

organizadores

Sergio Tamer

Clara de Brito

Lidiana Trovão

ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEXTUALIZADOS

autores

Ana Cristina Duarte Pereira Murai • Ana Grécia Almeida Rizzo Fontanela

Anderson dos Santos Guimarães • André Luis Fontanela

Clara Rodrigues de Brito • Danielle Flora Costa Borralho

Diogo Emanuel de Souza Sales • Fabiano Zanella Duarte

Flávia Thaise Santos Maranhão • Lidiana Costa de Sousa Trovão

Marco Antonio Zanella Duarte • Marisa Rossignoli

Quilza da Silva e Silva • Ricardo Pinha Alonso • Sergio Víctor Tamer

organizadores

Sergio Tamer

Clara de Brito

Lidiana Trovão

ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEXTUALIZADOS

autores

Ana Cristina Duarte Pereira Murai • Ana Grécia Almeida Rizzo Fontanela
Anderson dos Santos Guimarães • André Luis Fontanela
Clara Rodrigues de Brito • Danielle Flora Costa Borralho
Diogo Emanuel de Souza Sales • Fabiano Zanella Duarte
Flávia Thaise Santos Maranhão • Lidiana Costa de Sousa Trovão
Marco Antonio Zanella Duarte • Marisa Rossignoli
Quilza da Silva e Silva • Ricardo Pinha Alonso • Sergio Víctor Tamer

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

ES82

Estudos de direito processual civil contextualizados /
Organizadores Sergio Tamer, Clara de Brito, Lidiana Trovão. –
São Paulo: Pimenta Cultural, 2023.

Livro em PDF

ISBN 978-65-5939-806-5

DOI 10.31560/pimentacultural/2023.98065

1. Direito. 2. Tutela de urgência. 3. Recuperações judiciais.
4. Preservação da empresa. 5. Desconsideração da
personalidade jurídica. I. Tamer, Sergio (Organizador). II. Brito,
Clara de (Organizadora). III. Trovão, Lidiana (Organizadora).
IV. Título.

CDD: 349

Índice para catálogo sistemático:

I. Direito

Jéssica Oliveira • Bibliotecária • CRB-034/2023

Copyright © Pimenta Cultural, alguns direitos reservados.

Copyright do texto © 2023 os autores e as autoras.

Copyright da edição © 2023 Pimenta Cultural.

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons:

Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional - (CC BY-NC-ND 4.0).

Os termos desta licença estão disponíveis em:

[<https://creativecommons.org/licenses/>](https://creativecommons.org/licenses/).

Direitos para esta edição cedidos à Pimenta Cultural.

O conteúdo publicado não representa a posição oficial da Pimenta Cultural.

Direção editorial	Patricia Bieging Raul Inácio Busarello
Editora executiva	Patricia Bieging
Coordenadora editorial	Landressa Rita Schiefelbein
Assistente editorial	Bianca Bieging
Diretor de criação	Raul Inácio Busarello
Assistente de arte	Naiara Von Groll
Edição eletrônica	Andressa Karina Voltolini Potira Manoela de Moraes
Bibliotecária	Jéssica Castro Alves de Oliveira
Imagens da capa	Garrykillian, Freedomz - Freepik.com
Tipografias	Acumin, Rigatoni, Sofia Pro
Revisão	Tascieli Feltrin
Organizadores	Sergio Tamer Clara de Brito Lidiana Trovão

PIMENTA CULTURAL

São Paulo • SP

+55 (11) 96766 2200

livro@pimentacultural.com

www.pimentacultural.com



2 0 2 3

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Doutores e Doutoradas

Adilson Cristiano Habowski
Universidade La Salle, Brasil

Adriana Flávia Neu
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Adriana Regina Vettorazzi Schmitt
Instituto Federal de Santa Catarina, Brasil

Aguimario Pimentel Silva
Instituto Federal de Alagoas, Brasil

Alaim Passos Bispo
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Alaim Souza Neto
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alessandra Knoll
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alessandra Regina Müller Germani
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Aline Corso
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Aline Wendpap Nunes de Siqueira
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Ana Rosângela Colares Lavand
Universidade Federal do Pará, Brasil

André Gobbo
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Andressa Wiebusch
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Andreza Regina Lopes da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Angela Maria Farah
Universidade de São Paulo, Brasil

Anísio Batista Pereira
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Antonio Edson Alves da Silva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Antonio Henrique Coutelo de Moraes
Universidade Federal de Rondonópolis, Brasil

Arthur Vianna Ferreira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Ary Albuquerque Cavalcanti Junior
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Asterlindo Bandeira de Oliveira Júnior
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Bárbara Amaral da Silva
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Bernadette Beber
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Bruna Carolina de Lima Siqueira dos Santos
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Caio Cesar Portella Santos
Instituto Municipal de Ensino Superior de São Manuel, Brasil

Carla Wanessa do Amaral Caffagni
Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Adriano Martins
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Carlos Jordan Lapa Alves
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Caroline Chioquetta Lorenset
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Cássio Michel dos Santos Camargo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-Faced, Brasil

Christiano Martino Otero Avila
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Cláudia Samuel Kessler
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiana Barcelos da Silva.
Universidade do Estado de Minas Gerais, Brasil

Cristiane Silva Fontes
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Daniela Susana Segre Guertzenstein
Universidade de São Paulo, Brasil

Daniele Cristine Rodrigues
Universidade de São Paulo, Brasil

Dayse Centurion da Silva
Universidade Anhanguera, Brasil

Dayse Sampaio Lopes Borges
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Diego Pizarro
Instituto Federal de Brasília, Brasil

Dorama de Miranda Carvalho
Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Edson da Silva
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Elena Maria Mallmann
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Eleonora das Neves Simões
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Eliane Silva Souza
Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Elvira Rodrigues de Santana
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Éverly Pegoraro
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Santos de Andrade
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Fabrcia Lopes Pinheiro
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Felipe Henrique Monteiro Oliveira
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fernando Vieira da Cruz
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Gabriella Eldereti Machado
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Germano Ehlert Pollnow
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Geymeesson Brito da Silva
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Giovanna Ofretorio de Oliveira Martin Franchi
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Handerson Leylton Costa Damasceno
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Hebert Elias Lobo Sosa
Universidad de Los Andes, Venezuela

Helciclever Barros da Silva Sales
*Instituto Nacional de Estudos
e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, Brasil*

Helena Azevedo Paulo de Almeida
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Hendy Barbosa Santos
Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Humberto Costa
Universidade Federal do Paraná, Brasil

Igor Alexandre Barcelos Graciano Borges
Universidade de Brasília, Brasil

Inara Antunes Vieira Willerding
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ivan Farias Barreto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Jaziel Vasconcelos Dorneles
Universidade de Coimbra, Portugal

Jean Carlos Gonçalves
Universidade Federal do Paraná, Brasil

Jocimara Rodrigues de Sousa
Universidade de São Paulo, Brasil

Joelson Alves Onofre
Universidade Estadual de Santa Cruz, Brasil

Jónata Ferreira de Moura
Universidade São Francisco, Brasil

Jorge Eschriqui Vieira Pinto
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Jorge Luís de Oliveira Pinto Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Juliana de Oliveira Vicentini
Universidade de São Paulo, Brasil

Julierme Sebastião Morais Souza
Universidade Fédéral de Uberlândia, Brasil

Junior César Ferreira de Castro
Universidade de Brasília, Brasil

Katia Bruginski Mulik
Universidade de São Paulo, Brasil

Laionel Vieira da Silva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Leonardo Pinheiro Mozdzenski
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Lucila Romano Tragtenberg
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Lucimara Rett
Universidade Metodista de São Paulo, Brasil

Manoel Augusto Polastreli Barbosa
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Marcelo Nicomedes dos Reis Silva Filho
Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Marcio Bernardino Sirino
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Marcos Pereira dos Santos
Universidade Internacional Iberoamericana del Mexico, México

Marcos Uzel Pereira da Silva
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Maria Aparecida da Silva Santandel
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Cristina Giorgi
*Centro Federal de Educação Tecnológica
Celso Suckow da Fonseca, Brasil*

Maria Edith Maroca de Avelar
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Marina Bezerra da Silva
Instituto Federal do Piauí, Brasil

Michele Marcelo Silva Bortolai
Universidade de São Paulo, Brasil

Mônica Tavares Orsini
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Nara Oliveira Salles
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Neli Maria Mengalli
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Patrícia Biegging
Universidade de São Paulo, Brasil

Patricia Flavia Mota
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Raul Inácio Busarello
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Raymundo Carlos Machado Ferreira Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Roberta Rodrigues Ponciano
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Robson Teles Gomes
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Rodiney Marcelo Braga dos Santos
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Rodrigo Amancio de Assis
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Rodrigo Sarruge Molina
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Rogério Rauber
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Rosane de Fatima Antunes Obregon
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Samuel André Pompeo
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Sebastião Silva Soares
Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Silmar José Spinardi Franchi
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Simone Alves de Carvalho
Universidade de São Paulo, Brasil

Simoni Urnau Bonfiglio
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Stela Maris Vaucher Farias
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tadeu João Ribeiro Baptista
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno
Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil

Taíza da Silva Gama
Universidade de São Paulo, Brasil

Tania Micheline Miorando
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tarcísio Vanzin
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Tascieli Feltrin
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tayson Ribeiro Teles
Universidade Federal do Acre, Brasil

Thiago Barbosa Soares
Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Thiago Camargo Iwamoto
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Thiago Medeiros Barros
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Tiago Mendes de Oliveira
Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais, Brasil

Vanessa Elisabete Raue Rodrigues
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Vania Ribas Ulbricht
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Wellington Furtado Ramos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Wellton da Silva de Fatima
Instituto Federal de Alagoas, Brasil

Yan Masetto Nicolai
Universidade Federal de São Carlos, Brasil

PARECERISTAS E REVISORES(AS) POR PARES

Avaliadores e avaliadoras Ad-Hoc

Alessandra Figueiró Thornton
Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Alexandre João Appio
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Bianka de Abreu Severo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Carlos Eduardo Damian Leite
Universidade de São Paulo, Brasil

Catarina Prestes de Carvalho
Instituto Federal Sul-Rio-Grandense, Brasil

Elisiene Borges Leal
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elizabeth de Paula Pacheco
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Elton Simomukay
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Francisco Geová Goveia Silva Júnior
Universidade Potiguar, Brasil

Indiamaris Pereira
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

Jacqueline de Castro Rimá
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Lucimar Romeu Fernandes
Instituto Politécnico de Bragança, Brasil

Marcos de Souza Machado
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele de Oliveira Sampaio
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Pedro Augusto Paula do Carmo
Universidade Paulista, Brasil

Samara Castro da Silva
Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thais Karina Souza do Nascimento
Instituto de Ciências das Artes, Brasil

Viviane Gil da Silva Oliveira
Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Weyber Rodrigues de Souza
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

William Roslindo Paranhos
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Parecer e revisão por pares

Os textos que compõem esta obra foram submetidos para avaliação do Conselho Editorial da Pimenta Cultural, bem como revisados por pares, sendo indicados para a publicação.



Dedicatória

*Aos nossos pais, cônjuges, filhos,
familiares e amigos.*

AGRADECIMENTOS

O presente livro nasceu de esforços árduos dos mestrandos e amigos do Mestrado em Direito, do Projeto de Cooperação entre Instituições da SVT Faculdade e Unimar-Universidade de Marília/SP, com intuito de compartilhar suas produções oriundas da disciplina Tutela Jurídica das Relações Empresariais, ministrada pelos professores Sérgio Tamer e Bruna Feitosa. Dedicamos nossos agradecimentos à instituição e ao corpo docente pelo acolhimento dispensado, não medindo esforços para auxiliar sempre que necessário. Ainda agradecemos às professoras. Clara de Brito e Lidiana Trovão pelo empenho na realização deste projeto.

Agradecemos a Deus e a Nossa Senhora pela realização deste sonho acadêmico, que se consolida através deste livro, por nos guiarem e nos iluminarem nesta produção.

Agradecemos também aos nossos familiares pela compreensão das ausências, pelo suporte emocional, afetivo e financeiro, sem esquecer também os que já partiram, mas que continuam nos guiando, torcendo e protegendo de onde estão. Agradecemos ainda aos amigos pelo apoio e compreensão por nossas ausências.

É importante, também, agradecermos uns aos outros, pois em muitos momentos foi crucial o apoio emocional, seja num simples pedido de prorrogação de prazo, em nome da turma toda, ou numa simples mensagem de força e coragem nas madrugadas para a continuidade da árdua caminhada na conclusão dos artigos. Foram dias de lutas, que são coroados agora com esta grande conquista.

Dedicamos a todos com muito carinho este livro, e recebam nossa eterna gratidão.

Flávia Maranhão e Danielle Borrvalho

Representantes dos discentes da Linha 2.

PALAVRAS DOS ORGANIZADORES

É com imensa honra que entregamos à comunidade acadêmica a obra: Estudos de Direito Processual Civil Contextualizados. Trata-se das produções acadêmicas desenvolvidas no Projeto de Cooperação entre Instituições – Mestrado em Direito, entre a SVT Faculdade e Universidade de Marília – UNIMAR, na área de concentração empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, sob o manto da segunda linha de pesquisa do programa, que abrange o estudo dos empreendimentos econômicos, processualidade e relações jurídicas.

Auxiliar na organização deste livro foi um enorme presente, pois, acompanhar o amadurecimento dos autores ao longo dessa árdua caminhada acadêmica, muito nos orgulhou. Sabemos que não existem caminhos fáceis ou vazios na estrada da conquista, e, que, a construção acadêmica de cada discente é repleta de medos e incertezas, impostos pelos desafios da pesquisa no âmbito do mestrado acadêmico.

Cientes do potencial acadêmico-profissional de cada autor que assina esta obra, entregamos para a comunidade científica, dez artigos que nos levam a refletir sobre as tutelas jurídicas das relações empresariais, os referidos estudos abordam diversas temáticas relevantes para o atual contexto negocial.

É com muita satisfação e alegria que organizamos cada detalhe desta obra, pois, publicar um artigo, sempre será, para aquele que pesquisa a realização de um sonho e certeza de um dever cumprido.

Sergio Tamer, Clara de Brito e Lidiana Trovão.



A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Rudolf von Ihering

SUMÁRIO

Apresentação da Obra 16

SEÇÃO I

DAS TUTELAS

CAPÍTULO 1

Ana Grécia Almeida Rizzo Fontanela

Lidiana Costa de Sousa Trovão

**Tutela de Urgência de Natureza Cautelar
Antecedente de Sustação de Protesto20**

Urgency guardianship of a precautionary

nature background of protest withdrawal

CAPÍTULO 2

Anderson dos Santos Guimarães

Sergio Victor Tamer

**A Tutela Jurídica do Princípio
da Preservação da Empresa Frente
à Exigência Legal de Regularidade
Fiscal das Recuperações Judiciais.....49**

Legal protection of the principle of company

preservation in front of the legal requirement

of fiscal regularity in judicial recoveries

CAPÍTULO 3

Danielle Flora Costa Borralho

Clara Rodrigues de Brito

Ricardo Pinha Alonso

**A Tutela de Urgência em Cirurgias
Bariátricas e Reparadoras:**

um estudo baseado na relação entre
os usuários e os planos de saúde **70**

*Emergency care in bariatric and repair surgeries:
a study based on the controversial relationship
between users and health plans*

CAPÍTULO 4

Diogo Emanuel de Souza Sales

Sergio Victor Tamer

Tutela de Evidência e Contraditório:

análise de (in)Constitucionalidade dos Incisos II e III,
do Artigo 311 do Código de Processo Civil **97**

*Protection of evidence and contradictory:
analysis of the (in)constitutionality of items ii and iii,
of article 311 of the code of civil procedure*

CAPÍTULO 5

Flávia Thaise Santos Maranhão

Clara Rodrigues de Brito

Ricardo Pinha Alonso

Tutela Provisória no Poder Público:

uma Visão sobre a Constitucionalidade e Vedações Legais à
Tutela de Urgência em Face da Fazenda Pública **120**

*Provisional guardianship in the public authority:
A view on the constitutionality and legal prohibitions
to emergency guardianship in the public treasury*

CAPÍTULO 6

*Quilza da Silva e Silva
Clara Rodrigues de Brito
Sergio Victor Tamer*

**A Tutela de Urgência
e o Papel das Astreintes
na Recusa de Prestação de Serviços
das Operadoras de Planos de Saúde 142**

*Emergency guardianship and the role of Astreintes
in health plan operators' refusal to provide services*

SEÇÃO II

**DA FLEXIBILIZAÇÃO NORMATIVA NO
PROCESSO CIVIL**

CAPÍTULO 7

*Ana Cristina Duarte Pereira Murai
Clara Rodrigues de Brito
Marisa Rossignoli*

**A Exigibilidade de Certidão Negativa
de Débito Tributário para a Concessão
da Recuperação Judicial:
uma análise à luz da perspectiva de flexibilização
da exigência conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça 175**

*The requirement of a tax debt clearance certificate
for the grant of judicial reorganization:
an analysis from the perspective of flexibility of the
requirement within the scope of the superior court of justice*

CAPÍTULO 8

André Luís Fontanela

Lidiana Costa de Sousa Trovão

**Exigência de Apresentação de Certidão
Negativa de Débitos Federais para Venda
de Imóvel de Pessoa Jurídica..... 197**

*Requirement of submission of federal debt clearance
certificate for sale of property by legal entities*

CAPÍTULO 9

Fabiano Zanella Duarte

Lidiana Costa de Sousa Trovão

**A Instrumentalidade do Processo
no CPC/2015 e a Consolidação
da Efetividade do Acesso à Justiça..... 219**

*The instrumentality of the process in CPC/2015 and the
consolidation of the effectiveness of access to justice*

CAPÍTULO 10

Marco Antonio Zanella Duarte

Lidiana Costa de S. Trovão

**A Desconsideração
da Personalidade Jurídica:
critérios de aplicação pela análise
econômica do direito e inovação legislativa.....242**

The Disregard Doctrine:

*Incidence requirements in accordance
to Law and Economics and Legal Innovations*

Sobre os autores e autoras 269

Índice remissivo.....273

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Não se pode desconhecer as diversas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil Brasileiro, no bojo da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, destacando-se a chamada “constitucionalização do processo civil”, uma vez que as normas processuais passaram a ser orientadas por princípios e valores que devem ser devidamente sopesados no caso concreto. Isto é, observando-se as disposições do Código, ele deve ser “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais”.

Assim, sem desprezar o valor “segurança jurídica” - que *in casu* se dá pela fidelidade às normas do Código -, o intérprete deve ter em conta uma aplicação mais acurada dos métodos de ponderação entre princípios e valores constitucionais. Um desafio, sem dúvida, para estudantes, pesquisadores, profissionais e estudiosos do direito.

Esta obra, que o Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública - CECGP, órgão integrante da SVT Faculdade, traz a lume, reúne artigos acadêmicos de profissionais do Direito, das mais diversas áreas de atuação, inseridos no Projeto de Cooperação entre Instituições – Mestrado em Direito, entre a SVT Faculdade e Universidade de Marília – UNIMAR.

