

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**SILAS CAMARGO GALVÃO**

**TUTELA PROVISÓRIA NO ÂMBITO DO DIREITO MÉDICO.**

**SÃO PAULO**

**2019**

**SILAS CAMARGO GALVÃO**

**SIMULAÇÃO EM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialização em Direito, na área de Direito Processual Civil, sob a orientação de Professor-Orientador Cássio Scarpinella Bueno.

São Paulo - SP

Março – 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse trabalho aos meu pais, Silas dos Santos Galvão Filho e Eleni Camargo Galvão, bem como ao meu irmão André Camargo Galvão, que me ajudaram durante toda minha vida, com apoio contínuo e muito carinho.

Outrossim, agradeço a todos aos meus mestres, por todo o ensinamento da prática jurídica, em especial ao Dr. Jamil Michel Haddad, Dr. Donaldo Armelin, Dr. Roberto Soares Armelin, Dra. Ana Paula Chiovitti, Dr. Paulo Roberto Murray, Dr. Alberto Murray Neto, Dr. Reginaldo Ferreira Lima, Dr. Reginaldo Ferreira Lima Filho e, ao meu querido mentor e tio, Dr. Sérgio Antônio Ferreira Galvão.

“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições.”

(Rui Barbosa)

## **RESUMO**

A Monografia versará sobre os tipos de tutela provisória existentes no direito processual brasileiro, bem como sua aplicação nas demandas de direito médico-hospitalar, em especial aos pedidos de tratamento médico.

O trabalho, primeiramente, irá buscar definir os tipos de tutela provisória, demonstrando suas peculiaridades, bem como seus efeitos, para, posteriormente, tratar da forma que esses procedimentos são aplicados aos casos de direito médico-hospitalar.

A proposta de análise utilizará de amplo ponto de vista (requerente/paciente, instituições hospitalares ou planos de saúde, etc.), respeitando as normas constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema de tutela provisória relacionando-a a problemática do direito à saúde, vida e relação contratual, sendo verificada com atenção a relação do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como sob a ótica da relação do particular com o plano de saúde.

**Palavras-chave:** Decisão Interlocutória, Tutela Provisória, Tutela de Urgência, Tutela de Evidência, Antecipação da Tutela, Obrigação de fazer consistente em realizar tratamento médico-hospitalar, Direito à Saúde, Negativa de Plano, contratação de serviço médico-hospitalar e seus efeitos no curso do processo civil.

## **ABSTRACT**

This monography will deal with the sorts of provisional court protection in the Brazilian legal civil procedural system as well as how this procedure applies within medical law regarding hospital matter and health treatments.

Firstly this work will find ways to define the existent types of guardianship/court protections, its peculiarities and the its effects upon lawsuits in other to deal with how these procedures are used within medical law cases.

It will be analyzed by the perspective of the health public system together with the private sector and the contractual disclosure with the individual part.

**Key words:** interim decision, provisional court protection, affirmative covenant consisted on health treatment, healthcare disclaim, public healthcare system.

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO AO TEMA.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 2 – DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>11</b>
2.1. – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL .....	11
2.2 – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	12
1.2.1 – Problemas com o SUS.....	17
<b>CAPÍTULO III – TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO .....</b>	<b>19</b>
3.1 – Definição de Tutela Provisória .....	19
3.2. – Tipos de Tutela Provisória .....	24
3.2.1 – Competência.....	25
3.2.2. – Fundamentação da decisão que concede a tutela provisória .....	27
3.2.3. – Eficácia da tutela provisória .....	28
3.2.4. – Efetivação da Tutela Provisória .....	29
3.2.5. – Tutela Provisória requerida em caráter incidental .....	30
3.2.6. – Recorribilidade das decisões interlocutórias no tocante a tutela provisória.....	32
3.3. – Tutela de Urgência .....	33
3.3.1. – Pressupostos .....	35
3.3.2. – Prestação de caução: contracautela .....	35
3.3.3. – Concessão de liminar <i>inaudita altera parte</i> .....	36
3.3.4. – Audiência de justificação prévia.....	37
3.3.5. – Da Irreversibilidade da Tutela de Urgência .....	38
3.3.6. – Responsabilidade pela prestação da tutela de urgência .....	39
3.3.7. – Efetivação da tutela provisória de urgência de natureza cautelar .....	40
3.4. – Tutela antecipada requerida em caráter antecedente .....	41
3.4.1. – Petição inicial .....	42
3.4.2. – Concessão da tutela antecipada antecedente .....	42
3.4.3. – Indeferimento da tutela antecipada antecedente .....	43
3.4.4. – Se não houver aditamento da petição inicial .....	43
3.4.5 – Estabilização da tutela provisória .....	43
3.5. – Tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	45
3.5.1. – Citação do réu e suas atitudes.....	46
3.5.2. – Dinâmica da tutela cautelar antecedente após sua efetivação.....	47
3.5.3. – Duração da tutela cautelar antecedente.....	47
3.5.4. – Indeferimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente .....	48
3.6. – Tutela de Evidência .....	48
<b>CAPÍTULO IV – TUTELA PROVISÓRIA EM QUESTÕES DE DIREITO MÉDICO .....</b>	<b>55</b>
4.1. – Noções gerais .....	55
4.2. – Pedidos de tutela provisória em face da fazenda pública .....	55
4.3. – Pedido de transferência de tratamento particular para público .....	61
4.4. – Tutela provisória requerida em ação de interdição.....	63
4.5. – Negativa de plano de saúde .....	65
4.6. – Desospitalização .....	69

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>75</b>

## **CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO AO TEMA**

O presente estudo tem por objetivo analisar os procedimentos de tutela provisória, previstos no Código de Processo Civil (CPC), bem como verificar como são aplicados aos casos relacionados a direito médico-hospitalar.

Para tanto, parte-se da premissa da necessidade de definir o que é a tutela provisória e diferencia-la da tutela jurisdicional final, para, conseqüentemente, analisarmos como se aplica esse procedimento às causas relacionados ao direito médico-hospitalar.

Para o presente estudo, entender-se-á como direito médico-hospitalar toda questão relacionada ao pedido de acesso à tratamento médico realizado por profissional capacitado (leia-se médicos).

Teremos os seguintes tipos de pedido de tratamento médico:

- (i) Pedido de internação
- (ii) Pedido de transferência para outra instituição médica
- (iii) Entrega de remédios
- (iv) Interdição e curatela
- (v) Desospitalização (sendo essa uma modernidade no tratamento no nosso país)

Ainda, o estudo tratará da relação das obrigações do Estado perante o cidadão acerca do direito à saúde, imposta por garantias constitucionais, bem como a relação jurídica particular entre uma pessoa e uma empresa prestadora de um serviço ligado à saúde (plano de saúde).

Assim, o capítulo segundo irá tratar da relação constitucionais ligado à obrigação de garantir a saúde à todos, além, de versar sobre como o Estado se organiza para cumprir tais obrigações (criação do Sistema Único de Saúde – SUS).

Já o capítulo terceiro, irá tratar da tutela provisória de forma a defini-la, passando por todas as suas modalidades, suas características, pressupostos, aprofundando-se em cada detalhe para que se possa ter uma boa ideia da sua função e de seus efeitos no ordenamento jurídico.

Por fim, no quarto e último capítulo será discutido a limitação da tutela provisória, a fim de demonstrar em quais situações médicas será possível requerer uma

tutela provisória, definindo em qual modalidade e quais circunstâncias essa tutela poderá ser concedida.

Parte desse capítulo versará sobre a possibilidade ou não de se obrigar, por meio de medida antecipatória, o Estado a cumprir sua obrigação de prover saúde à todos os cidadãos.

## **CAPÍTULO 2 – DIREITO À SAÚDE**

### **2.1. – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

A Constituição Federal reconhece, em seus artigos 196 e 197 que a saúde é um direito fundamental, sendo um direito e dever do Estado.

“Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Assim, segundo a carta magna a saúde é um direito universal garantido à todos os cidadãos, o que significa dizer que todos (coletividade) tem direito a tratamento médico adequado, fornecido pelo Poder Público.

Deste modo, o Estado tem a obrigação da manutenção da saúde, garantindo que sua prestação seja disponível aos cidadãos, de forma isonômica, ou seja, para todos aqueles que necessitem de assistência médica.

Segundo o tema, conforme Marcelo Novelino<sup>1</sup>:

“A Constituição impôs aos poderes públicos a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo [...] e reparativo. O princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, enquanto concretização do princípio da isonomia (CF, art. 5.º), impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo a todos prestações de materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção de saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença [...]”.

Ressalta-se que, a constituição, de maneira acertada, não faz distinção entre os cidadãos brasileiros no que se refere o direito à saúde e o dever do Estado em proporcioná-lo. Ou seja, essa garantia independe de condição financeira.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM. Pag. 883

<sup>2</sup> "Como se vê, os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público, integrado em uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais e municipais, o chamado Sistema Único de Saúde, que tem no pólo ativo qualquer pessoa e por objeto o ATENDIMENTO INTEGRAL. De tal sorte, o Poder Público - federal, estadual ou municipal - é responsável pelas ações e serviços de saúde, não podendo, cada um e todos, esquivar-se do dever de prestá-los de forma integral e incondicional. A compensação que ocorrerá internamente entre os entes é questão que somente a eles diz respeito, não podendo atingir a pessoa que necessita do serviço de saúde, devendo o ente, acionado judicialmente prestar o serviço e após, resolver essa inter-regulação. O acesso às ações e serviços de saúde é universal e igualitário (CF - art. 196), do que deriva a responsabilidade solidária e linear dos entes federativos, como já assentou o Supremo Tribunal Federal." (STF, RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio)

Resta claro que a constituição consagra a saúde como sendo um direito de todos e dever do Estado, garantindo políticas públicas que visem o bem-estar dos cidadãos.

Para tanto, a fim de se cumprir essa obrigação, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), com a finalidade de garantir que todos os cidadãos tenham direito a atendimento médico.

Podemos dizer que o Sistema Único de Saúde é um dos -se não o – maior sistema público de saúde do mundo, do qual iremos tratar a seguir.

## 2.2 – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O que é o “SUS” e como esse sistema funciona?

Bem, o SUS na verdade significa Sistema Único de Saúde, tendo sido criado através da Lei. 8.080, de 19 de setembro de 1990, em cumprimento ao já mencionado artigo 196 da Constituição Federal, com o objetivo de promover a saúde e melhorar a qualidade de vida dos brasileiros (a referida lei trata de seus objetivos em seus artigos 5º e 6º<sup>3</sup>).

---

<sup>3</sup> “Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.”

“Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde

Outrossim, o artigo 7º da referida lei trata dos princípios e diretrizes, sendo os principais os seguintes:

- (i) Universalização - a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais.

---

individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.”

<sup>4</sup> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no [art. 198 da Constituição Federal](#), obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a [Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013](#)

- (ii) Equidade – o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades.
- (iii) Integralidade – este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades, buscando uma integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação.

Acerca do princípio da integralidade, enfatiza-se que este princípio pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, a fim de se assegurar uma atuação inter setorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

De certo, o Sistema Único de Saúde foi a forma encontrado pelo Legislador de cumprir com a obrigação de garantir o direito à saúde de todos os cidadãos brasileiros.

Segundo o artigo 9º da supramencionada Lei 8.080/90<sup>5</sup>, o SUS é um sistema público, sob a responsabilidade do Governo Brasileiro – por gerência do seu Ministério da Saúde – através de investimento financeiro nas regiões que apresentam maior carência. Ainda o SUS é responsável por todos os cuidados na área de saúde<sup>6</sup>.

Podemos apontar alguns exemplos práticos de ações realizadas pelo Ministério da Saúde em cumprimento às obrigações criadas pelo SUS:

- (i) Farmácia Popular (onde são encontrados os principais medicamentos para Hipertensão e Diabetes com desconto de até 90%);
- (ii) Banco de Leite Humano; Cartão Nacional de Saúde (facilita o atendimento e identificação do paciente, que pode utilizá-lo para marcação de consultas e exames);
- (iii) Humanizaus (relação entre usuários e profissionais que atendem a comunidade);
- (iv) Qualisus (maior atenção dada pelos profissionais de saúde de acordo com o grau de risco do paciente);
- (v) Atenção aos povos indígenas; e;
- (vi) ações que estimulam a adoção de uma vida saudável relacionas por exemplo ao tabagismo e os riscos de câncer.<sup>7</sup>

Consoante se demonstra do art. 15 da Lei 8.080/90, por mais que que a União Federal tenha responsabilidade pelo SUS, cumpre consignar que a gestão das ações e

---

<sup>5</sup> “Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;

e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente”

<sup>6</sup> Esses cuidados podem ser definidos da seguinte forma: desde consultas, até garantia de vacinas, atenção a mulheres, crianças e idosos, realizando assim, todas as ações necessárias para proteção e saúde de todos, ou seja, o Estado tem o dever de dar assistência médica geral e total ao cidadão, por imposição constitucional!

<sup>7</sup> <https://www.thecities.com.br/Brasil/sa%C3%BAde/589/>

serviços de saúde deste sistema tem grande atuação dos Estados e, principalmente, dos Municípios,

“Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

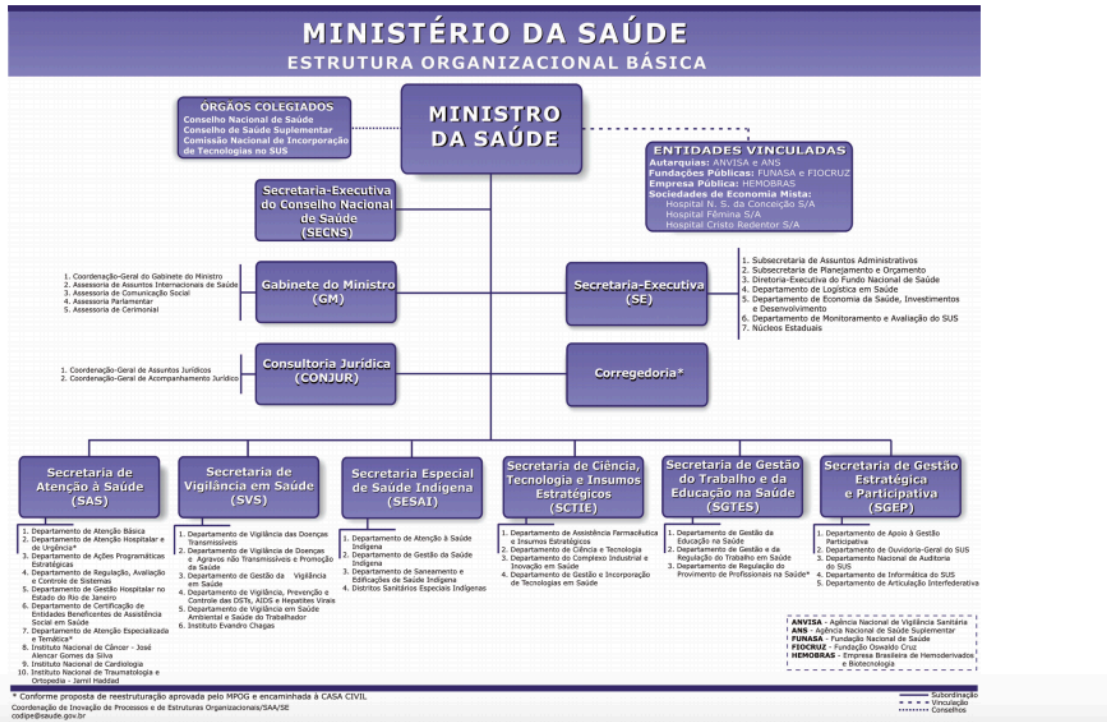
XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

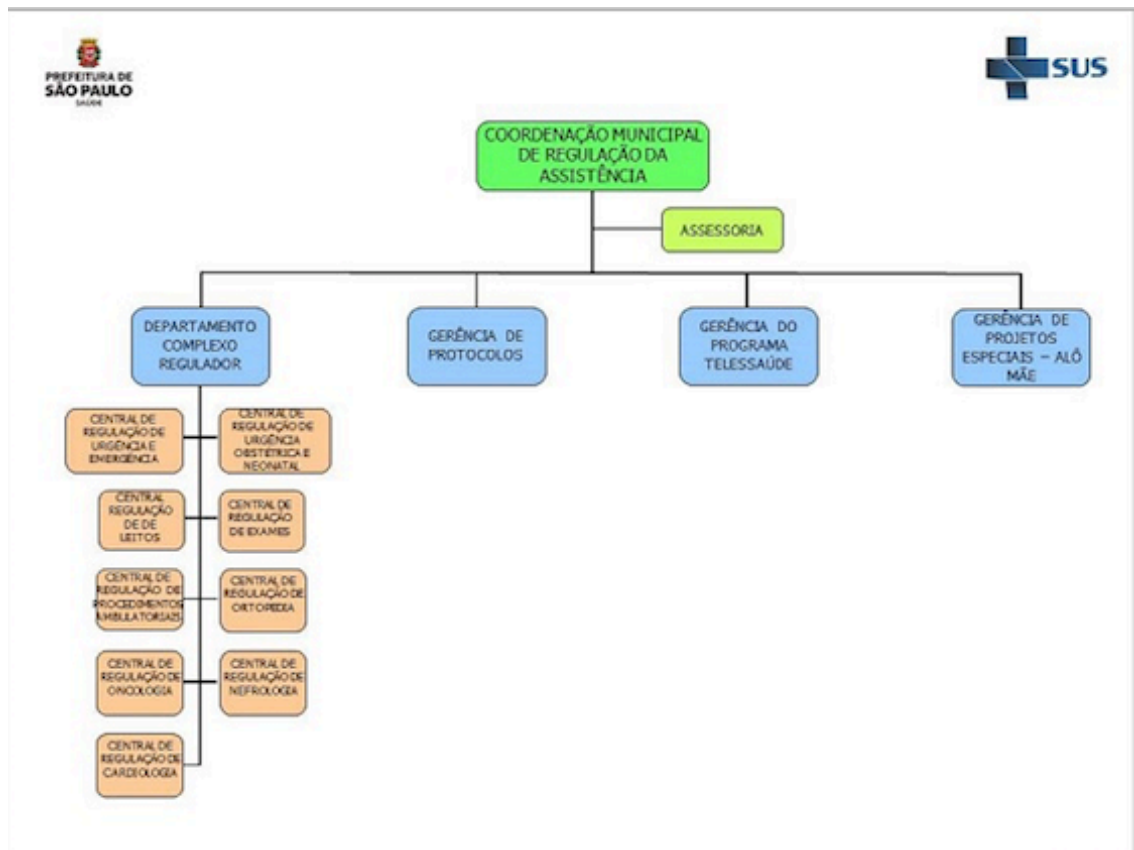
Para melhor entender como o SUS é gerido pelo Ministério da Saúde, segue organograma<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/por\\_dentro\\_ministerio\\_saude\\_orientacoes\\_ledicao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/por_dentro_ministerio_saude_orientacoes_ledicao.pdf)



Ainda, para enfatizar a importância da atuação municipal do SUS, segue o organograma do Município de São Paulo, a fim de demonstrar como este Município se organiza para prestação do serviço de saúde:



A atuação municipal é tão importante que a Lei nº 8.080/90 assegurou que aos Municípios o poder de constituir consórcios para melhor desenvolver suas atribuições.

“Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.”

Cumprir destacar que:

“Parte do dinheiro utilizado para financiar o SUS vem de contribuições sociais de patrões e empregados, como o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Outra parte vem do pagamento de impostos embutidos no preço de produtos e serviços (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS), IPI (Imposto de Produtos Industrializados), impostos sobre o lucro (Cofins), sobre os automóveis (IPVA) e sobre a moradia (IPTU). Ou seja, você também é responsável pela manutenção do sistema.”

A integração entre a União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios fica bem claro quando verificamos a responsabilidade de fiscalização dos recursos destinados aos SUS, haja vista que tal tarefa é realizada pelos TCU (Tribunais de Contas da União), pelos TCE (Tribunais de Contas Estaduais) e pelos TCM (Tribunais de Contas dos Municípios).

Além desses órgãos, são responsáveis por esta fiscalização: a Controladoria Geral da União (CGU), Poder Legislativo, Auditorias e outros Órgãos de controle interno do Poder Executivo.

Basicamente, vale dizer que o SUS é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento até atendimentos de alta complexidade, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país

### **1.2.1 – Problemas com o SUS**

Basta uma simples visita à um hospital público, ou uma mera leitura de jornal para deduzir que não esta sendo cumprida a obrigação de promover saúde aos cidadãos, ou aos que forem mais positivos, de que essa obrigação está sendo cumprida, porém, dado a demanda pela grande população brasileira, o tempo de espera para lograr o tratamento médico de uma paciente público está cada vez mais longo.

---

<sup>9</sup> <https://drauziovarella.uol.com.br/o-sistema/como-funciona-o-sus/>

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou diversas vezes acerca dessa demora, ou como alguns definem, acerca desse descumprimento constitucional.

“O recebimento de remédios pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada a sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir a efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.”<sup>10</sup>

Tal demora faz com que, aqueles que não tem condições financeiras de custear um tratamento médico particular, ou, ainda, aqueles que não tem condições de ter um plano de saúde privado, tenham que acionar o Poder Judiciário para tentar obrigar o Estado a lhe garantir seus direitos de tratamento médico.

A questão é: podemos acionar o Estado para esse fim? E mais importante: É possível liminarmente que um juiz obrigue o Estado a realizar um tratamento médico?

Bem, o presente estudo tentará responder todas essas perguntas, através de seus próximos capítulos, sendo certo que primeiramente, iremos tratar da tema de tutela provisória e suas modalidades no direito processual brasileiro, bem como todas as suas peculiaridades e efeitos.

Após, será discutido temas práticos de direito médico, de forma a analisar se é possível conceder tutela provisória aos seguintes tipos de pedido: (i) internação pública; (ii) transferência; (iii) entrega de remédio; (iv) curatela em ação de interdição; (v) negativa de plano de saúde; e (vi) desospitalização.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório nos Embargos de Declaração no AG. REG. No Recurso Extraordinário 607.381/PR. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe 14/08/2012 p.2468125. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=87975297&tipoApp=.pdf>. Acessado em 19/05/2016.

# **CAPÍTULO III – TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO**

## **PROCESSUAL BRASILEIRO**

### **3.1 – Definição de Tutela Provisória**

Com o advento da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a qual criou o “Novo” Código de Processo Civil (CPC), o que no Código de Processo Civil de 1973 anteriormente chamava-se de “tutela antecipada” ou, ainda, de “processo cautelar”, atualmente tem como nomenclatura a expressão “tutela provisória”

Todavia, o que significa a referida “tutela provisória” e quais são seus efeitos no ordenamento jurídico?

Primeiramente, iremos tratar da definição deste instituto, para, conseqüentemente, entendê-lo de fato.

A tutela jurisdicional corresponde à solução da lide, ou seja, o julgamento final do direito material correspondente a uma situação jurídica, a qual foi levada ao Poder Judiciário. Assim, essa tutela principal exaure qualquer situação relacionado a um conflito de interesse de maneira definitiva.

Temos a tutela jurisdicional definitiva, a qual iremos chamar de “principal” e a tutela provisória, objeto deste estudo.

No tocante a tutela jurisdicional principal, um importante fenômeno que deve ser verificado é o da coisa julgada - momento em que há a certificação de trânsito em julgado de uma questão jurídica através de uma decisão (sentença<sup>11</sup> e/ou acórdão<sup>12</sup>). Nessa situação, ocorre de fato o exaurimento da lide, seja por meio da resolução do mérito tendo enfrentado e resolvido o cerne da questão jurídica objeto do processo (coisa julgada

---

<sup>11</sup> Art. 203, parágrafo primeiro, NCPC: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o Juiz, com fundamento nos arts. 485 (o Juiz não resolverá o mérito) e 487 (Haverá resolução de mérito pelo Juiz), põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Parênteses nosso.

<sup>12</sup> “Na tecnologia da linguagem jurídica, acórdão, presente do plural do verbo acordar, substantivo, quer dizer a resolução ou decisão tomada coletivamente pelos tribunais.

A denominação vem do fato de serem todas as sentenças, ou decisões proferidas pelos Tribunais, na sua conclusão definitiva e final, precedidas do verbo acordam, que bem representa a vontade superior do poder, ditando o seu veredicto.

Para que, como sentença, possa o acórdão surtir efeitos legais, é necessária a sua publicação, segundo determina a lei processual.

O conjunto de acórdãos dos Tribunais forma a sua Jurisprudência, que se diz mansa e pacífica quando se verifica repetida e uniforme para os mesmos casos e iguais relações jurídicas, submetidas a seu veredicto” De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, p. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2008

formal), ou por meio da decisão que põe fim ao processo sem resolver o mérito (coisa julgada material).

Segundo os ensinamentos de Bedaque<sup>13</sup>, a tutela jurisdicional atinge de forma pacificadora a efetividade do direito material, a fim de resolver, definitivamente, uma disputa.

Em contraponto, Luiz Guilherme Marioni<sup>14</sup> relaciona a tutela jurisdicional à resguarda de direito, de forma mais abrangente, não se limitando ao “mero” ato de se proferir uma sentença.

Ocorre que, ainda que a Emenda Constitucional 45/2004<sup>15</sup> tenha introduzido (art. 5º, o inciso LXXVIII, CF/88)<sup>16</sup> a questão da necessidade de celeridade e duração razoável do processo no cumprimento jurisdicional, por muitas vezes pela complexidade do caso (as vezes pela morosidade do Poder Judiciário – há de se convir) o processo de exaurimento das questões intrínsecas à uma lide judicial podem levar algum tempo para serem resolvidas, por respeito aos princípios constitucionais e processuais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, além de todos os procedimentos existentes no bojo de um processo.

Segundo Felipe Augusto de Toledo Moreira e Rafael de Arruda Alvim Pinto<sup>17</sup>:

“De início, verifica-se que o NCPC preferiu adotar a terminologia clássica e distinguir a tutela provisória, fundada em cognição sumária, da definitiva, baseada em cognição exauriente. Daí porque a tutela provisória (de urgência ou de evidência), quando concedida, conserva a sua eficácia na pendência do processo, mas pode ser, a qualquer momento, revogada ou modificada (art. 296).”

Porém, há casos em que uma das partes integrantes de um processo judicial tem uma certa urgência fundada em ter uma tutela para resguardar seu direito e, o tempo que se leva para obter uma tutela jurisdicional pode trazer graves prejuízos, justificando,

---

<sup>13</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência:(tentativa de sistematização). 2009

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

<sup>15</sup> “Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º(...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (...)” (Grifa-se)

<sup>16</sup> “Art. 5º 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:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

<sup>17</sup> MOREIRA, Felipe Augusto de Toledo Moreira e ARRUDA ALVIM, Rafael Pinto, **CPC/2015 Descomplicado**, Editorial Instituto de Direito Contemporâneo, pg 13.

portanto, a necessidade de se realizar análise de mérito não terminativa, a qual pode ser antecedente ou incidental.

Nessa esteira, a forma convencional traduzida na cognição exauriente apresentava-se medíocre na defesa das garantias da efetividade da tutela jurisdicional, sendo necessário modificar-se, a fim de ampliar seu alcance na defesa de direitos que necessitam apreciação imediata, não podendo aguardar – possivelmente lento – o curso de um processo judicial.

Para Humberto Theodoro Jr.:

“Mas, há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então, técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça.

Fala-se, então, em tutelas diferenciadas, comparativamente às tutelas comuns. Enquanto estas em seus diferentes feitios, caracterizam-se sempre pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de regulação provisória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes.”<sup>18</sup> (Grifa-se)

Ada Pellegrini<sup>19</sup> destaca que a técnica de cognição exauriente não era uma maneira eficaz de solução de controvérsias, tendo sido substituída, adequando o ordenamento jurídico para poder atuar em situações de urgência, por meio da técnica de cognição sumária, a qual tão somente pode ser concedida se observado os pressupostos legais expressos no ordenamento jurídico.

Assim sendo, a tutela provisória, obtida pelo *iter* processo (não definitivo). Todavia esta nobre professora, também definiu que a técnica de cognição exauriente deve ser salvaguardada para situações de alta complexidade, com intuito de garantir a coisa julgada.

---

<sup>18</sup> THEODORO, Humberto Jr., Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Editora: Forense, 56ª Ed., 2015, 609.

<sup>19</sup> “O procedimento ordinário de cognição, tradicionalmente tomado como base e ponto central do ordenamento processual, foi sendo corroído por novas posturas, preocupadas com a efetividade da tutela jurisdicional e com um processo de resultados. [...] observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem. O procedimento ordinário de cognição não pode mais ser considerado técnica universal de solução de controvérsia, sendo necessário substituí-lo, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face às situações de urgência. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo. Repro 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.11-37, mar., 2005., p.11-37)

Essa tutela trata-se atualmente do que chamamos de tutela provisória, na qual provisoriamente há uma análise de mérito pelo juiz, o qual analisa a possibilidade de conceder uma tutela, antecedente ou incidentalmente, para assegurar que o direito de uma das partes seja respeitado e/ou garantido.

Basicamente, é possível prevenir o risco existente em decorrência da possibilidade – bastante provável – de demora na resolução de um conflito judicial, por meio de por meio de procedimentos processuais.

O resultado da demora no tratamento definitivo de uma lide é um transparente desrespeito ao princípio constitucional e processual civil da efetividade.<sup>2021</sup>

Por tal razão, o ordenamento jurídico, em seu sistema processual, criou instituto capaz de preservar a urgência da solução de um problema, ainda que não de forma definitiva, salvaguardando o direito de todas as partes.

Consoante lecionado por Cássio Scarpinella<sup>22</sup>, a tutela provisória se traduz em um conjunto de técnicas que permite que o magistrado preste tutela jurisdicional, seja antecedente (antes da citar a parte contrária) ou incidental (no curso do processo já instaurado).

Obviamente, o magistrado deve analisar a existência de embasamento jurídico para concessão da aludida tutela provisória, através de pressupostos que são atinentes a urgência e evidência do pleito requerido.

Para saudoso Ministro Teori Zavascki<sup>23</sup>, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF<sup>24</sup>), o deferimento da medida liminar depende da existência de dois fatores: (i) relevância dos fundamentos invocados na inicial, a título de *fumus boni iuris*; e (ii) da providência antecipada, para garantir a efetividade do resultado do futuro e provável juízo de procedência, a título de *periculum in mora*.

---

<sup>20</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” (Constituição Federal/88).

<sup>21</sup> “Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (Código de Processo Civil Vigente)

<sup>22</sup> “É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.”(SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 247.)

<sup>23</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, Editora: Revistas dos Tribunais, 7ª Ed., (2017), pg. 253.

<sup>24</sup> STF, Pleno, ADI 463-8, rei. Min. Marco Aurélio, RI] 137/559. Disponível em: [www.stf.gov.br]. Acesso em: 30.09.2005

Merece transcrição os ensinamentos de Cássio Scarpinella acerca do assunto:

“É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.

A enunciação acima quer ser não só fidedigna ao que consta dos arts. 294 a 311 mas também a menos complicada possível. Sim, porque ela “esconde” uma dificuldade enorme que, infelizmente, não foi superada pelo CPC de 2015, que consiste na necessária distinção entre quais técnicas são aptas para assegurar o direito (e alguns dirão, o resultado útil do processo), que o CPC de 2015 ainda chama de cautelar, e quais são as técnicas aptas a satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, que o CPC de 2015 ainda chama de antecipada. Dificuldade esta que conduz a caminhos diferentes quando aquelas tutelas são requeridas antecedentemente, como os arts. 303 e 304, e 305 a 310, respectivamente, evidenciam.”<sup>25</sup>

Fredie Didier<sup>26</sup> afirma que a tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória, sendo que o juiz a concederá na modalidade provisória por meio de cognição sumária, e desta forma, não tendo estabilidade, haja vista que poder-se-á ser modificada ou revogada.

Por ser oriunda de uma técnica de cognição sumária, a tutela provisória tem uma limitação em relação ao seu tempo de vigência – sendo efetivada/estabilizada ou mesmo revogado. Enquanto isso, a tutela principal, por ser formado por cognição exauriente, tem condão de resolver o mérito de uma questão levado ao Poder Judiciário de forma definitiva, após seu trânsito em julgado(coisa julgada).

Ainda, para Fredie Didier Jr.:

“A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela antecipada cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa]. Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.

É ambiente propício à cognição sumária a possibilidade de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar (arts. 294-311, CPC).”<sup>27</sup>(**Grifa-se**)

---

<sup>25</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 247.

<sup>26</sup> “A cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame profundo) é permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes. Vejamos o exemplo da ação possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, sumariamente, se houve posse e o esbulho /turbação, para fim de concessão da tutela antecipada possessória; na sentença, examinará as mesmas questões, desta feita em cognição exauriente.” (DIDIER, Fredie Jr., Curso de Direito de Processo Civil, Editora: Jus Podivm, 19ª Ed., 2017, pg. 506.) (Grifa-se)

<sup>27</sup> DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito de Processo Civil**, Editora: Jus Podivm, 19ª Ed., 2017, pg. 506.

Cumpre citar os ensinamentos de Alexandre Câmara acerca do tema:

“Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência).

Uma vez deferida a tutela provisória, ela conserva sua eficácia durante toda a pendência do processo (art. 296), ainda que este se encontre suspenso (e salvo decisão expressa em sentido contrário, nos termos do art. 296, parágrafo único). Exatamente por ser provisória, porém, pode ela ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, parte final). A modificação ou revogação da tutela provisória poderá ocorrer por conta do possível surgimento de novos elementos, não considerados no momento da decisão que a deferiu, o que se revela possível dado o fato de que a cognição a ser exercida pelo juiz ao longo do processo tende a aprofundarse, tornando-se exauriente (isto é, uma cognição capaz de permitir a formação de decisões fundadas em juízos de certeza).<sup>28</sup>”

Destarte, até o momento, podemos concluir que: (i) a tutela provisória é uma tutela jurisdicional não definitiva; (ii) concedida pelo magistrado fundada em exame de existência de pressupostos de urgência e evidência; (iii) na hipótese de existência de risco na espera da efetivação da tutela jurisdicional terminativa (principal); e; (iv) por ser limitada a uma análise não complexa, nem definitiva, pode ser revogada e/ou reformada.

Teori Zavaski<sup>29</sup> destacava que os pressupostos para concessão da tutela provisória eram verificados por meio de cognição sumária, realizando um juízo de verossimilhança fundado na demora na resolução do conflito.

### **3.2. – Tipos de Tutela Provisória**

O Código de Processo Civil trata acerca do tema de tutela provisória nos artigos 294 à 313, sendo dividida em 2 tipos/espécies: (i) Tutela de Urgência; e; (ii) Tutela de Evidência; sabendo-se que a Tutela de Urgência pode ser concedida de forma incidental ou antecipadamente, enquanto a Tutela de Evidência é concedida necessariamente de forma antecipada.

Teori Zavaski<sup>30</sup>, ainda, classificava a tutela provisória entre provisória ou temporária (duração), bem como cautelar ou satisfativa (espécies).

Desta forma, este estudo passar-se-á a tratar os tipos de tutela e suas peculiaridades.

---

<sup>28</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 143.

<sup>29</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. Editora Saraiva, 1997, Pg. 12-15/30-31.

<sup>30</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. Editora Saraiva, 1997, 30-31.

### 3.2.1 – Competência

O *caput* do art. 299 do Código de Processo Civil, dispõe sobre a competência para analisar os pedidos de tutela provisória, seja atendente ou incidental.

“Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”

Desta forma, o CPC deixa claro que, nos casos de tutela provisória antecedente (antes da apreciação de qualquer mérito – fase em que ainda não há processo) o juízo competente será aquela competente pelo mérito da lide pleiteada em petição inicial, ou seja, o magistrado que apreciar o pedido antecedente será aquele que irá julgar mérito (tutela principal).

