

# A TUTELA DE URGÊNCIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Gustavo de Oliveira COLNAGO RODRIGUES\*<sup>1</sup>  
Gelson Amaro de SOUZA\*<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a polêmica questão da razoabilidade temporal do processo em face de sua efetividade, demonstrando a inseparável ligação entre tutela emergencial e direitos fundamentais. Sem prejuízo, tece considerações a respeito dos intrigantes conflitos de preceitos constitucionais que circundam a tutela de urgência, embasando-se, à luz da moderna e desejável visão constitucional do processo civil, na festejada hermenêutica da ponderação de valores.

**Palavras-chave:** Tutela de urgência; Direitos fundamentais; Acesso à justiça; Efetividade processual; Ponderação de valores.

**ABSTRACT:** This study examines the controversial issue of reasonableness of the temporal process in view of its effectiveness, showing the inseparable link between emergency protection and fundamental rights. Notwithstanding, considers the observance of constitutional precepts of intriguing conflicts that surround the tutelage of urgency, based themselves in the light of modern and desirable constitutional vision

\*<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Estagiário do Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Município de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo, integrante do Grupo de Estudos “Processo de Conhecimento”, sob a orientação do professor-doutor Gelson Amaro de Souza. E-mail: daniwell\_NF@hotmail.com.

\*<sup>2</sup> Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP; Mestre em Direito pela ITE de BAURU/SP e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo aposentado, Docente e coordenador do Grupo de Pesquisa “Processo de conhecimento” na Toledo de Presidente Prudente/SP. Advogado militante nesta cidade. E-mail: advgelson@yahoo.com.br.

of civil procedure, celebrated in the hermeneutics of weighing values.

**Key-words:** Protection of emergency, Fundamental rights, Access to justice; Effectiveness procedural; Weighting of values

1. Em tempos de imensurável dinamicidade das relações humanas, ganha especial enfoque a questão da efetividade do processo no tempo. Não são raras as vezes em que vislumbramos o perecimento do direito material (que se busca proteger) em face da morosidade processual.

Como já lembrou José Augusto Delgado (2005, p. 359), “há consciência de que, não obstante o avanço do processo nos últimos cem anos, ele não se preocupou com a eficácia do fenômeno tempo. Hoje não pode mais ser ignorada essa situação. Há exigência de que o Estado a enfrente de modo definitivo e que a resolva de modo mais rápido possível”.

Entra em cena, pois, a denominada *tutela de urgência*, que objetiva, em linhas gerais, acelerar e efetivar a resposta jurisdicional almejada, afastando as degradantes e indesejadas conseqüências que o fator *tempo* pode gerar a um processo judicial.

Aliás, é da própria finalidade de “[...] abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição” (DIDIER JR., 2008, p. 598) que a tutela de urgência assume esquite constitucional. Como bem observou o jurista italiano Vittorio Denti (1985, p. 164), a *tutela d’urgenza* constitui um atributo fundamental da função jurisdicional.

Deveras, na medida em que se prevê, categoricamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV, CF/88), por certo que se está admitindo a tutela emergencial, mesmo porque esta é pressuposto para a concretização do acesso à justiça.

Evidentemente, pois, que a inafastabilidade jurisdicional não

se exaure na garantia de acesso ao Judiciário. Em verdade, esta representa apenas o conteúdo formal do postulado, ao passo que, substancialmente, a norma garantidora abarca a idéia da própria efetividade da apreciação judicial.

Quer-se dizer, em outras palavras, que não basta o Estado, a pretexto de forjar a observância do preceito da inafastabilidade, garantir ao jurisdicionado a mera apreciação judicial de um conflito. O que se deve ter em mente é que o mandamento contido no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, traz ínsita a idéia de efetividade processual, compreendendo, assim, uma apreciação adequada e tempestiva.

O direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional não deve ser visto mais em sua concepção tradicional, como mera garantia do cidadão em face do Estado. Muito pelo contrário. Deve-se primar, hoje, por uma interpretação coadunada com a visão constitucional do processo civil. Assim, impõe-se pensar o dever do Estado de apreciação jurisdicional como direito constitutivo institucional do cidadão, com ampla e desejável potencialização<sup>1</sup>.

Ademais, a garantia eficaz dos direitos fundamentais passa pela sua conectividade com o Processo. De fato, os direitos essenciais da pessoa humana, em sua dimensão procedimental (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), constituem diretrizes valorativas, que atrelam os órgãos estatais, de forma precípua, à observância do núcleo constitutivo das normas jurídicas essenciais.

