



## TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E A PANDEMIA DO CORONA VÍRUS

Maria Luiza EMERICH GALHARDO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar o mecanismo processual tutela de urgência e ressaltar a importância desta no atual cenário pandêmico. Assim, inicia-se uma trajetória histórica na qual é apresentado como a Civil Law contribuiu para a regulamentação do Código de Processo Civil brasileiro, o que resultou na criação de diversos institutos complexos, nos quais se inclui este tipo tutela. Logo após, a partir de vias doutrinárias, é traçada uma explicação sobre o que é uma tutela provisória, quais são os seus tipos (tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência) para só posteriormente focar nas subclassificações da tutela de urgência, a de natureza satisfativa e a de natureza cautelar. Por fim, ao explicar o porquê da urgência ao direito à saúde e como este deve ser garantido pelo Estado, são apresentados os exemplos em que a tutela de urgência foi usada com o intuito de se permitir o pleno acesso à saúde coletiva ou individual.

**Palavras-chave:** Tutela provisória. Natureza satisfativa. Caráter antecedente. Direito à saúde. Pandemia.

### 1 INTRODUÇÃO

É perceptível por todos que, mesmo com tamanha complexidade e cuidado em legislar sobre o maior campo de matérias possíveis, muitas vezes, devido à rapidez com que situações inéditas surgem, a matéria legislativa do país não consegue possuir leis e regulamentos específicos para estes tipos de situações. Essa condição vem se tornando cada vez mais evidente com a pandemia do coronavírus. Em uma ascensão exponencial, diversos casos novos surgem por dia, o que fez com que impactos fossem gerados na saúde, educação e em diversas outras áreas.

---

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. e-mail: [galhardomaria@hotmail.com](mailto:galhardomaria@hotmail.com)

Logo, para tentar conter ou diminuir esses impactos, mecanismos processuais já existentes estão sendo cada vez mais utilizados, sendo o principal deles, a tutela de urgência. Este tipo de tutela provisória visa garantir que, entre conflitos jurídicos, os infectados, os que possuem suspeita da doença, familiares das vítimas, e a população no geral, possua o pleno acesso ao direito à saúde que está intimamente ligado ao acesso à dignidade humana.

## **2 HISTORICIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

Pode-se definir ordenamento jurídico como: um agrupamento de obrigações unidas por elementos comuns, visando o regulamento da sociedade, de instituições e de questões administrativas. Toda comunidade política possui seu próprio ordenamento jurídico para manter a sua manutenção. Apesar de a grande maioria dos sistemas políticos de cada Estado estar fundamentado em princípios gerais comuns, pode-se agrupar tais tipos de ordenamento e dois grandes sistemas: Common Law, o Direito da Inglaterra e dos países que seguiram seu modelo, e a Civil Law, também conhecida como Sistema Romano-germânico.

A Common Law foi elaborada com base no direito costumeiro e, hoje, é composta pelas jurisprudências, ou seja, a norma recebe valor na medida em que o juiz a aplica. Tendo a Inglaterra como expoente, tal sistema jurídico espalhou-se pelos países colonizados por esta, porém, vale destacar que, hodiernamente, o direito estadunidense e o canadense divergem muito do direito inglês.

Em contrapartida, há a existência do sistema jurídico Civil Law, derivado da tradição romana, encontrando-se como o sistema pertencente ao ordenamento brasileiro. Sendo predominante na Europa Ocidental, tal composição hierárquica do conjunto de leis possui a própria lei como fonte principal do Direito, colocando em segundo plano o direito costumeiro. Dessa forma, as doutrinas dos países que seguem tal sistema procuram ser as mais dogmáticas possíveis, focando em analisar profundamente o texto legal e havendo uma grande preocupação com a justiça e a moral.

Esta priorização da lei como fonte de Direito respingou-se também nos processualistas brasileiros, tendo como resultado um Código de Processo Civil extremamente detalhado e preocupado em regradar o procedimento em todas as fases

do processo. Assim, percebe-se o cuidado da lei em explicar várias matérias importantes do Processo Civil, sendo uma delas a tutela provisória de urgência.