A primeira parte contextualiza toda a complexa problemática em torno das Tutelas, a exemplo do artigo que trata da tutela de urgência de natureza cautelar antecedente de sustação de protesto. Nele, a autora descreve a interação entre os pressupostos comuns da tutela cautelar e da tutela antecipada no instituto do protesto, fazendo uma análise do procedimento extrajudicial dos tabelionatos de protesto. De grande valia apresenta-se, por igual, o artigo que, no âmbito da Tutela, enfrenta o tema do princípio da preservação da empresa frente à exigência legal de regularidade fiscal nas

recuperações judiciais. Nesse sentido, analisa-se o grau de interferência da exigência de regularidade fiscal, como condição para concessão de recuperações judiciais, no contexto da preservação da empresa no âmbito dos processos de recuperação judicial. Já no campo da saúde, importante estudo baseado na controvertida relação entre os usuários e os planos de saúde, revela os meandros da Tutela de urgência nas cirurgias bariátricas e reparadoras, tendo sido empregue o método dedutivo, com abordagem qualitativa, baseada em documentos legais, resoluções e julgados indexados nas plataformas dos tribunais consultados. Ainda no primeiro capítulo, vamos encontrar atualíssimo trabalho a respeito da tutela da evidência, nomeadamente os incisos II e III, do artigo 311 do Código de Processo Civil em contraposição com o princípio do contraditório insculpido pela Constituição Federal de 1988. Para o desenvolvimento dessa análise empregou-se o método hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Prosseguindo nessa temática, o livro apresenta uma acurada visão sobre a constitucionalidade e vedações legais à tutela de urgência em face da Fazenda Pública, mediante artigo em que se busca compreender a tutela provisória nesse âmbito jurisdicional, não sem antes apontar as controvérsias acerca da constitucionalidade e vedações legais a essa concessão. Por fim, encerrando o ciclo das Tutelas, foram analisadas as tutelas de urgência em face das astreintes na recusa de prestação de serviços das operadoras de planos de saúde. Sob a ótica fundamentada dos autores, trata-se de importante ferramenta de garantia do direito constitucional à saúde.

Em sua segunda parte, a obra aprofunda a questão da flexibilização normativa no processo civil, iniciando por inserir estudo abordando a exigibilidade de certidão negativa de débito tributário para a concessão da recuperação judicial, porém sob o enfoque da flexibilização da exigência conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nesse mesmo passo, é analisada a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos federais para venda de imóvel

de pessoa jurídica, bem como as consequências que poderão advir da sua não exigibilidade. Sob outra ótica, e tendo por tema central a instrumentalidade do processo e a consolidação da efetividade do acesso à justiça, o estudo do CPC é direcionado para a identificação da sua inter-relação com a Constituição Federal, no intuito de buscar não só a eficiência na prestação jurisdicional em si, mas a efetividade do princípio constitucional nesse aspecto tão importante para a cidadania.

Por fim, este assertivo trabalho acadêmico que ora apresentamos, apresenta mais um tema de grande atualidade e debate doutrinário. Trata-se da desconsideração da personalidade jurídica, bem como dos seus critérios de aplicação pela análise econômica do direito e inovação legislativa. A aferição desse instituto ocorre por meio de uma tendência atual de busca de critérios mais estáticos e seguros, especialmente porque estamos diante de uma complexa relativização da separação patrimonial do ente jurídico em face dos sócios que exercem a gestão empresarial.

Estamos certos, assim, de que esta publicação empresta mais uma importante colaboração para a formação e atualização da nossa doutrina jurídica, servindo ainda de fonte de consulta para estudos acadêmicos e universitários.

Sergio Victor Tamer



Seção

I

DAS TUTELAS

1

*Ana Grécia Almeida Rizzo Fontanela
Lidiana Costa de Sousa Trovão*

TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA CAUTELAR ANTECEDENTE DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO

***URGENCY GUARDIANSHIP
OF A PRECAUTIONARY
NATURE BACKGROUND
OF PROTEST WITHDRAWAL***

RESUMO

O presente artigo faz uma exposição Medida de tutela de urgência de natureza cautelar antecedente de sustação de protesto, descrevendo a interação entre os pressupostos comuns da tutela cautelar e da tutela antecipada no instituto do protesto. Destacando-se que para a concessão da tutela cautelar, o juiz deve se convencer sumariamente da existência do direito ou, no mínimo, cogitar a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente. Os elementos, apresentados ao juiz, devem de imediato demonstrar a credibilidade do direito invocado. Para tal objetivo a análise do procedimento extrajudicial dos tabelionatos de protesto demonstra que o rito é semelhante com o da ação executiva de títulos executivos extrajudiciais, previsto no Código de Processo Civil, pois o devedor é citado para pagar em 03 (três) dias, distinguindo-os porque no procedimento judicial procede-se à penhora, enquanto no cartório efetua-se o protesto. Em uma atuação sincrônica, a sustação do protesto não é assunto cambiário, apesar de, dada sua natureza impeditiva da concretização do ato notarial, intervenha na sua efetivação.

Palavras-chave: Procedimento extrajudicial. Protesto. Suspensão. Tabelionatos de protesto. Tutela de Urgência.

ABSTRACT

The present article makes an exposition Urgent guardianship measure of a precautionary nature antecedent of protest suspension, describing the interaction between the common assumptions of the precautionary guardianship and the anticipated guardianship in the institute of the protest. It should be noted that for the granting of precautionary relief, the judge must be summarily convinced of the existence of the right or, at least, consider the possibility of recognizing it in the context of exhaustive cognition. The elements, presented to the judge, must immediately demonstrate the credibility of the invoked right. For this purpose, the analysis of the extrajudicial procedure of protest notary offices demonstrates that the rite is similar to that of the executive action of extrajudicial executive titles, provided for in the Code of Civil Procedure, since the debtor is summoned to pay in 03 (three) days, distinguishing them because in the judicial procedure the attachment is carried out, while in the registry office the protest is carried out. In a synchronic performance, the suspension of the protest is not an exchange matter, although, given its impeding nature of the realization of the notarial act, it intervenes in its effectiveness.

Keywords: *Extrajudicial procedure. Protest. Suspension. Protest notaries. Emergency protection.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade o aprendizado do estudo da “medida de tutela de urgência de natureza cautelar antecedente de sustação de protesto”, apresentando as características jurídicas relacionadas à configuração do protesto extrajudicial na presente realidade brasileira. Para melhor entender a matéria, considera-se o protesto extrajudicial como uma ação notarial, que se estabelece gênero no qual são espécies o protesto cambiário e o não cambiário.

É isso que se buscará evidenciar ao considerar que, entretanto, as ambições dos elementos históricos, conceituais e funcionais do instituto, com específica atenção ao seu destaque nos órgãos de proteção ao crédito e ao seu emprego como meio de cobrança. Demonstrando de modo mais perfeito sua configuração, apresentam-se argumentos controversos, por exemplo o protesto por indicação simples do portador; a intimação ficta; títulos e documentos submetidos ao ato moratório e ao modo de como vem sendo ajustado em normas legais atuais e na jurisprudência.

A questão norteadora neste artigo é o dano originado à solvibilidade econômica das empresas credoras, na percepção onde um instituto tão considerável como o protesto, que tem por propósito fixar a mora da obrigação de pagar e diferentes benefícios como negativação em birôs de crédito, permanece afetado em seu desempenho por apreciação superficial do juiz da causa, retardando dessa maneira, o recebimento do crédito ou até não recebendo por motivo de prescrição intercorrente.

Para o desenvolvimento da pesquisa a metodologia a ser aplicada será a lógica-dedutiva, aonde se caracteriza, o preceito de referência bibliográfica e delimita-se o estudo da pesquisa, expandindo os princípios fundamentais relacionados à Tutela Jurídica das Relações Empresariais

TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Pela normatização do texto do Código Processo Civil, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente é uma subespécie da tutela de urgência que, por sua vez, constitui espécie da tutela provisória. A urgência ensejadora da tutela provisória corresponde, efetivamente, a qualquer situação apta a gerar dano irreparável.

Caracteriza-se pela busca em prol da garantia de um resultado útil para pretensão diversa denominada *principal*. Acrescenta Marcus Vinicius Rios Gonçalves (GONÇALVES, 2020, p. 561) que:

A tutela provisória pode ser classificada pela natureza, fundamentação ou momento em que requerida. Conforme a natureza, pode ser antecipada ou cautelar; quanto à fundamentação, de urgência ou de evidência; e quanto ao momento de concessão, antecedente ou incidental.

Para a concessão da tutela, em caráter antecedente ou incidental, são imprescindíveis os elementos que indicam a probabilidade do direito e do perigo ocasionado pela demora da prestação jurisdicional. Torna-se claro o objetivo de adiantar, provisoriamente, a eficácia da tutela definitiva cautelar, além de assegurar a eficácia futura da tutela definitiva satisfativa.

Ensina Kazuo Watanabe (2000) que o tempo responsável pela delonga da prestação jurisdicional pode comprometer a prestação da tutela jurisdicional ou nenhum proveito trazer àquele que a busca. Sendo manifesta a violação do direito, não há dúvidas de que possa ser acautelado antes ou durante o acerto ou mesmo na fase do cumprimento da sentença. A tutela cautelar antecedente, com requisitos consagrados no art. 300 do CPC, revela-se ampla e irrestrita comprovando que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* se coadunam ao caso concreto.

Apresenta como foco a satisfação futura da pretensão, ao contrário da tutela antecipada que proporciona a satisfação imediata do direito da parte, para garantia posterior da utilidade do processo. Nos dizeres de Pontes de Miranda "*a tutela cautelar garante para satisfazer*". (PONTES DE MIRANDA, 1998. p. 6). Existem diversas premissas quanto à natureza da tutela cautelar, das quais serão eleitas algumas delas.

A tutela cautelar pode ser vista, por parcela da doutrina, como assecuratória (MITIDIERO, 2019, p. 51)¹ da tutela consagrada pelo direito material, consistindo em um direito da parte e um dever do Estado. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 69-70)².

Por seu turno, Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 187) entende que a tutela cautelar antecedente, prevista entre os artigos 305 a 310 do CPC, tem natureza conservativa, tratando-se de tutela de urgência cautelar *ante causam* ou preparatória. O requerimento antecedente de uma tutela provisória de urgência demonstra o propósito de resguardar ou conservar o resultado útil do processo, em conformidade com o art. 300 do CPC.

Nesse sentido, evita-se que o processo enquanto instrumento seja inútil. Destaca-se que na sistemática do CPC vigente não mais se fala em processo principal, sendo que a pretensão principal

- 1 "[...] A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em "requisito negativo da tutela cautelar".
- 2 "A tutela cautelar tem escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade jurisdicional pleiteada em caráter "principal" – em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do § 7º do art. 273 do CPC). Tem a tutela cautelar dupla instrumentalidade (instrumento para a proteção de um outro instrumento, qual seja, o processo de conhecimento ou de execução). A tutela cautelar, a rigor, não realiza a satisfação da pretensão da parte, mas cria condições para que tal satisfação se dê, se acolhido o pedido principal. Tecnicamente, não há espaço para se falar em tutela "cautelar satisfativa". A rigor, se a medida é satisfativa não é cautelar; se é cautelar, não poderá ser satisfativa".

do autor, da cautelar antecedente, será formulada por aditamento nos próprios autos, art. 308 do CPC.

Ainda com a atenção voltada à natureza da tutela cautelar, Luiz Guilherme Marinoni (2017) entende que a tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material, assim como da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Não se baseia no direito de ação, mas no plano do direito material. Acrescenta que:

Se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado há aproximadamente um século, não é possível esquecer que o Estado constitucional tem o dever de tutelar os direitos fundamentais e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito. Assim, não há como deixar de enxergar na tutela cautelar um dever do Estado, imprescindível para se outorgar segurança às situações a que o Estado deve tutela jurídica, bem como para que a tutela do direito material possa ser prestada de forma efetiva. (MARINONI, 2017, p. 78).

O autor assevera que a tutela cautelar não deveria ser vista como instrumento apto a assegurar a utilidade do processo, pois a única utilidade que o demandante busca, quando vai a juízo, é a tutela do direito material. Portanto, a tutela cautelar deve estar relacionada com a efetividade da tutela do direito ou com a segurança da situação tutelável.

Para o autor, nesse segmento de raciocínio, a doutrina clássica ao entender que a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade do processo, assevera que tal efetividade estaria condicionada à prolação da sentença do litígio, ou seja, "*nasceria para morrer*". Assim, a considerar e defender que a ausência de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não se tratando de simples decisão proferida com base em cognição sumária, fez com que a doutrina incidisse em erro ao vincular o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.

Para os adeptos deste posicionamento, as sentenças condenatória, mandamental e executiva, por dependerem da execução, não podem substituir a tutela cautelar. A tutela cautelar não se destina a resguardar o processo que resulta em condenação, mas a garantir a frutuosidade da tutela do direito material que dependa de técnicas condenatória e executiva.

Dentro desse quadro, adere-se ao posicionamento de que a tutela cautelar se destina a assegurar o futuro resultado útil do processo, em casos nos quais a situação de perigo coloque em risco a sua efetividade.

INTERAÇÃO ENTRE OS PRESSUPOSTOS COMUNS DA TUTELA CAUTELAR E DA TUTELA ANTECIPADA

As tutelas de urgência, cautelares e antecipadas (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 607, v. 2)³, cingem-se nos requisitos comuns do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623, v. 1)⁴. A tutela de urgência tem como requisito o perigo na demora e coloca o direito material em risco, ainda mais que se trata de um litígio cuja comprovação e declaração ocorrerá ao final do processo. Para a concessão da tutela cautelar, basta que o direito em risco seja identificado como o interesse justificador ao direito de ação.

3 "Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como "fumus boni iuris") e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como "*periculum in mora*") (artigo 300, CPC)";

4 "[...] Não há mais exigências particulares para obtenção da antecipação de efeitos da tutela definitiva (de mérito). Não se faz a distinção de pedido cautelar amparado na aparência de bom direito e pedido antecipatório amparado em prova inequívoca".

Tomando como parâmetro o estreitamento entre os requisitos comuns, retorna-se à questão controvertida atinente à possibilidade, ou não, da aceitação de diferenciação de graus de cognição. Parte da doutrina entende que esse estreitamento provocou a *perda de sentido da discussão*, em torno dos diferentes graus de cognição judicial, na concessão da tutela satisfativa e cautelar. (MEDINA, 2016, p. 514).⁵

Para os adeptos desse posicionamento, pautava-se, inicialmente, na reflexão de que a cognição sumária realizada para o deferimento da tutela provisória satisfativa, era mais robusta do que a cognição para a concessão do pedido de tutela cautelar, que se mostrava superficial e não sumária (PAVONI, 2018, p. 384).

Sequencialmente, para os que assim compreendem, após a entrada em vigor do CPC, a discussão perdeu força, visto que o deferimento do pedido de tutela de urgência funda-se na existência do risco de dano, permanente ou de difícil reparação, que atenua a necessidade de o juízo analisar a probabilidade do direito.

Em contrapartida, o posicionamento, com o qual filia-se, aceita a possibilidade de diferenciação de graus, no que concerne à cognição, para a concessão da tutela cautelar e tutela antecipada. Ademais, determina o art. 300, *caput*, do CPC que para a concessão da tutela de urgência, devem estar presentes os requisitos positivos: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Neste sentido, conforme entendimento jurisprudencial, cabe ao juiz avaliar a existência de elementos que evidenciem a probabilidade de ter ocorrido o que foi narrado e quais as chances de êxito

5 "Os pressupostos para a concessão da liminar de urgência não são examinados separadamente e, depois, somados, como se se estivesse diante de uma operação matemática. Há mútua influência, verdadeira interação entre eles".

do demandante⁶. Em sucinta comparação, o art. 801, IV, do CPC/1973 determinava a exposição sumária do direito ameaçado, ao passo que o vigente art. 305 do CPC exige que a inicial, veiculadora da tutela cautelar antecedente, além de indicar a lide e seus fundamentos, proceda à exposição sumária do direito que se objetiva assegurar. Mencionadas expressões correspondem ao *fumus boni iuris*.

Para a concessão da tutela cautelar, o juiz deve se convencer sumariamente da existência do direito ou, no mínimo, cogitar a possibilidade de reconhecê-lo em sede de cognição exauriente. Os elementos, apresentados ao juiz, devem de imediato demonstrar a credibilidade do direito invocado. A *contrario sensu*, se em sede de cognição sumária a pretensão do autor revelar-se inviável, não haverá tutela cautelar a ser concedida.

O *fumus boni iuris* representa, para grande maioria da doutrina, a plausibilidade de existência do direito alegado. Na visão de Piero Calamandrei (2000) o requisito simboliza um juízo hipotético de probabilidade do direito da parte, sob cognição sumária. Havendo a possibilidade de ser acatado o pedido principal, haverá o *fumus boni iuris* da maneira como esclarece o autor:

6 "AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR ANTECEDENTE - CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - INADIMPLÊNCIA - INDÍCIOS DE FRAUDE - BUSCA E APREENSÃO - CABIMENTO. É cabível o deferimento de tutela provisória de urgência cautelar antecedente se preenchidos os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* previstos no art. 300, do CPC. Vislumbrando-se a probabilidade do direito do autor, que não recebeu o valor pactuado pela venda do veículo e havendo indícios de fraude na celebração do negócio, sendo os fatos objeto de inquérito policial para apuração da ocorrência de conduta criminosa praticada pelo comprador, bem como presente o perigo de dano diante do risco de deterioração ou ocultação do automóvel, mostra-se cabível o deferimento de medida cautelar para a busca e apreensão do veículo a fim de resguardar os interesses do credor. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Tutela provisória de urgência Cautelar Antecedente. AI nº 6020596-65.2020.8.13.0000, de Minas Gerais. Relator: Estevão Lucchesi. 14ª Câmara de Direito Civil. Minas Gerais, 25 de fevereiro de 2021. Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&total_Linhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=6020596-65.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquis ar. Acesso em: 23 nov. 2022.

Por aquilo que se refere à investigação sobre o direito, a cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar. O êxito dessa cognição sumária sobre a existência do direito tem, portanto, em cada caso, valor não de declaração, mas de hipóteses: *se essa hipótese corresponde à realidade se poderá ver somente quando for emanado um procedimento principal*. (CALAMANDREI, 2000, p. 99-100).

No entender de Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira (2021, p. 82), essa ideia é manifesta no sistema atual *“quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito”*, com acréscimo de requisitos mais detalhados. Prosseguem os autores no sentido de que há determinação expressa quanto à realização de um juízo de probabilidade, acerca do direito pleiteado, além de existirem elementos de fato e de direito que tornem evidente essa probabilidade.

Não é qualquer interesse que se mostra ensejador de tutela no processo, do mesmo modo que o juízo necessário não é o da *certeza* mas, nos dizeres de Humberto Theodoro Junior (2016), o de verossimilhança que se dá de forma provisória e sumária, de acordo com os elementos trazidos pela parte.

Cabe consignar que se da narrativa dos fatos, pelo autor da tutela de urgência, for alcançada a conclusão de que não há possibilidade de êxito, para o autor, na composição definitiva da lide, não seria o caso de deferimento do pedido⁷. O simples perigo de dano mostra-se insuficiente quando a tutela do direito material não

é provável ou verossímil, o que conduz a uma probabilidade relacionada à locução *fumus boni iuris*. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da conseqüente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas. A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam uma porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente. (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2007, p. 36).

A probabilidade da outorga da tutela do direito, além de representar um requisito da tutela cautelar, não pode ser afastada pela sua evidência, pois não pode existir situação que faça com que o juiz crie sua valoração para concessão da própria tutela do direito ameaçado. A tutela do direito não depende da elucidação de fatos ou, ainda, da produção específica de provas, além das provas documentais. O juiz tem o poder de formar sua convicção, inclusive sobre a oportunidade de quando conceder a tutela de direito. (MARINONI, 1994, p. 62-63).⁸

Oportuna a colocação de João Batista Lopes no sentido de que a probabilidade apresenta graus, de forma distinta da certeza. (ASSIS; LOPES, 2018, p. 102). Para o autor, a simples aplicação da

8 "A tutela cautelar tem como pressuposto o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do bom direito. Se tivermos mais do que o *fumus*, por serem desnecessárias outras provas além daquelas trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas situação em que o direito é evidenciável *prima facie*. Em situações como esta, como é absolutamente lógico, é completamente desnecessária a tutela cautelar e, muito menos, o processo de cognição exauriente que ele deverá seguir. Esta constatação é sobremaneira importante, e evidencia a necessidade de termos apenas medidas (sem processo) cautelares e antecipatórias dentro de um procedimento abreviado, que bem pode ser o ordinário com o julgamento antecipado da lide. Aparência, pois, é pressuposto tanto da tutela cautelar, como da tutela antecipatória, sendo completamente estranha, porém, a outra espécie de tutela de urgência, precisamente a do mandado de segurança, que possui procedimento abreviado, mas cognição exauriente".

regra do art. 300 do CPC não se preocupa com a diferença entre tutela antecipada e tutela cautelar. Esta última caracteriza-se pela instrumentalidade hipotética ou instrumentalidade ao quadrado, ao contrário da primeira que se destina a realizar o direito provisoriamente.