Já nos casos de tutela provisória incidental o juízo competente será o mesmo juízo em que tramita o processo (já existe um processo em andamento) em que o pedido de tutela incidental foi formulado.

Pode-se afirmar, pela interpretação do referido artigo que, que o juiz competente para julgar os pedidos de tutela provisória será o juiz da causa.

No entendimento de Cássio Scarpinella:

“Trata-se de uma forma confusa de afirmar que as regras de competência para a formulação do pedido de tutela provisória antecedente são as mesmas genéricas do CPC de 2015 e deverão ser levadas em conta quando da formulação dos pedidos dos arts. 303 e 304 e 305 a 310, consoante a hipótese seja de tutela provisória antecipada antecedente ou de tutela provisória cautelar antecedente, respectivamente. Até porque, como sustento nos ns. 6 e 7, infra, naqueles casos, o processo já se inicia com a apresentação da petição inicial respectiva.”<sup>31</sup>

Corroborando com o entendimento acima, ao analisar o *caput* do já mencionado art. 299 o CPC, Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>32</sup> afirma que a regra constante neste dispositivo vale para todas as espécies de tutela provisória.

---

<sup>31</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 250.

<sup>32</sup> “1. Competência da tutela provisória em 1ª Instância. Essa norma cuida da competência do juízo para a decisão que versa sobre a tutela provisória. Diz o *caput* que tais medidas serão requeridas ao juiz da causa; e, quando antecedentes, ao juiz competente para conhecer do pedido principal.” 1.1. **Como primeira observação, vale a menção de que a regra constante do dispositivo vale para todas as espécies de tutela provisória: a de evidência e a de urgência (cautelar ou antecipada).** 1.2. A primeira parte do *caput* refere-se às tutelas provisórias incidentais. Para elas não há qualquer dificuldade em se fixar a competência, porquanto já há um processo pendente e, conseqüentemente, um juízo prevento, a quem deverá ser direcionado o requerimento. 1.3. A segunda parte do mesmo dispositivo refere-se às hipóteses de tutelas provisórias antecedentes, ou seja, pleiteadas antes do requerimento do pedido dito “principal”. Tal situação é possível para as tutelas de urgência, porquanto tanto a cautelar quanto à tutela antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente (arts. 305 e 303, respectivamente), mas não para a tutela de

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), se posiciona da mesma forma, conforme se demonstra:

“O pressuposto processual da competência é aferido no plano lógico, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa da autora com o regramento abstrato previsto em lei, sem indagar da efetiva existência de litisconsórcio material. Inseridos no polo passivo da ação cautelar dois ou mais réus, certo ou errado, não se pode negar que, sob o aspecto formal, há litisconsórcio, e, possuindo os corréus domicílios diversos, a demanda pode ser ajuizada em qualquer deles, encerrando hipótese de competência concorrente, nos moldes do art. 94, § 4º, do CPC”<sup>33</sup>.

O parágrafo único do aludido artigo define que a tutela provisória requerida aos Tribunais será apreciada perante o órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito do recurso.

No caso da tutela provisória recursal, o recurso pode ter sido interposto perante o próprio órgão que o julgará ou perante o órgão *a quo*, o qual será posteriormente remetido ao órgão *ad quem* pra julgamento.

A regra geral acerca da competência os tribunais em grau recursal é a de que uma vez admitido o recurso, o respectivo tribunal deverá analisar o pedido de tutela provisória.

Para Eduardo Lamy<sup>34</sup>:

“Nesse sentido, merecem atenção as súmulas 634 e 635 do STF, cuja sistemática, antes do CPC de 2015 também servia ao STJ no âmbito do recurso especial, segundo as quais apenas depois de admitido o recurso extraordinário ou especial no tribunal superior, este será competente para a análise de pedidos de tutela provisória ligados ao feito.

Veja-se, a este respeito, entretanto, que o CPC de 2015, ao extinguir o antigo processo cautelar, transformou as medidas cautelares para atribuição de efeito suspensivo ou antecipação de tutela recursal perante os tribunais em meras petições, às quais denominou como pedido de efeito suspensivo ou pedido de antecipação de tutela recursal, conforme o caso.

Assim, a partir do disposto no art. 1.029, § 5º, I e II do CPC de 2015, mesmo antes da admissão do RE ou do REsp junto ao tribunal superior, tais pedidos de análise de tutela provisória, pedido de efeito suspensivo ou pedido de antecipação de tutela recursal, conforme o caso, devem ser efetuados junto ao respectivo Tribunal Superior, desde que já tenham sido interpostos o REsp ou RE”.

---

evidência, a qual demanda, necessariamente, um processo preexistente para ser requerida. 1.4. Assim, quando for o caso de tutela de urgência antecedente, o requerimento deverá ser formulado perante o juízo competente para conhecer do pedido principal. A particularidade digna de nota diz respeito a parte da doutrina que reconhece, diante da urgência, a possibilidade de um juiz, mesmo incompetente, conceder uma tutela cautelar”(WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg 485). (Grifa-se)

<sup>33</sup> STJ, REsp 423.061/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, jul. 08.10.2002, DJ 11.11.2002.

<sup>34</sup> LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg 20.

Destaca-se que cada Tribunal de Justiça tem seu próprio Regimento Interno, que são atos normativos que dispõem entre outras coisas a respeito da forma que a apreciação do pedido de tutela provisória será realizada.<sup>35</sup>

### 3.2.2. – Fundamentação da decisão que concede a tutela provisória

O art. 298 do CPC<sup>36</sup> exige que o juiz demonstre o motivo de seu convencimento ao proferir a decisão acerca da tutela provisória, seja para “deferir negar, modificar” ou para “revogar”.

Resta claro, portanto, que em respeito ao art. 489 do CPC<sup>37</sup>, bem como à garantia constitucional prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal (outro inciso incluído na carta magna através da Emenda Constitucional 45/2004), a decisão em sede de tutela provisória – como qualquer decisão judicial – deve ser fundamentada, vez que como ensina Tereza Arruda Alvim: “fundamentação inadequada é o mesmo que fundamentação inexistente”<sup>38</sup>.

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
(...)  
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;  
(...)”.

---

35 “A menção que o dispositivo faz a “ação de competência originária de tribunal” e a “recursos” é, neste sentido, de nenhuma importância. Até porque, mediando o “modelo constitucional” e os Regimentos Internos dos Tribunais, deve ser levado em conta o que o CPC de 2015 dispõe acerca da competência dos Tribunais, como, por exemplo, no § 3º do art. 1.012, § 1º do art. 1.026 e § 5º do art. 1.029, preservado, no que aqui interessa, pela Lei n. 13.256/2016, hipóteses em que ele atribui ao relator a competência para concessão de efeito suspensivo à apelação, aos embargos de declaração e aos recursos extraordinário e especial, respectivamente, e, mais amplamente, no inciso II do art. 932 ao estatuir que cabe ao relator “apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”. (SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 250.)

36 “Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”

37 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)”

38 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, **Nulidades do Processo e da Sentença**, Editora Revistas dos Tribunais, 8ª Ed., 2017, pg. 332/333.

A decisão infundada é causa de nulidade absoluta, o que ale dizer que, no caso da tutela provisória, o juiz deve explicar com clareza os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão, sob pena de nulidade absoluta.

É interessante a nomenclatura usada pelo legislador para descreveu a forma de se justificar a fundamentação: de modo “claro e preciso”.

Por mais que esse dispositivo pareça ser inócuo, há que se destacar que, segundo análise de Tereza Arruda Alvim Wambier:

“O ponto merece destaque relativamente à tutela provisória. Como se sabe, no mais das vezes, a tutela provisória é concedida ou indeferida por meio de uma decisão liminar e, portanto, decisão interlocutória. Infelizmente tem se disseminado no foro uma prática infeliz (e inconstitucional) de se negar ou conceder a tutela provisória com fundamentação nenhuma ou, na melhor das visões, com fundamentação débil. É o caso de decisões genéricas e vazias como, por exemplo, a locução “presentes os requisitos autorizadores concedo a medida” ou o inverso igualmente vazio: “ausentes os requisitos autorizadores denego a medida”.<sup>39</sup>

Destarte, ainda que em sede de decisão interlocutória (liminar), deve o magistrado fundamentar toda e qualquer decisão de modo claro.<sup>40</sup>

### 3.2.3. – Eficácia da tutela provisória

No curso do processo jurisdicional, a tutela provisória concedida irá preservar/conservar a sua eficácia<sup>41</sup>, salvo posterior modificação ou revogação expressa.

Verifica-se, da leitura do parágrafo único do art. 296 do CPC<sup>42</sup> que, a eficácia da decisão de tutela provisória também abrange o período em que o processo ficar suspenso.

---

<sup>39</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg 484.

<sup>40</sup> “Fundamentar de modo claro e preciso é dar as razões que justificam a decisão. Essas razões têm de enfrentar os fundamentos arguidos pela parte (ou pelas partes, arts. 5.º, LV, 93, IX, da CF/1988, 7.º, 9.º, 10 e 498, § 1.º, do CPC) e têm de apontar de forma clara no que precisamente essas razões servem para solução do caso concreto – aplica -se integralmente à decisão do pedido de tutela sumária, portanto, o disposto no art. 498, § 1.º”(MARINONI, Luiz Guilherme, **Novo Curso de Processo Civil**, Vol. 2, Editora Reistas dos Tribunais, 3ª E., 2017, pg. 143.

<sup>41</sup> Para Cássio Scarpinella, eficácia corresponde a ter “aptidão de produzir seus regulares efeitos enquanto o processo se desenvolver e, como dispõe o parágrafo único do art. 296, mesmo quando o processo for suspenso, salvo se houver decisão em sentido contrário”. (SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 250.)

<sup>42</sup> “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.  
Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”

Essa previsão deve ser interpretada em conjunto com o art. 314 igualmente do CPC<sup>43</sup>, que veda qualquer ato processual durante a suspensão do processo, porém, prevê a realização de atos urgentes para evitar a ocorrência de danos (irreparáveis).

Por ser um ter um caráter provisório, essa tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, vez que possui duração temporal limitada.

Na verdade a decisão de se revogar a tutela provisória pode ocorrer por conta do surgimento de novos elementos, “não considerados no momento da decisão que a deferiu, o que se revela possível dado o fato de que a cognição a ser exercida pelo juiz ao longo do processo tende a aprofundar-se, tornando-se exauriente.”<sup>445</sup>

No entanto, não se deve presumir que a tutela provisória, não tem estabilidade por ser um procedimento limitado, podendo ser revogado ou modificado a qualquer momento.

Caso o pedido de tutela provisória seja deferido, só poderá ser revogado ou modificado se houver novas circunstâncias que motivem e justifiquem tal ato, sendo certo que o simples reexame pelo Poder Judiciário não autoriza a sua revogação.

### **3.2.4. – Efetivação da Tutela Provisória**

A prolação de decisão que concede tutela provisória, por si só não tem condão de compelir a parte contra quem a medida foi concedida a cumpri-la, sendo necessário a utilização de medidas de apoio.

Nessa esteira, o art. 297 CPC<sup>46</sup> determina que uma vez deferida a tutela provisória, a mesma tem de ser efetivada, devendo o magistrado “determinar a medidas que considerar adequadas”, ou seja, a efetivação da tutela provisória deve ser realizada da maneira mais adequada à tutela do direito material envolvido.

---

<sup>43</sup> “Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.”

<sup>44</sup> Câmara, Alexandre, O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 143

<sup>45</sup> “Quanto à revogabilidade, o fato de a técnica antecipatória ter na sua base cognição sumária já aponta para a circunstância de o desenvolvimento do procedimento – com o consequente exaurimento da cognição – poder trazer novos elementos para o processo capazes de alterar a convicção judicial a respeito da existência ou não do direito postulado em juízo. Daí a razão pela qual a provisoriedade remete a ideia de revogabilidade do provimento: trata -se de provimento precário, instável, que pode ser revogado ou modificado ao longo do processo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, Vol. 2, 3ª Ed., 2017, pg. 143.

<sup>46</sup> “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.  
Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”

Segundo Eduardo Lamy:

“Por vezes, a natureza genérica da obrigação a ser cumprida possibilita que o Estado simplesmente se sub-rogue no cumprimento do dever. É o que acontece, por exemplo, na ação de despejo, na ação de reintegração de posse e na ação demolitória.

Nessas hipóteses, as medidas necessárias à efetivação da decisão provisória permitem que a obrigação seja diretamente executada pelo próprio Estado, o que torna menos preocupante a análise da adequação a respeito de como o juízo deverá determinar a efetivação da tutela provisória”<sup>47</sup>

Todavia, o *caput* do art. 297 do CPC não autorizou que o juiz determine, livremente, toda e qualquer medida que entenda ser adequada, devendo-se observar as normas relativas ao cumprimento de sentença. Em outras palavras: a adequação da medida para efetivação da tutela provisória está sujeita ao regime do cumprimento provisória de sentença.<sup>48</sup>

Em breve síntese ao tema, a decisão interlocutória (fundamentada), ao deferir a tutela provisória irá efetivar, no que couber, as normas atinentes ao cumprimento provisório de sentença, devendo o magistrado adotar medidas executivas necessárias para garantir sua efetivação.<sup>49</sup>

### **3.2.5. – Tutela Provisória requerida em caráter incidental**

O art. 295 do CPC trás a única regra específica sobre a tutela provisória incidental.

“Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”

Nesse aludido dispositivo, o Legislador deixou claro que a tutela ao ser requerida em caráter incidental não demanda pagamento de custas processuais.

Ao se referir à tutela provisória como sendo incidental, o CPC quer dizer que a tutela provisória não dá lugar a um processo autônomo, devendo ser requeridas no bojo

---

<sup>47</sup> LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg 18.B

<sup>48</sup> “2. A observância das normas relativas ao cumprimento provisório – parágrafo único. A execução da tutela provisória se faz, com a ressalva de que o título que a embasa é provisório†, tal como se processaria a execução definitiva se a medida fosse concedida a final. Está-se, portanto, no palco da execução provisória ou, nos termos empregados pelo NCPC, do cumprimento provisório da sentença. 2.1. Desse modo, para bem compreender a execução da tutela provisória devem ser levadas em consideração três premissas: (a) o título que a embasa é provisório e, portanto, está sujeito à reforma; (b) o instrumental de execução a ser utilizado depende da natureza da obrigação que se pretende efetivar; e, (b) eventualmente, mercê da aplicação do princípio da proporcionalidade, podem ser relativizados os princípios da tipicidade e da adequação da execução, utilizando-se de meios atípicos ou mesmo afastando-se alguma regra específica em busca da efetividade da tutela provisória, notadamente nos casos de urgência.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg. 482.)

<sup>49</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 143

do processo preexistente, por meio de simples petição, sem a necessidade de uma ação própria, com os inconvenientes da autuação, citação, recolhimento de custas, etc.

Com essa norma, o CPC desapareceu com o processo cautelar autônomo (incidental ou antecedente), anteriormente vigente no sistema processual brasileiro.<sup>50</sup>

Nas palavras de saudoso Ministro Teori Zavascki:

“A propositura de ação cautelar autônoma, que tem justificativa nas especiais circunstâncias supostas pelo mencionado dispositivo (medida preparatória, requerida no curso da sindicância administrativa e por provocação da respectiva comissão processante), não inibe o pedido incidental da medida cautelar, inclusive nos próprios autos da ação principal, como permite o art. 295 do CPC. Em qualquer caso, será indispensável a demonstração da verossimilhança do direito e do risco de dano, requisitos inerentes a qualquer medida cautelar.”<sup>51</sup>

Deve-se vincular esta regra (do art. 295) com o que dispõe o art. 303 em seu parágrafo 3º e o caput do art. 308, no que tange aos aditamentos a serem realizados pela parte autora nas hipóteses em que o pedido de tutela provisória antecipada ou cautelar for requerido antecedentemente.<sup>52</sup>

O que o Legislador, ao criar a Lei. 13.105/15, está dizendo é que a isenção de custas determinada no art. 295 é uma exceção, vez que a regra é de se cobrar custas processuais nos procedimentos de urgência requeridos antecipadamente ao processo, como nos casos de medida cautelar antecipatória pleiteada em caráter antecedente.<sup>53,54</sup>

---

<sup>50</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg 479.

<sup>51</sup> ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, Editora: Revistas dos Tribunais, 7ª Ed., (2017), pg. 122.

<sup>52</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 253.

<sup>53</sup> Apelação – Ação declaratória – Acordo – Fase de cumprimento – Processo extinto, nos termos do art. 924, II, diante do silêncio do exequente acerca do cumprimento de acordo – Pleito de reforma - Possibilidade - Em que pese a desídia da parte apelante, esta C. Corte vem entendendo que a quitação do débito não pode ser presumida, havendo de ser, necessariamente, expressa – Precedentes – Sentença anulada – Recurso provido.

(TJ-SP - AC: 10383617020178260100 SP 1038361-70.2017.8.26.0100, Relator: Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Data de Julgamento: 26/02/2019, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/02/2019)

54 APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – ERRO NO PROCEDIMENTO – CAUSA MADURA – RECONHECIMENTO DO PEDIDO – CONDENAÇÃO DO RÉU – CUSTAS E HONORÁRIOS DE SUCUM-BÊNCIA – 1. A Ação Cautelar de Exibição de Documentos, que possui natureza preparatória, tem como escopo obrigar o outro que está de posse dos documentos requeridos a apresentá-los compulsoriamente em juízo. 2. A necessidade de instruir a demanda judicial com elementos de convicção para o juiz justifica a obrigatoriedade da exibição. 3. Assim, a nova lei incide sobre os feitos em curso, respeitando-se, evidentemente, os direitos processuais adquiridos a fim de que seja garantida e preservada a segurança jurídica, não tendo forças para invalidar ou reduzir efeitos do ato processual consumado na lei anterior, tampouco convalidar ato processual cuja consumação desrespeitou a lei vigente do tempo de sua prática. (Desa Mariza Porto) APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA PARTE REQUERIDA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – CONDENAÇÃO DO RÉU NOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – VALOR DOS HONORÁRIOS. – Tendo como base os parâmetros constantes do § 3º do art. 20 do CPC, o caráter repetitivo da ação de

Obviamente, contudo, é necessário comprovar a existência de requisitos processuais (legais) para concessão da tutela nessa modalidade.<sup>55</sup>

### 3.2.6. – Recorribilidade das decisões interlocutórias no tocante a tutela provisória

A decisão que julga o mérito do pedido de tutela provisória, concedendo-a ou indeferindo-a, constitui decisão interlocutória, vez que o processo precisa prosseguir, ou seja, não há como a aludida decisão ser terminativa.