No Código de Processo Civil de 1973 tal matéria estava presente da seguinte maneira: havia três tipos de processo, o de conhecimento, o de execução (ambos também presentes no Código de 2015) e o processo cautelar. Este tinha como objetivo garantir a eficácia dos outros tipos de processo. Os doutrinadores pós-modernos ligavam a existência do processo cautelar à garantia de eficiência da atividade jurisdicional, certos de que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual poderia acarretar modificações irremediáveis nas coisas, pessoas e relações jurídicas. Assim, a função do processo cautelar era obter do Poder Judiciário providências práticas chamadas de “medidas cautelares” que conservassem pessoas, provas e bens.

Entretanto, vale-se destacar que nem sempre foi percebido esta função do processo cautelar. Conforme exposto por Luiz Guilherme Marinoni, o processo civil na época do Estado de matriz liberal era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra a ameaça de intervenção do Estado. Ou seja, não havia uma preocupação em dar tutela preventiva ou proteção mais incisiva a determinadas espécies de direito, uma vez que os direitos desta época eram vistos como coisas dotadas de valor de troca. Assim, a obrigação de fazer ou não fazer resolvia-se em perdas e danos mais juros em caso de inadimplemento.

Desta forma, já que se supunha que o Estado não podia atuar previamente à violação do direito, não existia uma tutela realmente preventiva no início do século XX. Situação a qual só se modificou com a substituição deste tipo de Estado para o Estado Social, com a reivindicação de novos tipos de direitos: os direitos sociais.

No ano de 1994, surgiu no Brasil o instituto da tutela antecipada, não mais se justificando a utilização do processo cautelar para se obter antecipadamente efeitos da sentença de mérito, já que os tribunais e a doutrina não admitiam a prestação de tutela sumária satisfativa com base na técnica cautelar, o que gerava a deformação desta técnica. Porém, ainda assim, o instituto tutela provisória de urgência carecia de melhorias para se tornar mais clara. Foi então que o legislador de 2015 transformou o antigo processo cautelar em uma medida processual: “tutela de urgência cautelar”, a qual passou a ser tratada como espécie de “tutela provisória de urgência”, podendo, em situações extremas, ser requerida e concedida em

caráter antecedente, independentemente de um processo específico para tal finalidade.

### **3 CONCEITO DE TUTELA PROVISÓRIA A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Segundo Washington dos Santos, no Dicionário Jurídico Brasileiro, é tutelado aquele que está sob tutela, protegido. A partir de tal definição pode-se começar a formatar o conceito de tutela provisória: é uma tutela jurisdicional, ou seja, proteção fornecida pelo Estado, dotada de um menor grau de estabilidade e que poderá durante o curso do processo ser confirmada, modificada ou revogada (nesses dois últimos casos, o Juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso, conforme a redação do artigo 294 do Código de Processo Civil). Ademais, a tutela provisória pode ser postulada tanto em um processo de conhecimento quanto no de execução, abrangendo medidas de natureza satisfativa e cautelar. É caracterizada por dois tipos: a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência, as quais serão vistas posteriormente; e está regulada no livro V do atual Código de Processo Civil.

Em relação ao direito material, há a possibilidade de equiparar a tutela a um “bem da vida”, haja vista que aquele em quem se exerce a jurisdição procura o Poder Judiciário para obter um “bem jurídico” ou a tutela do direito em que afirma possuir. Logo, evidencia-se a importância da tutela provisória, garantir e proteger o direito do jurisdicionado. Assim, Theodoro Júnior (1985, p 1.104) diz:

[...] de nada valeria, por exemplo, condenar o obrigado a entregar a coisa devida, se esta já inexistisse ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta quando chegar a fase instrutória do processo; ou, ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer justamente por carência dos próprios alimentos.

Diversas situações permitem o pedido da tutela provisória, seja ela de urgência ou de evidência, como: exigir o pagamento alimentos, sequestro de bens no caso de fraude contra credores, claro abuso do direito de defesa, entre outros.

### **4 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

A tutela provisória de urgência possui dois requisitos básicos para ser postulada: a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A probabilidade do direito (*fumus boni iuri*) consiste em, a partir de uma cognição sumária das provas e elementos apresentados, o juiz deve se convencer que o direito é provável e pode-se presumir que tutela final será concedida ao autor; assim, a verossimilhança fática através da qual se consta que há um grau considerável de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor, garante a concessão da tutela.