A tutela cautelar exige menos rigor do juiz para a sua concessão, não sendo possível afastar a distinção entre as modalidades, para acolhida ao fato de que a lei menciona o termo *probabilidade* como requisito suficiente para ambas. Portanto, para fins de obtenção da tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada, cabe ao autor convencer o juiz de que há uma probabilidade de que a tutela final lhe seja concedida (RIBEIRO, 2018, p. 208)⁹.

A convicção dessa probabilidade advém do perigo de dano, a reclamar uma tutela jurisdicional imediata. Encontra previsão expressa na regra processual, art. 300 do CPC, que traz a premissa de que ao juiz é suficiente a convicção da probabilidade, bastando que seja preponderante.

DO PROTESTO

O detentor do título possui direito ao crédito, para o exercício desse direito, em algumas situações, é necessário provar determinados fatos, como exemplo: não pagamento do título no vencimento, com o objetivo de cobrar dos devedores indiretos, conforme a Lei nº 9.492/97.

9 "O *fumus boni iuris* – ou, como também se costuma designar "aparência do bom direito" – ou ainda a probabilidade do direito é aqui empregada como sinônimo de uma comissão sumária, não exauriente, sem maiores preocupações em estabelecer graus distintos de intensidade para formar o convencimento do juiz. É, segundo pensamos, o quanto basta para bem situar esse requisito no plano da tutela de urgência; o resto é, com o devido respeito, "ser mais realista que o rei".

Em seu artigo Art. 1º, a Lei de Protesto de Título – LP, define o Ato como formal extrajudicial, destinado a provar (tornar público) o descumprimento da obrigação contida no título de crédito.

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. **Parágrafo único.** Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012) (BRASIL, 2012, grifos postos)

Nesse sentido, Fabio Ulhôa Coelho (2002, p. 104) define protesto como “o ato praticado pelo credor, perante o competente cartório, para fins de incorporar ao título de crédito a prova de fato relevante para as relações cambiais”. E segundo Fran Martins (1991, p. 87), “Protesto é o ato solene destinado principalmente a comprovar a falta ou recusa de aceite ou do pagamento da letra”

O protesto passa a ser compreendido como ato cambiário, público, solene e extrajudicial, feito fora do título, como meio especialíssimo de prova e não cria novos direitos, ou melhor, o é apenas um meio especialíssimo de prova, que goza de presunção, ao princípio inquestionável do fato demonstrado.

Nota-se que é extrajudicial não é meio de cobrança, mas apenas de prova de um fato relevante. Destacam-se as seguintes observações, a impossibilidade de substituição por outra forma de prova, pela fé pública do tabelião. Já o **ônus ao portador do título**, serve para provar que ele diligenciou no sentido de receber o valor mencionado no documento.

O título ao ingressar na serventia, é protocolado devendo ser obedecida a ordem cronológica da sua entrada. Posteriormente, o tabelião de protesto irá analisar tão somente os aspectos formais do título, não podendo investigar sobre a prescrição ou decadência

do documento. Esse procedimento é chamado de qualificação, sendo que o documento somente terá o seu prosseguimento obstado em razão de vícios extrínsecos ou ausência dos requisitos legais. (COELHO, 2002, p. 110).

Após a qualificação, o protesto deve ser lavrado em 03 (três) dias úteis e o devedor deverá ser intimado em 24 (vinte e quatro) horas, por correio, funcionário do cartório ou edital. Nesse momento, é possível que o apresentante retire o título da serventia antes da lavratura do protesto, ou ainda, é possível que o devedor requeira em juízo uma liminar para sustar o protesto, tudo conforme os artigos 9º ao 11 da Lei 9.492/1997.

A análise do procedimento extrajudicial dos tabelionatos de protesto demonstra que o rito é semelhante com o da ação executiva de títulos executivos extrajudiciais, previsto no Código de Processo Civil, pois o devedor é citado para pagar em 03 (três) dias, distinguindo-os porque no procedimento judicial procede-se à penhora, enquanto no cartório efetua-se o protesto.

Dessa forma, já é possível certificar que, pela semelhança de procedimentos a serventia extrajudicial já poderia ser uma “porta” importante como mecanismo adequado de solução de conflitos em que o credor é portador de um título ou documento, os quais representam uma obrigação certa, líquida e exigível.

DAS FINALIDADES DO PROTESTO

O protesto tem as seguintes finalidades: constrangimento legal; interrupção do prazo prescricional – art. 202, II, CC e; início da contagem de prazo, art. 40, L.P.

Art. 202/CC A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente.

Art. 40/LP Não havendo prazo assinado, a data do registro do protesto é o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação contida no título ou documento de dívida.

As modalidades de obrigações suscetíveis de levar a protesto estão no (art. 21, L.P.), pode provar vários fatos, como falta de devolução e cada um dos fatos provados por tal meio representará um tipo de protesto (BARBI FILHO, 1999, p. 48):

Falta ou recusa do aceite (letra de câmbio de duplicata) só pode ser realizado antes do vencimento do título; Falta ou recusa do pagamento, não é exclusivo dos títulos de crédito, pode ser utilizado para provar falta de pagamento em relação a qualquer documento de dívida que representem uma obrigação líquida e exigível, como exemplo, o contrato de compra e venda; Falta de devolução (duplicata), não há prazo para devolução, 24 horas, prazo razoável para alguns doutrinadores caso não tenha sido estabelecido outro prazo. A recusa da devolução representará recusa do aceite ou do pagamento. Falta de data do aceite, título com vencimento a certo termo da vista, aceite sem data.

Em todos os títulos de crédito cabe protesto por falta de pagamento da obrigação no vencimento.

SUSTAÇÃO E CANCELAMENTO DE PROTESTO

Note-se, que só compete a sustação se o protesto não constituiu registrado. Se estabelecer registrado, a ocorrência é de suspensão judicial de protesto, não de sustação, podendo ser solicitada liminarmente a suspensão de suas implicações, na mesma ação de cancelamento ou em medida cautelar incidente ou preparatória. (BIMBATO, 2016, p. 83).

Ainda é admissível o pedido de tutela antecipada para a imediata extinção de protesto de título prescrito, em ação de indenização por perdas e danos, até mesmo por danos morais

SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE PROTESTO

Não raro, quando chega a ordem judicial de sustação no tabelionato de protesto, devidamente solicitada, o protesto já foi registrado, episódio onde o tabelião necessita informar ao juiz o impedimento de executá-la. Diante disso, o juiz tendo conhecimento da ocorrência à parte requerente, pode esta solicitar que a sustação constitua convertida em suspensão dos efeitos do protesto. Diferentes ocasiões, a ordem judicial vem estabelecida em termos alternativos, originando a sustação do protesto ou, se já registrado este, a suspensão de suas implicações. (BIMBATO, 2016, p. 83).

A sustação precisa ser averbada no livro de protocolo, junto à anotação do referente título recebido para protesto. Em episódio de suspensão dos seus efeitos, compete ao tabelião averbá-la no correspondente registro de títulos e documentos protestados, onde não se será capaz de oferecer certidão, exceto ao próprio devedor,

ou suposto devedor, ou através de ordem judicial. (MARTINS, 1991, p. 110). Precisa também o notário informar às entidades de proteção ao crédito, a que remeteu relação dos protestos lavrados, o cancelamento das suas decorrências.

Conforme o disposto no art. 17, caput, da LP, necessitam continuar no tabelionato, à disposição do juízo respectivo, os títulos ou documentos onde o protesto estiver judicialmente sustado. Inclui o § 1º que o título, cujo protesto apresentar significado judicialmente sustado, somente é possível ser pago, retirado ou protestado com autorização judicial. (BIMBATO, 2016, p. 84).

Conforme com o § 2º, revogada a ordem de sustação, não tem obrigação de decorrer a nova intimação do devedor, necessitando o protesto ser lavrado e registrado até o primeiro dia útil seguinte ao do recebimento da ordem revocatória, salvo se a execução da medida estar sujeita de consulta a ser estabelecida ao apresentante, episódio onde o prazo será contado do dia da resposta oferecida.

Em conformidade com o § 3º, tornada decisiva a ordem de sustação, o título será conduzido ao respectivo juízo, quando não apresentar ordem expressa, onde qual das partes necessite ser conferida, ou, se decorridos 30 dias, onde a parte autorizada apresente comparecido ao cartório para retirá-lo.

PRESSUPOSTO DA SUSTAÇÃO

A sustação judicial tem como desígnio a invalidade do ato jurídico do protesto injusto, constitua através de inobservância das formalidades legais, esteja por ser ilegítimo ou impraticável o seu objeto. Conforme com o art. 185 do Código Civil, utilizam-se ao ato jurídico lícito, onde couber, os condicionamentos nele contidos no que se refere ao negócio jurídico lícito. (BIMBATO, 2016, p. 85).

Ao ato jurídico em definição estrita, assim como o do protesto, aplica-se essencialmente às normas do Código Civil sobre a eficácia e validade do negócio jurídico e, portanto, sobre sua nulidade. Assim sendo, nulo é o ato jurídico quando seu objeto for impossível ou ilícito, ou mesmo quando o ato não confirmar o modo prescrito em lei (Código Civil, arts. 104, II e III, e 166, II, IV e V, c/c art. 185).

PROTESTO INDEVIDO

O protesto injusto abrange três possibilidades: através de falta de observância das formalidades legais; através de ser juridicamente impraticável seu objeto; e através de ser seu objeto ilegítimo. Para as conclusões deste trabalho, titula-se o protesto, na primeira hipótese, protesto propriamente irregular, na segunda hipótese, protesto juridicamente impossível e, na terceira hipótese, protesto abusivo.

Ao protesto propriamente irregular, conforme Bimbato (2016, p. 86) refere-se a sustação correccional; ao protesto juridicamente impossível, e ao protesto abusivo, a sustação judicial *stricto sensu*.

PROTESTO FORMALMENTE IRREGULAR

Constata-se protesto formalmente irregular em episódio de erro de procedimento (*error in procedendo*) do oficial de protesto. Entre diversas ocorrências de *error in procedendo*, cita-se o de aceitar o tabelião a protesto título não protestável ou contaminado de vício formal. (BIMBATO, 2016, p. 86).

PROTESTO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL E ABUSIVO

É juridicamente improvável o protesto quando seu objeto estiver juridicamente impossível, como o protesto de cheque roubado, perdido, furtado ou fraudado, entendendo-se que o portador permaneça de boa-fé. Apesar signifique indevido o protesto, não se deve articular que seja abusivo, nessa circunstância.

O protesto é abusivo quando constituir ilícito o seu componente, como o protesto de cheque prescrito. Não tem competência o notário para indeferir o protesto de um título por pretexto de prescrição ou caducidade (LP, art. 9º). Apenas compete ao juiz para pronunciá-las. (MOTA, 1990, p. 3).

Nessas circunstâncias, a manifestação a protesto de título onde a dívida seja prescrita estabelece ato abusivo, originando a obrigação de reparar o dano, até mesmo dano moral. Como disserta Mota (1990, p. 3), no que diz respeito a protesto abusivo que, o protesto cambial, um instituto destinado, classicamente, somente a registrar de modo certo o pagamento dos títulos cambiais ou ausência de aceite, para segurança do mundo comercial, tem constituído utilizado, de maneira abusiva, para ameaçar o comerciante e subtrair pagamentos e aceites, em chantagem pura.

FINALIDADE DA AÇÃO

Segundo Orlando de Assis Corrêa, a ação de sustação de protesto apresenta consecutivamente o intuito de dificultar ao protesto de um título onde se tem por nulo, signifique por algum pretexto que lhe ocasione essa característica:

A ausência de apresentação da mercadoria, ou sua entrega esteja fora das normas do pedido, na ocorrência de duplicata; a deficiência de acerto prévio, como ao vencimento do título; A ausência de motivo, para sua emissão e; o mal-entendimento entre as partes, em relação a alguma condição do contrato que dê procedência ao título etc., tudo é pretexto para o pedido de sustação, com o propósito de que sem ameaça e sem pressão, possa ser tratado o direito de cada parte. (CORRÊA, 1986, p. 75).

Opta-se expor que a ação cautelar de sustação de protesto aponta a evitar um protesto inconveniente, quer por significar convencionalmente irregular, quer por significar seu objeto juridicamente impossível, quer por significar ilícito seu objeto.

PROTESTO NA JURISPRUDÊNCIA

A sustação de protesto é uma criação da jurisprudência. Ora, o protesto cambial é um direito do portador de um título de crédito. Todavia, existe o protesto necessário para assegurar o direito de regresso contra os endossantes e o sacador, e o protesto não necessário, denominado impropriamente facultativo, promovido pelo portador para cobrar a importância de um título ao devedor principal, como o aceitante da letra de câmbio ou da duplicata, ou ao emitente da nota promissória ou do cheque.

O protesto necessário para assegurar o direito de regresso não pode ser sustado judicialmente, sob pena de causar grave lesão ao direito do portador. (BIMBATO, 2016, p. 88). Quanto ao protesto facultativo, embora seja também um direito do portador, sua sustação não prejudica o direito de haver a importância do título do obrigado principal, justamente por não ser este um obrigado de regresso, mas obrigado direto, não sendo necessário, pois, o protesto para o ajuizamento da ação.

Com efeito, o protesto facultativo pode prejudicar a imagem do devedor, ou suposto devedor, restringindo-lhe o crédito e impedindo, no caso de o sacado ser comerciante, a compra de mercadorias a prazo e empréstimos bancários. Sensível a esse aspecto social da questão, a jurisprudência veio em socorro do devedor, ou indigitado devedor, concedendo-lhe medida liminar de sustação do protesto, especialmente quando abusivo.

PROTESTO DE DUPLICATA, QUANDO DEVOLVIDA A MERCADORIA POR DIVERGIR DO PEDIDO

De acordo com a jurisprudência do TJSP, cabe sustação de protesto ou dos efeitos do protesto quando a mercadoria for devolvida por divergir do pedido. (BIMBATO, p. 88, 2016).

Na APL n.º 201.196/SP, decidiu o Tribunal (ementa): "Duplicata. Protesto. Hipótese em que a devolução da mercadoria já havia sido comunicada, dada a divergência com o pedido. Saque e protesto indevidos. (20ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Luiz Carlos de Barros Figueiredo, publ. 21.08.2012.)"

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DO CREDOR E DO DEVEDOR RELATIVAS AO ATO DO PROTESTO

Atuação direta junto ao tabelionato O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional confere a todos o direito de socorrer-se ao

Judiciário para solução de suas controvérsias. Antes, porém, há que se mencionar a existência de medida direta junto ao serviço de protesto, que poderá obstar a efetivação do ato.

Trata-se do denominado contraprotesto, previsto no artigo 22, inciso IV, da Lei especial, que impõe ao notário, no registro do protesto, o dever de consignar as respostas eventualmente oferecidas após a efetivação da intimação. Sobre essa medida Celso Barbi Filho (1999, p. 42) informa que, frente às razões para não aceitar ou não pagar o título ou documento de dívida, os tabeliães de protesto poderiam deixar de lavrar o respectivo instrumento (BIMBATO, 2016, p. 88).

Na prática, segundo o autor, os tabeliães “preferem não atrair para si a discussão relativa ao título, e só deixam de lavrar o protesto mediante ordem judicial”. (BARBI FILHO, 1999, p. 42). Ary Brandão de Oliveira (1991, p. 25), com suporte no magistério de Pontes de Miranda, espousa posição pela qual o tabelião de protesto pode embargar a consecução do ato caso verifique existência de vício formal na documentação que lhe é apresentada ou “existem outras eventuais circunstâncias impeditivas do protesto”.

De fato, tendo ciência o notário de irregularidade que torne o ato viciado, ou temerário, tem o dever de evitar o trâmite do protesto. Equivocadamente, credores que veem frustrada sua pretensão em protestar solicitam ao juiz competente providência correccional. Ora, insere-se nas atribuições do tabelião a verificação de circunstâncias que poderão determinar a sustação do ato notarial. O juiz corregedor tem competência para apurar apenas se houve ou não desvio funcional, como o é deixar de receber o título para apontamento e não formular exigências escritas ao credor esclarecendo o porquê da não realização do protesto.

O interessado no ato moratório, diante da recusa do oficial público, desencadeará o competente procedimento de dúvida colimando provimento judicial que dê guarida, ou não, à sua pretensão.

CONCLUSÃO

Tendo em consideração a linha discursiva proporcionada no presente artigo, considera-se conter atingido chegar ao entendimento seguinte: a renovação da economia e da política, em específico em ocasiões de crise, não se dá somente através dos partidos políticos e, sim especialmente por toda a sociedade brasileira. Para esse fim, é considerável proporcionar propostas e debatê-las, antes de transformá-las em leis.

Em uma atuação diacrônica, a normatização do texto do Código Processo Civil, a tutela cautelar solicitada em caráter precedente é uma subespécie da tutela de urgência, que estabelece espécie da tutela provisória. Relaciona-se à tutela solicitada dentro do próprio processo onde se almeja, posteriormente, decretar o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa. O legislador prevê um próprio procedimento, ponderando a existência de um único processo.

Para a concessão da tutela, em caráter incidental ou antecedente, são indispensáveis os elementos que recomendam a perspectiva do direito e do perigo originado pelo retardamento da prestação jurisdicional. As tutelas de urgência, antecipadas e cautelares, envolvem-se nas condições e *periculum in mora* e comuns do *fumus boni iuris*.

Para a concessão da tutela cautelar o juiz necessita se persuadir de modo resumido da existência do direito ou, pelo menos, analisar a probabilidade de identificá-lo em sede de cognição exauriente. As informações, apresentadas ao juiz, necessitam de imediato evidenciar a credibilidade do direito apresentado. Com relação à tutela cautelar antecipada, o processo localiza previsão somente para a modalidade antecedente, artigos 303 a 304 do CPC.

O legislador, satisfatoriamente, achou um modo mais apropriado de regular a concessão de tutela não definitiva. A tutela

provisória de urgência revelou-se indispensável para diminuir as inflexibilidades processuais, nos casos onde ocorrências assim se façam indispensáveis, assim como é a ocorrência da urgência. No que lhe diz respeito, a tutela antecipada vigora com a finalidade de proteger o direito regulando pela sua fruição, ao passo que a tutela cautelar tem como intenção a proteção tornada ao processo, por meio de medidas que abonem a consequência útil do processo, abastecendo a complicação processual para uma prestação mais eficiente.

Em uma atuação sincrônica, a sustação do protesto não é assunto cambiário, apesar de, dada sua natureza impeditiva da concretização do ato notarial, intervenha na sua efetivação.

Trata-se de procedimento judicial cautelar, que tem por finalidade uma prestação satisfatória acautelatória de direitos ou assecuratória, com o fim de impedir, antes do julgamento da ação de executiva correlacionada ou cognição, o episódio de lesão irremediável ou de dano de difícil indenização.