O art. 1.015 do CPC, em seu inciso I, prevê que nos casos em que uma decisão conde ou indefere o pedido de tutela provisória caberá a interposição do recurso de agravo de instrumento.<sup>56</sup><sup>57</sup>

Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>60</sup> destaca que na hipótese de uma liminar em sede tutela provisória (antecipatória) que esteja produzindo efeito favorável à parte autora, o réu pode interpor recurso de agravo de instrumento pedindo de imediato (liminarmente) que a decisão que deu origem ao efeito objeto do recurso seja suspensa. Caso o recurso seja provido, confirmar-se-á a ineficácia dos efeitos da decisão cassada e, caso seja improvido, os efeitos voltarão a produzir efeito, sendo certo que este efeito suspensivo recursal é diferente do efeito suspensivo do recurso de apelação (“efeito padrão”), pois no caso do recurso de agravo de instrumento a suspensão demanda pedido específico e comprovação de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Ainda, acerca do tema:

“Segundo disposto no art. 304, caput, a tutela torna-se estável se não interposto o respectivo recurso. Respectivo significa competente, devido, cabível. Qual o recurso respectivo? Em se tratando de decisão em tutela antecipada, gênero de tutela provisória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I. Assim, caso o réu não interponha agravo de instrumento, a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, torna-se estável. A mens

---

exibição de documentos, a notificação extrajudicial e o fato de a parte contrária não resistir ao pedido do inicial, exibindo os documentos quando da contestação, deve a verba honorária deve ser arbitrada em R\$1.000,00 (mil reais). (Desa Shirley Fenzi Bertão)

(Apelação Cível no 1.0479.15.004740-1/001 0047401-54.2015.8.13.0479, de Passos. Relator(a) Des.(a) Mariza Porto. 11a CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 5-10-16. TJ/MG.)

<sup>55</sup> THEODORO, Humberto Jr., Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Editora: Forense, 56ª Ed., 2015, 646.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, Vol. 2, 3ª Ed., 2017, pg. 141.

<sup>57</sup> FIDÉLIS, Ernane dos Santos. **Manual de Direito Processual Civil**, Editora Saraiva, Vol. 1, 16ª Ed., pg. 772.

<sup>58</sup> AMORIN, Daniel Assumpção Neves, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora Jus Podivm, Vol. Único, 9ª Ed.,

<sup>59</sup> DIDIER, Fredie Jr., Curso de Direito de Processo Civil, **Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**, Editora: Jus Podivm, 13ª Ed., 2016, pg. 224.

<sup>60</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg. 1.591.

legislatoris é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar. É certo que na contestação o réu adquire a prerrogativa de ver a demanda decidida levando-se em conta também as suas alegações.”<sup>61</sup>

Deste modo, resta evidente que em face da decisão que negar ou conceder tutela provisória cabe agravo de instrumento, nas hipóteses em que a *decisum* for proferida por um magistrado de primeira instância.

Outrossim, cumpre registrar que, no âmbito dos Tribunais, as decisões monocráticas sobre tutela provisória são igualmente recorríveis para o colegiado competente, por interposição do recurso de agravo interno, previsto no art. 1.021 do CPC.<sup>62</sup>

Para Alexandre Câmara:

“Todas as decisões monocráticas proferidas nos tribunais são impugnáveis por agravo interno, inclusive as que proveem sobre a atribuição de efeito suspensivo a recursos ou que decidem sobre tutela provisória nos processos de competência originária do tribunal (FPPC, enunciado 142). Só não será impugnável por agravo interno uma decisão monocrática quando a lei expressamente a declare irrecorrível, como se dá, por exemplo, com a decisão do relator de recurso especial que, reputando prejudicial o recurso extraordinário também interposto, determina a remessa dos autos ao STF (art. 1.031, § 2.º). Este recurso será sempre julgado pelo órgão colegiado a que o relator (ou o Presidente) se vincula, e em cujo nome atuou, qual verdadeiro porta-voz, ao decidir monocraticamente”<sup>63</sup>

Para finalizar o assunto, cabe ressaltar que a recorribilidade de acórdão não traz peculiaridade referente ao tema, dado a inviabilidade de questões de fato, vez que o STJ e STF não podem realizar reexame de matéria em sede recurso especial e recurso extraordinário.

### 3.3. – Tutela de Urgência

A tutela de urgência deve ser entendida como o gênero que tem função de evitar danos decorrentes da demora na prestação jurisdicional ou mesmo da tempo necessário para realizar a efetivação da cognição exauriente, sendo, portanto, um “resultado rápido” para análise de situações do cotidiano, destinada a garantir que o direito está sendo respeitado em sua totalidade.

A tutela de urgência atua em diversos ramos do processo civil, sendo que no curso do processo de conhecimento, essa modalidade de tutela concede decisões provisórias (liminares) antecipatórias permitindo os efeitos da decisão final de mérito, tendo decisões

---

<sup>61</sup> DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, Editora Atlas, 20ª Ed., 2017, pg. 569.

<sup>62</sup> DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito de Processo Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**, Editora: Jus Podivm, 13ª Ed., 2016, pg. 239.

<sup>63</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 1ª Ed., 2015, pg. 528.

e cognição simultâneas. Já nas demais fases (execução, tribunais, procedimento especiais, etc.), a tutela de urgência estará sempre ligada a proteção do perigo da demora.<sup>64</sup>

Quantos às espécies do gênero tutela de urgência, nos termos do parágrafo único do art. 294 do CPC, tem-se que a tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (também compreendida como tutela antecipatória de urgência).

A tutela cautelar é aquela que é utilizada para garantir o futuro resultado útil da lide, nos casos em que haja uma situação ponha a efetividade do processo em risco.<sup>65</sup>

Um bom exemplo para esse caso é a situação em que um devedor antes de cumprir com suas obrigações comece a alienar seus bens e, por mais que a alienação de bens por si só não comprometa a existência do direito de crédito, de certo configura um risco ao credor em lograr ter seu crédito satisfeito, por meio de futuro processo de execução.

Assim, fundado no perigo do devedor não ter patrimônio capaz de garantir o crédito, nasce a possibilidade de conceder a tutela cautelar, caso seja requerida pelo credor, lembrando que qualquer tutela provisória não pode ser concedida *ex officio* pelo Poder Judiciário.

Essa espécie de tutela provisória tem por objetivo assegurar o futuro resultado útil do processo, tendo uma natureza de tutela não satisfativa do direito, sendo um mecanismo de proteção para que o processo seja capaz de produzir seu resultado útil.

Já no caso da tutela satisfativa (tutela antecipada de urgência), ao ser concedida, tem o condão de autorizar de imediata o direito alegado pelo requerente, ou seja, permite-se a satisfação provisória do próprio provimento jurisdicional requerido (pretensão pedida), concedido em caráter antecipatório.

Um bom exemplo de tutela antecipada de urgência é o pedido em ação de alimentos, vez que o perigo na demora da solução da lide coloca em risco a subsistência de um Menor.

---

<sup>64</sup> LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg. 59.

<sup>65</sup> “(...) i provvedimenti di cautela si definiscono in base al fine, ch’essi perseguono, di assicurare il compimento e gli effetti di attività giurisdizionali: giurisdizionali in senso lato, ove si tratti di attività ad efficacia endo processuale; e in senso stretto, ove si verta in sentenze di merito. In altri termini, quelli cautelari sono provvedimenti emessi in attesa e in vista di una sentenza definitiva di merito oppure di un’attività lato sensu istruttorie, al fine di assicurarne gli effetti” (FAZZALARI, Elio. **Profili della cautela**, Rivista di Diritto Processuale, vol. 46, n. 1., p. 1-14, esp. n. 3, p. 4).

Por fim, cabe registrar que, segundo José Miguel Garcia Medina, há fungibilidade entre as medidas cautelar e antecipada.<sup>667</sup>

### 3.3.1. – Pressupostos

Ambas espécies de tutela de urgência pressupõem, segundo o art. 300 do CPC: (i) probabilidade do direito; e; (ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.<sup>68</sup>

Esses pressupostos foram consagrados, respectivamente, nas expressões em latim *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, desta forma, peço vênias para continuar a utilizá-las desta forma.<sup>69</sup>

### 3.3.2. – Prestação de caução: contracautela

Conforme previsto no §1º do art. 300 do CPC, a concessão de tutela de urgência pode ser condicionada a prestação de uma caução, tratando-se de uma contracautela.

A finalidade da prestação de caução neste caso visa assegurar o ressarcimento de eventuais danos que o réu possa sofrer por conta da efetivação da tutela.

“Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

---

<sup>66</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Moderno**, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2017, pg. 356-357.

<sup>67</sup> STJ REsp 1150334/MG, rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª T., j. 19.10.2010; STJ, AgRg no Ag 1333245/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1.ª T., j. 15.09.2011. e STJ, AgRg na AR 4.915/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.ª Seção, j. 12.02.2014.

<sup>68</sup> “A despeito da conservação da distinção entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar” no CPC de 2015, com importantes reflexos procedimentais, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada (“prova inequívoca da verossimilhança da alegação”) seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente artificial. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.(SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 254.)

<sup>69</sup> “Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*). Este perigo pode ter por alvo a própria existência do direito material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar). O *periculum in mora*, porém, embora essencial, não é requisito suficiente para a concessão de tutela de urgência. Esta, por se fundar em cognição sumária, exige também a probabilidade de existência do direito (conhecida como *fumus boni iuris*), como se pode verificar pelo texto do art. 300, segundo o qual “[a] tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.(CÂMARA, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 144)

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;  
III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;  
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.  
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

Merece transcrição o ensinamento de Alexandre Câmara sobre o assunto:

“A concessão de tutela de urgência – em qualquer de suas modalidades – exigirá a prestação de uma caução de contracautela, que pode ser real ou fidejussória, a fim de proteger a parte contrária contra o risco de que venha a sofrer danos indevidos (art. 300, § 1o). Trata-se de medida destinada a acautelar contra o assim chamado *periculum in mora inverso*, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação (que só será identificado quando se verificar que, não obstante provável, o direito do demandante na verdade não existia). Deve-se, porém, dispensar a caução de contracautela nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la (art. 300, § 1o, parte final). Afinal, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente. Há entendimento (consolidado no enunciado 497 do FPPC) segundo o qual as hipóteses de exigência de caução devem ser definidas à luz do art. 520, IV. Entenda-se: a caução deve ser fixada sempre que houver *periculum in mora inverso*, e uma das hipóteses previstas no aludido dispositivo legal é, precisamente, esta (risco de grave dano ao demandado). De outro lado, deve-se dispensar a caução em todos os casos previstos no art. 521 (enunciado 498 do FPPC).”<sup>70</sup>

A intenção do Legislador com essa exigência foi a de estabelecer um equilíbrio entre as partes, caso contrário poder-se-ia gerar uma situação excessivamente onerosa para o réu.<sup>71</sup>

### 3.3.3. – Concessão de liminar *inaudita altera parte*

O juiz pode conceder tutela de urgência sem antes realizar a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*), nos casos em que a prévia ciência da parte ré possa comprometer, tornar inócua ou ineficaz a medida requerida.

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.  
(...)  
§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.  
(...)”.

<sup>70</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 145.

<sup>71</sup> Ferreira, William Santos, **Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável**, Editora Revistas dos Tribunais, Artigo, 2010, pg. 188.

Jose Roberto dos Santos Bedaque afirma que esta medida não viola o princípio constitucional do contraditório (Art. 5º, LV da Constituição Federal<sup>72</sup>), haja vista que o réu será ouvido em momento posterior.<sup>73</sup>

A real intenção desta hipótese é a de o Poder Judiciário realizar análise de um pedido, em sede de liminar sem oitiva da parte contrária, para análise de possível lesão ou ameaça em face da parte demandante, em respeito ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal.<sup>74</sup>

### 3.3.4. – Audiência de justificação prévia

Ainda, o mesmo § 2º prevê que o magistrado poderá conceder liminarmente tutela de urgência mediante a realização de uma audiência.

Nessa hipótese, poder-se-á realizar uma audiência para averiguar de maneira mais aprofundada a fundamentação dos requisitos necessários para sua concessão liminar, podendo o juiz, até mesmo requisitar a oitiva de testemunhas. Conforme lecionava meu saudoso ex-chefe Donaldo Armelin<sup>75</sup>, essa audiência ocorre antes da citação do réu e, se presente os pressupostos que justifiquem a medida, será concedida a tutela de urgência liminarmente *inaudita altera parte*.

Todavia, não se pode confundir com a audiência que será realizado após a resposta do réu, muito menos com a justificativa prévia para produção antecipada de provas prevista no art. 381, §5º do CPC<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> “Art. 5º 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:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)”

<sup>73</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência:(tentativa de sistematização), 2009, pg. 346.

<sup>74</sup> “Art. 5º 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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)”

<sup>75</sup> ARMELIN, Donaldo . **Execução de Medida Cautelar liminarmente concedida e o prazo para resposta**. Revista de Processo , São Paulo, 1983, pg. 259.

<sup>76</sup> “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Esta hipótese é absolutamente compatível com o modelo constitucional, respeitando-o em sua totalidade.

Para Cássio Scarpinella:

“(…) É situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa. Por isto mesmo é correto entender que a hipótese envolve mera postergação (adiamento) do contraditório, não sua eliminação. Concedida a tutela provisória, é mister que o réu seja citado (para o processo) e intimado de sua concessão para reagir a ela, inclusive, se assim entender, recorrer dela por agravo de instrumento (art. 1.015, I)”<sup>77</sup>

### 3.3.5. – Da Irreversibilidade da Tutela de Urgência

Uma vez concedida a tutela de urgência sem que a mesma tenha sido impugnada, ao ser extinto o processo sem que haja a cognição exauriente, essa tutela tornar-se-á estável, de modo a conservar seus efeitos enquanto não for revista.

Para tanto, o CPC determinou que nos casos em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, não poderá o magistrado conceder tutela de urgência:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

**§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (Grifa-se).”(Grifa-se)**

Essa hipótese se dá como um “pressuposto negativo” que tem por objetivo inibir a antecipação de tutela em casos em que possa ocorrer o “*periculum in mora* reverso”.

Essa irreversibilidade não atinge os casos em que o “dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido”<sup>78</sup>, em respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Segundo José Garcia Mediana:

---

(…)

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.”

<sup>77</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 254.)

<sup>78</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 2555.

“Como tal decisão não produz coisa julgada material (porque fundada em cognição sumária, cf. § 6.º do art. 304 do CPC/2015), tal ultratividade perdura enquanto não for proferida sentença fundada em cognição exauriente, em ação eventualmente ajuizada por uma das partes (cf. §§ 2.º e 4.º do art. 304 do CPC/2015), tornando-se marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extinguir o direito de ajuizar ação para rever, reformar ou anular a decisão que concedeu a liminar (cf. § 5.º do art. 304 do CPC/2015).”<sup>79</sup>

### 3.3.6. – Responsabilidade pela prestação da tutela de urgência

Por ser concedida em cognição sumária, a decisão que defere a tutela de urgência pode criar um dano indevido a parte.

Nessa esteira, o requerente responde pela lesão que indevidamente o réu venha a sofrer em decorrência da efetivação da tutela de urgência em alguns casos previstos no art. 302 do CPC.

Segundo o mencionado artigo, as hipóteses de responsabilidade do demandante são as seguintes: (i) a sentença lhe for desfavorável; (ii) - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; (iii) - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (iv) - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor

Essa responsabilidade do demandante é objetiva e, dessa forma, independe da “indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo”.<sup>80</sup>

Ainda, a responsabilidade objetiva também decorre do inciso I do art. 520 do CPC:

“Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:  
I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;  
(...)”.

Em todos os casos previstos no art. 302, a indenização a ser paga ao réu/demandado será liquidada nos mesmos autos em que a tutela de urgência foi concedida. O parágrafo único deste artigo, porém, indica que a liquidação será realizada

<sup>79</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Moderno**, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2017, pg. 365.

<sup>80</sup> “(...)a parte que se beneficia da medida acautelatória fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida, cuja cassação tem eficácia extunc” (STJ, 1.ª T., REsp 1.011.609/MG, j. 23.06.2009, rel. Min. Luiz Fux).

dessa maneira “sempre que possível”, o que importa dizer, que há sim exceções/restrições a essa forma de liquidação.

Essa liquidação será cumprida nos termos do art. 536 e seguintes do CPC vigente.

### **3.3.7. – Efetivação da tutela provisória de urgência de natureza cautelar**

O art. 301 do CPC trata das medidas passíveis de concessão de tutela provisória urgente e de natureza cautelar.

Segundo o *caput* do artigo:

“Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”

Ocorre que, no CPC vigente não há previsão de medidas cautelares (anteriormente previstas no CPC de 1973) mas, unicamente aceitas através do poder genericamente conferido ao Poder Judiciário – através dos magistrados – de deferir medidas cautelares.

Para Tereza Arruda Alvim Wambier:

“Supressão das cautelares típicas. O NCPC extinguiu as cautelares típicas previstas no CPC/73. Já há, na doutrina, severas críticas à manutenção dessas medidas, principalmente diante da enorme divergência existente quanto à possibilidade, ou não, de seu deferimento quando não preenchidos os requisitos específicos (previstos para aquela cautelar típica), mas presentes os requisitos “gerais” de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* exigidos para a cautelar inominada ou atípica. 1.1. Dois dos coautores desse trabalho já haviam se manifestado pela desnecessidade da presença das cautelares típicas no sistema, senão por questões de ordem procedimental. Para ambos, preenchidos os pressupostos genéricos da aparência do bom direito e havendo *periculum in mora*, a providência pleiteada deve ser concedida, ainda que a hipótese não se encaixe em nenhuma das ações/medidas ‘tipificadas’.<sup>81</sup>

Há no art. 301 tão somente uma relação exemplificativa de medidas cautelares, sendo: (i)arresto; (ii) sequestro; (iii) arrolamento de bens; (iv) registro de protesto contra alienação de bem; e; (v) qualquer outra medida de idônea para assegurar direito.