Já o perigo de dano (*periculum in mora*) segundo doutrinadores, ocorre quando demora processual pode comprometer a realização imediata ou futura do direito. Logo, é necessário também demonstrar o perigo que a demora na entrega da prestação jurisdicional representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito. Desta forma, para a tutela provisória de urgência cautelar, o perigo de dano se liga à inefetividade da tutela do direito almejado, enquanto para a tutela provisória de urgência antecipada, evita-se dano ao bem que pretende ser entregue ao final. Tais requisitos estão fundamentados no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Outra característica da tutela de urgência proferida pelo mesmo artigo é que esta, conforme a redação do parágrafo segundo, pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Outrossim, dependendo do caso, para conceder tal tutela, o juiz pode exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos de que a outra parte possa vir a sofrer, como é ditado pelo parágrafo terceiro.

Por fim, independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa nas situações explícitas no parágrafo 302 do código.

A tutela provisória de urgência divide-se em: tutela provisória de urgência antecipada e tutela provisória de urgência cautelar.

#### **4.1 Tutela Provisória de Urgência Antecipada**

O primeiro tipo de tutela provisória de urgência é a tutela provisória de urgência antecipada. Esta antecipa, total ou parcialmente, o efeito próprio da tutela definitiva, possuindo natureza satisfativa. Um exemplo é o caso do pedido de

pagamento de pensão alimentícia antes de ocorrer o reconhecimento da paternidade.

Na sociedade contemporânea existe um rol de direitos de conteúdo não patrimonial, os direitos invioláveis, os quais necessitam de uma efetiva consagração. Ou seja, se tais direitos podem ser ameaçados e a alternativa para ratificá-los é o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF brasileira), o direito à tutela preventiva passa a ser inegável. Deste modo, os procedimentos com técnica de antecipação de sentença que possam permitir a obtenção concreta da tutela preventiva são extremamente necessários para garantir tais direitos.

Logo, a criação do instrumento tutela provisória deu-se de muita importância, uma vez que, anteriormente, o processo de conhecimento clássico não continha tutela antecipatória em sua disposição, assim, por exemplo, caso ocorresse a violação do direito da personalidade, não existiria outra ação além da ação cautelar para tutelar o jurisdicionado. Esta situação mudou com a existência da tutela de urgência antecipada, garantindo a plena ocorrência dos direitos invioláveis, como a vida, no exemplo de pagamento de alimentos citado acima.

Contudo, a tutela de urgência de natureza antecipada possui uma condição específica, como expressa o parágrafo terceiro do artigo 300 do código, tendo em vista que esta tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Exige-se, especificamente, para a concessão desta tutela, que seja possível a reversão de seus efeitos, permitindo que as partes sejam colocadas na mesma situação que se achavam antes de sua concessão. Destarte, a tutela de cognição sumária não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito, não prejudicando a decisão da causa.

#### **4.2 Tutela Provisória de Urgência Cautelar**

O segundo tipo de tutela provisória de urgência é a tutela provisória de urgência cautelar. Esta possui como intuito assegurar o processo, visando preservar os efeitos úteis da tutela definitiva, ou seja, trata-se de uma medida protetiva que preserva o direito do autor em risco pela demora do processo, assim, assegura uma situação jurídica a ser tutelada mediante a sentença do pedido principal. Ao invés de possuir uma natureza satisfativa, possui natureza cautelar, uma vez que acautela o objeto do direito pretendido, para que este não se perca antes do fim do processo.

Na tutela provisória de urgência cautelar, juiz não concede previamente o que só será entregue no final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio.

Segundo o artigo 301 do Código de Processo Civil: “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra a alienação de bem e qualquer outra medida idônea para a asseguuração do direito.”.