É, deste modo, medida provisória, que, uma vez seguida de maneira preventiva, obriga o solicitante a indicar a chamada ação principal no prazo de trinta dias, sob pena de ineficiência da medida cautelar, e, de maneira incidente, tanto quanto de modo preparatório, fica submetida à decisão do processo fundamental.

O poder geral de cautela do juiz, uma vez que agregados seus requisitos básicos, além das circunstâncias gerais da ação, ou constituam o risco do retardamento na dissolução da pendência, a originar dano de complexa reparação ou insanável, e a perspectiva de um direito a ser resguardado.

De modo óbvio, conclui-se que a sustação precisa ser contestada antes de concretizado o protesto, sob pena de quedar sem motivo de ser. Sem a negativação, as informações das empresas de proteção ao crédito não são as mais fidedignas e atualizadas, onde restringe ainda mais o crédito às empresas e as famílias.

Isso em função de que, se o credor não consegue prever a expectativa de o consumidor saldar a dívida, não ousará dar crédito ou, na melhor conjectura, dará o crédito, porém cobrará taxas de concessão e juros mais elevados, que consigam garantir o risco de não recebimento.

Não se pode deixar de citar também que, atrelada à tutela jurídica das relações empresariais, o direito brasileiro abraçou a técnica legislativa da cláusula geral para introduzir em sua normatividade a ética como regra de conduta exigida das partes, concernindo ao juiz a função integrativa para determinar qual é a conduta adequada em cada caso concreto, na sustação do protesto.

Dentro da expressão "*dos deveres anexos*", determinados pela função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, coloca aos contratantes o cumprimento de obrigações acessórias para que a obrigação principal seja cumprida.

A vedação do comportamento contraditório, seu conteúdo, forma de aplicação e caracterização consiste na proteção à confiança e os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e boa-fé objetiva, que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Ao negociar, sabedora das limitações de informações das partes, contratos incompletos, sustação de protesto, causando o dano originado à solvibilidade econômica das empresas credoras, na percepção onde um instituto tão considerável como o protesto, que tem por propósito fixar a mora da obrigação de pagar e diferentes benefícios como negativação em birôs de crédito, permanece afetado em seu desempenho por apreciação superficial do juiz da causa, retardando dessa maneira, o recebimento do crédito ou até não recebendo por motivo de prescrição intercorrente.

Levando em conta, a empresa com certeza colocará na formação de preços uma parcela que corresponda aos custos da incerteza dos riscos, gerados durante as negociações. Ao repensar a situação, e percebendo a oportunidade de eventualmente encontrar o

equilíbrio no futuro, poderá a empresa optar por reduzir a parcela de preço decorrente do risco inerente à assimetria de informações, sendo, portanto, mais competitiva ao identificar que eventuais falhas, ainda que inconscientes, podem vir a ser sanadas por meio do provimento judicial.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

BARBI FILHO, Celso. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 346, p. 31-51, abr. jun. 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BIMBATO, Mário. **Protesto de Títulos, Sustação e Cancelamento**: como e quando requerer. 1 ed. São Paulo: Manole, 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 1.

CORRÊA, Orlando de Assis. **Processo Cautelar e Sustação de Protesto** - Teoria e Prática - Comentários, Formulários - 4 ed. São Paulo: Aide, 1986.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. **Manual de direito processual civil esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 1. ed. 2. t. São Paulo: RT, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: RT, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais** (processo civil moderno, v. 4). 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. Tutela provisória de urgência Cautelar Antecedente. AI nº 6020596-65.2020.8.13.0000**, de Minas Gerais. Relator: Estevão Lucchesi. 14ª Câmara de Direito Civil. Minas Gerais, 25 de fevereiro de 2021. Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=6020596-65.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquis ar>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MOTA, Pedro Vieira. **Sustação do protesto cambial**. São Paulo, Saraiva, 1990.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Tutela provisória**. São João da Boa Vista, SP: Editora Filomática Sorocabana, 2021.
- OLIVEIRA, Ary Brandão. Protesto Cambiário. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**. Belém. v. 52. p. 18-29. 1991.
- PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. *In*: BUENO, Cássio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao CPC**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t.6.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**. Tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (coordenadores). Arruda Alvim (Orientador científico). 3. ed. São Paulo: RT, 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2000

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Processo cautelar e procedimentos especiais. 8. ed. revista, ampliada e atualizada com a reforma processual – 2006/2007. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

2

*Anderson dos Santos Guimarães
Sergio Victor Tamer*

A TUTELA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA FRENTE À EXIGÊNCIA LEGAL DE REGULARIDADE FISCAL DAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

***LEGAL PROTECTION OF THE PRINCIPLE OF COMPANY
PRESERVATION IN FRONT OF THE LEGAL REQUIREMENT
OF FISCAL REGULARITY IN JUDICIAL RECOVERIES***

RESUMO

O presente trabalho tem por fim analisar o grau de interferência da exigência de regularidade fiscal, obtido por meio da Certidão Negativa de Débitos Tributários, como condição para concessão de recuperações judiciais, na consecução do princípio da preservação da empresa no âmbito dos processos de Recuperação Judicial, nos quais o objetivo mor é o soerguimento da empresa. Para tanto, fora selecionado recente julgado do Tribunal de Justiça da Comarca de São Paulo/SP, em Acórdão de registro n.º 2022.0000531012 exarado nos autos do Agravo de Instrumento de n.º 2006771-91.2022.8.26.0000, no qual a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, por unanimidade, provimento ao recurso para determinar que a exigência das certidões de regularidade fiscal seja observada quando da análise da concessão da recuperação judicial. Para que se cumpra satisfatoriamente o objetivo traçado, partimos do comparativo da evolução legislativa e jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro, ocasião em que se estuda as restrições existentes na lei e a corrente majoritária da jurisprudência que flexibiliza a exigência de regularidade fiscal com fundamento no princípio da preservação da empresa. Na sequência, traz-se à tona a análise do potencial alcance do julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo/SP em estudo, identificando uma tendência de consolidação de entendimento deste órgão pela exigência de regularidade fiscal e os possíveis impactos gerados tanto para as empresas em recuperação judicial quanto para outras que precisam fazer uso deste instituto jurídico. Em conclusão, o que se constatou foi que uma a decisão estudada não se trata de um julgado isolado, mas sim uma potencial tendência de novo paradigma do Tribunal em epígrafe. Dessa maneira, a exigência de regularidade fiscal como condição de deferimento de Recuperações Judiciais mitiga sobremaneira o princípio da preservação da empresa e, caso este novo paradigma se confirme, trará enorme prejuízo às recuperandas e dificulta o acesso à Recuperação Judicial por novas empresas.

Palavras-chave: Preservação da empresa. Regularidade Fiscal. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the degree of interference of the requirement of fiscal regularity, obtained through the Negative Certificate of Tax Debts, as a condition for granting judicial reorganizations, in the achievement of the principle of preservation of the company within the scope of Judicial Reorganization processes, in the which the main objective is the uplift of the company. To this end, a recent judgment of the Court of Appeals of the District of São Paulo/SP, in registration judgment nº 2022.0000531012 entered in the record of Interlocutory Appeal No. 2006771-91.2022.8.26.0000, in which the 2nd The Reserved Chamber of Business Law, unanimously, granted the appeal to determine that the requirement of tax compliance certificates be observed when analyzing the granting of judicial recovery. In order to satisfactorily fulfill the outlined objective, we start from the comparative of the legislative and jurisprudential evolution of the Brazilian legal system, occasion in which the existing restrictions in the law and the majority current of the jurisprudence that makes the requirement of fiscal regularity based on the principle of preservation of the company. Next, na analysis of the potential reach of the judgment of the Court of Justice of São Paulo/SP under study is brought to light, identifying a tendency towards consolidation of this body's understanding of the requirement of fiscal regularity and the possible impacts generated both for companies in judicial recovery and for others who need to make use of this legal institute. In conclusion, what was found was that the decision studied is not an isolated judgment, but rather a potential trend towards a new paradigm for the aforementioned Court. In this way, the requirement of fiscal regularity as a condition for granting Judicial Reorganizations greatly mitigates the principle of preservation of the company and, if this new paradigm is confirmed, it will bring enormous damage to companies under reorganization and make access to Judicial Reorganization difficult for new companies.

Keywords: *Company preservation. Judicial recovery. Tax regularity.*

INTRODUÇÃO

No ano de 2005 entrou em vigor a Lei 11.101, cujo objeto é regular a falência, a recuperação judicial e a extrajudicial do empresário e da sociedade empresária. Dada a vigência desta então nova legislação, no que tange à Recuperação Judicial, a apresentação de certidões negativas de débitos tributários passou a ser obrigação legal e requisito obrigatório para a concessão da recuperação judicial, conforme preconiza o art. 57 da citada legislação. Neste mesmo contexto, o Código Tributário Nacional prevê, ainda, que a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, segundo exegese do art. 191-A. Dessa maneira, o que se verifica é uma clara intenção do legislador no sentido da impossibilidade do processamento de recuperações judiciais sem que haja regularidade fiscal.

Ocorre que, no viés prático, tal exigência traduziu-se em uma obrigação “leonina”, que prejudicava sobremaneira as empresas que se socorriam deste instituto jurídico para tentar sobreviver e se reerguer. Em outras palavras, a previsão do art. 57 da Lei 11.101/2005 contraria a concretização do art. 47 da mesma lei, que preconiza o princípio da preservação da empresa como objetivo mor da lei em questão.

A partir desta constatação, os tribunais brasileiros firmaram posição no sentido de relativizar a exigência de regularidade fiscal, passando a emitir decisões afastando a exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débito Tributário para a concessão da recuperação judicial. Vale frisar que esta posição passou a ser jurisprudência pacífica nos tribunais pátrios.

A necessidade e relevância do presente trabalho pode ser observada a partir da publicação, em 18 de julho de 2022, do Acórdão de registro n.º 2022.0000531012 exarado nos autos do Agravo de Instrumento de n.º 2006771-91.2022.8.26.0000 pela 2ª Câmara

Reservada de Direito Empresarial. Isto porque o referido órgão julgador reformou a decisão proferida pelo juízo de base nos autos da Recuperação Judicial n.º 1002703-76.2020.8.26.0650, que tramita na 1ª Vara Cível de Valinhos/SP.

Nesta situação, o juízo de origem afastou a exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débito Tributário para a concessão da recuperação judicial e, em sede de Agravo de Instrumento, a corte, por unanimidade, deu provimento ao recurso para reformar a decisão e inadmitir o citado afastamento, contrariando toda a jurisprudência pátria e potencialmente iniciando um novo paradigma para as recuperações judiciais, eis que já há outras decisões no mesmo sentido no âmbito do tribunal em comento. Neste contexto, caso este novo paradigma se confirme, o que se verifica é um potencial prejuízo às recuperandas e dificuldade o acesso à recuperação judicial por novas empresas, mitigando sobremaneira o princípio da preservação da empresa.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o estudo de caso, eis que tem como ponto de partida a análise do Acórdão de registro n.º 2022.0000531012, do Tribunal de Justiça da Comarca de São Paulo/SP. Quanto ao método de procedimento de pesquisa, será utilizado o método indutivo, tendo em vista que parte de um caso específico (processo judicial e empresa recuperanda) e avalia a tendência de influência de toda a jurisprudência brasileira e impacto em incontáveis empresas. Em relação ao método de investigação, que corresponde às fontes que serão usadas no decorrer do trabalho, o estudo será constituído a partir de pesquisa bibliográfica (envolvendo a melhor doutrina pátria sobre o tema) e documental (englobando legislação e jurisprudência).

A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que só é possível avançar para o recorte proposto neste artigo se for satisfatoriamente compreendido o princípio da preservação da empresa. Desta feita, o objetivo desta seção é traçar notas sobre o processamento das recuperações judiciais no intuito de demonstrar o grau de importância deste princípio na lógica de construção de toda a Lei 11.101/2005 e 14.112/2020, bem como identificar que a exigência da regularidade fiscal prevista no art. 57 da primeira lei deve se submeter à regência principiológica da lei.

NOTAS SOBRE O PROCESSAMENTO DAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS

Inicialmente, vale informar que não se pretende aqui realizar uma análise profunda e crítica acerca do processamento das Recuperações Judiciais (RJ), sendo este tema para outras publicações. O que se pretende é tecer breves comentários sobre o tema na intenção de situar o leitor do momento processual em que a regularidade fiscal é exigida.

Dentro deste contexto, as Recuperações Judiciais são regidas pela Lei 11.101/2005, com posteriores modificações dadas pela Lei 14.112/2020, sem prejuízo de outras alterações promovidas por outras legislações. Dessa forma, a RJ é disciplinada pelos artigos 47 a 79 daquela legislação, que preconiza que tal instituto se desenvolve em três fases, quais sejam, (a) postulatória, (b) deliberativa e (c) de cumprimento (APRÁ, 2022, p. 16).

Na fase postulatória a empresa ingressa com o pedido de RJ apresentando sua petição inicial cujo principal objeto é demonstrar a crise econômico-financeira e suas causas, e anexar balanços patrimoniais, relatórios de sua contingência passiva, incluindo a parte que não sofra direta interferência nas negociações, e ativa e de seus bens, empregados, entre outras informações destinadas a comprovar sua viabilidade (APRÁ, 2022, p. 16), tudo isto observando as disposições dos arts. 48 e 51, da Lei 11.101/2005.

Apreciada e deferida a pretensão exordial, vários efeitos passam a vigorar, dentre eles se destacam (a) a nomeação do administrador, (b) dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, (c) suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, até o prazo de cento e oitenta dias e (d) demonstração mensal por parte do devedor das contas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial (NEGRÃO, 2014, p. 189).

Com isso, inicia-se a fase deliberativa, na qual deverão ser convocados todos os credores que discorrerão, principalmente, sobre o plano de soerguimento a ser apresentado (APRÁ, 2022, p. 18). Este plano deverá ser apresentado pela recuperanda e deve conter o detalhamento dos meios de recuperação, a demonstração de sua viabilidade econômica, mediante apresentação de documento técnico por especialista da área, que deve estar fundamentado em laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens do ativo do devedor que o acompanham (NEGRÃO, 2019, p. 190). Feito isto, o plano passará por uma análise judicial que deve ser estritamente ligada à sua legalidade, sendo que o juízo de adequação e oportunidade estará com os credores (APRÁ, 2022, p. 19).

Com a aprovação do Plano de Recuperação Judicial, surge o momento processual da exigência da regularidade fiscal. Nas palavras de Aprá (2022, p. 19-20):

Aprovado o plano, com ou sem a necessidade de deliberação assemblear, será, então, submetido ao crivo do juiz para sua homologação. É nesta fase em que o juiz deve, ou deveria exigir do devedor as certidões de integral regularidade fiscal, após o tempo de alívio nas excussões e de negociação que foi concedido ao recuperando. Tendo vislumbrado todos os requisitos, o pretor concede a recuperação.

Cumprida tal exigência, o magistrado proferirá sentença de concessão e homologação da Recuperação Judicial, sendo este o gatilho para o início da fase de cumprimento (art. 58, Lei 11.101/2005).

Dessa maneira, o que se observa é que a empresa recuperanda deve, nos termos acima postos, quitar (ou parcelar e manter em dia) todo seu passivo tributário antes mesmo de ter o plano de recuperação aprovado. Além disso, resta claro que este passivo não se submete ao *saty period* e, caso não seja possível obter a Certidão Negativa de Débitos Tributários, a Recuperação Judicial será indeferida independentemente de haver plano aprovado por todos os demais credores, resultando na falência da empresa, demissões, abalo econômico no mercado e débitos sem perspectivas de quitação.

Neste cenário, fica evidente a importância da discussão travada neste artigo, eis que o próprio procedimento legal coloca o princípio da preservação da empresa em cheque.

A REGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

A preservação da empresa é instituto previsto no art. 47, da Lei 11.101/2005 e diz respeito a promoção da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, da manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos

credores. Da leitura do epígrafado comando legislativo, observa-se que este artigo abre o capítulo da recuperação judicial, o que claramente demonstra a intenção do legislador em evidenciar o objetivo máximo da recuperação judicial. Portanto, é de se notar que a preservação da empresa é a mola mestra da RJ.

Dada tal importância, a preservação da empresa alcança *status* de princípio a partir da doutrina e jurisprudência. Neste sentido, Ricardo Negrão (2019, p. 129) aduz que “a partir da vigência da Lei n.º 11.101/2005, entretanto, encontramos na jurisprudência e na doutrina não poucas referências à expressão ‘preservação da empresa’ e a pretensão de a ela dar uso principiológico, mediante significação extraída sobretudo do art. 47 dessa lei”.

No caso da doutrina, o autor traz excelentes referências dentre as quais se destacam as lições de Rachel Sztajn (2007, p. 223):

A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.

Destaca-se também Jorge Lobo (2005, p. 104-105):

A recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento (...).

De igual modo, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 164) sustenta que “o instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada”. Nesta senda, imperioso gizar que o Princípio da Preservação da Empresa tem base constitucional no art. 170, CF, que é postulado fundamental do Direito Empresarial e que deve prevalecer no âmbito da recuperação de empresas da Lei n.º 11.101/2005 (GONÇALVES; SIRQUEIRA, 2016, p. 11).

Portanto, deve a RJ observar a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, CF) e, em nosso sentir, a preservação da empresa é a primeira medida a ser tomada para garantir tais postulados.

Corroborando com este entendimento Negrão (2019, p. 288) quando traz à discussão outras duas importantes lições. A primeira diz respeito à Spinelli, Tellechea e Scalzilli (2013, p. 32-33):

O princípio basilar da LFRE é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que em torno dela gravitam. Vale dizer, a empresa é a célula essencial da economia de mercado e cumpre relevante função social, porque, ao explorar a atividade prevista em seu objeto social e ao perseguir o seu objetivo (o lucro), promove interações econômicas (produção ou circulação de bens ou serviços) com outros agentes de mercado, consumindo e vendendo produtos, gerando empregos, pagando tributos, movimentando a economia, desenvolvendo a comunidade em que está inserida, enfim, criando riqueza e ajudando no desenvolvimento do País, não porque esse seja o seu objetivo final (de fato, não o é), mas simplesmente em razão de um efeito colateral e benéfico do exercício de sua atividade.

A segunda lição é de Gladston Mamede (2006, p. 182):

A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade. E, como vimos no volume 1 desta coleção, corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa, metanorma que é diretamente decorrente da anterior; é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.

Dessa maneira, resta evidenciada a regência do princípio da preservação da empresa nas recuperações judiciais.

A EXIGÊNCIA DA REGULARIDADE FISCAL

Em que pese o *status* de princípio e a força motriz exercida pelo instituto da preservação da empresa, a exigência de regularidade fiscal, nos termos posto pela própria Lei 11.101/2005 engessa a concretização do princípio, o que sugere certa “antinomia” de normas.

Isto porque o art. 47 da lei em epígrafe preconiza a preservação da empresa como objetivo mor da RJ, vários outros artigos oferecem condições de viabilização da superação da crise econômico-financeira e soerguimento da empresa (como é o caso do art. 52, II, que dispensa a apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades e do art. 52, III, que prevê o *stay period*) e, de outro lado, informa que os débitos tributários não se submetem ao rito da Recuperação Judicial e as execuções fiscais não são alcançadas pelo *stay period* (art. 6º, § 7º-B) e que a regularidade fiscal é condição sem a qual a RJ não será concedida (art. 57 e 58). Soma-se a isso a exegese do art. 191-A, CTN, que determina que a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos.