Nessa tendência, aliás, sem prejuízo de sua duvidosa necessidade, é que a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu explicitamente no ordenamento jurídico pátrio o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF/88), evidenciando a necessidade de uma

<sup>1</sup>Como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 232), cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais, de um modo geral, como singelas garantias. Para o ilustre professor gaúcho, os direitos intitulados fundamentais devem ser vistos como direitos constitutivos institucionais, e não como singelos limitadores defensivos do arbítrio estatal.

melhor distribuição do ônus do tempo do processo entre seus sujeitos.

2. Relativizando a discussão, por vezes inócua, no que tange à discriminação entre tutela cautelar e tutela antecipatória<sup>2</sup>, certo é que ambas integram o gênero da *tutela de urgência*<sup>3</sup>, reclamantes, pois, por uma rápida e imperiosa prestação judicial.

O conteúdo *emergencial* que se pode atribuir à tutela jurisdicional guarda íntima e inseparável relação com o direito substancial a que se pretende proteger (em sentido amplo). Isto se justifica quando nos atentamos àqueles direitos cuja essência (núcleo substancial) não comporta demasiada tolerância lesiva.

Como se percebe, o direito à tutela jurisdicional efetiva “[...] engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (MARINONI, 2004, p. 147). Compreende, acima de tudo, uma tutela eminentemente tempestiva, e, quando o direito material assim o exigir, satisfatoriamente preventiva.

Disso decorre, por exemplo, a impossibilidade de se aplicar,

<sup>2</sup>Confira-se, a respeito, a ponderação de Barbosa Moreira (2003, p. 5): “[...] não parece aconselhável entender com rigor absoluto a discriminação das várias modalidades de tutela de urgência, há pouco indicadas. Entre elas sem dúvida existem diferenças relevantes, mas também manifestas afinidades - sem a qual, de resto, não teria cabimento enquadrá-las todas dentro de um mesmo gênero, o da tutela de urgência. Não fica excluída a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. A ciência processual - melhor dizendo: a ciência jurídica - precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo”.

<sup>3</sup>Em síntese conclusiva, assim se expressa Barbosa Moreira (2003, p. 10): “Seja como for, a tutela de urgência, no direito brasileiro contemporâneo, abre-se em leque diversificado. Existem, com efeito: a) medidas a que, por assim dizer, podemos chamar ‘puramente cautelares’, como as de produção antecipada de prova; b) medidas incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados suscetíveis de cessação: v.g., a concessão de alimentos a título provisório; c) medidas também incluídas no elenco legal das cautelares, mas produtoras de efeitos antecipados definitivos; por exemplo: a demolição de prédio em ruína iminente, para resguardar a segurança pública (CPC, art. 888, VIII); d) medidas antecipatórias fundadas no art. 273, ou em regra especial inserta em lei extravagante, e desprovidas de índole cautelar: v.g., a imissão do expropriante na posse do bem objeto da desapropriação (DL 3.365, art. 15)”.

de forma irrestrita, a regra do art. 273, § 2º, do Código de Processo Civil. Com efeito, não são poucas as vezes em que a irreversibilidade é inerente à própria satisfação do direito material litigioso, não sendo possível, pois, que se obstrua a efetividade do provimento judicial ao autor simplesmente pelo perigo de irreversibilidade do provimento.

Por mais, tal restrição consubstanciaria numa equivocada ponderação de direitos fundamentais, haja vista que, demonstrados os requisitos necessários para a antecipação de tutela, o mero perigo de irreversibilidade do provimento não teria o condão de afastar a maior plausibilidade do direito do demandante em relação ao pouco provável direito do demandado.

Além disso, na medida em que a tutela emergencial mitiga a segurança jurídica, relativizando, por exemplo, o direito fundamental ao contraditório da parte adversária, acaba por garantir, de outro lado, o direito fundamental do demandante à efetividade da tutela jurisdicional.

**3.** Se, por um lado, a tutela de urgência representa um louvável instrumento de equilíbrio entre os postulados fundamentais da inafastabilidade do controle judicial e da efetividade processual, por outro lado consubstancia-se num cinzento meio de relativização de direitos outros não menos essenciais.