Todavia, essa enumeração de medidas cautelares não afasta o fato de que o ordenamento jurídico em seu sistema processual atual se contenta com a atribuição de um poder judiciário cautelar geral conferida através do magistrado (Poder Judiciário).

Outra questão acerca do tema é que esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 297 do CPC.

Na verdade, grande parte da doutrina entende que o próprio art. 297, por si só já seria suficiente, haja vista que em seu parágrafo único determina que a “efetivação da

---

<sup>81</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg 492.

tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Naquele dispositivo (art. 297) o Legislador indicou claramente sua finalidade (“O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”), enquanto neste dispositivo (art. 301) foi lhe descrito meramente medidas que o juiz deve adotar para proteger direitos.

Por fim, destaca-se que se deve interpretar a regra do art. 301, com fundamento na parte final deste artigo, como uma forma que o magistrado possui de viabilizar o exercício do “dever-poder geral de cautela”.<sup>82</sup>

### **3.4. – Tutela antecipada requerida em caráter antecedente**

As hipóteses de a tutela de urgência ser concedida antes do processo (leia-se liminarmente antes de se instruir o processo) são previstas nos artigos 303 e 304 do CPC.

É importante frisar que anteriormente, na vigência do CPC de 1973, a única forma de concessão de tutela antecipada (antes do processo) era única e exclusivamente na modalidade tutela cautelar, sendo até uma forma de distinção desta tutela (cautelar).

Na vigência do CPC de 1973, a teoria geral do processo dividia-se em “processo de conhecimento”, de “execução” e “cautelar”.<sup>83</sup>

Ou seja, a previsão dos artigos 303 e 304 d CPC vigente trazem uma inovação no sistema processual brasileiro, criando a possibilidade de se conceder uma tutela antecipada antecedente.

Trata-se de uma verdadeira ação autônoma, cabível aos casos em que “urgência a for contemporânea à propositura da ação”, o autor poderá limitar-se a requerer, em petição inicial, a tutela antecipada e indicar a tutela final. Para tanto, é necessária esta petição inicial expor sumariamente a causa, do direito que se discute, bem como do perigo e/ou dano do resultado útil do processo.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> “Isto não quer dizer, contudo, que a ênfase para o devido alcance do art. 301 não resida na cláusula geral que termina o dispositivo. Em suma: é importante que doutrina e jurisprudência preocupem-se menos com a literalidade das técnicas enunciadas no art. 301 – afastando-as de qualquer saudosismo de seus pressupostos no âmbito do CPC de 1973 – e mais com a viabilidade de pleno exercício do “dever-poder geral de cautela” pelo magistrado com fundamento na parte final do dispositivo, o que, de resto, já está suficientemente garantido nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF.” (SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 256-257).

<sup>83</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 258.

<sup>84</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 154.

Tem-se que a contemporaneidade da urgência e o da propositura da ação, de certo é um requisito de existência da possibilidade dessa tutela.

Além disso, o art. 302 trata dos outros requisitos de requerimento dessa forma de tutela perante o Poder Judiciário (mais uma vez – demanda de inércia por parte do requerente) e o art. 304 trata de sua estabilização.

### **3.4.1. – Petição inicial**

Conforme já mencionado, nos casos em que a urgência for contemporânea a propositura da ação (situação de urgência que demanda imediata propositura da demanda), o autor pode limitar sua petição inicial, indicando:

- a) O pedido de tutela antecipada;
- b) O pedido da tutela final (a tutela jurisdicional almejada, independente da tutela antecedente);
- c) A exposição da lide (a causa, ou seja, a controvérsia que justifique a propositura da ação autônoma);
- d) O direito que se busca resguardar/assegurar e, até mesmo pretender; e;
- e) A demonstração do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* do resultado útil;

Igualmente, a petição desta ação autônoma fundada em tutela antecipada requerida em caráter antecedente deve indicar o valor da causa a ser avaliado tendo por referência o valor da tutela final.

Ainda, essa tutela pode ser compreendida como “incompleta” quanto ao pedido formulado em face da extrema urgência e, a fim de se evitar confusão com uma petição simplesmente mal elaborada, o CPC exige que o autor se manifeste, expressamente, sua vontade de valer-se do benefício do *caput* do art. 303.

### **3.4.2. – Concessão da tutela antecipada antecedente**

Após requerida a tutela antecipada antecedente, o juiz apreciará o pedido e, caso seja deferida, o ator será intimada para aditar a petição inicial, complementando sua argumentação, eventual juntada de novas provas e confirmando o pedido da tutela jurisdicional final no prazo legal de 15 (quinze) dias<sup>85</sup>, ou por prazo maior caso assim o magistrado defina.

Esse aditamento será protocolado nos mesmos autos do pedido de tutela antecipada antecedente, haja vista que não será cobrado do autor o recolhimento de novas custas processuais.

---

<sup>85</sup> Importante ressaltar que para contagem de prazo computa-se tão somente dias úteis, por força do art. 219 do CPC e da Lei 13.728/18.

Uma vez aditada a petição inicial, o réu será citado (do processo, desde o pedido da tutela antecipada antecedente – petição inicial) e intimado (da concessão da tutela) para comparecer a audiência de conciliação e mediação.

Caso não haja acordo entre as partes, o réu será intimado para oferecer contestação a contar da data da audiência (art. 335 do CPC).

### **3.4.3. – Indeferimento da tutela antecipada antecedente**

A tutela antecipada antecedente não será deferida caso não estejam presentes os requisitos impostos no art. 303 do CPC.

Neste caso, o autor será intimado para, igualmente, aditar a petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias.

Por se tratar de um prazo especial, prevalece sobre o prazo genérico do art. 321 do CPC (adiamento da inicial), porém, o juiz deve indicar o prazo que o autor deverá realizar o aditamento.

### **3.4.4. – Se não houver aditamento da petição inicial**

No caso de concessão da tutela antecipada antecedente, caso o autor não realize o aditamento da inicial no prazo legal, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, §3º do CPC).

Destaca-se o que segundo Cássio Scarpinella leciona sobre o assunto:

“O que será extinto nestes casos (sempre com as ressalvas do n. 3.1 do Capítulo 9) é o processo que teve início, insisto, com o registro da petição inicial em que o autor requereu a tutela antecipada antecedente.”

Já nos casos em que a tutela antecipada antecedente é indeferida, caso não haja o referido aditamento, a inicial será indeferida e, conseqüentemente, a lide será extinta sem resolução do mérito (art. 303, §6º do CPC).

### **3.4.5 – Estabilização da tutela provisória**

O art. 304 do CPC determina que a tutela antecipada antecedente concedida nos termos do art. 303 pode se tornar estável, sendo necessário que o réu não tenha interposto recurso contra a referida decisão.

Significa dizer que a tutela antecipada antecedente ao ser concedida nos termos do art. 303 e não havendo interposição de recurso por parte do réu, tornar-se-á estável, sendo o processo extinto com resolução do mérito.

Quanto aos recursos cabíveis, é necessário entender em qual instância a decisão foi conferida: (i) se for em primeira instância, caberá agravo de instrumento; e (ii) se for concedida por um tribunal, poderá o réu interpor agravo interno em face de decisão monocrática ou recurso especial/extraordinário em face de acórdão (decisão colegiada).

Segundo o enunciado nº 501 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o recurso interposto por assistente simples igualmente inviabiliza a estabilização da tutela antecipada antecedente, excetuando-se os casos em que o réu se manifeste-se a favor da sua estabilização.<sup>86</sup>

Nota-se que a estabilização da aludida tutela provisória pressupõe que a omissão do réu ou, ainda, que o réu foi citado e intimado nos termos do inciso II do art. 303 do CPC.

Desta forma, entende-se ser necessário a confirmação de que o réu foi expressamente advertido que a ausência de recurso em face da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente acarretará em sua estabilização.

Vale afirmar que, portanto, a tutela antecipada antecedente não será estabilizada nos termos do art. 304 caso haja qualquer manifestação do réu em sentido contrário à decisão concessiva.<sup>87</sup>

Outrossim, uma vez estabilizada a decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente nos termos do §1º do art. 304 do CPC, os demais parágrafos do mesmo artigo tratam sobre o que as partes podem fazer com essa decisão.

Cumprê enfatizar que a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente não é imutável nem indiscutível, não produzindo, assim, os efeitos da coisa julgada.

---

<sup>86</sup> “51. (art. 378; art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal. (Grupo: Direito Probatório)”

<sup>87</sup> “Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo caput do art. 303 (que é a primeira acepção da palavra “benefício” do § 5º do art. 303 que identifiquei no n. 6.1, supra), prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a “tutela final”, apta a transitar materialmente em julgado.”(SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 262.)

Sendo assim, por não formar coisa julgada não há que se falar em possibilidade de ajuizamento de ação rescisória como mecanismo de defesa, consoante previsto pelo enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>88</sup>

Por mais que essa tutela não seja nem imutável, muito menos indiscutível, seus efeitos tornam-se estáveis, só podendo ser afastados por uma nova decisão judicial que afaste ou invalide os efeitos anteriormente concedidos.

Estabilizada a tutela antecipada antecedente, qualquer uma das partes pode ajuizar, em face da outra, demandando com o fim de revisar, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela ora estável.

A tutela, uma vez estável, só poderá ter seus efeitos revogados caso uma das partes demande desta forma (Poder Inerte), sendo certo que esta nova ação deverá ser proposta perante o mesmo juízo que concedeu aquela tutela anteriormente.

Esse novo processo – demanda para descontinuar/revogar a tutela estável – tem prazo decadencial de 2 (dois) anos a contar da ciência da decisão que extinguiu o processo que havia deferido a tutela nos termos do art. 304, §1º do CPC.

### **3.5. – Tutela cautelar requerida em caráter antecedente**

O procedimento da tutela provisória de urgência cautelar antecedente está disposto nos artigos 305 a 3010 do CPC.

Nessas situações o autor tem interesse em postular medida cautelar anteriormente ao momento do ajuizamento da demanda da tutela jurisdicional final.

De acordo com o art. 305, na petição inicial o autor que visa ter a benesse desta modalidade de tutela provisória deve indicar “*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*”.

Melhor dizendo, o autor deve, em sua exordial, indicar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que fundamenta suas alegações.

Através da leitura do seu parágrafo único, tem-se que, caso o magistrado entenda que o pedido postulado tem natureza antecipada, ou seja, não sendo um pedido de natureza cautelar, deverá aplicar o regime do art. 303 do CPC, já discutido acima.

---

<sup>88</sup> “33. (art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência<sup>26</sup>. (Grupo: Tutela Antecipada)”

Neste ponto, vale ressaltar que essa previsão trazida pelo art. 304, em seu parágrafo único, deve ser encarada como uma situação mais abrangente, possibilitando que o mesmo tratamento seja dado na análise dos pedidos de tutela antecipada, caso o magistrado entenda que o pleito tenha natureza cautelar e não antecipada.

Nesse sentido, não seria um caso de fungibilidade, já que não há emprego de substituição de técnica processual, mas sim o caso de convertibilidade, na qual o magistrado converte uma técnica equivocadamente requerida por outra mais adequada.

O legislador utilizou a palavra “lide” no artigo 304 do CPC no sentido de conflito, sendo especificamente no sentido de conflito sobre qual almeja o autor seja prestada a tutela cautelar requerida.<sup>89</sup>

Tal convertibilidade assegurada neste dispositivo foi confirmado no enunciado nº 502 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civil.<sup>90</sup>

Um ponto relevante e que deve ser enfatizado é que a estabilização é um fenômeno que só ocorre nas tutelas antecipadas, conforme já explicado acima.

Deste modo, caso haja a conversão prevista no parágrafo único do art. 305 do CPC, o juiz ao entender que a natureza do pedido de tutela provisória não é cautelar, mas sim típico de natureza antecipatória, deve informar o autor para se manifestar se tem interesse em valer-se do supra mencionado §5º do art. 303.

### **3.5.1. – Citação do réu e suas atitudes**

O art. 307 do CPC determina que, proposta a demanda em caráter cautelar antecedente, o juiz citará o réu no prazo legal de 5 (cinco) dias para oferecimento de defesa (contestação), momento em que o requerido deverá indicar se irá produzir provas.

Caso o réu não apresente defesa, os fatos alegados pelo autor serão presumidos verdadeiros, porém, essa presunção será relativa, haja vista que o autor tem o ônus de provar os fatos alegados, ainda que sob efeito da revelia, cabendo o juiz decidir sobre este fato no prazo de 5 (cinco) dias.

Consoante determino o parágrafo único do art. 307, havendo contestação, será observado o procedimento.

---

<sup>89</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 264.

<sup>90</sup> “Caso o juiz entenda que o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente tenha natureza cautelar, observará o disposto no art. 305 e seguinte.”

Frisa-se que o art. 306 é claro ao determinar que o réu é intimado para apresentar defesa, qual seja contestação, e não para comparecimento em audiência de conciliação e mediação.

A audiência no caso ora em análise ocorrer-se-á posteriormente, caso o autor cumpra os requisitos do art. 308 (apresentação de pedido principal).

### **3.5.2. – Dinâmica da tutela cautelar antecedente após sua efetivação**

Caso a medida cautelar seja deferida, esta tutela provisória encontrar-se-á efetivada, momento no qual o autor será intimado a formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias a ser apresentado nos mesmos autos e, portanto, como já discutido, sem a necessidade de pagamento de novas custas processuais.

Durante a formulação do pedido principal, o autor poderá aditar a sua causa de pedir, de forma a complementar seus pedidos.

Reitera-se que, após a apresentação tempestiva do pedido principal, as partes serão intimadas para comparecimento em audiência de conciliação e mediação, com intimação direcionada aos procuradores das partes.

O §3º do art. 308 do CPC dispensa nova citação, vez que não há situação de novo processo e, de certo o réu já foi citado anteriormente.

Caso não haja autocomposição o prazo para o réu apresentar contestação começará a fluir na forma do procedimento comum (art. 335 do CPC).

O §1º do aludido art. 308 permite que o pedido principal seja formulado junto ao pedido de tutela cautelar, sendo certo que neste caso após o ajuizamento do pedido de tutela cautelar antecedente cumulado com o pedido principal, o mais correto seria o magistrado citar o réu comparecer em audiência, independente de eventual interposição de recurso em face da decisão interlocutória concessiva.

### **3.5.3. – Duração da tutela cautelar antecedente**

A tutela cautelar antecedente, por se tratar de medida cautelar que é proposta e deferida antes da formulação do pedido principal é de natureza temporária, sendo necessário a previsão de dispositivos que garantam que essa medida não seja eternizada.

Essa previsão consta no art. 309, em seus 3 (três) incisos, que tratam das hipóteses de cessação da eficácia desta tutela provisória.

A primeira hipótese de cessação da tutela cautelar antecedente se materializa caso o autor não cumpra o art. 308 do CPC, ou seja, caso não haja apresentação de pedido principal, sendo esta consequência expressamente oriunda do §1º daquele artigo.

Já a segunda circunstância de cessação da medida cautelar ora discutida se dá caso a tutela cautelar não seja efetivada em 30 (trinta) dias, sendo certo que essa demora não pode ser por parte do Poder Judiciário, vez que o autor não pode ser prejudicado por esta “morosidade pública”.

A última hipótese está prevista no inciso II do art. 309 e, deve ser interpretada em conjunto com o enunciado nº 504 do Fórum Nacional de Processualistas Civis<sup>91</sup>.

À vista disso, a tutela cautelar antecedente cessar-se-á seus efeitos por meio da improcedência do pedido principal requerido pelo autor, seja com ou sem resolução do mérito.

O parágrafo único do art. 309 estabelece que caso haja a cessão da eficácia da tutela cautelar antecedente, por qualquer motivo, fica vedado ao autor renovar o pedido, excetuando-se nos casos em que houver pedidos idênticos (concessão de tutela cautelar antecedente) com fundamentos diversos (nova justificativa).

#### **3.5.4. – Indeferimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente**

A última ressalva a ser feita sobre o tema da tutela cautelar antecedente, é que segundo dispõe o art. 310 do CPC, o indeferimento desta medida cautelar, por cessação de sua eficácia prevista no art. 309, não afasta a parte de requerer o pedido principal, tampouco influencia em seu julgamento, vez que a decisão da medida cautelar se fundamenta na cognição sumária não tendo capacidade de atingir a coisa julgada.

A exceção se dá no caso em que a tutela cautelar antecedente fora indeferida por reconhecimento de decadência e prescrição, norteando-se, tal decisão, em cognição exauriente e, conseqüentemente, alcançando a coisa julgada material.

Deste modo, por se tratar de coisa julgada material a decisão torna-se imutável e indiscutível, não sendo possível formular pedido principal.

#### **3.6. – Tutela de Evidência**

O art. 311 do CPC trata da tutela de evidência, de forma a defini-la como sendo a tutela provisória que satisfaz os efeitos da tutela jurisdicional, fundado tão somente na

---

<sup>91</sup> “(art. 309, III) Cessa a eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente, se a sentença for de procedência do pedido principal, e o direito objeto do pedido foi definitivamente efetivado e satisfeito. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”

probabilidade de acolhimento do direito<sup>92</sup>, não dependendo de demonstração do *periculum in mora*, ou seja, para que essa tutela seja concedida não é necessário apurar a existência de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Deve-se entende-la (tutela de evidência), portanto, no sentido de que uma parte (requerente) possui direito com maior probabilidade dos fatos e de direito do que seu adversário.

Assim, essa tutela tem natureza jurídica de uma tutela instrumental, que tem por finalidade prevenir e evitar que o Poder Judiciário demore para conceder direito que está expressamente previsto no ordenamento jurídica seja.