Diante desta situação, conforme mencionado no item 1, o que se observa é que a empresa recuperanda deve, nos termos acima postos, quitar (ou parcelar e manter em dia) todo seu passivo tributário antes mesmo de ter o plano de recuperação aprovado. Além disso, resta claro que este passivo não se submete ao *saty period* e, caso não seja possível obter a Certidão Negativa de Débitos Tributários, a Recuperação Judicial será indeferida independentemente de haver plano aprovado por todos os demais credores, resultando na falência da empresa, demissões, abalo econômico no mercado e débitos sem perspectivas de quitação.

A legislação, nesta senda, parece incorrer em um erro que inviabiliza a recuperação judicial, pois os encargos fiscais, em geral, são valores representativos no conjunto do passivo das recuperandas (GONÇALVES; SIRQUEIRA, 2016).

Tal situação depõe, claramente, contra a intenção da lei, seu objetivo e seu princípio norteador, que é a preservação da empresa. Em termos práticos, o que se passaria a observar seria, com a devida vênia para o trocadilho, a falência da recuperação judicial.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DA INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Diante do cenário posto em que, no aspecto “teórico”, há um possível erro legislativo e uma antinomia de normas que impedem a consecução do princípio da preservação da empresa e, no aspecto “prático”, há uma possível inviabilização da RJ, levando empresas à falência arcando com todas as consequências já

explicitadas, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência o enfrentamento destas questões.

No que tange à doutrina, já resta claro neste artigo que a posição quase uníssona é no sentido de elevar a preservação da empresa ao patamar de princípio e, portanto, esta noção deve permeiar toda a interpretação da lei. Apesar do fundamental papel da doutrina, esta não tem o poder de julgar casos concretos (embora muitas vezes sirva de fundamento para tal), papel este que é exercido pelo judiciário. Daí a necessidade de, agora, se ater à jurisprudência pátria e seu entendimento acerca do tema.

RELATIVIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOB O ARGUMENTO PRINCIPIOLÓGICO

De antemão, necessário pedir vênia ao leitor para informar que neste item serão colacionados alguns julgados que podem ser um pouco extensos, mas são de salutar importância para a compreensão da posição jurisprudencial brasileira.

Feito este esclarecimento, o desafio do Poder Judiciário é de, nos casos concretos, decidir, em última análise, se adota interpretação literal da legislação e passa a exigir a regularidade fiscal de maneira fria e inflexível ou se acolhe uma interpretação sistemática e mais condizente com o objetivo da Lei 11.101/2005 e suas alterações proporcionadas, sobretudo, pela Lei 14.112/2020, no sentido de honrar o princípio da preservação da empresa.

Neste diapasão, após análise de inúmeras decisões judiciais no âmbito das recuperações judiciais o que se percebe é que o Poder Judiciário adota, em sua grande maioria, postura no sentido de relativizar a apresentação de Certidões Negativas de Débitos Tributários como condição para concessão da RJ.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no âmbito da Recuperação Judicial da empresa SPIDO & AMP REGISTRADO LTDA, proferiu, no ano de 2020, decisão em sede de Agravo de Instrumento interposto pela recuperanda nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05. POSSIBILIDADE DE DISPENSA.

1. O objeto do presente recurso de agravo de instrumento consubstancia-se na possibilidade de dispensa de apresentação das certidões negativas de débitos tributários prevista no art. 57 da Lei nº 11.101/05. 2. **Em que pese a literalidade do disposto no art. 57 da Lei nº 11.101/05, à luz das circunstâncias do caso concreto, é admitida a aludida dispensa de certidões negativas tributárias a fim de prestigiar o Princípio da Preservação da Empresa nos casos em que a condição de apresentação de tais certidões se consubstanciaria em ônus excessivo à devedora e verdadeiro tratamento privilegiado à União, aos Estados e Municípios.** 3. Com efeito, a dispensa da apresentação de certidões negativas de débitos tributários não implica anistia das dívidas contraídas juntamente à Fazenda Pública, uma vez que, em consonância ao disposto no art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05, tais débitos podem ser livremente executados pela Fazenda Pública. 4. **Assim, imperiosa a reforma da respeitável decisão de Primeiro Grau, a qual exigia, para o prosseguimento da recuperação judicial e subsequente análise do plano de recuperação aprovado em assembleia-geral de credores, a apresentação das certidões negativas de débitos tributários.** **AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.** (Processo Al 0323734-33.2019.8.21.7000 RS. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Publicação: 11/05/2020. Julgamento: 15 de abril de 2020. Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva). (*grifos nossos*).

Na mesma linha, em um caso que tramita no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também em sede de Agravo de Instrumento

interposto pela União em face de decisão proferida em primeira instância nos autos de Recuperação Judicial da empresa Baduy & Cia Ltda., proferiu, em março de 2022, decisão com o seguinte teor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - **DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO - POSSIBILIDADE.** Não obstante a previsão contida no art. 57 da Lei nº 11.101/05, que exige a apresentação de certidão negativa de débito fiscal para a concessão da recuperação judicial, o art. 47 do mesmo dispositivo legal estabelece que o objetivo da norma é viabilizar a superação da situação de crise econômico financeira do devedor, permitindo a manutenção da fonte produtora e objetivando a preservação da empresa, de sua função social e o estímulo à atividade econômica. Assim, é possível a dispensa da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, sob pena de ensejar o engessamento de toda e qualquer recuperação judicial. (Processo: AI Nº 1.0000.21.048928-2/000. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Publicação: 07/03/2022. Julgamento: 22/02/2022. Relator: Wilson Benevides). (*grifos nossos*).

Outra decisão que converge com as epigrafadas foi proferida na Recuperação Judicial da empresa. Em sede de Agravo de Instrumento, o Tribunal de Justiça do Paraná proferiu, em 2018, Acórdão na seguinte linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS (OU POSITIVAS COM EFEITO DE NEGATIVAS) DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS, SOB PENA DE DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA DAS ORA AGRAVANTES. RECURSO DA RECUPERANDAS - **PEDIDO DE DISPENSA DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS - PROCEDÊNCIA - POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA NORMA QUE EXIGE A APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO**

DA EMPRESA -EXIGÊNCIA DAS CERTIDÕES QUE INVIABILIZARIA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS AGRAVANTES - **DISPENSA QUE NÃO INTERFERE NA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO FISCAL** - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NÃO SUBMETIDOS AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJ-PR - AI: 00408152820178160000 PR 0040815-28.2017.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargador Rui Bacellar Filho, Data de Julgamento: 21/06/2018, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/06/2018). (*grifos nossos*).

Arrematando a questão, importante destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que coaduna com os julgados acima e consolida seu entendimento nesta linha. Para tanto, colaciona-se abaixo Acórdão proferido pela citada corte nos autos da RJ da empresa EDEC - Engenharia, Construção e Comércio LTDA., que assevera:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. **EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. APRESENTAÇÃO DISPENSÁVEL.**

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aplicou exegese teleológica à nova Lei de Falências, objetivando dar operacionalidade à Recuperação Judicial. Assim, entendeu ser desnecessária a comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 21/8/2013). 2. Sem negar *prima facie* a participação de empresa em processo de licitação pela exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se a vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira. Precedentes: AgRg no AREsp

709.719/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/2/2016; REsp 1.173.735/RN, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 9/5/2014; AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2014. 3. Agravo não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1841307 AM 2019/0295908-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 30/11/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2020). (*grifos nossos*).

Por fim, no intuito de demonstrar ser majoritário tal entendimento no STJ, necessário trazer as palavras do Ministro OG Fernandes, quando do julgamento em Decisão Monocrática proferida em 2021, nos autos da RJ Rural da empresa Suporte Rural Comércio e Representações, Importação e Exportação LTDA., onde o julgador informa que a questão não é nova e o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pela desnecessidade de apresentação de certidões de regularidade fiscal como pressuposto para o deferimento da recuperação judicial. (STJ - REsp: 1962440 AC 2021/0303112-2, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 09/12/2021).

Neste contexto, o que se pode concluir é que é entendimento pacífico da jurisprudência pátria pela relativização da exigência de regularidade fiscal para a concessão da Recuperação Judicial. Afora isso, resta demonstrado que o argumento adotado pelo Judiciário para aplicar esta relativização é a primazia do princípio da preservação da empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações acima, é possível concluir que a exegese da legislação brasileira prevê, em inúmeros diplomas, tais como a Lei 11.101/2005, a Lei 14.112/2020 e o Código Tributário Nacional,

a exigência de regularidade fiscal (comprovada por meio da apresentação, pelas empresas recuperandas, das Certidões Negativas (ou Positivas com efeito de Negativas) de Débitos Tributários como condição indispensável para a concessão da Recuperação Judicial.

Indispensável, pois, tal apresentação se dá ao final da fase deliberativa, quando já há aprovação do Plano de Recuperação Judicial pelos credores, mas ainda pendente de homologação judicial, que somente ocorrerá caso as certidões em comento sejam devidamente apresentadas.

Contudo, esta condição, embora prevista na própria lei de recuperação judicial, extrajudicial e de falências, se traduz em uma exigência leonina ao devedor e tem um enorme poder de inviabilizar a superação da crise econômico-financeira, o soerguimento da recuperanda e a concretização do princípio da preservação da empresa, corolário da mesma lei e objetivo mor desta.

Até que se encare a árdua missão de promover alterações legislativas para que se afaste a rigidez da exigência de regularidade fiscal, as empresas (tanto as que já possuem pedidos de recuperação judicial em curso, quanto aquelas que enxergam neste instituto uma via para manutenção de uma atividade econômica sadia) buscam socorro e auxílio no Poder Judiciário.

Este, por sua vez, em sua grande maioria, tem proferido acertadas decisões no sentido de afastar e relativizar a exigência do art. 57, da Lei 11.101/2005, fundamentando seus entendimentos, como visto acima, no princípio da preservação da empresa.

Neste sentido, considera-se plenamente acertada esta postura da jurisprudência majoritária dos Tribunais e igualmente acertada a postura do STJ no sentido de consolidar seu entendimento nesta mesma linha. Isto porque, como afirma Mamede (2006, p. 182), o instituto da RJ, em última análise, traduz-se em proteção à sociedade

civil e ao Estado, que são beneficiários da atividade econômica prestada pela recuperanda.

Dessa forma, preservar a empresa é proporcionar o cumprimento da função social, sendo esta argumentação suficientemente capaz de afastar a mencionada exigência “leonina”.

REFERÊNCIAS

APRÁ, Lucas Figueiredo. A exigência de regularidade fiscal para a concessão da recuperação judicial: análise de sua viabilidade com o advento da Lei 14.112/2020.

Repositório UNICEUB. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/16184>. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no **REsp: 1841307 AM 2019/0295908-0.**

Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravado: EDEC - Engenharia, Construção e Comercio Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília-DF, 30 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206285230/inteiro-teor-1206285240>. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1962440 AC 2021/0303112-2**. Recorrente: União Federal - Fazenda Nacional. Recorrido: Suporte Rural Comercio e Representações Importação e Exportação Ltda. Relator: Ministro OG Fernandes. Brasília-DF, 09 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1337200027/decisao-monocratica-1337200056>. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Comarca de Belo Horizonte/MG. **Processo nº 0489282-15.2021.8.13.0000**. Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravado: Baduy & Cia Ltda. Relator: Desembargador Wilson Benevides. Belo Horizonte/MG, 07 de março de 2022. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000210489282000. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Comarca de Curitiba/PR. **Processo nº 0040815-28.2017.8.16.0000**. Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravado: Rojean Pack Industria e Comercio de Embalagens de Papelao Ltda e Outros. Relator: Desembargador Rui Portugal Bacellar Filho. Curitiba/PR, 25 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/835432341?s=paid>. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Comarca de São Paulo/SP. **Processo nº 2006771-91.2022.8.26.0000**. Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravado: Alternativa Serviços e Terceirização Em Geral Ltda. Relator: Desembargador Maurício Pessoa. São Paulo-SP, 08 de julho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI006QHKG0000>. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Comarca de Porto Alegre/RS. **Processo nº 0323734-33.2019.8.21.7000**. Agravante: União Federal - Fazenda Nacional. Agravado: SPIDO & AMP REGINATO LTDA. Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva. Porto Alegre/RS, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI006QHKG0000>. Acesso em: 03 de novembro de 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Coords.). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**, 2013.

LOBO, Jorge. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: art. 35 ao

art. 69 da lei n.º 11.101/05. *In*: TOLEDO, Paulo FC Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (org.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**, v. 3, p. 94-202, 2005.

MAMEDE, Gladston. Microatividades e pequenas atividades econômicas beneficiárias da lei complementar n.º 123/2006: o artigo 3º do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 4, n. 8, p. 101-132, 2006.

NEGRÃO, R. **Curso de Direito Comercial e de Empresa** [livro eletrônico]. v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos – v. 3 – 14 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616176/cfi/3!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 06 de novembro de 2022.

SIQUEIRA, Felipe de Poli de; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Questões Tributárias no Âmbito da Recuperação Judicial: Enfoque no Princípio da Preservação da Empresa. **Economic Analysis of Law Review**, v. 7, n. 2, p. 664-678, 2016.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação Extrajudicial de Empresas**. Local: Editora Quartier Latin do Brasil, 2013.

SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas: 2007.

3

*Danielle Flora Costa Borralho
Clara Rodrigues de Brito
Ricardo Pinha Alonso*

A TUTELA DE URGÊNCIA EM CIRURGIAS BARIÁTRICAS E REPARADORAS:

**UM ESTUDO BASEADO NA RELAÇÃO ENTRE
OS USUÁRIOS E OS PLANOS DE SAÚDE**

***EMERGENCY CARE IN BARIATRIC
AND REPAIR SURGERIES:***

***A STUDY BASED ON THE CONTROVERSIAL
RELATIONSHIP BETWEEN USERS AND HEALTH PLANS***

RESUMO

O direito à saúde no Brasil é considerado um direito fundamental em decorrência da ascensão dos direitos sociais, embora tenha previsão expressa no artigo 6º da atual Constituição Federal, nos artigos 196 a 200, o direito à saúde ganha escopo, dividindo-se em duas formas de prestação, a pública (oferecida de forma gratuita a todas as pessoas pelo Sistema Único de Saúde – SUS) e a privada (oferecida pela iniciativa privada, por meio de plano ou seguro saúde, denominada de saúde suplementar e regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar). Entretanto, o estudo em tela tem como escopo a saúde suplementar, que decorre da existência de um contrato privado de assistência, cujos agentes são o prestador de serviços com a obrigação de garantir o atendimento à saúde, e o usuário, que vê nesse contrato uma segurança, em ser atendido, sempre que for preciso. Contudo, há muitas controvérsias nessa relação devido aos influxos sobre a cobertura ou não de determinados procedimentos, tais como as cirurgias reparadoras para pacientes pós-bariátricos. Considerando o contexto narrado, apresenta-se a seguinte problemática: até que ponto a tutela de urgência nas cirurgias bariátricas e reparadoras pode ser considerada o melhor remédio para garantir a efetividade do direito à saúde do usuário de planos ou seguro saúde no Brasil? Para a pesquisa em voga, empregou-se o método dedutivo, com abordagem qualitativa, baseada em documentos legais, resoluções e julgados indexados nas plataformas dos tribunais consultados. Como resultado, a pesquisa concluiu que, embora a ANS já tenha se manifestado no sentido de defender que as cirurgias reparadoras de pacientes pós-bariátricos, possuem natureza reparadora e não estética, como defendidos pelos planos ou seguros de saúde, porém, a limitação imposta pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, devido à suspensão de todos os processos dessa natureza, salvo em casos urgentes, o ajuizamento da tutela de urgência para garantir a realização de tal procedimento, tem-se mostrado o melhor remédio para resguardar a efetividade de tal direito.

Palavras-chave: Cirurgias Bariátrica e Reparadora. Planos de Saúde. Saúde no Brasil. Tutela de Urgência.

ABSTRACT

The right to health in Brazil is considered a fundamental right as a result of the rise of social rights to such a level, although it has an express provision in article 6 of the current Federal Constitution, it is in articles 196 to 200 that the right to health gains scope, dividing two forms of provision, public (offered free of charge to all people by the Unified Health System -SUS) and private (offered by the private sector, through a health plan or insurance, called supplementary health and regulated by the National Supplementary Health Agency). However, it should be noted that the present study has supplementary health as its scope, which stems from the existence of a private assistance contract, whose agents are the service provider with the obligation to guarantee health care, and the user, who sees in this contract a security, in being assisted, whenever necessary, however, there are many controversies in this relationship due to the influences on the coverage or not of certain procedures, such as reconstructive surgeries for post-bariatric patients. Considering the narrated context, the following problem is presented: to what extent can urgent protection in bariatric and reconstructive surgeries be considered the best remedy to guarantee the effectiveness of the right to health of the user of plans or health insurance in Brazil? For the research in vogue, the deductive method was used, with a qualitative approach, based on legal documents, resolutions and judgments indexed on the platforms of the consulted courts. As a result, the research concluded that although the ANS has already manifested itself in the sense of defending that the reconstructive surgeries of post-baritic patients, have a restorative nature and not aesthetics, as defended by health plans or insurance, however, the limitation imposed by the Superior Court of Justice - STJ, due to the suspension of all processes of this nature, except in urgent cases, the filing of an urgent guardianship to guarantee the performance of such a procedure, has been shown to be the best remedy to safeguard the effectiveness of such right.

Keywords: *Bariatric and Reconstructive Surgery. Health insurance. Health in Brazil. Emergency Protection.*

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, no Brasil, é um direito social e fundamental, protegido pela Constituição Federal de 1988. Assim, todos em solo brasileiro terão direito ao acesso à saúde. Todavia, destaca-se que a saúde se ramifica em dois âmbitos, o primeiro oferecido pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, atendendo a todas as pessoas independentes da sua nacionalidade. E o segundo oferecido pelas prestadoras de serviço de saúde em caráter privado, denominado de saúde suplementar, tais operações são reguladas pela Agência de Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Primeiramente, destaca-se que o estudo lançado tem como intenção abordar a relação prestacional que engloba a saúde suplementar, já que esta decorre da existência de um contrato privado de assistência, cujos agentes são o prestador de serviços, cujas obrigações consistem em garantir o atendimento à saúde nos moldes elaborados no contrato de prestação de saúde, observando os limites estabelecidos dentro do rol exemplificativo autorizado pela Agência de Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

De outro lado, estão os usuários, que contratam tal serviço na expectativa de usufruir das prestações oferecidas por tais planos ou seguros saúde sempre que necessitarem. No entanto, essa relação é debatida devido aos influxos sobre a cobertura ou não de determinados procedimentos. Dentre eles, estão as cirurgias reparadoras para pacientes pós-bariátricos.

A cirurgia bariátrica é uma cirurgia de redução do estômago que visa reduzir a tolerância do estômago aos alimentos ou alterar o processo digestivo natural para reduzir, drasticamente, a quantidade de calorias absorvidas, promovendo, assim, a perda de peso. A cirurgia bariátrica costuma ser indicada para pacientes diagnosticados

com obesidade em grau II, que não obtiveram resultados satisfatórios em outros tratamentos recomendados para tratar tal situação.

Sopesando o cenário proposto, apresenta-se a seguinte problemática: até que ponto a tutela de urgência, nas cirurgias bariátricas e reparadoras, pode ser considerada o melhor remédio para garantir a efetividade do direito à saúde do usuário de planos ou seguro saúde no Brasil?

Buscando encontrar as possíveis conclusões para a problemática apresentada, empregou-se o método dedutivo, considerando-se que o estudo se apresenta com base na construção de uma estrutura lógica, partindo de uma ideia generalista apresentada pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre saúde, aplicada ao caso dos contratos com planos/seguros saúde na cobertura das cirurgias reparatórias em pacientes pós-bariátricos. Sedimentaram-se as premissas apresentadas na abordagem qualitativa, baseada em documentos legais, resoluções e julgados indexados nas plataformas dos tribunais consultados.