Vale-se ressaltar a falta de natureza satisfativa da tutela provisória de urgência cautelar. Uma intensa discussão doutrinária em torno das medidas cautelares no Código de Processo Civil italiano surgiu a partir do caso Barzizza contra Vannucci. Segundo o caso apresentado na obra “Antecipação da tutela” de Luiz Guilherme Marinoni; Alberto Barzizza pagou três meses de aluguel antecipado para utilizar, juntamente com a sua família, o imóvel de Agostino Guagnini. Porém, este concedeu provisoriamente o uso da locação para a família de Vannucci, proveniente de Genova. Enquanto a ocupação da locação por Vannucci não estava fundada em nenhum título, a família Barzizza tinha um claro direito baseado no pagamento antecipado de aluguel.

Logo, existiam claramente os dois requisitos para postular uma tutela provisória de urgência: a probabilidade de direito, fundada no título do pagamento de aluguel, e a urgência de Barzizza obter imediatamente a disponibilidade da locação. A tutela foi requerida com base no art.700 do Código de Processo Civil italiano. Entretanto, fica-se evidente que se tratou de uma tutela provisória de urgência de natureza antecipada, pois antecipa os efeitos da decisão, satisfazendo totalmente o direito material, o que não ocorreria com a tutela de caráter cautelar.

Dessa forma, para uma tutela possuir caráter cautelar é imprescindível que esta não satisfaça o direito material, não antecipando, deste modo, a tutela de conhecimento. Para Ovídio Batista da Silva (v.11, p. 66):

[...] as provisionais, ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade realizam plenamente o direito posto em causa, ainda que sob a forma provisória, ao passo que as medidas propriamente cautelares- enquanto tutela apenas de segurança – limitam-se a assegurar a possibilidade de realização, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.

Dessa forma, como afirma Luiza Guilherme Marinoni (2010) a tutela cautelar possui o intuito de assegurar a viabilidade da realização do direito. Caso seja afirmado que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (como no caso da pretensão de alimentos) ocorrerá uma contradição, pois uma vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Assim dizendo, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

## **5 TUTELA DE EVIDÊNCIA**

A título de curiosidade, uma vez que o artigo focará nas tutelas provisórias de urgência, o segundo tipo de tutela provisória é a tutela provisória de evidência. Esta tutela pode ser concedida no curso do processo independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

A tutela de evidência destina-se a viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo e pode ser postulada a partir de quatro situações de “defesa inconsistente” elencadas no artigo 311 do código de Processo Civil. São estas hipóteses: claro abuso do direito de defesa, ou seja, uma das partes possui o propósito protelatório (inciso primeiro); quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso segundo). Também há a postulação de tal medida provisória caso se trate de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (inciso terceiro); e se 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 (inciso quarto).

A tutela de evidência nasceu em 2015 com o intuito de conferir maior efetividade à prestação jurisdicional e reduzir a morosidade processual. Assim, há uma maior garantia de que o direito requerido será entregue para a parte que este merecer, finalizando com maior eficácia o litígio. Segundo Bruno Bodart (2015):

A Tutela de Evidência consiste na técnica de distribuição, entre autor e réu, dos ônus decorrentes do tempo do processo, que, baseada no alto grau de verossimilhança e credibilidade da prova documental apresentada, concede ao autor em sede de cognição sumária a tutela jurisdicional quando há demonstração *prima facie* da existência de seu direito, para que a morosidade judiciária não favoreça a parte a quem não assiste razão em

detrimento daquele que a tem, transformando o processo numa arma letal contra o detentor de direito evidente.

Uma observação importante a ser ressaltada de tutela de evidência é que esta não se confunde com um julgamento antecipado do mérito, uma vez que esta tutela, como qualquer outra tutela provisória, é concedida após cognição sumária do juiz, diferentemente do que ocorre na coisa julgada material, proveniente de uma decisão judicial baseada em uma cognição exauriente.

Como já demonstrado, há quatro hipóteses de existência da tutela de urgência. A primeira dela consiste na tutela de evidência sancionatória (art. 311, I, CPC). Este inciso, ao falar em abuso do direito de defesa e manifesto protelatório, repete a dicção do inciso II do art. 273 do código de 1973, isto pois ambos se referem à regra geral de democratização do processo, sendo a base da tutela de evidência.

