos mal direcionados por culpa de orçamentos públicos mal produzidos, ou produzidos sem a participação do cidadão, tornam vulneráveis todo o sistema e não permitem a concretização do direito estabelecido, como na determinação legal constitucional. A falta de prioridade para essas áreas tornam mais críticas a implementação de ações, voltadas a solucionar os principais problemas enfrentados por elas, dentro do próprio governo.

Por exemplo, se de um lado se tem os custos de aquisição de determinado medicamento prescrito a um cidadão, ponderar sobre o interesse individual, em face do interesse coletivo dos demais cidadãos e estabelecer uma relação custo/benefício, para ponderar sobre a conveniência do judiciário autorizar ou não a concessão do medicamento pelo Sistema Único de Saúde – SUS parece ser razoável.

³² Gebran Neto, João Pedro. Entrevista: “A tecnologia tem que trabalhar em favor do processo.” Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309483,101048-A+tecnologia+tem+que+trabalhar+em+favor+do+processo+diz+desembargador>. Acesso em: 16 out. 2019.

No entanto, com a constante evolução das pesquisas, novas terapias medicamentosas surgem quase que cotidianamente. Normalmente, os medicamentos recém-criados não adquirem instantaneamente certificação para serem comercializados no mercado. Por mais benefícios que possam vir a proporcionar ao indivíduo, enquanto não estiverem devidamente homologados, não são considerados seguros para serem administrados à população, ainda que sejam uma possibilidade de, até mesmo, preservar a própria vida.

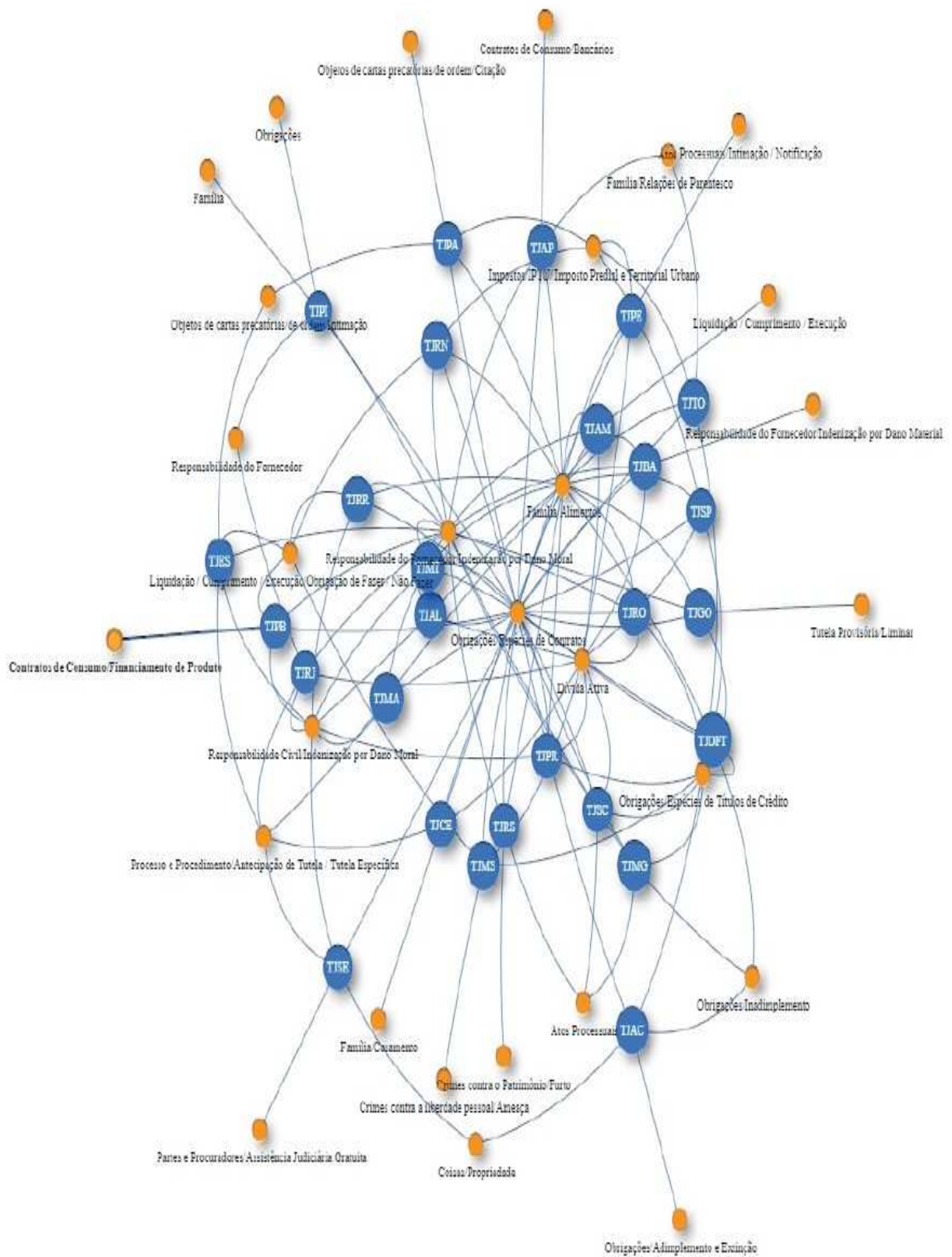
A questão é bastante complexa para ser equacionada. É uma questão delicada e que envolve muitas variáveis. O direito, como ciência dinâmica que é não tem todas as respostas e nem possui precisão científica incontestável. No entanto, para se construir uma justiça que seja realmente justa e possa estar ao lado do cidadão comum, no enfrentamento do poder estatal, é essencial que um dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, seja respeitado, antes de qualquer outro.