Assim, no primeiro tópico, a premissa apresentada visa apresentar os parâmetros do direito à saúde segundo o sistema jurídico brasileiro. A segunda premissa, trabalhada no tópico seguinte, busca demonstrar a controvertida relação entre as operadoras de planos/seguros saúde e contratantes dos serviços (pacientes). A última premissa apresentada possui como viés observar os influxos oriundos das decisões dos tribunais superiores sobre as cirurgias reparatórias pós-bariátricas.

Por fim, apresentaram-se as considerações finais da presente pesquisa à luz da dedução das premissas apresentadas. Nessa senda, o presente estudo busca lançar importantes reflexões sobre a problemática trabalhada no decorrer do artigo em tela.

O DIREITO À SAÚDE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã, justamente pela quantidade de direitos que concede e garante à sociedade. E, tratando-se de garantias, uma delas é o acesso à saúde, e as peculiaridades que a mesma envolve, seja a concessão gratuita de assistência à saúde, ou de forma privada, mediante contratos com planos/seguros de saúde.

O artigo 5º, da referida Constituição, abre um espaço enorme e inquestionável sobre as igualdades de todos os cidadãos que se fazem presentes em solo nacional. Assim, quando esta estabelece que “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” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p. 2), isso simplesmente garante o necessário, para que se tenha a proteção da saúde e, conseqüentemente, do direito à vida.

O direito à saúde na CF/88, também se faz presente, no artigo 6º, que retrata os direitos sociais brasileiros, sendo de competência comum à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, cuidar da saúde no Brasil, cada um dentro de sua jurisdição. No entanto, nos artigos 196 a 200 da CF/88, o direito à saúde ganha contornos definidos. Nesse viés, o artigo 196 assevera que “a saúde, é um direito de todos e cabe ao Estado, instituir políticas públicas sociais e econômicas, garantindo, o acesso universal e igualitário às ações e serviços, seja para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL; CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. p. 111).

No mesmo sentido, o artigo 197, também, determina a relevância pública, no que diz respeito às ações e serviços de saúde, bem como a quem cabe, e nesse caso, fica como dever do Poder

Público ofertar, conforme determinação legal, sobre a regulamentação, fiscalização, controle, e execução do serviço (BRASIL; CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Dessa forma, demonstra-se que o direito à saúde está atrelado a um direito fundamental, e essencial, previsto na Constituição, e, por essa razão, pairam sobre ele diversos debates sobre a capacidade garantidora do Estado, haja vista que há muitas variáveis a serem observadas, sobretudo a capacidade financeira.

De forma sintética, para *Yvonne Lambert-Faivre*, "a saúde não tem preço, isso é bem conhecido. Mas ela tem um custo e em todos os países industrializados a parte das despesas de saúde no PIB não para de crescer" (*apud* SCAFF, 2010, p. 09). Assim, destaca-se que a saúde, no Brasil, tem *status* de direito fundamental devido à ascensão dos direitos sociais a tal patamar.

Devido a sua relevância tanto no contexto interno quanto no externo, já que se trata de um direito intrínseco ao direito à vida, ele goza de parâmetros estabelecidos em âmbito internacional, atrelando-se às recomendações da Organização Mundial de Saúde – OMS. Nesse cotejo, internacionalmente, compreende-se o conceito de saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" (OMS, 1946, p. 01).

Desse modo, no momento em que a saúde passa a ser um direito fundamental de todos os cidadãos, acaba perdendo seu caráter assistencialista. A preservação da saúde se caracteriza pela prestação positiva, com a qual conta com a responsabilidade do Estado na busca de ações que tenham como interesse uma garantia que se atinja o bem-estar social por meio das políticas públicas. O direito à saúde é um dos poucos direitos sociais que possui regulamentação e densificação constitucionais (DALLARI *apud* MASSAU; RACKOW, 2021, p. 10).

Ao longo da evolução dos direitos, sobretudo o direito à saúde, aos poucos, desenharam-se diversos dispositivos, que pudessem garantir ou viabilizar a máxima efetivação do direito à saúde. Assim, compreendeu-se que esse direito consistia em um direito subjetivo pessoal, e que, portanto, não deveria ser somente prestado pelo Poder Público (SCAFF, 2010).

Partindo dessa constatação, o direito à saúde possui uma natureza bipartite. Nesse sentido, ele contempla nuances que integram “o direito da personalidade — inserido nos códigos civis em geral — e o direito fundamental, referido, também, pelos textos constitucionais, como expressão de fenômeno que se tornou comum nas últimas décadas” (SCAFF, 2010, p. 09).

Nesse sentido, conforme as configurações atuais da Constituição, coexistem duas formas independentes de prestação de serviço à saúde, ou seja, a rede pública e a rede privada. No que tange à rede pública, esta é disciplinada pela Lei n.º 8.080/90 (que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências). Todavia, é possível que haja a complementação feita por entidades privadas, por meio do credenciamento juntamente à Administração pública, que, por sua vez, é regida por princípios e regras de direito público.

Quanto à rede privada, diz-se que esta atua de forma complementar à rede pública, sendo disponibilizada por entidades privadas, que poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde – SUS, conforme as suas diretrizes, e, com a realização de contrato de direito público ou convênio, cuja preferência são as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Por essa razão, afirma-se que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

A saúde complementar envolve operações com planos e seguros privados de assistência médica contratada de forma privada pelo usuário. Entretanto, regulam-se as atuações da iniciativa privada pela

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e fiscalizadas pelos órgãos de auxílio e proteção ao usuário, como o Procon.

Contudo, quando há uma grande demanda de conflitos nas relações privadas que envolve a prestação do serviço à saúde, esta também reflete na seara pública por afetar o interesse da coletividade; e, ainda que tenha natureza privada, não escapa do controle, tampouco da fiscalização estatal, conforme determina a CF/88, em seu artigo 197 (FIGUEIREDO, 2012).

A plena realização do direito à saúde está vinculada à atuação do Estado, nas esferas dos seus Poderes e dos entes federativos. Pode-se analisar a atuação do Estado por meio do Poder Legislativo, ao legislar, do Executivo, ao concretizar direitos e ao executar políticas públicas, e do Poder Judiciário, ao julgar os casos de acesso a direito ou conflitos de interesses (AITH *apud* MASSAU; RACKOW, 2021, p. 10).

Cabe ao Estado o dever de regular o campo da saúde suplementar, efetuada por planos de saúde, delimitando a organização planejada do mercado de assistência privada, guiando os limites de atuação dos agentes econômicos, tais como os serviços médicos a serem prestados. A atuação desses agentes econômicos, que operam por meio da prestação de serviço de saúde suplementar, não pode violar as diretrizes estabelecidas pelo sistema jurídico brasileiro. Isso porque o direito de saúde suplementar envolve uma relação com diversos ramos do direito, tais como o direito civil, o direito do consumidor, direito empresarial etc. (FIGUEIREDO, 2012).

A saúde suplementar atende, inclusive, à própria Administração Pública, visando suprir uma deficiência dentro do Sistema Único de Saúde. Nesses casos, os contratos possuem natureza privada, precedido de licitação ou contratação direta devido à urgência, ou especificidade.

Dito isso, passa-se para a análise do escopo deste estudo, que versa sobre a saúde suplementar, especialmente a relação entre o contratante e prestador de serviço de plano/seguro saúde. Nesse sentido, estuda-se a relação contratual, devendo obedecer aos pressupostos e requisitos inerentes aos contratos. Entretanto, sobre a autonomia privada da vontade, esta, por sua vez, é restrita pelos limites estabelecidos pela ANS em relação ao prestador, e à aplicação direta do Código do Consumidor para resguardar os usuários.

Porém, os limites contratuais dessa relação esbarram em questionamentos que há tempos envolvem a saúde suplementar. Dentre eles, questionam-se, por exemplo, quais os limites para restabelecer a saúde de um indivíduo? Poderia um contrato, ou o próprio Estado, limitar o serviço de proteção à vida, ainda que seja uma relação privada?

Em razão desses questionamentos, a judicialização da saúde se tornou uma demanda corriqueira, abarrotando o judiciário de processos que buscam a aplicação da máxima eficiência na prestação de serviços de saúde privados. E, quanto mais o judiciário tenta resolver as demandas propostas para sua apreciação, mais o mercado se movimenta no sentido de equacionar os altos custos provenientes da relação controversa dos negócios relativos a planos ou seguros saúde (NASCIMENTO, 2018).

Por ser uma relação atrelada à regulação inconstante, devido às lacunas normativas, ou, ainda, o surgimento de novas patologias que afetam a sociedade, e conseqüentemente os contratantes desses serviços, equacionar o custo dessa transação é complexo, cabendo quase que sempre ao judiciário estabelecer o elo rompido entre os contratantes nas demandas que envolvem a capacidade de cobertura do serviço de saúde privada.

Embora essa relação contratual possua muitos influxos, defende-se que se estabeleça um critério racionalizador que possa abarcar a garantia do direito à saúde aos contratantes de tais serviços. Dedutivamente, caberia aos planos e/ou seguros saúde prover

a cobertura de todos os serviços que não fazem parte da rede pública de saúde, delimitando um teto de gastos que a empresa prestadora pudesse cobrir, independentemente do tratamento de saúde, sem que isso implicasse mais oneração para a sociedade.

A ausência de um critério racionalizador para equacionar tais demandas aumenta, substancialmente, os custos de transações em razão do número ascendente de ações judiciais que envolvem questões relacionadas às prestações dos serviços de saúde através dos planos ou seguradoras.

Arroladas a tais ponderações, passa-se para a análise da segunda premissa apresentada por esse estudo.

PLANOS DE SAÚDE *VERSUS* PACIENTES: O DIREITO DE ACESSO À CIRURGIA BARIÁTRICA E REPARADORA COMO TRATAMENTO MÉDICO, E NÃO COMO TRATAMENTO ESTÉTICO

Ao longo do tempo, a questão dos novos direitos envolvendo a saúde tem feito com que um número exponencial de ações seja ajuizado, tanto para o fornecimento de medicamento, quanto para realização de procedimentos. Esse crescimento, por sua vez, resultou em vários debates para tentar minimizar a judicialização do direito à saúde (MASSAU; RACKOW, 2021).

Entretanto, a análise das consequências dessa judicialização depende, do lado que esteja a defender. Ao garantir, por meio do acesso à justiça, o medicamento, ou o tratamento, que, antes não seria possível; de certo modo, resguarda-se e garante-se o direito fundamental à saúde. Todavia, isso gera um custo, e, é nesse ponto que também se questiona os possíveis impactos que as decisões do

judiciário possam gerar, considerando a capacidade financeira dos prestadores de serviço e do próprio Poder Público são limitadas.

Diante desse cenário, Guilherme Massau e Dienifer Rackow aduzem:

A atuação do judiciário é uma tendência identificada desde a década de noventa quando se iniciou uma fase de ações judiciais para obtenção de questões relacionadas à saúde. [...] Desde então, o aumento no número de ações buscaram e buscam, através do poder judiciário, a concretização do direito à saúde, já que o Poder Executivo não consegue satisfazer a demanda. São demandas que buscam principalmente a obtenção de medicamentos, atendimentos ou procedimentos cirúrgicos, dentre outros pedidos (MASSAU; RACKOW, 2021, p. 688).

A judicialização faz com que se discuta a legitimidade do Poder Judiciário, sobre questões processuais voltadas para o direito à saúde. Mas este detém a legitimidade para garantir o controle da tutela quando esta é insuficiente por parte do Estado, e, portanto, força aquele a analisar a atuação da prestação e da proteção da tutela (MARINONI, 2019).

Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico brasileiro permite que o direito à saúde seja efetivo, consentindo a possibilidade de pleitear, judicialmente, o tratamento ou medicamento, das seguradoras ou planos de saúde, muito em razão da ambiguidade dos contratos em formato adesão. Contudo, deve-se asseverar que se está diante de uma relação obrigacional regida por contrato.

Trata-se de um contrato de trato sucessivo, e, conceitualmente falando, conforme Aurisvaldo Sampaio, esses contratos constituem uma obrigação assumida pela operadora de planos, para com o consumidor em que este proporciona, cobertura dos riscos de assistência à saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador dos referidos

serviços. Esse tipo de contrato tem durabilidade de prazo indeterminado. Portanto, as prestações dos serviços, também, apresentam a mesma característica (*apud* PAULINO, 2016).

Os contratos de plano de saúde, além de serem regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, também, são regidos pela Lei n.º 9.656/1998 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde). Portanto, esses contratos de prestação de serviço, de fato, precisam ser protegidos pela legislação consumerista, considerando-se que o consumidor torna-se hipossuficiente economicamente; e por que não dizer emocionalmente, já que, quando busca o judiciário para requerer tal direito, se encontra vulnerável, necessitando da intervenção do Estado para restabelecer o impasse gerado pela relação negocial, que envolve a sua saúde ou de alguém próximo.

Por essa razão, adentra-se na discussão do uso dos serviços prestados pelos planos de saúde. Isso porque o ponto de vista de cada contratante é completamente diferente. Para o consumidor/ usuário, a contratação de um plano de saúde lhe traz segurança de poder ser atendido, de forma mais rápida, sempre que for preciso, sem ter de recorrer à rede pública de saúde. Portanto, o sentimento é de segurança, e proteção, especialmente porque estes buscam a proteção à saúde e, conseqüentemente, da vida.

Em contrapartida, essa não é a mesma visão das empresas de planos ou seguradoras de saúde, pois a atividade econômica pautada no lucro, inevitavelmente, se distancia do “ser” e se aproximando mais do “valor”, quanto à prestação dos serviços prestados por elas. Isso porque tais prestações são desenhadas num contrato, oriundo de uma relação puramente negocial, sedimentado no sistema de contrapartida, que consiste no pagamento *versus* prestação de serviço (NEGREIROS, 2006).

Quanto à interpretação dos tribunais ao que se refere tal relação, o entendimento tem sido mais extensivo e subjetivo, considerando-se a questão da essencialidade do objeto do contrato,

a fim de garantir o equilíbrio contratual. Isso porque os contratos, nesses casos, precisam interpretar as cláusulas, sobre o viés constitucional, considerando não apenas a dignidade da pessoa humana, mas também a função social dos contratos, além dos princípios como a boa-fé objetiva.

Assim, a atuação judicial, nos assuntos de assistência à saúde, tem sido bastante frequente, sobretudo para fazer cumprir a função social dos contratos a fim de garantir os direitos fundamentais previstos pela CF/88. A grande maioria das ações judiciais são por medicamentos, ou tratamento médico e cirúrgico, que, muitas vezes, não foram autorizados pelos planos de saúde.

Conforme previsão do art. 1º da Lei n.º 9.656/98, as operadoras de planos de assistência à saúde, além de terem que respeitar a legislação específica, precisam estar em consonância com o que dispões o CDC. Essa legislação apresenta o mesmo caráter do Decreto n.º 5.839/2006, o qual estabelece os critérios necessários para o funcionamento, vedações, exceções, e quais as obrigações dos planos de saúde. Conforme objeto do presente estudo, essas obrigações, também, envolvem os tratamentos previstos no artigo 10-A da Lei n.º 9.656/98, que trata sobre as cirurgias plásticas reconstrutivas, especialmente das mamas, decorrentes de tratamento de câncer.

Essa limitação, contida no artigo 10-A da Lei n.º 9.656/98 prevê, única e exclusivamente, a reparação dos seios para pacientes oncológicas. Por outro lado, há a situação da necessidade de cirurgia reparadora das mamas em caso de perda de toda a gordura dos seios para pacientes submetidas à cirurgia bariátricas.

A cirurgia bariátrica trata-se de um procedimento indicado para pessoas que sofrem com a obesidade e já tentaram emagrecer de várias maneiras, utilizando-se de tratamentos diversos. Mas não somente nesses casos, a cirurgia em questão também é indicada no caso de pessoas que sofrem de doenças graves, por conta da obesidade.

Atualmente, com a evolução da tecnologia, essas cirurgias podem ser realizadas por videolaparoscopia, ou seja, trata-se de uma cirurgia cuja técnica utilizada ocorre por meio de vídeo, em que se realizam alguns pequenos furos. Para o procedimento ou laparotômica, a cirurgia realizada ocorre por meio de uma incisão da parede abdominal, mas ambas estão garantidas pelo rol da ANS de procedimentos obrigatórios de plano de saúde, assim como a “dermolipectomia”, que se trata da retirada de tecido epitelial (pele) da região necessária. Todavia, esse último procedimento também é considerado uma cirurgia reparadora (MORAES, 2020).

Há planos/seguros de saúde que não liberam a cirurgia, quando solicitada autorização para esta, tendo como natureza o tratamento de saúde contra a obesidade, considerando-se o argumento de que tais cirurgias têm finalidades estéticas e funcional, por exemplo. Apesar disso, quando ajuizadas as ações, o entendimento dos tribunais é completamente diferente, e decidem, liminarmente, pela cirurgia.

Esse procedimento, também, é feito pelo SUS, que o opta como última medida a ser usada, além de fornecer os procedimentos de reparação. O Parecer Técnico n.º 12/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021 traz os requisitos necessários para a cirurgia bariátrica, conforme a ANS. Dessa forma, as operadoras de planos ou seguros de saúde devem observar tais orientações.

Embora seja um procedimento liberado pela ANS, isso não implica que, diante de toda a popularização, essa cirurgia será sempre autorizada pelas operadoras de planos/seguros de saúde; pelo menos não quando houver modalidade de tratamento.

Numa recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser ilegítima a negativa da cobertura bariátrica quando o procedimento é indispensável à vida da usuária do plano de saúde. Também será indevida a exigência de cumprimento do período de Cobertura Parcial Temporária – CPT, com a justificativa de que se

trata de doença preexistente, quando não se realizarem diligências que comprovem tal fato.

Trata-se do acórdão n.º 1369156, processo n.º 0713241962 0218070000, cuja, a Autora sofria de obesidade, grau I, diagnosticada com diabetes *Mellitus* tipo 2, há dez anos, tendo realizado vários tratamentos, sem sucesso, pelo que lhe foi indicada cirurgia bariátrica como tratamento para a obesidade mórbida. Na decisão, o entendimento dado pelo STJ, de que os contratos de plano de saúde, devem sempre considerar o CDC, e que as cláusulas de um contrato precisam sempre serem interpretadas de forma mais favorável ao consumidor (BRASIL; STJ, 2021).

Neste mesmo acórdão, considerou-se a possibilidade de se declarar a nulidade das cláusulas abusivas. E, por tal razão, o STJ consolidou orientação de que o plano de saúde até pode, por exemplo, restringir as doenças abrangidas pelo contrato, todavia, não poderão interferir no tipo de tratamento que o profissional da saúde determinar por mais adequado.

Portanto, aferiu-se que o rol da ANS é exemplificativo, não tendo peso, para afastar o segurado da cobertura da qual necessita. Nesse cotejo, os critérios determinados na Resolução da ANS, como sendo obrigatórios para que se possa autorizar a cirurgia em questão, não excluiriam o direito dos segurados que necessitam do tratamento por indicação do médico assistente da parte. E no caso em questão, a cirurgia, era o tratamento necessário e essencial para a vida da consumidora (BRASIL, STJ, 2021)

Outro caso emblemático, refere-se ao processo n.º 0814289-80.2022.8.19.0210, da 2ª vara Cível da Regional da Leopoldina/RJ de 2022, onde o plano de saúde, negou a cirurgia da consumidora, diagnosticada com obesidade grau 3, alegando que a documentação apresentada não atendeu aos critérios estabelecidos pela ANS. Mas, apesar do plano alegar a falta de preenchimento dos critérios previstos na ANS, o juiz, entendeu que a autora por sua vez, precisava da

cirurgia, justamente para restabelecer a sua saúde e a qualidade de vida, assim em sede de tutela de urgência o juiz, determinou, que a empresa de plano de saúde, autorizasse o procedimento cirúrgico.