A segunda hipótese de tutela de evidência é a tutela de evidência fundada em precedente jurisprudencial vinculante (art. 311, II, CPC), a qual possui cabimento quando há prova documental robusta pré-constituída, e quando há tese firmada de casos repetitivos ou em precedente jurisprudencial obrigatório (súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal). Assim, pretende-se sintetizar uma hipótese de direito evidente, haja vista que a prova dos fatos constitutivos, somada ao entendimento de Corte Suprema, retira do autor qualquer necessidade de atuar no processo para convencer o juiz sobre seu direito.

A terceira hipótese de tutela de evidência é a tutela de evidência baseada no direito do depositante (art.311, III, CPC). Esta surgiu para substituir a antiga Ação de Depósitos dos artigos 9901 a 906 do CPC/73. Instruída a petição inicial o juiz expedirá ordem liminar para a entrega da coisa que se encontre em poder do demandado, podendo aplicar multa em caso de descumprimento da ordem judicial.

A quarta e última hipótese de tutela de evidência é a tutela de evidência lastreada em prova documental (art. 311, IV, CPC), esta tem cabimento quando o autor instrui a petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos de seu direito, contra o qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

## **6 CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA QUANTO AO MOMENTO: CARÁTER ANTECEDENTE E CARÁTER INCIDENTAL**

O pedido da tutela provisória pode ser em caráter antecedente, ou seja, formulado antes que o pedido principal tenha sido apresentado, podendo ocorrer na tutela provisória de urgência antecipada ou na cautelar. Segundo Humberto Theodoro Júnior (2016) "Considera-se antecedente toda medida urgente pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, seja ela cautelar ou satisfativa". Diante de uma urgência contemporânea, há a possibilidade requerer o futuro provimento jurisdicional fim de um futuro processo antes da propositura do mesmo.

O pedido de tutela também pode ocorrer em caráter incidental. Neste caso, o pedido é formulado com o processo já deflagrado, ou seja, com o pedido principal definido. É necessário destacar que a tutela provisória de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental; enquanto a tutela de evidência só pode ser concedida em caráter incidental. Além disso, a tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento das custas (art. 295, do CPC).

Desta forma, vale-se uma análise mais profunda da tutela provisória requerida em caráter antecedente.

### **6.1 Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente**

Este inovador instituto jurídico está regulado no Capítulo II do Livro V do Código de Processo Civil. Sua base encontra-se no artigo 303 do mesmo código: "Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e ao perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo." Assim, ao analisar este artigo, evidenciam-se os três requisitos básicos para a concessão de tal tutela em caráter antecedente, a urgência contemporânea à propositura da ação, exposição do direito que se busca realizar, e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O professor Freddie Didier Jr., em uma palestra à procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em 25 de julho de 2015, deu o seguinte exemplo para

explicar o artigo 303: um terceiranista do ensino médio passa em um curso de graduação e a data da matrícula no curso superior é antecedente ao término do seu ano letivo. Isto causará o indeferimento por parte da escola em emitir o diploma de forma antecipada, e o indeferimento pela instituição de ensino superior em reservar a vaga para o aluno. Tal situação pode ser solucionada com a concessão de uma tutela provisória antecipada em caráter antecedente.

Posterior à concessão da tutela, o parágrafo primeiro do artigo 303 dita as próximas mudanças. Conforme o inciso primeiro, o autor deve aditar a petição inicial com a complementação de sua argumentação e confirmação do pedido da tutela final em 15 dias ou no prazo estipulado pelo juiz. Logo após, o réu será citado para a audiência de conciliação e mediação (inciso segundo) e não ocorrendo a autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 334. Caso não haja o aditamento, o processo é extinto (parágrafo segundo).

Ademais, caso não possua os elementos necessários para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até cinco dias, sob a pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC).

Por fim, a estabilização da tutela em caráter antecedente está garantida pelo artigo 304, o que significa dizer que aquela decisão concedida em favor do requerente será mantida a menos que seja revista, reformada ou invalidada, podendo a outra parte recorrer.

## **6.2 Tutela Provisória de Urgência Cautelar Requerida em Caráter Antecedente**

Este instituto jurídico está regulado no capítulo III do livro V do Código de Processo Civil e possui seu fundamento no artigo 305. Art. 305: “a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”.