Por outro lado, o Poder Judiciário necessita de uma estrutura adequada, inclusive com servidores em número suficiente e devidamente preparados, para permitir que as ações judiciais desenvolvam seu curso normal, sem os “gargalos” gerados pela burocracia improdutiva e que emperra os sistemas, pois só assim, terá a possibilidade de garantir ao cidadão comum, não só o acesso à Justiça, mas a oportunidade de concretizar um processo justo e em um tempo razoável.

Dados estatísticos do CNJ³³ demonstram que entre os temas mais demandados em sua jurisdição, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ registra os temas Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela/Tutela específica, entre outros, conforme apresentado na Figura 184: Assuntos mais demandados por tribunal da Justiça Estadual – Fonte: CNJ.

³³ BRASIL. Poder Judiciário. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ. 2019.

Figura 184: Assuntos mais demandados por tribunal da Justiça Estadual



Ao elaborar o CPC 2015 o Poder Legislativo tentou evoluir e modernizar as normas, de modo a prover as alterações legais, valendo-se da inclusão de princípios constitucionais, entre eles, as medidas que objetivam assegurar a duração razoável do processo, expressa pelo art. 5º, LXXVII, da CRFB/1988. Após intenso debate e o amadurecimento das ideias, que procurou levar em conta as necessidades sociais, políticas e culturais da sociedade, com a finalidade de criar instrumentos adequados à promoção de pronunciamentos, por parte do magistrado, de modo mais próximo à realidade fática do demandante e conceder maior celeridade aos processos em curso.

Entretanto, poucos avanços foram produzidos após trinta e um anos de promulgação da Carta Magna. A nova norma processual, por si só, não traz a efetividade processual. Toda a sociedade clama por celeridade e justiça. Para dar maior presteza à atividade jurisdicional institutos como os das tutelas provisórias podem e devem ser utilizados pelos operadores do direito, para aplicar essa técnica de tutela dos direitos em favor do cidadão.

O cidadão comum precisa contornar inúmeros obstáculos vivenciados por aqueles que recorrem à prestação jurisdicional do Estado, em busca de decisões fundamentadas pelo magistrado, em consonância com o diploma legal pertinente e que não degenerem seu direito material pretendido.

É essencial propiciar ao Judiciário as condições básicas necessárias, para que possa oferecer uma resposta adequada e mais célere aos que pleiteiam em juízo, quando há o receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, cause lesão grave ou de difícil reparação ao direito da outra parte.

A questão é bastante complexa para ser equacionada. É uma questão delicada e que envolve muitas variáveis. O direito, como ciência dinâmica que é não tem todas as respostas e nem possui precisão científica incontestável. No entanto, para se construir uma justiça que seja realmente justa e possa estar ao lado do cidadão comum, no enfrentamento do poder estatal, é essencial que um dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, seja respeitado, antes de qualquer outro.

Por outro lado, o Poder Judiciário necessita de uma estrutura adequada, inclusive com servidores em número suficiente e devidamente preparados, para permitir que as ações judiciais desenvolvam seu curso normal, sem os “gargalos” gerados pela burocracia improdutiva e que emperra os sistemas, pois só assim, terá a possibilidade de garantir ao cidadão comum, não só o acesso à Justiça, mas a oportunidade de concretizar um processo justo e em um tempo razoável.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Coleção das Leis do Brasil. Lei de 29 de novembro de 1832.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 09 out. 2019.

BRASIL. **Coleção de Leis do Brasil** - 1973, Página 13, Vol. 1 - Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 17/1/1973, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal – Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1608.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Poder Judiciário. **Justiça em Números 2019.** Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. **A Renovação da Ordem Jurídica Positiva.** Brasília: Imprensa Nacional, 1971.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ed. Ática, 1999.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. **A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à Idade Média.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucao-historica-das-tutelas-de-urgencia-breves-notas-de-roma-a-idade-media/#_ftn1. Acesso em: 27 out. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. Malheiros Editores, 4ª ed., 2013.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de A. N. (org.). **O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. v.2, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. (Coleção O Brasil Republicano).

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016.

_____. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

Gebran Neto, João Pedro. Entrevista: "**A tecnologia tem que trabalhar em favor do processo.**" Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309483,101048-A+tecnologia+tem+que+trabalhar+em+favor+do+processo+diz+desembargador>. Acesso em: 16 out. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **A Antecipação da Tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDIS, Jaqueline da Rocha. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72102/natureza-juridica-da-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-antecedente>, Artigo Científico. Revista Jus Navigandi, 02/2019. p. 12. Acesso em: 31 out. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat - Barão de. 1689-1755. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. **Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo**. Locus - Revista de História: v. 13, n. 2, 2007: Dossiê Estado Novo

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. I.

_____. **Processo Cautelar**. São Paulo: LED, 1976.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. II.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 35-51, 1996.