Perante os casos apresentados, verifica-se que as decisões, seguem o mesmo entendimento, reconhecendo a abusividade, quando ocorre a negativa por parte dos planos de saúde, em autorizar a cirurgia bariátrica, pois o precedente do STJ, foi no sentido de dar ao profissional de saúde que o acompanha o paciente, instrumentos para o tratamento prestar o tratamento mais adequado.

No entanto, destaca que se trata de um precedente não pacificado. Conforme demonstra o processo n.º 07404853120208070001, Resolução n.º 65 CNJ, aplicado no acórdão n.º 1369827, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, publicada em 2021, em que pondera:

Apelação cível. Recurso adesivo. Consumidor. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Cirurgia metabólica. Bariátrica. Rol da ANS. Exemplificativo. Precedente **ainda não superado**. Ressalva. Equilíbrio contratual. Deferimento judicial. Excepcionalidade. **Diretriz de Utilização n.º 27. Requisitos não preenchidos. Obesidade leve. Ausência de violação ao direito à saúde**. Negativa regular. Danos morais ausentes. Sentença reformada (p. 01, grifo nosso).

A razão da negativa é justamente a falta do preenchimento dos requisitos, dessa forma, no caso em questão, o magistrado entendeu, que a autora não tinha os requisitos previstos para a cirurgia conforme a Diretriz de Utilização n.º 27 da ANS, visto que a obesidade que a mesma possuía, era considerada leve, muito mais parecida com sobrepeso, não teria a característica mais severa gerada pela moderada ou mórbida. Assim, o que se verifica como requisito para a concessão da tutela de urgência, seria o grau da obesidade, e as consequências à saúde que ela pode gerar.

Nada obstante, em todos os casos apresentados, as situações contemplam somente as cirurgias bariátricas, mas e como ficariam as cirurgias reparadoras, pode-se incluí-las como um tratamento novo, ou a continuação do tratamento de obesidade. Com a grande quantidade de perda de peso, muitas pessoas ficam extremamente flácidas, e com excesso de pele no corpo. Portanto, não adiantaria, apenas, perder o peso, e continuar com o sobrepeso de peles, tendo em vista que podem ocorrer outros problemas de saúde, especialmente as dermatológicas.

Considerando esse cenário, pode-se mencionar o julgado do STJ, no Recurso Especial n.º 1.832.004 - RJ (2019/0240574-9) que acatou o pedido feito pelo Núcleo de Defesa do Consumidor (NUDECON), da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, onde definiu que os planos de saúde, são obrigadas a cobrir as despesas de cirurgia reparadoras pós-bariátrica, porém os planos de saúde, negavam sobre a justificativa de que se tratava de procedimento estético.

Embora existam alguns embaraços para que o consumidor tenha acesso ao procedimento de cirurgias reparadoras pós-bariátricas, não se pode negar que tal direito é consistente e se faz necessário, pois a saúde abrange também o bem-estar físico e mental do paciente. Ademais, é possível intuir que a grande perda de peso acarreta o excesso de pele oriundos do tratamento de emagrecimento bariátrico.

Perante o exposto, passa-se a observar os efeitos das decisões nos tribunais, como terceira premissa, apresentada por esse estudo.

OS INFLUXOS ORIUNDOS DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE AS CIRURGIAS REPARATÓRIAS PÓS-BARIÁTRICAS: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO DANO DECORRENTE DA NEGATIVA DE CONCESSÃO PARA REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS REPARATÓRIOS

Diante dos números de vitórias alcançadas nos tribunais, que reconheceram a obrigatoriedade dos planos de saúde, em custearem tais cirurgias, a ANS, incluiu como sendo obrigatória a cirurgia reparadora pós-bariátrica. Quanto às intervenções cirúrgicas, estão inseridas, a mamoplastia, no caso retirada de pele ou gordura, e em algumas situações a colocação de próteses, dermolipectomia abdominal, braquial e crural, para retirada do excesso no abdômen, braços e pernas (CUNHA, 2019).

A negativa de tais procedimentos, podem gerar inúmeras consequências para o usuário do plano de saúde, que já estão com tratamento em curso para controle da obesidade, assim poderia ser possível, inclusive, falar sobre uma possível hipervulnerabilidade do usuário, em razão de todo o contexto envolvido.

Segundo Claudia Lima Marques, essa “hipervulnerabilidade, seria uma vulnerabilidade especial, do consumidor de um plano de saúde, que está em uma condição mais frágil, como exemplo o consumidor enfermo, ou idoso, ou por que não dizer psicologicamente abalado” (PEREIRA, 2019, p. 72).

Ademais, deve-se lembrar que a modalidade de adesão de tais contratos, são repletas de cláusulas ambíguas, nesse viés, destaca-se:

A posição da jurisprudência em relação à tutela dos direitos fundamentais, no que diz respeito à saúde, resta essencial por estabelecer que de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor, buscando assim reestabelecer a igualdade na relação e a proteção ao consumidor (FERREIRA; COSTA, 2018, p. 18).

Por se tratar de questões voltadas à saúde, as ações são realizadas com pedido de “tutela de urgência”, devido à urgência do procedimento. Conforme o art. 300 do CPC/2015, permite-se a concessão de tutela provisória quando houver perigo de dano ou ainda risco ao resultado útil do processo.

Quando se trata da tutela, é sempre importante estar presentes, o que dispõem os incisos XXXV e LXXVIII, do art. 5º da CF/88, ou seja, garante-se a todos o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão ao direito, em tempo razoável, isto é, sem dilações despropositadas. Que interpretados, junto a outros incisos do presente artigo, como LIV (devido processo legal), dão uma ênfase maior aos dispositivos. Tais princípios, garantem ao usuário do plano de saúde, o amplo, irrestrito e efetivo acesso ao Poder Judiciário, como uma medida assecuratória (ALVIM, 2017).

A tutela de urgência como um todo, “supõe a existência de uma situação de risco ou de embaraço à efetividade da jurisdição, a saber: risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante” (ZAVASCKI, 2009, p. 28).

Em todos esses casos, se está diante de questões relacionadas ao psicológico de uma pessoa, envolvendo então a autoestima, quando, por exemplo, uma mulher que perde uma grande quantidade de peso, ficando totalmente flácida, uma vez, que não se autoriza a cirurgia reparadora, é como se estivesse interrompendo um tratamento contra a obesidade. E para a mulher, isso pode ainda gerar um

impacto maior, quando a perda de peso, faz com que a mesma diminua bastante, os seios, a ponto de restar, somente, o excesso de pele.

Nessa situação a negativa dos planos de saúde, não autorizando a mamoplastia, por considerar apenas algumas situações para esta, como a retirada dos seios devido a um “câncer”, traz consequências semelhantes, ou seja, o sentimento e autoestima ficam completamente comprometidos.

Neste cenário, a constitucionalização do direito civil, passa a ecoar nos contratos os paradigmas da essencialidade, considerando-se o “ser” da pessoa e não somente o “ter”, como fator patrimonial. O princípio da dignidade da pessoa humana, e o equilíbrio contratual, diante da vulnerabilidade do usuário, precisam ser um fator determinante para a concessão da tutela de urgência (NEGREIROS, 2006).

Não se pode, nem argumentar aqui, a questão da irreversibilidade dos prejuízos decorrentes das tutelas antecipadas concedidas pelo Poder Judiciário. Haja vista que, não houve a quebra do contrato, o usuário, ainda que tenha a cirurgia concedida, continuará a arcar com as despesas contratuais, e se não houver confirmação da tutela concedida em sede antecipatória, ao final, há sempre a possibilidade de ela ser cobrada do usuário do plano de saúde.

Tais ações, ainda que tenham o manto da urgência tutelada, não significa dizer que já há um entendimento homogêneo ou pacificado, sobre o que vem a ser a ação de situação de risco, cabendo a análise criteriosa pelo julgador, que analisará caso a caso o caráter da urgência, e dos requisitos estabelecidos pelas legislações vigentes (MACEDO, 2020).

Nada obstante, conforme algumas decisões citadas no tópico anterior, verifica-se que quando se trata de saúde, é necessário analisar a essencialidade do objeto nas cláusulas contratuais, portanto, é preciso interpretar os contratos de assistência à saúde, à luz da constitucionalização dos contratos. Dessa forma, tendo o indivíduo,

preenchido os requisitos para a concessão das cirurgias bariátricas e reparadoras, a justiça necessariamente deve conceder a proteção à saúde do usuário em sede de liminar.

Embora pareça simples deduzir a afirmação acima, existem diversos influxos por conta da judicialização da saúde, nesse sentido, são inúmeras as ações contendo o objeto das cirurgias reparadoras pós-bariátricas, isso porque não há uma pacificação de tal entendimento. Sobretudo em relação à existência ou não do dano, ou do direito à cirurgia. Assim, para julgamento repetitivo, o STJ, decidiu por suspender as ações sobre o custeio das cirurgias plásticas pós-bariátricas, através de planos de saúde (BRASIL, STJ, 2020)

Por outro lado, quando se analisa os direitos em tela, especialmente, os pressupostos do direito contratual à luz do direito do consumidor, tais como, os princípios do equilíbrio contratual, a função social dos contratos, a boa-fé, entre outros, chega-se a não compreender, o porquê dessa discussão. Visto que, tais cirurgias, não se encaixam meramente em estética, já que a natureza da mesma decorre de um resultado comum do tratamento médico de redução do excesso de peso por comorbidades.

Nessa senda, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidirá, por meio do rito de recursos especiais repetitivos (número cadastrado 1.069), se os planos de saúde são ou não, obrigados, ao custeio de tais cirurgias. Desta, terminou-se a suspensão de todas as ações que estejam pendentes, individuais ou coletivas, que tenham o tema como objeto.

Contudo, um detalhe de suma importância, ficou fora da suspensão a concessão de tutelas provisórias de urgência, quando estas tiverem preenchido todos os requisitos para o seu deferimento. Nessa toada, a concessão da tutela, dependerá muito da situação de fato, e do seu caráter emergencial, dependendo aí, também da análise discricionária do juiz (BRASIL, STJ, 2020).

Vale lembrar que na decisão, demonstrou-se que há um número considerável de processos, com o mesmo questionamento, ou seja, se tais cirurgias, na verdade são reparadoras, ou meramente estéticas. E que existem Tribunais, como o de São Paulo¹⁰, o do Rio de Janeiro¹¹ e do Pernambuco¹², já possuem súmulas sobre a matéria. Apesar disso, o STJ, já tendo se manifestado sobre essas controvérsias, reconhecendo de forma geral, que tais cirurgias, não tem natureza somente estética, ainda, possuem muitas decisões ordinárias, que divergem do entendimento do STJ, portanto, recomenda-se que o Tribunal, firme um precedente qualificado quanto ao assunto (BRASIL, STJ, 2020).

No mais, ainda que os processos estejam suspensos, para a análise em questão, cita-se que a suspensão não é rígida, a ponto de não ser concedida, liminares, em caso de urgência. Essa decisão, também irá depender muito do médico, e o tipo de procedimento que o mesmo entender ser adequado para manutenção do estado de saúde do paciente.

Por fim, há de ressaltar que a suspensão desses processos, gerarão ainda mais prejuízos às partes, visto que terão seus processos parados, até que se decida, de quem é a razão, e em decorrência disso, o judiciário acabará ficando com um largo represamento de processos. Mas de fato, a judicialização da saúde, é o meio pelo qual se tenta equilibrar as tensões contratuais oriundas dessas controversas relações.

10 Súmula n.º 97 do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica. (SÃO PAULO; TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, s/p)

11 Súmula n.º 258 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador" (RIO DE JANEIRO; TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, s/p).

12 Súmula 30 do Tribunal e Justiça de Pernambuco: "É abusiva a negativa de cobertura da cirurgia plástica reparadora complementar de gastroplastia" (PERNAMBUCO; TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007, s/p).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante as premissas apresentadas, pode-se observar que a judicialização da saúde, decorre da controvertida relação existente entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores, sobretudo ao que se refere às lacunas emanadas do setor regulador, ou seja, a Agência Nacional de Saúde –ANS, que não deixa claro os limites de cobertura, já que o rol apresentado pela ANS possui caráter exemplificativo, cabendo ao judiciário analisar a partir das demandas propostas, a possibilidade ou **não de cobertura de determinado tratamento almejado.**

Ao que se refere às cirurgias reparadoras pós-bariátricas, a ANS possui resolução no sentido que tais cirurgias possuem natureza reparadora, e não estética, o que leva a deduzir que os planos ou seguradoras de saúde, devem cobrir tal procedimento, haja vista que o resultado do sucesso da cirurgia bariátrica é a perda de peso, o que consequentemente acarretará o excesso de pele e flacidez.

Entretanto, as cirurgias reparadoras estão atualmente suspensas, salvo em caso de tutela de urgência, onde a situação não comporta a espera, conforme entendimento do STJ, nesse sentido, pode-se afirmar que a judicialização de tal demanda através do pedido de tutela de urgência tem sido a única forma do contratante de plano ou seguro saúde, conseguir a prestação de tal serviço a fim de resguardar seu efetivo direito à saúde.

Por outro lado, não se pode omitir que as suspensões dos processos, geram para os usuários de plano ou seguro saúde, uma insegurança sobre a expectativa do direito à saúde gerada no momento da contratação do serviço, além de provocar um aumento considerável de ações judiciais para requerer a tutela de urgência para concessão de tal procedimento.

Por fim, concluiu-se que as cirurgias reparadoras pós-bariátricas devem ser analisadas sob o manto da orientação do direito à saúde que contempla o bem-estar físico, mental e social, nesse ínterim é extremamente complexo conceber que um paciente em situação pós-bariátrica consiga auferir saúde mental e social, diante da deformidade gerada no seu corpo pela grande perda de peso.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo A. **Tutela provisória**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547219154. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219154/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília - DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de nov. 2022.

BRASIL. **STJ suspende ações sobre custeio de cirurgia plástica por plano de saúde após bariátrica**. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/26102020-Para-julgamento-de-repetitivo--STJ-suspende-acoes-sobre-custeio-de-cirurgia-plastica-por-plano-de-saude-.aspx>. Acesso em: 28 nov. 2022.

CUNHA, Bruno. **Defensoria garante cirurgias pós-bariátricas pelos planos de saúde - Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. 2019. Disponível em: <https://dp-rj.jusbrasil.com.br/noticias/806949068/defensoria-garante-cirurgias-pos-bariatricas-pelos-planos-de-saude>. Acesso em: 27 nov. 2022.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça. **Acórdão n.º 1369827**, Apelação cível. Recurso adesivo. Consumidor. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Cirurgia metabólica. Bariátrica. Rol da ANS. Exemplificativo. Precedente ainda não superado, 2021.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; COSTA, Larissa Aparecida. Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade. **Prisma Jur**. São Paulo, v. 17, n. 1, p. 227-254, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/prismajv17n1.8144>. Acesso em: 28 nov. 2022.

FIGUEIREDO, Alexandre V. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2012.

MACEDO, Daniel. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**: Teoria e Prática. Editora Saraiva, 2020. E-book.. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590968/>. Acesso em: 27 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MASSAU, Guilherme Camargo; RACKOW, Dienifer Jacobsen. O Direito à Saúde e o Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais. **Revista Argumentum** – RA, Marília-SP, V. 22, n. 2, p. 677-695, Mai.-Ago. 2021.

MORAES, Isabella Maciel de. **Judicialização do Direito à Saúde nos Casos Privados de Cirurgia Reparadora Pós-Bariátrica**. TCC- UNICEUB, Brasília, 46 fls. 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14687/1/Isabella%20Morais%2021601297%20%282%29.pdf> Acesso em: 26 nov. 2022.

NASCIMENTO, Gisele. **O Direito à Saúde**: responsabilidade de todos (União, Estado e Município). 2018. Disponível em: [https://www.oabmt.org.br/artigo/402/o-direito-a-saude--responsabilidade-de-todos-\(uniao--estado-e-municipio\)](https://www.oabmt.org.br/artigo/402/o-direito-a-saude--responsabilidade-de-todos-(uniao--estado-e-municipio)). Acesso em: 24 nov. 2022.

NEGREIROS, TERESA. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro - RJ: Renovar, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE-OMS. **Constitution of the World health Organization**.1946. Disponível em: https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/publications/basic-documents-constitution-of-who179f0d3d-a613-4760-8801-811dfce250af.pdf?sfvrsn=e8fb384f_1&download=true. Acesso em: 24 nov. 2022.

PAULINO, Rodolfo Souza. **Inconstitucionalidade da rescisão unilateral em contrato coletivo de plano de saúde**. 2016. Dissertação (Mestrado em xxx) – Repositório Universidade de Marília, Marília/SP, 2016. Disponível em: <https://portal.unimar.br/site/public/pdf/dissertacoes/C855DEB643A6BFE14A0A3A6F6BA63F3E.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

PEREIRA, Renata Junqueira; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; FRANCESCHINI, Sylvia do Carmo Castro; PRIORE, Sílvia Eloiza. Característica da saúde do idoso brasileiro. **Revista Medica de Minas Gerais**, vol. 19, n. 01, p. 44-88, 2009.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 30**. 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/sumulas/sumula-n-30-do-tj-pe/1639646267>. Acesso em: 28 nov. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Súmula 258**. 2012. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/cirurgia.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal e Justiça. **Súmula n.º 97**. Súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2012. São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.

SCAFF, Fernando C. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2010.

ZAVASCKI, Teori A. **Antecipação da Tutela**, 7ª edição. Editora Saraiva, 2009. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502132672/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

4

*Diogo Emanuel de Souza Sales
Sergio Victor Tamer*

TUTELA DE EVIDÊNCIA E CONTRADITÓRIO:

**ANÁLISE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DOS INCISOS II E III, DO ARTIGO 311
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

PROTECTION OF EVIDENCE AND CONTRADICTORY:

***ANALYSIS OF THE (IN)CONSTITUTIONALITY
OF ITEMS II AND III, OF ARTICLE 311
OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE***

DOI: 10.31560/pimentacultural/2023.98065.4

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a (in)constitucionalidade existente entre a tutela da evidência, prevista no art. 311 do novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e o princípio do contraditório insculpido pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, este estudo se limitará aos incisos II e III do dispositivo processual mencionado. De início, não se pode deixar de olvidar que, com a “modernização” trazida pelo CPC/2015, os fins sociais, o bem comum e a dignidade da pessoa humana (art. 8º) tornam-se princípios balizadores de todo o ordenamento processual, os quais, por seu turno, encontram-se em harmonia aos preceitos estabelecidos pelo texto constitucional. Por outro lado, observa-se a antinomia entre a concessão da tutela da evidência, sem a prévia oitiva do réu, e o princípio fundamental do contraditório. Sopesando o contexto apresentado, a problemática do presente artigo, avaliou: a tutela da evidência, ao suprimir etapas lógicas procedimentais, possibilitando a concessão da tutela sem a prévia oitiva do réu, não estaria violando o princípio basilar do contraditório? Neste artigo, empregou-se o método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, concluiu-se que o princípio do contraditório, inegavelmente, tem ampla importância para o sistema jurídico brasileiro, uma vez que garante a participação e a possibilidade de as partes motivarem a decisão do juízo, assim, como, veda que o julgador prolate decisões inesperadas.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Constituição Federal. Contraditório. (In)Constitucionalidade. Tutela de evidência.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the existing (un)constitutionality between the protection of evidence, provided for in art. 311 of the new Code of Civil Procedure - Law No. 13,105, of March 16, 2015, and the adversarial principle enshrined in the Federal Constitution of 1988. Therefore, this study will be limited to items II and III of the aforementioned procedural device. At the outset, one cannot forget that, with the "modernization" brought by CPC/2015, social purposes, the common good and the dignity of the human person (art. 8) become guiding principles of the entire procedural order, which, in turn, are in harmony with the precepts established by the constitutional text. On the other hand, there is an antinomy between the granting of guardianship of evidence, without the prior hearing of the defendant, and the fundamental principle of adversarial proceedings. Considering the presented context, the problem of this article, evaluated: the guardianship of evidence, by suppressing procedural logical steps, allowing the granting of guardianship without the prior hearing of the defendant, would it not be violating the basic principle of the adversary? In this article, the deductive method and technique of bibliographic and documentary research were used. Finally, it was concluded that the contradictory principle, undeniably, is of great importance for the Brazilian legal system, since it guarantees the participation and the possibility of the parties to motivate the decision of the court, as well as, it prevents the judge from delaying unexpected decisions.