Da mesma forma que para a concessão da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente devem-se possuir certos requisitos na petição inicial, essa tutela também possui seus próprios requisitos, sendo eles:

indicação da lide e seu fundamento; exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ao resultado útil do processo.

Efetivada a tutela cautelar a ação principal terá de ser formulada pelo requerente no prazo de 30 dias, aditando aquele processo já posto incluindo o pedido principal e modificando, conseqüentemente, a causa de pedir. Após isso, o processo começa a seguir o procedimento comum na forma do artigo 318 do CPC.

Diferentemente da tutela antecipada em caráter antecedente, a cautelar não possui estabilização, sendo o artigo 309 o responsável por apresentar as causas que ensejam na cessação da eficácia da tutela concedida. Conforme sua redação, a eficácia cessa se: o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, caso não for efetivada dentro de trinta dias, o juiz julgar improcedente o pedido principal do autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito. Caso cesse a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar pedido.

## **7 DIREITO À SAÚDE CONFORME O ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS TUTELAS DE URGÊNCIA**

O direito à saúde está, na Constituição Federal, assegurado para todos. O artigo 196 dispõe: “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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” A partir disto, a saúde, como um direito social, passou a ser tutelada pelo poder público, sendo a função do Estado garantir o pleno acesso a este direito para a sua destinatária final: a população.

Tal direito, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. Por isso, foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância, possuindo um capítulo próprio para garantir a sua eficácia, uma vez que este não pode ser apenas uma promessa institucional. Logo, justifica-se esta imposição ao Estado de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta senão a cura da doença, ao menos uma melhor qualidade de vida ao doente.

Destarte, pode-se chegar à conclusão, como já visto anteriormente, de que quem irá concretizar o direito à saúde é, em primeiro lugar, é o poder público,

em específico o executivo, com a criação de estruturas organizacionais para o cumprimento do escopo constitucional de promover, preservar e recuperar a saúde e a própria vida humana. Entretanto, sabe que esses procedimentos a serem executados pelo Estado também dependem da aplicação da norma constitucional, colocando, em segundo plano, o Poder Judiciário como responsável pelo acesso ao direito à saúde, uma vez que este, quando acionado, deverá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais.

Todavia, o artigo 196 não delimita o objeto desse direito fundamental, ou seja, se o direito à saúde abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana. Por conta disso, discute-se se o Estado, em seu dever de prestação dos serviços de saúde, obriga-se a disponibilizar o atendimento médico-hospitalar, o fornecimento de todo tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de qualquer natureza, o fornecimento de aparelhos dentários, próteses, óculos, dentre outras possibilidades.

Esta falta de especificidade do objeto do direito à saúde fez com que a obrigação dos entes públicos para com a população não ficasse tão clara em certas situações, o que resulta em alguns casos nos quais este mesmos entes procuram se esquivar de suas obrigações, não permitindo a concessão de medicamentos, próteses, ou outros itens necessários ao doente; especialmente quando estes possuem alto valor monetário. Como solução, o requerente recorre às tutelas de urgência.

Por se tratar do direito à saúde – que não se pode esperar – impõe-se a utilização destas medidas de urgência, aí incluídas a tutela cautelar e a antecipada requeridas em caráter antecedente. Logo, quando há esta tentativa do poder público se esquivar de suas obrigações, a tutela de urgência permite a garantia do direito, fornecendo ao requerente seus itens para a saúde de forma quase imediata, ratificando o acesso ao direito à saúde.

## **8 TUTELAS DE URGÊNCIA ANTECIPADAS REQUERIDAS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**

Como visto no tópico anterior, cabe ao estado permitir o direito à saúde e a tutela de urgência vem como meio para ratificar essa obrigação. Entretanto, com a nova pandemia do Corona Vírus, esta obrigação passou a ser ainda mais difícil de

ser cumprida, devido ao excesso de doentes e falta de preparação, tanto jurídica quanto administrativa, para suportar essa nova condição mundial. Logo, diversos institutos e leis estão sendo criados diariamente para solucionar esta falta de regulamentação.