Dessa forma, a tutela de evidência inverte o ônus da demora, antecipando o resultado prático do final do processo, satisfazendo o direito material do requerente, quando previsto em lei, independente de comprovação de *periculum in mora*.<sup>93</sup>

Tereza Arruda Alvim Wambier, corroborando com o entendimento do Ministro Luiz Fux<sup>94</sup>, define acerca das suas características da tutela de evidência:

“Há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado com uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo. 2.1. Tais situações não se confundem, todavia, com aquelas em que é dado ao juiz julgar antecipadamente o mérito (arts. 355 e 356), porquanto na tutela de evidência, diferentemente do julgamento antecipado, a decisão pauta-se em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória. 2.2. É, pois, com esse foco que se estruturou no NCPC um tratamento diferenciado para as tutelas de evidência, permitindo-se ao autor, mediante a demonstração da evidência de seu direito, a antecipação dos efeitos da tutela final ou mesmo uma tutela conservativa. Por isso mesmo é plausível uma tutela cautelar ou satisfativa fundada na evidência.”<sup>95</sup>

Um interessante fato da tutela de evidência é ser cabível tanto no procedimento comum, quanto nos procedimentos especiais.

Contudo, destaca-se que existem outras hipóteses de tutela de evidência, além das quatro previstas no art. 311 do CPC, como por exemplo a liminar em ação possessória, conforme explicado no enunciado nº 422 do Fórum Permanente de Processualistas Civil realizada em Vitória (2015):

“(art. 311) A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”.

---

<sup>92</sup> LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg 25.

<sup>93</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 154.

<sup>94</sup> FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. Editora Saraiva, 1ª Ed., 1996, pg. 321.

<sup>95</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg 518.

O art. 311 do CPC prevê um rol taxativo de quatro hipóteses de concessão da tutela de evidência, nas quais poderá deferir provisoriamente, por meio de requerimento (poder inerte), ao requerente próprio bem jurídico almejado no resultado final do processo, de modo a satisfazer essa pretensão de maneira antecipada.<sup>96</sup>

As mencionadas hipóteses são as seguintes: (i) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) apresentar alegações de fato passíveis de comprovação apenas documental desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos; (iii) pedido reipersecutório firmado em prova documental adequada do contrato de depósito; e; (iv) petição inicial instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor ao que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Na primeira hipótese, trata-se de previsão de uma tutela provisória sancionatória, na qual a aceleração do resultado do processo se apresenta na forma de uma sanção à demanda que exerce seu direito de maneira abusiva. O intuito do réu nessa situação é única e exclusivamente de protelar o curso da lide judicial.<sup>97</sup>

Assim, o art. 311 do CPC, em seu inciso I, se traduz em uma técnica de antecipação da tutela que atua em harmonia com o princípio constitucional de duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII da carta magna brasileira.

Segundo Cássio Scarpinella:

“A situação do inciso I do art. 311 merece ser compreendida levando em conta a exigência genérica do caput do art. 300 no sentido de haver elementos que evidenciem a probabilidade – sempre entendida no sentido de maior juridicidade – do direito. O que o caput do art. 311 dispensa é a “demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo” e não a circunstância de o direito do requerente da tutela ser mais “evidente” – ou, como acabei de escrever, mais merecedor de tutela jurisdicional – que o do requerido. Isto porque o mau comportamento do réu (abusando do direito de defesa ou atuando de modo procrastinatório) nada diz sobre a maior ou a menor juridicidade do direito do autor. E a tutela, por ser da evidência, pressupõe este elemento (juridicidade do direito), a despeito de dispensar aquele (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo).<sup>98</sup>

Frisa-se que, a “mera” litigância de má-fé não concede, por si só, esse “benefício”, por mais que seja matéria de aplicação de multa ao réu, haja vista que não tem condão de comprovar o direito do autor.

---

<sup>96</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 154.

<sup>97</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 154.

<sup>98</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 268.

É imprescindível a verificação da atuação do réu de forma abusiva, excessiva, anormal, inadequada, a fim de frustrar ou protelar a pretensão jurisdicional, pois, havendo essas “evidências” não se podem cogitar a sua concessão inaudita altera parte.

Assim sendo, tem-se que para concessão da tutela de evidência, por este inciso, é necessário a comprovação de mau comportamento do réu, que deve ser entendido como abuso de direito ou comportamento protelatório, atingindo o direito do autor.

Bons exemplos de situações reais previstas pelo inciso I do art. 331 são: (i) embargos de declaração infundados/protelatórios; (ii) da provocação da prática de atos desnecessários em comarcas diversas; (iii) diversas alegações de fatos novos a todo momento; e; (iv) tumultuo processual.

Já o inciso II do supramencionado art. 311, é a hipótese em que as alegações trazidas pelo autor possam “ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Para sua concessão é necessário a presença de dois requisitos cumulativos: (i) situação de fato apresentada através de suficiente prova documental pré-constituída; e; (ii) tese jurídica pacificadas, seja em sede de julgamento de casos repetitivos ou por súmula vinculante.

A mera existência de direito líquido e certo não garante a concessão desta modalidade de tutela, vez que que o autor deve trazer aos autos, em sua petição inicial, prova documental suficiente sobre os fatos que fundamentam sua pretensão, demonstrando a veracidade de suas alegações. Em outras palavras: não será possível a concessão da tutela nesses moldes, caso seja necessário instruir a exordial com produção de provas por meios diversos da prova documental.

A lei. 13.105/15 implantou um sistema de precedentes vinculantes, abrangendo julgamentos reproduzidos em casos repetitivos, recursos excepcionais repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas e, incidente de assunção de competência.

Outrossim, existe no ordenamento jurídico processualista brasileiro os enunciados de súmulas vinculantes, que são o entendimento sobre reiteradas decisões sobre a mesma matéria constitucional aprovada pelos Ministros do STF, que tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder

Nos casos em que houver precedentes e súmulas vinculantes sobre um determinado assunto, o CPC prevê a concessão de tutela de evidência, respeitando um padrão decisório, a fim de permitir que casos similares recebam resoluções equivalentes.

Segundo Eduardo Lamy:

“Neste caso, tanto em face de tese firmada em Incidente de Resolução de Demandas repetitivas, quanto em face de Recurso Especial Repetitivo e em face de tese firmada em Recurso Extraordinário Repetitivo, a primeira parte do inciso preocupa-se com a melhor administração da justiça tanto no que concerne a questões infraconstitucionais quanto no que tange a questões constitucionais, ao contrário da segunda parte, que se dedica às súmulas vinculante, de teor constitucional.

Deve-se lembrar, entretanto, que o que vincula o julgador é sempre a *ratio decidendi* dos julgados que geraram esses casos repetitivos, assim como a *ratio decidendi* dos julgados que geraram a adoção de súmulas vinculantes.”<sup>100</sup>

Ademais, o CPC vigente extinguiu a antiga ação de depósito, que era uma ação prevista no CPC de 1973 (revogado), a qual tinha natureza jurídica de ação executiva, com a função de exigir a restituição da coisa depositada, tendo sido substituída pela hipótese do inciso III do art. 311 do CPC vigente.

Consequentemente, esta previsão legal trata do direito reipersecutório que o autor tem de demandar, em ação de rito comum, a devolução da coisa depositada. Para tanto, é necessário que juntar o respectivo contrato de depósito nos autos para que lhe seja concedido a respectiva tutela de evidência.

Para fazer *jus* a concessão desta modalidade de tutela provisória, é necessário, portanto, que o autor requeira a restituição da coisa depositada fundamentando seu pedido em prova documental “adequada” do contrato de depósito, ou seja, através do contrato por escrito.

A título de contraponto, para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, a referida hipótese do inciso III do art. 311 do CPC pode ser interpretada de forma mais ampla, sustentando ser possível formular pedido de tutela de evidência para todo e qualquer pedido reipersecutório, como por exemplo, no caso de um contrato de compra e venda com reserva de domínio de uma máquina onde haja necessidade de se retomá-la diante de inadimplemento.<sup>101</sup>

Acrescenta, ainda, Jaqueline Mielke Silva que, pode-se ampliar a possibilidade de concessão de tutela de evidência sem mesmo existir um título executivo formal,

---

Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>100</sup> LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg 27.

<sup>101</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/73 ao CPC/15. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 198

decorrendo de suficiente prova documental adequada de contrato de depósito, por escrito ou ate mesmo verbal.<sup>102</sup>

A última hipótese prevista no art. 311 do CPC é o de cabimento de tutela de evidência nos casos em que “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”.

Mais uma vez, trata-se de um caso fundado em direito líquido e certo , porém, diferentemente da hipótese trazido no inciso II do mesmo art. 311 do CPC, nesta não há precedente jurisprudencial, nem mesmo súmula vinculante, exigindo que, além da suficiente prova documental, o réu não tenha logrado de demonstrar durante seu prazo de defesa (contestação), a existência de dúvida razoável sobre a veracidade das alegações do autor (direito substancial do requerente).<sup>103</sup>

Caso o réu logre comprometer o fundamento das alegações do autor (prova documental), fazendo com que o magistrado tenha dúvida do fato constitutivo do direito do autor, por meio de provas acostadas aos autos pelo requerido, não há que se falar em concessão de tutela de evidência, em face da necessidade de novas produções de probatórias a fim de sanear os pontos contravertidos.

Por fim, consoante expressa previsão no parágrafo único do art. 311, a lei processual permite que seja deferida a tutela de evidência *inaudita altera parte* nos casos fundados nos já mencionados incisos II e III deste dispositivo legal, sendo essa concessão extremamente excepcional no ordenamento jurídico, vez que o contraditório é uma exigência do Estado Democrático de Direito.<sup>104</sup>

Tereza Arruda Alvim Wambier crítica essa possibilidade trazida pelo parágrafo único do art. 311, por entender que se não há risco ou dano ao processo, não há necessidade da concessão de tutela *inaudita altera parte* – sem oitiva da parte contrária.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 165.

<sup>103</sup> “O inciso IV procede a uma avaliação no momento anterior à instrução que ainda ocorrerá, focando a respeito das provas documentais já trazidas e incentivando a tutela da evidência sempre que os elementos trazidos pelo réu sequer sejam capazes de gerar dúvida ao magistrado.

Em nossa opinião o dispositivo inclusive encampa a hipótese de antecipação liminar de efeitos em decorrência de incontrovérsia parcial da demanda, a teor daquilo que o CPC de 1973 já dispunha no § 6º do seu art. 273.” (LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018, pg. 28-29).

<sup>104</sup> Câmara, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017, pg. 156.

<sup>105</sup> “Sem o perigo de haver prejuízo, não há porque postergar o contraditório para um momento ulterior.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016, pg.520).

Para cessar o tema da tutela de evidência, menciona-se que, no entendimento de Cássio Scarpinella, a tutela de evidência na forma prevista pelo reportado parágrafo é passivo de tornar-se estável, aceitando a ocorrência do art. 303 do CPC (tutela antecipada requerida em caráter antecedente).<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> SCARPINELLA, Cássio Bueno, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora: Saraiva, 2ª Ed., 2016, pg. 270.

## **CAPÍTULO IV – TUTELA PROVISÓRIA EM QUESTÕES DE DIREITO MÉDICO**

### **4.1. – Noções gerais**

Para este estudo iremos tratar dos pedidos de tutela provisória em questões práticas ligadas ao direito médico, como por exemplo: pedido de internação, pedido de transferência hospitalar, ação de interdição, curatela, etc.

Destaca-se que, essa tutela provisória é de urgência, vez que há que provar do dano e o risco na demora da resolução da lide, o que vale dizer que não caberia o pedido de tutela de evidência.

Ainda, essa tutela de urgência nos pedidos de tutelas médico-hospitalares tem um caráter satisfativa, vez que o autor ao requerê-la visa uma imediata realização prática do direito alegado, que se revela adequado por meio da comprovação de existência de situação de perigo iminente ao próprio direito substancial.

Tem-se que, portanto, a tutela nesses casos não é cautelar, pois não há a busca de se assegurar o resultado útil do processo, mas sim de se garantir a prática de um direito, contra qual há um perigo eminente que prejudicará, no caso, a saúde do demandante.

Em outras palavras: nos casos de tutela de urgência referentes à situações médico-hospitalares, a tutela a ser requerida é a tutela satisfativa (tutela antecipada antecedente).

### **4.2. – Pedidos de tutela antecipada em face da Fazenda Pública**

O primeiro tópico a ser analisado é a questão referente a possibilidade de se requerer uma tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, ligado ao tema dessa monografia (tutela de urgência em casos de direito médico-hospitalar)

É de notório saber, porém, sempre é válido ressaltar que, entende-se por Fazenda Pública, para fins processuais, a Administração Direta - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - bem como suas Autarquias e Fundações Públicas de natureza de direito público, além da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Segundo o artigo 1.059 do CPC “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

Acerca dos referidos parágrafos dos art. 1º a 4º Lei 8.437/92, faz-se necessário transcreve-los, citando-os em sua íntegra, a fim de expor quais são as limitações da tutela provisória requerida em face da Fazenda Pública:

“Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º. Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.”

“Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

“Art. 3º. O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.”

“Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º. O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

§ 4º. Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º. A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º. O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

§ 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.”

O §3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou parcialmente, o objeto da ação, o que demonstra a impossibilidade de concessão de tutela de evidência.

Além disso, nota-se que há vedação à concessão de tutela *inaudita altera parte*, bem como a suspensão da liminar pelo Presidente de um dos Tribunais de Justiça.

Ainda, §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, que trata sobre o mandado de segurança, com sua redação atual, determina a impossibilidade de concessão de medida liminar que tenha por objeto a “ *a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.*”

É interessante que o §5º do mesmo artigo 7º da lei do mandado de segurança veda a concessão de liminar fundada no artigos 273 e art. 461 do CPC de 1973 que correspondem, respectivamente, aos artigos 300 (tutela de urgência) e art. 497 (concessão de tutela específica em ações que tenham por objeto a prestação de fazer ou de não fazer) do CPC vigente.

Ademais, é necessário lembrar que segundo a súmula 729 do STF, é possível conceder tutela antecipada em ações previdenciárias.<sup>107</sup>

Por esses entendimentos, temos que não seria possível ajuizar uma ação com pedido de tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública, objetivando internação imediata, recebimento de remédio e/ou transferência para outra instituição hospitalar.

Todavia, é necessário analisar a possibilidade de concessão de tutela provisória antecipada antecedente na sentença.

Caso não seja concedido a medida antecipada na sentença, quando houver demonstração dos pressupostos legais nos casos específicos de tutela de urgência, pode-se entender que há uma violação ao princípio do acesso à jurisdição garantido na

---

<sup>107</sup> “É permitida a concessão de antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”

Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV. Assim, parte da doutrina entende que por mais que o CPC “garanta” a vedação de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, neste caso, o magistrado seria incumbido a conceder a tutela por força do poder de tutela que lhe é cabido – frente a uma hipótese em que o demandante está claramente sendo afetado.<sup>108</sup>

Corroborando com esse entendimento, seguem decisões em sede de sentença que concederam a tutela antecipada nesses termos.

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – VAGA PARA INTERNAÇÃO HOSPITALAR COM URGÊNCIA – DISTÚRBO PSIQUIÁTRICO - CABIMENTO. Em atendimento a preceito constitucional (artigos 5º e 196 CF) **é direito do paciente obter vaga de internação hospitalar.** Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar à saúde da população. Decisão mantida. Recurso oficial desprovido.

(TJ-SP - Remessa Necessária: 10089970920188260071 SP 1008997-09.2018.8.26.0071, Relator: Danilo Panizza, Data de Julgamento: 12/11/2018, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/11/2018)”

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – VAGA PARA INTERNAÇÃO HOSPITALAR COM URGÊNCIA – PACIENTE IDOSA COM 85 ANOS DE IDADE - CABIMENTO. Em atendimento a preceito constitucional (artigos 5º e 196 CF) **é direito do paciente obter vaga de internação hospitalar.** Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar à saúde da população. Decisão mantida. Recurso oficial desprovido.

(TJ-SP - Remessa Necessária: 10001015720188260594 SP 1000101-57.2018.8.26.0594, Relator: Danilo Panizza, Data de Julgamento: 28/01/2019, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/02/2019)”(Grifa-se)

“REMESSA EX OFFICIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INEXISTÊNCIA DE LEITOS EM UTI DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL P ARTICULAR ÀS EXPENSAS DO DISTRITO FEDERAL. **DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. DEFERIMENTO.** (...), **NÃO SENDO ESCUSA RAZOÁVEL A INEXISTÊNCIA DE LEITOS EM UTI DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE, DEVENDO, DE FORMA COMPL EMENTAR, EM SITUAÇÕES DE URGÊNCIA, SER EFETIVADA ESSA OBRIGAÇÃO POR INTERMÉDIO DE HOSPITAL PRIVADO, CUMPRINDO AO ENTE PÚBLICO ARCAR COM TODAS AS DESPESAS ATINENTES À INTERNAÇÃO** (ART. 204, § 2º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL). III - REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

(TJ-DF - RMO: 134872420078070001 DF 0013487-24.2007.807.0001, Relator: NÍVIO GERALDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 17/11/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/11/2010, DJ-e Pág. 92)”(Grifa-se)

---

<sup>108</sup> “(...) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional representa, pelo seu caráter global e abrangente, instrumento de defesa do direito à ação de conhecimento, do direito à ação de execução e do direito à ação cautelar. Particularizar qualquer dessas situações e, em consequência, excluí-la da tutela constitucional, significaria, em última análise, repudiar conquista de inegável valor político-jurídico.”(Celso de Melo no julgamento da Adin 223 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adin nº 223 MC. Relator: Min. Paulo Brossard.)

Por outro lado, aqueles que defendem a impossibilidade de conceder tutela antecipada sem sede de sentença, corroborando com o dispositivo processual, justificando sua afirmação no fato de a Fazenda Pública ter duplo grau de jurisdição a sentença em relação à União, Estados e Municípios, conforme determinado pelo art. 496, I, do CPC.<sup>109</sup> Desta forma, a sentença estaria sujeita ao duplo efeito, só podendo ser executada após a confirmação do Tribunal *ad quem*.