Veja a complexidade do conflito: na medida em que se pretende, por meio da tutela de urgência, uma proteção substancial dos direitos materiais fundamentais em jogo, faz-se concretizar o direito, também fundamental, de tutela jurisdicional efetiva. Ao mesmo tempo, entretanto, acaba por mitigar os direitos (igualmente fundamentais) à segurança jurídica e ao contraditório.

Dai se vislumbra a pertinência e necessidade em se buscar um apropriado e eficaz método de solução dessas afoitas tensões que circundam o tema. Aliás, se a tendência atual é, nas palavras de Dinamarco (2001, p. 798), a busca por um *processo civil de resultados*, em harmonia com a moderna visão constitucional do processo, não há dúvida de que sua concretização passa pelo estudo da *tutela de urgência*.

De início, deve-se atentar que os princípios constitucionais, embora coexistentes, encontram-se hodiernamente em conflito. Isto porque, não sendo possível submetê-los a uma lógica hierárquica, acabam por embasar uma dialética inerente à ordem normativa constitucional.

A despeito de não haver uma hierarquização entre os postulados fundamentais, pode-se pensar, valendo-se das palavras de Alexy (2002, p. 532), numa eventual relação de *prioridade prima facie* entre eles. Sendo assim, numa perspectiva argumentativa e superficial, poder-se-ia privilegiar o direito à vida (via de regra, elementar para o gozo dos demais) em detrimento do adverso direito conflitante.

Nessa esteira, e a título de exemplo, quando se colidem o direito do segurado, acometido de grave enfermidade, de permanecer recebendo assistência médica, a mercê de seu Plano de Saúde (manifesto direito à vida), e o direito de reembolso da seguradora pelos serviços a serem prestados<sup>4</sup>, não há dúvida de que milita uma presunção (carga argumentativa implícita) em favor do primeiro.

Ainda quanto ao exemplo acima, nada há de errado em se afirmar que só se poderá obstar a tutela emergencial em favor do segurado se houver uma robusta argumentação em sentido contrário, que afaste a presunção de prioridade *prima facie* do fundamentalíssimo direito à vida<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Ainda que se trate de plano privado de saúde, deve o direito à vida prevalecer. No entanto, perfeitamente plausível que se possibilite à entidade privada o direito de regresso contra o Estado, insuficiente na sua função assistencial de saúde. Neste sentido, confira-se o pensamento de Luiz Fux (2000, p. 297): “Ora, se a entidade particular presta o serviço em razão da urgência e da impossibilidade do o Estado fazê-lo (por isso a necessidade de o juiz aferir esta impotência estatal através de diminuta perícia), cabe àquela o direito ao reembolso, pleiteável em ação autônoma ou na própria relação processual em que a entidade privada é instada a substituir a administração pública. Nesta última hipótese, acionada a seguradora, cumpre-lhe regredir contra o Estado através da ‘denúnciação da lide’”.

<sup>5</sup> Assim já se decidiu: “SEGURO SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. DOENÇA GRAVE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. PLANO DE SAÚDE. Internação hospitalar de segurado acometido de grave enfermidade. Alta com prescrição médica de assistência em casa. Serviço iniciado. Prorrogação do prazo por recomendação médica negada pela seguradora. Decisão concessiva de liminar para a continuidade da assistência que se mantém. Agravo improvido (TJ/RJ, Proc. nº 99.002.00314, Agravo de Instrumento, Comarca de Capital, 16a Câmara Cível, Des. Jayro S. Ferreira, julg. em 02.03.99, unânime)”.

4. Se os *direitos fundamentais* consubstanciam-se nos mais profundos (e inerentes) direitos do homem, em incontestável referência à “[...] base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 231), sua restrição deve implicar necessariamente numa *relação de conciliação* com outros direitos igualmente essenciais (CANOTILHO, 1963, p. 134).

Salienta-se, dessa forma, a incisiva e imperiosa ligação entre a proteção eficaz dos direitos fundamentais (sustento jurídico da vida humana) e a moderna hermenêutica constitucional da jurisdição.

Conforme salienta Marinoni (2008, p. 53), “a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei”.

Nessa linha, muito embora se vislumbre um perigoso “fascínio pelo direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias”. (STRECK, 2002, p. 30-31), forçoso que se amolde as tutelas antecipatória e cautelar ao preceito supralegal da inafastabilidade jurisdicional.