Mesmo sendo uma situação totalmente nova, pressupostos de saúde pública ajudam a impor algumas condições básicas. O principal deles para esta pandemia afirma que, ainda que o governo não disponha da verba que lhe é repassada pela União, não se pode negar a prestação de serviços essenciais, como é o caso da saúde, sob o mal engendrado argumento de que as verbas foram desviadas para outros fins que não aqueles estabelecidos na própria Constituição.

Assim, vale-se ressaltar e analisar os pedidos de tutelas urgência, sendo eles indeferidos ou não, que ocorreram e ainda ocorrem durante a pandemia, haja vista que, devido à novidade desta situação, demora-se para existir uma plena regulamentação. A partir disto, as medidas provisórias servem para adiantar situações de urgência envolvendo o Covid-19, sejam elas envolvendo a saúde, economia, entre outros.

A primeira tutela de urgência requerida durante a pandemia a ser analisada neste artigo, é a que possuiu reposta no dia 30 de março na comarca de Olímpia. Neste caso, foi negado o pedido de liminar satisfativa de um hotel da cidade em que se pedia a alteração do Decreto Municipal que determinou a suspensão das atividades hoteleiras como combate ao vírus. O impetrante alegou que sua atividade deveria ser considerada essencial por permitir o alojamento de familiares das vítimas da doença. Conforme a decisão proferida pela juíza Maria Heloisa Nogueira Ribeiro Machado Soares:

Nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/09, notifique se o impetrado r. Prefeito Municipal , a fim de que, no prazo de dez (10) dias, preste as informações que achar necessárias, assim, não se justifica a liminar, por ora, “*ab initio*”, pois o direito não está clarividente dos autos, como acima motivado. No mais, trata-se de mérito e questão interna corporis, razão pela qual postergo análise para depois do contraditório.

Logo, evidencia-se o indeferimento da tutela de urgência de natureza satisfativa uma vez que um de seus requisitos básicos não foi cumprido: a probabilidade do direito (*fumus boni iuri*). Porém, cabe-se recurso em segundo grau.

A segunda tutela de urgência analisada neste artigo requerida durante a pandemia foi postulada na comarca de Socorro. A decisão proferida no dia primeiro de abril concede a liminar que suspende o artigo de decreto municipal que permitia a abertura e funcionamento de restaurantes da cidade. O relator do recurso, juiz substituto em 2º grau Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, reformou a sentença de 1ª instância por entender que, em se tratando de conflito de competência entre o Estado de São Paulo e o Município de Socorro quanto às ações de combate ao Covid-19, a lei estadual deve prevalecer. Ademais, justificou a concessão da tutela de urgência a qual havia sido negada em primeiro grau. Nas palavras do juiz:

[...] o risco de se aguardar o julgamento de mérito, ou mesmo a oferta de manifestação ou contestação da municipalidade, é inerente à própria situação de calamidade epidemiológica e sanitária reconhecida pelas normas em discussão e compreendida na noção de precaução, tudo a justificar o prestígio à norma de maior alcance protetivo como é a estadual. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC, a tutela de urgência deve ser deferida tal qual postulada, relegando-se para momento oportuno o exame da necessidade de fixação de multa cominatória.

Logo, observa-se o outro requisito da tutela de urgência: o perigo de dano (*periculum in mora*), em que a demora processual pode comprometer a realização do direito.

A terceira tutela de urgência analisada neste artigo requerida durante a pandemia foi proposta na capital paulista. A operadora do plano Bradesco Saúde liberou, para o autor que havia contratado os serviços dessa a partir do início de 2020, apenas 12 horas em ambiente de pronto atendimento, negando a cobertura de UTI, sob a alegação de que o autor está em período de carência. O paciente estava com suspeita de Covid-19. Na decisão, o magistrado destaca que a jurisprudência vem reconhecendo abusividade da cláusula que prevê carência para a utilização dos serviços médicos nos casos de emergência ou de urgência, ultrapassando o prazo de 24 horas desde a contratação. Deste modo, deferiu a tutela de urgência ressaltando a existência de seus dois requisitos essenciais, já destacados nos exemplos acima:

A concessão de tutela de urgência pressupõe, na sistemática do processo civil, a cumulação dos seguintes elementos: (i) probabilidade do direito

invocado pela parte; (ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil da demanda. No caso, em juízo de cognição sumária e não exauriente, típico da presente fase processual, tenho que os requisitos foram suficientemente demonstrados, havendo indicação da necessidade de internação hospitalar com urgência. [...] Assim, DEFIRO o pedido de tutela de urgência para determinar que a ré autorize e custeie a internação, inclusive em UTI, bem como demais exames e procedimentos, com médico e hospital credenciado/conveniado. A liminar deverá ser efetivada em prazo compatível com a complexidade do caso, não superior a 48 (quarenta e oito) horas.