Resta claro que grande parte da jurisprudência – em sua quase totalidade – corrobora com a determinação do CPC de vedação de liminar em ações contra a Fazenda Pública.

Cabe registrar que há, sim, casos em que o juiz *a quo* concede tutela antecipada em prol do cidadão, obrigando a Fazenda Pública cumprir a medida antecipada, por exemplos em caso de pedido de internação em hospital público ou de entrega de remédio.

Porém, em quase sua totalidade essas decisões são revertidas em sede de acórdão, ao julgar recurso de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública (recurso cabível contra decisão concessiva de tutela antecipada).

Um bom exemplo é o acórdão do julgamento do agravo de instrumento nº 0806275-91.2016.4.05.0000:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE LEITO DE HOSPITALAR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INDEVIDA INTROMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES DE CUNHO MÉDICO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União, em contrariedade à decisão proferida no processo nº0809144-74.2016.4.05.8100, que deferiu pedido de antecipação de tutela, para determinar que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, em caráter solidário, providenciem a imediata internação da parte autora em leito de hospital da rede pública de saúde ou, se isso importar em "quebra de fila", com a negação do referido serviço a outro paciente tão ou mais necessitado, providenciem, às suas expensas, a internação de qualquer hospital privado situado na cidade de Fortaleza. O Juízo de Primeiro Grau concedeu o prazo de 48 horas para o cumprimento da decisão, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 limitada ao máximo de R\$ 20.000,00. 2. A concessão de tutela em caráter antecipatório requer a existência de prova inequívoca, capaz de convencer o magistrado da verossimilhança das alegações formuladas. Trata-se de verdadeira medida satisfativa, e representativa, muitas vezes, do próprio provimento final da ação, e que, assim sendo, não pode ser concedida sem a regular observância dos requisitos legais. 3. Em que pese, a situação difícil em que se encontra o agravado, não pode o magistrado criar vaga em leitos hospitalares ou em UTI para quem quer que seja. Também não cabe ao Poder Judiciário determinar a troca de pacientes dos

---

<sup>109</sup> “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;  
(...)”

leitos hospitalares ou de UTI, expulsando um para a colocação de outro em face da situação deficitária do Sistema Nacional de Saúde 4. Ocorre que no presente caso, já fora solicitado à Central de Leitos do Estado a internação do autor e o deferimento de uma liminar em seu favor pode vir a ferir os critérios médicos já estabelecidos pela central de regulação de internação e, de resto, causar graves prejuízos a terceiros que esperam há mais tempo por uma internação ou que tenham maior necessidade. 5. Agravo de instrumento provido. (TRF-5ª Região – AI:0806275-91.2016.4.05.0000 - PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Data do julgamento: 21/02/2017)”.

Nesse acórdão há uma afirmação muito interessante de que o juiz de primeira instância não pode criar vagas em leitos de hospitais públicos, pois, o fazendo estaria configurando uma “quebra de fila – ou melhor “furando fila”- e, que essa função é do Poder Executivo, não podendo o Poder Judiciário se intrometer nessas tarefas, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Neste ponto resta um grande tema: o Juiz pode se intrometer, obrigando o Estado (em seu sentido amplo) a internar uma pessoa ou mesmo obrigando o Estado a entregar medicamentos?

Entendo que, caso houvesse essa possibilidade de conceder uma tutela de urgência para um cidadão, de certo outra pessoa que estava na fila de espera para o tratamento irá ser prejudicada e, assim, a pessoa depois dela, respectivamente. Há clara violação ao princípio da isonomia, entre outros!

Porém, isso não quer dizer que o cidadão não tem o direito de pleitear sua internação, sendo claro que o Poder Judiciário deve verificar se o Poder Executivo está respeitando as garantias constitucionais que todo e qualquer cidadão tem direito a gozo determinado pela Constituição Federal e, caso seja constatado que há indícios de lesão ao cidadão o Juiz deve atuar, obrigando o Estado a cumprir suas obrigações.

Lembrando que essa obrigação não será por meio de liminar. Um exemplo seria um caso em que um cidadão tenta agendar um tratamento médico-hospitalar pelo SUS e tem seu pedido negado sem justificativa plausível, ou ainda, caso em que há indicação médica para transferência, através do SUS, para outro hospital mais qualificado e, igualmente, o autor se depara com a negativa infundada.

Para finalizar a temática da impossibilidade de concessão de tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, deve-se fazer uma correlação entre o processo civil e o processo tributário.

Sem entrar profundamente na problemática material, podemos entender que o processo tributário é um ramo do processo civil, de forma a afirmar que o processo civil é uma “gênero”, enquanto o processo tributário é uma de suas “espécies”.

Contudo, para mostrar que a afirmação não é um entendimento unânime, registra-se que Hugo de Brito Machado Segundo leciona que por mais que o processo tributário é uma vertente do processo civil, a sua aplicação deve ser autônoma:

“É importante lembrar, porém, que, embora não exista um Direito Processual Tributário autônomo e distinto do Direito Processual Civil (...), em razão da unidade do sistema normativo, a realidade face da qual se desenvolve o processo tributário é diferente daquela subjacente a um processo no qual litigam sócio e sociedade, servidor público e administração, contratante e contratado. É o que basta para justificar, à sociedade, o estudo autônomo do processo tributário e do sistema jurídico em face dele considerado. (...) a ausência de uma doutrina específica pode fazer surgir, na prática, um processo tributário disforme, desigual e iníquo, que inutilizará as conquistas obtidas pelos contribuintes nos últimos séculos no campo do direito material.”<sup>110</sup>

Ocorre que, no rito do processo tributário há previsão no Código Tributário Nacional (CTN) de concessão de tutela provisória em face da Fazenda Pública!!

Tal fato gera, na doutrina, mais fundamentos para que seja aceito o entendimento de que há a possibilidade de concessão de tutela antecipada contra o Estado no rito do CPC.

#### **4.3. – Pedido de transferência de tratamento particular para público**

Neste momento cabe analisar um tipo de pedido de tutela antecipada pela perspectiva do réu e não da necessidade do autor.

Um caso que não é incomum na prática jurídica médica é pautado na hipótese de uma pessoa pedir alta em hospital público e diligenciar voluntariamente à um Pronto Socorro de um hospital privado e, uma vez que for internado, o paciente ajuíza uma ação requerendo tutela para que seu tratamento seja custeado pelo Estado.

Primeiramente, faz-se necessário explicar que a União, os Estados, os Municípios e/ou Distrito Federal, a fim de cumprir sua obrigação constitucional de garantir tratamento médico à todas as pessoas, por muitas vezes realizam contrato de convênio junto a instituições hospitalares particulares.

O intuito desse convênio é: (i) garantir mais leitos para os pacientes provenientes do SUS; (ii) garantir que os pacientes do SUS tenham tratamentos adequados; e; (iii) utilização de recursos e instalações de alta complexidade para o tratamento dos pacientes públicos.

---

<sup>110</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

Pelo lado dos hospitais particulares, há uma contraprestação que chama bastante à atenção: isenção fiscal de IPTU e possivelmente outros impostos.

Assim, voltando ao nosso caso, o paciente pede alta para se retirar do hospital pública e voluntariamente comparece à um Pronto Socorro de um hospital particular que presta serviço ao SUS por convênio. Dessa forma, após garantir sua internação, assinando contrato de prestação de serviço médico-hospitalar em caráter particular, o paciente ajuíza ação pedindo tutela antecipada antecedente para que o seu tratamento seja custeado pelo SUS.

O paciente justifica em sua inicial houve estado de perigo na contratação, vez que foi coagido a assinar um contrato em situação de saúde debilitada, justificando que o perigo da demora pode agravar ainda mais seu quadro de saúde.

Esse caso é muito parecido com o pedido liminar de internação pública, o qual já foi discutido neste estudo, sendo demonstrado que não seria possível conceder tutela provisória em ação contra a Fazenda Pública.

Porém, assustadoramente, muitas vezes a jurisprudência vem aceitando esse tipo de pedido de tutela antecipada, obrigando o hospital particular em converter o tratamento privado em público!!

E pior, muitas dessas ações nem configuram o Estado (sentido amplo) no polo passivo, através da Fazenda Pública, e mesmo assim muitas vezes o magistrado concede a tutela antecipada antecedente oficiando o Município (responsável pelo agendamento dos tratamentos do SUS) a pagar o tratamento, através do convênio.

Pergunta-se: essa concessão não configuraria “quebra da fila” como no caso de pedido liminar de internação em hospital público?

A resposta é positiva, todavia, de fato em alguns casos o juiz entende que como a ação foi proposto em face de nosocômio privado há a possibilidade da concessão da liminar.

A única justificativa para tal fundamento seria a de que o hospital privado tem relação com o SUS, recebendo contraprestação para realizar tais serviços. Todavia, mesmo se norteando por esta fundamentação, ainda teria o fato de que a liminar iria ferir o princípio da isonomia e igualdade, vez que por força de decisão judicial uma pessoa seria atendida preferencialmente antes das pessoas que já estavam esperando tratamento, daí porque entende-se que á “quebra de fila”.

Nesse caso, o nosocômio deve interpor agravo de instrumento em face da decisão interlocutória concessiva e, caso mesmo assim a decisão seja confirmada na segunda

instância, entendendo que o hospital deve continuar recorrendo até que essa violação à Constituição Federal e ao Código de Processo Civil seja analisada, respectivamente, no STF e no STJ.

#### **4.4. – Tutela provisória requerida em ação de interdição**

A ação de interdição tem por objetivo que seja determinado que, através de decisão judicial, uma pessoa perca a possibilidade de administrar seus próprios bens, por conta de alguma questão que fez com que essa pessoa não tenha mais discernimento suficiente para praticar os atos da vida civil.

Nesse caso, o interditando (autor), que é um terceiro, que deve obrigatoriamente ter alguma relação de proximidade com o interditado, requerer a curatela para poder administrar os bens desse “réu” incapaz.

Entende-se por curatela o mecanismo de proteção para as pessoas incapazes, total ou parcial, de modo a que seus bens sejam administrados em seu favor, podendo ser lhe passado essa função caso o incapaz torne-se capaz.

Nas palavras de Nelson Rosenvald, a curatela é:

“encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se auto determinar patrimonialmente por conta de uma incapacidade”<sup>111</sup>

Os fundamentos jurídicos estão nos artigos 1.767 e 1.778 do Código Civil, sendo que os procedimentos estão previstos nos artigos 747 e 756 do CPC.

Nessa ação o autor-interditando requer que a administração dos bens do incapaz seja transferida para sua pessoa.

A relevância dessa ação para o presente estudo se dá no pedido de tutela provisória liminar, no qual o autor-interditando, em sua exordial, requerer tutela antecipada antecedente para que seja concedida uma curatela provisória, na qual o autor passaria a ser curador especial até que o juiz profira a sentença.

O curador especial pode ter sua curatela revogada a qualquer tempo, haja vista que foi deferida em sede de tutela provisória.

Na petição inicial, para que seja o autor-interditando deve expor:

---

<sup>111</sup> FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014

- (i) – qual é o motivo da incapacidade do interditando (réu). Se o motivo for enfermidade o autor deverá juntar aos à inicial um laudo médico que ateste qual é a CID (Classificação Internacional de Doenças) do incapaz; e
- (ii) O risco na demora na solução do caso (*periculum in mora*).

Em muitos casos o incapaz acaba se prejudicando, contraindo dívidas por conta de uma enfermidade ou qualquer que seja o motivo de sua incapacidade. Por isso que é tão importante o motivo da curatela provisória.

Após a decisão que conceder a curatela provisória, o juiz irá determinar que seja realizado uma perícia médica para confirmar a incapacidade do réu-interditado.

É interessante que a decisão interlocutória concede a tutela antecipada, conferindo uma curatela especial antes de que seja comprovada a incapacidade por perito – por esse motivo a necessidade de comprovar a incapacidade por meio documental idôneo (no caso de enfermidade – laudo atestado por médico habilitado).

Outro ponto interessante é que os gastos da perícia médica a ser realizado por perito judicial será as custas do autor. Caso o autor não tenha condição de arcar, deverá requerer a gratuidade de justiça, nos termos da lei, momento no qual o juiz determinará que a perícia médica seja paga pelo Estado.

O art. 747 do CPC traz o rol de pessoas que pode requerer a interdição, sendo:

“Art. 747. A interdição pode ser promovida:  
I - pelo cônjuge ou companheiro;  
II - pelos parentes ou tutores;  
III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;  
IV - pelo Ministério Público.  
(...)”

O parágrafo único desse artigo determina que a legitimidade deve ser comprovada documentalmente, devendo ser acostada à exordial.

O art. 756 do CPC dispõe que ao se cessar a causa que determinou a curatela, essa será levantada.

“Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.  
§ 1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.  
§ 2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.  
§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.  
§ 4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.

Por fim, como já ultra mencionado, caso o juiz indeferia o pedido de curatela provisória, o autor poderá interpor recurso de agravo de instrumento.

#### **4.5. – Negativa de plano de saúde**

Em regra, a saúde à assistência a saúde é um direito assegurado à todos em um dever do Poder Executivo, conforme garantia constitucional.

Ocorre que a grande demanda que o SUS e a falta de recursos financeiros e humanos, faz com que a eficácia da saúde pública não seja suficiente para atender a enorme poluição brasileira, razão pela qual o Estado permite que a iniciativa privada preste serviço médico-hospitalar como forma complementar à saúde.

Daí nasce o plano de saúde e seguro de vida (que não será tratado nesse estudo).

O plano de saúde, trata-se de um seguro de proteção das pessoas contra eventual risco que o contratante poder-se-á sofrer, gerando despesas médico-hospitalares. Assim, uma pessoa ao assina um contrato de plano de saúde, exclusivamente de natureza privada, através da qual, mediante pagamento de mensalidades, passa a ter cobertura de gastos médicos, hospitalares e ambulatoriais oferecido por uma empresa prestadora de serviço.

O plano de saúde é regido pela *pacta sunt servanda*, na qual duas partes estabelecem as normas que iram constituir o acordo a ser firmado.

Destaca-se que o particular tem uma grande desvantagem em relação a empresa operado do plano de saúde, vez que em quase sua totalidade os contratos são predeterminados, de maneira massificada, sem que a parte contratante tenha muito poder de mudar alguma regra.

Na verdade, o contratante se vê basicamente obrigado a se submeter as condições impostas pelos prestadores de serviço.

A relação entre o contratante e contratado referente ao plano de saúde deve ser apreciado sob a ótica da Lei nº 8.078/90, ou seja, sob o rito do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Anteriormente havia grande discussão na doutrina e jurisprudência sob o rito a ser apreciado, até que o STJ aprovou a súmula 469, a qual foi substituída pela súmula 608, determinado que nos casos de plano de saúde aplicar-se-á o CDC.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> “Súmula 469 (cancelada): Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

“Súmula 608: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.

A Lei 9.656 de 03 de julho de 1998 dispõe sobre os planos de saúde privados de assistência à saúde.

Os aspectos mais importantes da referida lei são:

- (i) Há um plano referência que é utilizada como base, sendo um plano de saúde mínimo;
- (ii) Possibilidade de cobertura parcial de lesões e enfermidades preexistentes.
- (iii) Carência: lapso temporal durante o qual a empresa contratada pode negar atendimento a novos beneficiários.
- (iv) Reembolso – para que haja compensação dos valores gastos é necessário situação urgente que e impossibilidade de utilização do serviço contratado.
- (v) Vigência mínima e renovação automática do contrato.
- (vi) É proibido haver discriminação por idade ou por enfermidade/deficiência.

As regras de redação do contrato de plano de saúde devem ser claras, visando a interpretação a fim de dirimir eventual conflito.

Há uma expressa previsão na lei 9.656/98, em seu art. 35-C, na qual determina cobertura obrigatória para os casos de emergência, urgência e planejamento.

Posto isto, deve-se registrar que por diversas vezes o contratante ao buscar um tratamento médico-hospitalar se depara com o descumprimento contratual por parte da prestadora de serviço.

Nesses casos cabe ao contratante ajuizar ação de tutela antecipada requerida em caráter antecedente (igualmente as demais), nos moldes do art. 303 do CPC.

Em sua petição inicial o demandante deverá comprovar que tem relação jurídica com o plano de saúde (*fumus boni iuris*) e que a demora na resolução do conflito irá trazer prejuízo a sua saúde ou de terceiro por ele representado (*periculum in mora*).

Um belo exemplo de situação de negativa de plano é o caso em que uma pessoa, após passar por avaliação médica, munido de pedido atestado por um profissional na área da saúde, escolhe um hospital em que seu plano de saúde teoricamente cobre seu tratamento. Assim ao diligenciar à instituição hospitalar, requer uma intervenção médica, muito provavelmente pelo médico que lhe atendeu posteriormente ou por médico indicado por aquele. O hospital de praxe pede a carteira pessoal do plano de saúde para autorizar e agendar o procedimento junto ao plano de saúde. Um dia antes do tratamento médico um preposto do hospital avisa essa pessoa (autor) que o plano de saúde autorizou o tratamento médico, o pagamento dos honorários médicos (sempre tabelado pela própria empresa), porém não autorizou o pagamento da totalidade da compra dos utensílios

médicos necessários para o referido tratamento – aqui temos um clássico caso de negativa de plano que sem prévia justificativa descumpra obrigação contratual.

Essa prática é bem mais comum do que podemos imaginar.

No caso hipotético o autor deve ajuizar pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do art. 303 do CPC, a fim de ter seu direito de tratamento médico-hospitalar assegurado.

Na exordial o autor deve apresentar a exposição da lide (a controvérsia é claramente o descumprimento de obrigação contratual), bem como acostar aos autos o contrato de plano de saúde para demonstrar o *fumus boni iuris*, porém, por se tratar de contrato massificado padrão, os juízes em sua maioria aceitam a carteirinha individual do plano. Ainda, alguns juízes não se dão por satisfeitos, requerendo comprovação de pagamento das últimas mensalidades, como forma de garantir que o contratante está adimplindo suas obrigações – por mais que o contratado assim não o faça.