Não obstante, deve ser vista com ressalvas a assertiva, de modo irrestrito, de que o tempo é inimigo da efetiva tutela jurisdicional. A bem da verdade, a carga temporal é ínsita ao processo, que pressupõe um conjunto lógico

De igual maneira: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. DOENÇA GRAVE. TUTELA ANTECIPADA. Agravo. Ação ordinária. Contrato de seguro. Cobertura médico-hospitalar. Antecipação de tutela deferida “initio litis” sem audiência da parte contrária. Possibilidade. alegação de perigo de vida não contestada. Presentes o “fumus boni iuris” e “periculum in mora” a justificar a providência que, embora irreversível, é, todavia, passível de indenização [...] (TJ/RJ, Proc. nº 1998.002.8591; Folhas: 13809/13813; Comarca de Origem: CAPITAL; DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Votação: unânime; DES. LEILA MARIANO; Julgado em 30.03.1999)”.

e ordenado de atos processuais tendentes a embasar o provimento judicial.

Conforme lembra Didier Jr. (2008, p. 598), a rigor, o tempo é um mal necessário à boa tutela dos direitos. Tem-se como imprescindível para uma adequada e plena aplicação do devido processo legal, da qual integra o contraditório, o decurso de um razoável e considerável lapso temporal. Trata-se, assim, de consectário da segurança jurídica.

Logo, nada há de errado em colocarmos o conteúdo *temporal* do processo como um desdobramento inexorável do *due process of law*, o qual, primando por um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes” (CASTRO, 1989, p. 50), impõe aos litigantes uma paridade de armas e oportunidades (e aqui se inclui o contraditório).

Em que pese a salutar função que desempenha, “[...] a tutela de urgência, em qualquer de suas espécies, não há de ser vista como panacéia, aplicável com inteiro desembaraço e sem senso de medida a toda sorte de situações concretas” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 11).

**5.** É indiscutível o substrato constitucional da chamada *jurisdição emergencial*, porquanto seja inegável que “[...] do direito de ação decorrem, como consequência lógica, os direitos à antecipação e à segurança da tutela do direito material, eventualmente ameaçado de lesão no curso do processo” (MARINONI, 2008, p. 218).

Como ensina Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 356), “muitas vezes apenas uma tutela imediata – antecipatória ou cautelar – é apta para tornar efetiva a prestação jurisdicional”. Assim é que, “sendo o direito do autor mais provável que o do réu [verossimilhança da alegação e fumaça do bom direito], e restando evidenciado o perigo na demora [*periculum in mora*], não há como negar a tutela urgente, ainda que o réu não tenha exaurido o seu direito de defesa”.

Nessa conjectura, e para o real alcance da tutela emergencial, não se pode olvidar, pois, da conhecida, porém geralmente



esquecida, técnica da ponderação de valores constitucionais<sup>6</sup>.

Dessa forma, valendo-se das palavras de Carlos Alberto de Oliveira (2008, p. 240), pode-se dizer que “[...] com a ponderação desses dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo”. Observe-se, porém, que só se pode determinar o conteúdo axiológico do termo *justo* se levarmos em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Finaliza-se com a perspicácia inerente de Barbosa Moreira (2003, p. 11), que, com nítido cunho ponderativo, bem salientou: “A crônica judiciária registra casos em que, a título de antecipação de tutela, se ordenou a entrega imediata de medicamentos ao requerente, e até o arrombamento de armários dos hospitais públicos, com tal fim, e sob cominação de prisão do secretário estadual de saúde, se se opusesse. Também já se chegou a determinar a inversão, em favor do requerente, da ordem de pacientes que aguardavam o transplante de órgãos, como se o juiz pudesse saber com certeza absoluta quem, na lista de espera, tem maior urgência na intervenção. Desse tipo de excessos seria bom que não tivéssemos de defender-nos, como seria igualmente bom que não precisássemos, por outro lado, lamentar uma exagerada timidez na decretação de providências urgentes. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: aqui, como em quase tudo, *in medio est virtus*”. Ou, em bom português, “a virtude está no meio-termo”.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto

<sup>6</sup> Como ensina Luís Roberto Barroso (2004, p. 330), “a denominada *ponderação de valores ou ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”.

Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela de urgência e efetividade do direito. In *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 25, set./out, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Judiciário – art. 5º, LXXVIII, da CF. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (org.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

DENTI, Vittorio. *La tutela d'urgenza*. Rimini: Maggioli, 1985.

DIDIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz. Tutela antecipada e plano privado de saúde. IN TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos

direitos fundamentais. IN DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

STRECK. Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