A quarta e última tutela provisória de urgência requerida em tal cenário a ser analisada foi postulada na comarca de Guarulhos. O requerente pugna pela suspensão de exigibilidade das futuras contas de consumo pelo período de 90 dias, requerendo em tutela antecipada o diferimento de seu pagamento em face de diversas concessionárias do serviço público. Entretanto, como a magistrada Ana Carolina Miranda de Oliveira afirma na decisão, a única causa existente de pedir apresentada na petição inicial é a situação da pandemia provocada pelo Covid-19, não havendo, portanto, qualquer fundamento específico para solicitar a suspensão da exigibilidade dos contratos com as concessionárias. Ademais, a juíza ressalta a generalidade da petição inicial, constando somente da situação vivida pela sociedade mundial, não individualizando os contratos e as suas possibilidades frente a cada parte constante do polo passivo, o que descumprir o art. 319 do CPC.

Dessarte, torna-se óbvio que foi negado o pedido de tutela, uma vez que seus dois requisitos essenciais não estão presentes.

## **9 CONCLUSÃO**

Por todo exposto, fica-se evidente a complexidade do instituto tutela provisória e como sua categoria, tutela de urgência, mostra-se eficiente para combater situações de emergência, como ocorre na pandemia do Covid-19. Assim, qualquer um que desejar o adiantamento ou a garantia do seu direito à saúde e possuir os dois quesitos necessários à concessão, probabilidade do direito e perigo de dano, conseguirá adquirir a tutela provisória de urgência, recebendo proteção do Estado.

## **REFERÊNCIAS**

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 175 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 2061086-40.2020.8.26.0000. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Socorro. Relator: Juiz de Direito Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. São Paulo. 1º de abril.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de segurança com pedido de liminar. Requerente: Hotel Municipal. Requerido: Prefeitura de Olímpia. Relator: Juíza de Direito: Dr (a). Maria Heloisa Nogueira Ribeiro Machado Soares. Olímpia. 30 de março.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Procedimento Comum Cível nº 1028438-15.2020.8.26.0100. Requerente: Luiz Dante Pereira Biato. Recorrido: Bradesco Saúde S/A. Relator: Juiz de Direito: Dr. Felipe Albertini Nani Viaro. São Paulo. 2 de abril.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Procedimento Comum Cível nº1011411-35.2020.8.26.0224. Requerente: Steel Rol Indústria e Comércio de Embalagens Metálicas Ltda. Requerido: Telefônica Brasil e outros. Relatora: Juíza de Direito Dr(a) Ana Carolina Miranda de Oliveira. Guarulhos. 08 de abril.

CÉSPEDES, Livia (col.); DA ROCHA, Fabiana Dias (col.). **Vade Mecum Saraiva**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 2518 p.

DA SILVA, Clarissa Vencato Rosa. **Considerações sobre a tutela de evidência do Novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/243754/consideracoes-sobre-a-tutela-de-evidencia-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 01 abril, 2020.

DA SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 65 p. Monografia (Pós graduação em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília. [20 --].

DA SILVA, Ovídio Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. [S.l.: s.n., 20--]. 66 p. v. 11.

DE MOURA, Elisângela Santos. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/>. Acesso em: 03 abril.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010. 314 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2020. 375 p.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS. Porto Alegre, B1, agosto de 2018-, ISSN: 0104-6594.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. Direito fundamental à saúde (tutela de urgência). **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v. 6, n. 24, p. 217- 237.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Volume I**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016. P.650.

TUTELADO. *In*: DOS SANTOS, Washington. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 340p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 672 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.