Quanto ao *periculum in mora*, o autor deve lograr demonstrar a necessidade do tratamento médico e o risco na demora deste. No caso narrado, o pedido de tratamento do deve ser suficiente para convencer o magistrado, muito embora as vezes alguns juízes entendam que a “mera” apresentação de pedido médico corroborando a necessidade da medida é insuficiente para a concessão da tutela provisória (por bem temos possibilidade de recorrer dessas decisões!).

Caso a decisão indefira a medida antecipatória antecedente, o autor pode interpor recurso de agravo de instrumento, conforme já mencionado no tópico específico.

Vale lembrar que mesmo indeferindo a tutela provisória o juiz intimará o autor para aditar a inicial.

Caso o juiz conceda a tutela antecipatória antecedente, o autor será intimado a aditar seu pedido inicial no prazo de 15 (quinze) dias, podendo até mesmo formular pedido de indenização por danos morais, pelos transtornos causados.

Igualmente, o réu será citado e intimado a comparecer em audiência de conciliação e mediação e, não havendo autocomposição, o réu será intimado para apresentar contestação.

Será que neste caso há a possibilidade de incluir o hospital no polo passivo da ação em litisconsórcio?

Sim, na prática é exatamente isso que os advogados fazem, até porque o juiz muitas vezes visando resguardar o bem-estar do demandante obriga tanto o hospital

quanto o plano de saúde, solidariamente, a cumpri a obrigação de fazer de realizar o tratamento médico necessário.

Caso o autor não adite a inicial o processo será extinto sem julgamento de mérito aos casos em que foi concedida a tutela antecipada e com julgamento do mérito aos casos em que indeferido o pedido de tutela liminar.

Caso a decisão não seja recorrida a tutela antecipada se tornará estável, conservando seus efeitos até que essa decisão seja revista, reformada ou invalidada por nova decisão.

Nesse ponto, cabe ressaltar que os hospitais acompanham de perto o desfecho da tutela antecipada antecedente, requerendo sua revogação tão logo haja a extinção do feito. Essa atitude deve ser entendida como forma de *compliance*, vez que cessa a eficácia de uma tutela estável (não podendo mais ser discutida após seu trânsito em julgado) e até mesmo demonstra uma boa-fé objetiva de cumprimento de obrigações por parte do nosocômio.

Frisa-se que no caso de negativa de plano o autor ao ajuizar o pedido inicial tem por objetivo garantir que seu tratamento médico-hospitalar seja assegurado e, tão somente em momento posterior irá se preocupar em complementar seu pedido referente a tutela jurisdicional final.

Ao apreciar esta medida liminar o magistrado deve ser ao mesmo tempo humano e justo, devendo analisar com base nos pressupostos trazidos pelo autor, concedendo a tutela provisória única e exclusivamente quando houver de fato a presença dos requisitos e o a real situação de risco (tutela da saúde do autor ou de terceiro representado por ele).

Por fim, peço vênia para compartilhar uma experiência que tive com esse tema logo no início de minha vida jurídica devidamente habilitado como advogado. Eu ajuizei uma ação autônoma com pedido de tutela antecipada antecedente a fim de garantir que uma tia tivesse seu tratamento médico assegurado.

Demonstrei todos os requisitos necessários na petição inicial e diligenciei ao Fórum para despachar com o juiz na certeza de que a liminar seria concedida.

Ao acabar de narrar o pedido, o magistrado me informou que por “se tratar de uma mera operação de joelho não configuraria situação de risco da demora por não ser uma situação de perigo real a sua vida”(cabe enfatizar que minha tia tinha mais de 65 anos e apresentava um problema crônico no joelho, de forma que o seu médico indicou a cirurgia, vez que sua mobilidade estava se deteriorando).

Ocorre que eu havia ajuizado essa demanda no rito da Lei. 9.099/95 e, por sorte, o Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo aceita a interposição de recurso de agravo de instrumento.

Assim, em sede de acórdão proferido por Turma Recursal o agravo foi deferido e minha tia conseguiu realizar sua operação dentro do prazo.

#### **4.6. – Desospitalização**

Um importante e moderno tema que tem grande relevância no direito médico e, especificamente para análise da tutela antecipada é o instituto da desospitalização.

Entende-se por desospitalização o procedimento que proporciona a continuidade de um tratamento médico fora das dependências de um hospital de alta complexidade, ou seja, que o tratamento seja realizado em um hospital de apoio ou no domicílio do paciente.

Esse procedimento (continuidade de tratamento médico) tem por objetivo: (i) dirimir o risco de exposição, do paciente, à infecções hospitalares inerentes a qualquer hospital de alta complexidade, bem como a exposição ao estresse/angústia do cotidiano que esses ambientes proporcionam; e; (ii) reduzir o tempo de internação de um paciente dentro de um hospital, gerando mais leitos livres para quem precisa.

Basicamente, a desospitalização busca realizar uma “alta programada” com a continuidade do tratamento que o paciente necessita para sua recuperação.

Esse benefício pode ser de caráter particular, através da relação contratual do plano de saúde com o paciente (quando houver previsão para essa forma de tratamento) e, ainda, pode ser requerido através do Sistema Único de Saúde (tratamento público).

As duas modalidades de tratamento continuado de desospitalização são: (i) o *homecare* (como é conhecido o tratamento domiciliar); e; (ii) a transferência para um hospital de apoio.

Outro ponto muito importante deste procedimento é a economia que os hospitais e os planos de saúde têm com essa modalidade de tratamento, sendo muito menos onerosa do que os gastos típicos que um paciente tem internado em hospital de alta complexidade.

A título de conhecimento, o *homecare* é a modalidade mais adequada para os pacientes cuja a continuidade do tratamento pode ser realizada no conforto de seu lar, por meio de assistência de profissionais da saúde.

Importante afirmar que o tratamento domiciliar é garantido pelo SUS por força:

- (i) da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº11, de 2006.

(ii) pela Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº50, de 2002; e;

(iii) pela Lei nº10.424, de 2002

Assim, aqueles que não tem condição financeira de arcar os custos desse tratamento também tem a opção de usufruí-lo através do SUS, obviamente, se cumprido todos os requisitos e procedimento demandados por este órgão, bem como aguardar uma “longa fila”.

Para que a desospitalização seja requerida, é necessário obter prévia indicação médica, estabilidade clínica do paciente e consentimento dos familiares.

Aqui enfatizo que ainda que haja consentimento dos familiares e/ou responsáveis, faz-se necessário que um profissional (médico) tenha atestado a “alta programada”.

Já a segunda modalidade de desospitalização – transferência para um hospital de apoio – é a opção mais adequada quando a residência do paciente não oferece ambiente seguro ao próprio paciente. Neste caso, o paciente necessita de uma instituição hospitalar com estrutura para lhe auxiliar no seu tratamento, porém essa estrutura não precisa ser a de um hospital de alta complexidade.

Podemos entender essa modalidade como sendo um “meio termo” entre a internação hospitalar “clássica” e o *homecare*.

Cabe dizer que a desospitalização não é, nem pode ser encarada como, uma forma de um hospital se livrar de um paciente.

Como já demonstrado, esse procedimento consiste na forma mais adequada de seguir um tratamento médico, visando sempre a saúde do paciente.

A desospitalização tem grandes vantagens, como o fortalecer seu estado emocional do paciente, estando em seu ambiente natural, ou em espaço preparado para lhe atender, sem as angústias de um hospital de alta complexidade, bem como redução de riscos por contágio inerentes as dependências hospitalares de alta complexidade. Ainda, um grande fator que pesa em favor da desospitalização é que o paciente tem um atendimento individualizado, mais adequada para tratar sua enfermidade.

Trazendo o assunto da desospitalização sobre o olhar da tutela antecipada, temos dois grandes aspectos a serem discutidos: negativa de desospitalização pelo SUS ou pelo plano de saúde.

Um belo do primeiro caso, sendo ironicamente um exemplo bastante comum, é quando um hospitais particulares praticando atividade médico-hospitalar de caráter público, através de convênio com o SUS, atesta que um paciente tem condições de receber

alta para tratamento continuado, sendo por *homecare* ou tratamento em outra instituição hospitalar de menor complexidade, porém, tem recusa de consentimento para o tratamento fora desse nosocômio.

Um exemplo muito específico, porém, muito claro de tutela antecipada de desospitalização seria o seguinte: Um paciente incapaz é mandado à um hospital particular de alta complexidade para ter um tratamento sem custos por meio de convênio do SUS com este referido hospital. Após a realização do tratamento e sem a necessidade de continuidade de internação em hospital de alta complexidade, representantes desse hospital tentam entrar em contato com os familiares deste paciente para lhe informarem que haverá alta programada, sendo indicado o pedido junto aos órgãos públicos competentes de tratamento continuado, seja por transferência para outra hospital ou por *homecare*. Ocorre que esse contato é frustrado, pois nenhum responsável pelo paciente é encontrado (configurando abandono).

Neste caso, o hospital pode ajuizar uma ação em face dos familiares e/ou representantes do paciente incapaz requerendo tutela antecipada antecedente (*inaudita altera parte*) a fim de que o paciente seja retirado do hospital por conta da alta atestada por um médico.

Esse pedido de tutela provisória deve ser acompanhado de um pedido alternativo de transferência para outro hospital de menor complexidade, para que nos casos em que a família não seja encontrada o paciente tenha os cuidados necessários garantidos.

Nesse processo o juiz requisitará a oitiva do *Parquet* e deve-se designar um advogado dativo e curador especial para o incapaz caso realmente não seja encontrado nenhum familiar /representante legal.

O *fumus boni iuris* deste caso é materializado através da comprovação de que o paciente não necessita continuar internado por prova documental (atestado ou laudo médico) e o *periculum in mora* demonstrar-se-á pela comprovação de que a demora na resolução da lide expõe desnecessariamente o incapaz a risco de contágio de infecção hospitalar, o que é prejudicial a sua saúde, bem como a necessidade de vagar leito para novos tratamentos de pacientes do SUS.

Caso seja deferida a tutela provisória, o juiz deverá determinar qual hospital tem a responsabilidade de transferência, o hospital que receberá o paciente ou o hospital que irá realizar a alta programada.

Outrossim, vale reforçar que caso a tutela seja indeferida o hospital autor poderá ajuizar o recurso de agravo de instrumento e que, ainda, o juiz o intimará para aditar seu pedido inicial em 5 (cinco) dias, para dar prosseguimento ao feito.

O segundo caso de desospitalização que será exposto é basicamente igual ao do tópico anterior (4.3.) no qual um paciente tem indicação para ter alta continuada através de *homecare*, porém, o seu plano de saúde não autoriza essa modalidade, mesmo com previsão contratual.

Assim, diante do descumprimento contratual o paciente ajuíza uma ação com pedido de tutela antecipada antecedente a fim de que o plano de saúde seja obrigado a custear o tratamento domiciliar.

Destaca-se que o autor deverá comprovar a indicação médica para o tratamento desejado, bem como a existência de previsão contratual para tal. Ainda, é sempre importante juntar documentos que demonstram o adimplemento perante o plano de saúde.

Por fim, o autor deverá evidenciar em sua petição inicial que o perigo na demora da resolução de conflito lhe trará um prejuízo, por não estar recebendo o tratamento adequado e o risco de contágio já mencionado no caso anterior.

Em relação aos trâmites e procedimentos dessa ação, cabe o que foi escrito no subtítulo de tutela antecipada requerida em caráter antecedente (ver item 3.4.), bem como reforçado no subtítulo de negativa de plano (ver item 4.3.)

## CONCLUSÃO

Primeiramente, resta claro que o Estado (sentido amplo) tem obrigação de garantir à todos os cidadãos o tratamento médico adequado, por força da Constituição Federal.

Para tanto foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), porém, é igualmente evidente que o SUS não tem garantindo o tratamento médico à todas as pessoas, pelo menos não de uma forma ágil.

Assim, aqueles que tem condição de arcar com um plano de saúde asseguram que terão um aparato de assistência médica quando necessário, através da iniciativa privada.

Todavia, aquele cidadão que não tem essa mesma condição financeira, terá de aguardar um bom tempo para ser tratado.

É notório que, conforme pode-se se depreender de leitura de jornais, há sim casos de pessoas que morrem pelo tempo de espera para ter um tratamento médico custeado pelo SUS.

A pergunta que foi feito nesse trabalho não era se o cidadão tem direito a ajuizar ação requerendo um tratamento médico em face do Estado (sentido amplo), mas sim, se haveria a possibilidade de lhe ser concedido tutela provisória para que seu tratamento fosse realizado de imediato.

Infelizmente o entendimento desse trabalho é de que não se pode conferir tal tutela provisória, haja vista às limitações a concessão de liminar prevista nas leis nº 8.437/92 e nº 12.016/09, defendidas pelo art. 1.059 do CPC.

Todavia, ressalva-se que o Poder Judiciário deve sim atuar na proteção das garantias do cidadão, ainda mais quando se trata de uma garantia constitucional, devendo o magistrado obrigar a Fazenda Pública a cumprir suas obrigações.

Infelizmente, o magistrado não tem o condão de, liminarmente, obrigar a Fazenda Pública a realizar um tratamento médico, sem que viole os princípios da isonomia e igualdade, vez que caso essa tutela provisória fosse concedida, outros cidadãos iriam ser prejudicados, pois estes já estavam anteriormente aguardando sua vez para receberem tratamento médico pelo SUS, razão pela qual usou-se as expressões “quebra de fila” e “furar fila” para justificar a impossibilidade e concessão da tutela provisória nesses casos.

Nesse estudo foi compreendido que a tutela provisória aplicável aos casos de direito médico-hospitalar é a tutela antecipada, por seu caráter satisfativo.

No caso de ação de interdição demonstrou-se mais do que aplicável a concessão de curatela “provisória” que tem natureza de tutela antecipada antecedente. Para essa concessão o autor deve comprovar por meio de documentos sua legitimidade, a condição de incapacidade e o risco na demora da solução da lide.

Nos demais casos tratados no presente estudo, quais sejam negativa de plano e o moderno caso de desospitalização, resta claro que há a possibilidade de concessão de tutela antecipada antecedente, devendo o autor comprovar na petição inicial a existência de obrigação contratual para realização do tratamento médico (*fumus boni iruis*), bem como a comprovação de que a demora na resolução do processo prejudicar-se-á a saúde do autor ou de terceiro por ele representado (*periculum in mora*).

Por fim, o estudo tratou das peculiaridades da tutela provisória, tais como: (i) recorribilidade, (ii) duração da tutela; (iii) estabilização e seus efeitos nos casos práticos ligados ao direito médico-hospitalar.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVIM, Arruda. In: **Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós**. Editora: Revista dos Tribunais, 2000.

AMORIN, Daniel Assumpção Neves, **Manuel de Direito Processual Civil**, Editora Jus Podivm, Vol. Único, 9ª Ed.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Antecipação de tutela**. Biblioteca de Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. 2. Ed. Editora Juruá, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2º Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

ARMELIN, Donaldo. **Execução de Medida Cautelar liminarmente concedida e o prazo para resposta**. Revista de Processo, São Paulo, 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 23 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 30 de jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código Processo Civil Brasileiro Vigente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 03 de mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Código Processo Civil Brasileiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)>. Acesso em 03 de mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. C Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 27 de jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em 03 de mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 22 de jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm)>. Acesso em 13 de fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.016 de 7 agosto de 2009**. Código Processo Civil Brasileiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em 19 de jan. 2019.

- BRASIL. **Lei nº 10.424 de 15 de abril de 2002**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10424.htm)>. Acesso em 03 de mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.256 de 4 de fevereiro de 2016**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm)>. Acesso em 19 de fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.728 de 31 de outubro de 2018**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13728.htm)>. Acesso em 03 de mar. 2019.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência:(tentativa de sistematização). 2009
- CALAMANDREI, Pietro. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Editora: Campinas: Servanda, 2000
- CÂMARA, Alexandre, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Editora: Atlas, 3ª Ed., 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Editora: Fabris, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Editora: Forense, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 11ª Ed., Editora: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2013.
- DUARTE, Francisco Carlos. **Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais**, volume I, Editora Juruá, 2005.
- DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito de Processo Civil**, Editora: Jus Podivm, 19ª Ed., 2017.
- DIDIER, Fredie Jr., **Curso de Direito de Processo Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**, Editora: Jus Podivm, 13ª Ed., 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**, Editora Atlas, 20ª Ed., 2017.
- FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FAZZALARI, Elio. **Profili della cautela**, Rivista di Diritto Processuale, vol. 46, n. 1.
- FERREIRA, William Santos, **Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável**, Editora Revistas dos Tribunais, Artigo, 2010, pg. 188.

FIDÉLIS, Ernane dos Santos. **Manual de Direito Processual Civil**, Editora Saraiva, Vol. 1, 16ª Ed., pg. 772.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. Editora Saraiva, 1ª Ed., 1996.  
GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**. Editora: Revista dos Tribunais, 2005.

LAMY, Eduardo, **Tutela Provisória**, Editora Atlas, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**, Vol. 2, 3ª Ed., 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**., 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Moderno**, Editora Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2017.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito constitucional**. 15ª Ed. Editora: Atlas, 2004

MOREIRA, Felipe Augusto de Toledo Moreira e ARRUDA ALVIM, Rafael Pinto, **CPC/2015 Descomplicado**, Editora Instituto de Direito Contemporâneo, pg 13.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM.

NUNES, B. V. **Tutela Antecipada Antecedente no novo Código de Processo Civil**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal. Brasília, v.40, n.2, p. 31-50, jul./dez. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/73 ao CPC/15**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Jaqueline Mielke Sila, **Tutela de urgência: De Pietro Calamandrei a Olvídio Araujo Baptista da Silva**. 2009, p. 29, Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO, Humberto Jr., **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, Editora: Forense, 56ª Ed., 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Nulidades do Processo e da Sentença**, Editora Revistas dos Tribunais, 8ª Ed., 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvin, **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, Editora Revistas dos Tribunais, 2ª Ed., 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. Editora Saraiva, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino: **Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, Editora: Revistas dos Tribunais, 7ª Ed., (2017).