Keywords: Constitution. Contradictory. Code of Civil Procedure. Evidence protection. Federal. (Un)Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva verificar possível (in)constitucionalidade existente entre a tutela da evidência, estatuída no art. 311 do novo Código de Processo Civil, e o princípio do contraditório, preconizado pela Constituição Federal de 1988.

Nesta perspectiva, com a promulgação do CPC/2015, o Livro V do diploma processual veio dispor acerca das tutelas provisórias, as quais ganharam maior autonomia e segurança para a adequação das vicissitudes sociais, notadamente, no que se refere às demandas judiciais.

Com efeito, diante das constantes transformações sociais, surge a necessidade de se criar procedimentos mais céleres que busquem o resultado útil do processo, sem que, para isso, exija-se dos litigantes um extenso prazo processual para que alcancem a tutela pretendida.

Nesse contexto, o legislador, com o propósito de conferir maior efetividade aos princípios constitucionais da economia e celeridade processual, bem como do acesso à justiça, introduziu, no Título III, do Livro V, do novo CPC, a denominada tutela da evidência, espécie da qual são gêneros as tutelas provisórias.

A tutela da evidência objetiva proteger e resguardar aquela parte que possui um direito evidente, porém, nem por isso pode-se concluir que tal instituto foi positivado com os melhores contornos.

Fato é que, ao se possibilitar a concessão da tutela da evidência sem a necessidade da oitiva da parte contrária, questiona-se se o legislador mitigou o princípio do contraditório, princípio este de grande relevância no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio do contraditório constitui-se como elemento essencial da participação das partes litigantes no desenvolvimento processual, igualmente, na decisão do magistrado. Irrefutavelmente,

o contraditório possibilita aos demandantes discutirem o processo, apresentando provas e demais argumentos para o convencimento do juízo.

Não obstante, o que se discute é: a tutela da evidência, ao suprimir etapas lógicas procedimentais, possibilitando a concessão da tutela sem a prévia oitiva do réu, não estaria violando o princípio basilar do contraditório?

Diante desse contexto, o presente trabalho apresentará, no capítulo um, uma exposição acerca das tutelas provisórias, para, posteriormente, discorrer sobre o conceito e características da tutela da evidência.

Após, relatar-se-á sobre as funções dos princípios no ordenamento jurídico e, principalmente, sobre o princípio do contraditório, com o entendimento doutrinário acerca da sua definição.

Por fim, para a concretização deste artigo, empregar-se-á a metodologia hipotético-dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

TUTELA PROVISÓRIA, TUTELA DE EVIDÊNCIA E SEUS FUNDAMENTOS

A tutela provisória encontra previsão nos arts. 294 a 311, do Livro V do CPC/2015, os quais dispõem que ela poderá fundamentar-se em urgência - cautelar ou antecipada - ou evidência.

Para tanto, importante apresentar sua definição sob a ótica de conceituados autores, como Daniel Amorim Neves, que assim caracteriza o instituto:

Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo “liminar” pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo *liminar*, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados inaudita altera parte, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicando às espécies de tutelas provisórias, a *liminar*, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou de evidência antes da citação do demandado. A *liminar* assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza. (NEVES, 2016, p. 285).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, a tutela provisória pode ser definida como:

[...] 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. (BUENO, 2015, p. 119).

Nesse viés, é o entendimento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, (2016, p. 319), que conceitua o instituto “como a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas em situação de urgência ou nos casos de evidência”.

Revela-se, portanto, que a tutela provisória é fundamentada num juízo de probabilidade, uma vez que o magistrado não possui a confirmação do direito do tutelado ao julgar o pedido, mas tão somente um indício de que ele existe. Por seu turno, também subsiste o seu caráter provisório, haja vista que poderá ser denegada, revogada ou convertida em tutela definitiva.

Para além, a tutela provisória constitui-se como gênero, cujas espécies são classificadas como tutela de urgência, que se subdivide em antecipada ou cautelar, ou tutela da evidência.

Em breves linhas, cabe mencionar que o CPC destinou o Capítulo I, do Título II, do Livro V, da Parte Geral, para disciplinar tanto a tutela de urgência antecipada quanto a cautelar. A distinção entre elas reside no fato de que, naquela, busca-se satisfazer imediatamente a pretensão do autor, enquanto nesta, pretende-se assegurar o resultado útil do processo. (BUENO, 2015, p. 120).

Nesse sentido, assevera Theotônio Negrão que “a antecipação de tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal” (NEGRÃO, 2016, p. 365).

Por fim, enfatiza Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 3):

O CPC adotou a expressão **tutela provisória** como gênero, do qual são espécies a tutela conservativa e a tutela satisfativa. A tutela conservativa é cautelar, enquanto a tutela antecipada é uma tutela provisória, caracterizada por ser satisfativa de urgência. Por exclusão, se os textos normativos fossem lidos literalmente, a tutela de tutela antecipada e a tutela cautelar não poderia ser, propriamente, prestada por tutela antecipada. (*grifo nosso*).

De todo modo, tanto na tutela antecipada quanto na cautelar, podem ser observados os mesmos requisitos para a sua concessão, quais sejam, o *periculum in mora* (perigo da demora) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito).

Se, de um lado, a tutela de urgência impescinde da comprovação dos pressupostos acima mencionados, de outro, a tutela da evidência independe da demonstração de perigo ou de risco ao resultado útil do processo para que haja a sua concessão.

A seguir, explanar-se-á, detalhadamente, acerca da tutela da evidência, objeto central deste estudo.

TUTELA DE EVIDÊNCIA

Inicialmente, cumpre relembrar que a tutela da evidência não possuía previsão no Código de Processo Civil de 1973 como instituto autônomo. É o que adverte Humberto Theodoro Júnior:

[...] era utilizada em procedimentos especiais que previam liminares satisfativas, como as ações possessórias, o mandado de segurança, a ação monitória, a ação de busca e apreensão promovida pelo credor com garantia de alienação fiduciária, a ação de depósito, a ação de despejo por falta de pagamento, a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, entre outras. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 706).

Porém, uma vez que o objetivo do legislador do novo diploma processual foi o de fomentar a celeridade e a efetividade dos procedimentos judiciais, em razão, como já dito, da morosidade e do elevado número de processos existente no Judiciário, o CPC/2015 veio disciplinar a tutela da evidência no seu art. 311, com vistas a proporcionar uma maior redução do lapso temporal para a resolução dos litígios.

Nesse contexto, preteritamente, o Ministro Luiz Fux já havia alertado:

[...] situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada. (FUX, 1996, p. 305-306).

Isto posto, o art. 311, e seus incisos, do CPC/2015 assim dispõem:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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

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

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

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

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015)

Verifica-se que, consoante o parágrafo único do dispositivo legal, o juiz poderá conceder liminarmente a tutela da evidência, nas hipóteses em que i) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; ii) houver pedido reipersecutório fundado em prova documental em contrato de depósito, ocasiões em que será dispensada a prévia oitiva do réu.

Isso quer dizer que, o julgador, antes mesmo da citação da parte contrária, poderá conceder liminarmente a tutela da evidência, se demonstradas algumas das situações acima enumeradas. Esclarece-se que a tutela da evidência “se caracteriza por sua sumariade e provisoriedade da cognição, permitindo antecipar a fruição do bem da vida pleiteado em juízo pelo autor”, afirma Daniel de Oliveira Pontes (PONTES, 2016, p. 353).

De acordo com lições de Leonardo Greco, define-se a tutela da evidência como a “tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresenta prima facie indiscutível [...]” (GRECO, 2015, p. 204)

Por sua vez, o autor Paulo Guilherme Mazini entende que a tutela da evidência é:

Uma tutela diferenciada, caracterizada pela redução cognitiva tanto na sua amplitude (aspecto horizontal), quanto em sua profundidade (plano vertical), na medida em que a cognição sumária que caracteriza esta técnica processual é fundada em juízo de probabilidade ou verossimilhança, assim como ocorre com as tutelas de urgência. Isto ocorre porque, ao reportar-se em evidência, estamos diante de hipóteses em que a *fattispecie* invocada pelo autor está respaldada em critérios previamente estabelecidos pelo legislador, mas que exigem a prova documental necessária para formar-se a convicção quanto à probabilidade da existência do direito invocado, cuja concessão provisória é permeada especialmente pelo critério da efetividade da prestação jurisdicional, dispensando-se o *periculum in mora*. (MAZINI, 2020, p. 112).

Já o professor Nelson Nery Júnior se posiciona no sentido de que:

A tutela da evidência está vinculada ao que se chama de “direito evidente”, isto é, pretensões em juízo nas quais o direito se mostra claro, como o direito líquido e certo que autoriza a propositura de mandado de segurança ou o direito do exequente, representado pelo título executivo. O termo não se refere, pois, a um instituto em particular, mas a uma categoria de medidas que visam a resguardar esse “direito evidente”. (NERY JÚNIOR, 2016, p. 914).

Por fim, Alexandre Freitas Câmara ensina que a tutela da evidência:

[...] de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida

destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de periculum in mora. Está-se, aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo criada para os casos em que se figura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material. (CÂMARA, 2016, p. 167).

Pode-se dizer então que a tutela da evidência se baseia na apresentação de provas indispensáveis, em elementos bastantes que evidenciem o direito do tutelado, dispensando, por conseguinte, a configuração do *periculum in mora*, já que ela se fundamenta na evidência dos fatos, distinguindo-a da tutela de urgência.

Como bem pontua Pontes (2016, p. 353), diversamente da tutela de urgência – cautelar ou antecedente –, a tutela da evidência não abrange o “risco de ineficácia da decisão judicial ou de perecimento do direito controvertido”.

Porém, adverte Luiz Guilherme Marinoni que a sua adoção depende da observância de alguns fatores, tais como:

i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas no autor, como se esse fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômica. (MARINONI, 2018, p. 276-277).

Apresentadas as considerações acerca da tutela provisória da evidência, nos próximos tópicos, demonstrar-se-ão os pontos relacionados entre este instituto e o princípio do contraditório.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório encontra previsão no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “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” (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, posiciona-se Rosemiro Pereira Leal no sentido de que este princípio revela a “dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de manifestarem” (LEAL, 2014, p. 97).

Logo, o contraditório proporcionará aos litigantes “o exercício constante da fala, da argumentação e da discursividade”, relata Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 221), de forma que todos os fatos, provas e argumentações apresentados pelas partes sejam determinantes e vinculantes para a decisão do julgador.

Edoardo Flávio Ricci vai além, ao apontar que o contraditório se consubstancia:

Na fonte dos poderes das partes no âmbito do processo, tendo por meio dele a possibilidade de participar do desenvolvimento do procedimento e da construção da decisão, bem como a faculdade de oferecer a sua defesa, propor provas e assumir posição sobre teses e provas da outra parte ou determinadas de ofício pelo Juiz. (RICCI, 2006, p. 495).

Outrossim, Nery Júnior leciona que o contraditório se concretiza:

A priori, na materialização do direito de defesa propriamente dito, tendo íntima ligação com o princípio da igualdade das partes e do direito de ação, na medida em que

a Constituição, ao garantir aos litigantes o direito ao contraditório, “quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do próprio princípio do contraditório. (NERY JÚNIOR, 2002, p. 135).

Por conseguinte, inexistindo o contraditório, o processo “perde sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes” (LEAL, 2014, p. 99).

O princípio do contraditório, dessa forma, possibilita às partes arguirm suas teses de fato e de direito, bem como colacionarem aos autos suas provas, sempre em conformidade a um diálogo processual que proporcione ao julgador chegar a uma decisão mais justa e efetiva.

Relacionando o presente assunto ao tema central deste artigo, importante dizer que o legislador se preocupou em aproximar o novo texto do Código de Processo Civil com os preceitos estabelecidos pela CF/88.

Destarte, verificam-se, em sua redação, diversas normas que buscam assegurar o devido processo legal aos demandantes. Isso porque, por óbvio, os fundamentos do diploma processual civil devem ser norteados pelos preceitos insculpidos no texto constitucional.

Tanto é assim que, o referido Codex traz, expressamente, em seu art. 7º, o princípio do contraditório:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, ANO).

O princípio do contraditório consubstancia-se, assim, como direito fundamental da parte no exercício de sua defesa, ao lhe proporcionar a impugnação de atos, provas e documentos da parte ex adversa, assegurando, por conseguinte, segurança jurídica aos litigantes.

(IN)CONSTITUCIONALIDADE ENTRE A CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA E O CONTRADITÓRIO

Como mencionado anteriormente, a tutela provisória da evidência pode ser concedida independentemente da comprovação do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, sendo sua previsão contida no art. 311 do CPC.

Para o presente estudo, interessam tão somente as hipóteses dos incisos II e III do disposto legal supramencionado e a verificação de sua (in)constitucionalidade face o princípio do contraditório.

Com relação àquelas disposições contidas no inciso II, do art. 311, que permitem a concessão da tutela da evidência, quais sejam: quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalment e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, pode-se verificar que o CPC organizou uma estrutura de precedentes com a finalidade de promover julgamentos equânimes e extinguir a insegurança jurídica das demandas ajuizadas no Judiciário, utilizando, para isso, um conjunto de institutos que objetivam garantir a sua aplicação, como é o caso da tutela da evidência. (DIAS, 2018, p. 141-142).

Por “precedente”, entende-se que seja uma determinada situação que, independentemente de possuir efeito vinculante ou não, poderá “influenciar decisões futuras, restando nítido certo efeito coercitivo”, adverte Marchesi (2016, p. 30).

Apesar de o disposto legal possibilitar a concessão da tutela da evidência apenas nas hipóteses de enunciado de súmula vinculante e de julgamento de demandas ou recursos repetitivos, os autores Didier Júnior, Sarno e Oliveira (2015, p. 625) sugerem “uma interpretação sistemática teleológica e extensiva” dessa regra,

apoiando a possibilidade de concessão da tutela com fundamento “em tese jurídica firmada nos demais precedentes obrigatórios previstos no art. 927 do CPC” (ZAFONATTO; LUTZKY, 2020, p. 20).

A outra hipótese que autoriza a concessão da tutela da evidência está prevista no inciso III, do art. 311: quando houver pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Segundo Leonardo Ferres da Silva será concedida a tutela:

Nos casos em que há negativa na devolução do bem, contanto que o autor apresente prova documental demonstrando a existência do contrato de depósito, sendo determinada a entrega do bem com eventual fixação de multa por descumprimento. (RIBEIRO, 2018. p. 198).

Pois bem. No contexto do novo diploma processual civil - arts. 9º e 10 -, o contraditório vem concebido como garantia de influência e da não supressa, proporcionando o desenvolvimento de debates entre todos os envolvidos na lide – autor, réu e julgador. Veja-se:

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

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015)

O legislador pretendeu, então, que o contraditório garanta a prolação de uma decisão legitimada, uma vez que o seu teor não “soçobra diante das pré-compreensões para as quais o juiz obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar”. (NUNES *et al*, 2016, p. 216).

Isso quer dizer que, o contraditório assegura às partes demandantes o direito de convencimento do julgador. Dito isto, à parte contrária deve ser oportunizado o direito de ser ouvida antes da prolação da sentença, a fim de se evitar uma decisão surpresa (art. 9º do CPC). Se às partes é conferida tal prerrogativa, ao julgador cabe o direito de examinar as provas e documentos por elas apresentados (art. 10 do CPC).

Nesse sentido, pontua Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 92).

Interessantes são os dizeres de Streck, Delfino e Sousa (2017, p. 18) quanto à concessão da tutela da evidência face o princípio do contraditório:

Começamos pelo óbvio: respeito ao contraditório significa permitir que a democracia reflita luzes no ambiente processual. É direito de influência e não surpresa. Conquanto sua origem seja constitucional (CF/88, artigo 5º, LV), não se pode desprezar a importância de se regulamentá-lo também no âmbito da legislação infraconstitucional.

[...].

Por isso, prescreve o CPC-2015 que o juiz não está autorizado a decidir, em grau algum de jurisdição, com base

em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (artigo 10). Igualmente, impõe ao juiz o dever (artigo 7º, *in fine*) garantir aos litigantes sua participação efetiva na formação do provimento jurisdicional (=expressão do poder estatal), instalando perfeitamente a jurisdição no coração da democracia participativa como fator de legitimação democrática do poder estatal (BRASIL, CF, artigo 1º, parágrafo único *in fine*, 1988).

Nesse viés, Marinoni (2018, p. 338-340) sustenta a impossibilidade da concessão de liminar em tutela de evidência, em razão da manifesta violação ao princípio do contraditório, haja vista a “absoluta falta de racionalidade no dispositivo”. O doutrinador entende que o fundamento da evidência do direito se baseia na análise da defesa apresentada pelo réu, e, tendo em vista que não se pode presumir a comprovação de um fato sem a oitiva da parte contrária, há, incontestavelmente, a violação ao contraditório.

Especialmente no que se refere à concessão da tutela da evidência originada de prova documental (inciso II, do art. 311 do CPC), não raras vezes, o teor documental leva a diversas interpretações, acabando por ocasionar litígio entre os contratantes. “Comumente documentos são impugnados por contraprovas que eliminam por completo sua força probante. Assim, se o direito não corre risco de lesão não se justifica a redução do contraditório, o que, per se, deslegitima a vulneração do contraditório prévio” (STRECK; DELFINO; SOUSA, 2017, p. 18).

Quanto à incidência de tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou súmula vinculante (inciso II, do art. 311 do CPC), insta observar que, como bem apontam para o fato Streck, Delfino e Sousa (2017, p. 19.), tal disposição se baseia em “rasa compreensão dos precedentes, como se portassem sentidos prontos e acabados”. Ademais, afirmam que:

Decididamente, precedentes não dispensam interpretação. Eles sempre impelem o intérprete a apurar: i) a sua efetiva aplicação, dadas as semelhanças fático-jurídicas entre o caso anterior e o caso atual; e ii) se a norma a ele atribuída (*ratio decidendi*) está em conformidade com a legalidade constitucional. E não é trivial argumentar sobre distinção, superação ou inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de precedentes, como vem relevando a prática judiciária brasileira, a reforçar a necessidade de franquear a manifestação do réu antes da decisão.

Constata-se, assim, que, até mesmo precedentes, julgamentos repetitivos e enunciados de súmulas são sujeitos a interpretações. Logo, “a observância do contraditório é obrigatória não só na formação, mas também no momento de aplicação do precedente vinculante”. (ROCHA, 2018, p. 134), o que leva ao entendimento de que a concessão da tutela da evidência, também nesse caso, é eivada de inconstitucionalidade.

Por fim, no que diz respeito ao pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (inciso III, do art. 311 do CPC), parte da doutrina entende que, como o contrato de depósito firmado entre os contratantes pode levar a várias interpretações, a concessão da evidência sem ouvir a outra parte viola flagrantemente o contraditório.

Eduardo Lamy (2018, p. 30), em entendimento similar, alega que os incisos II e III possuem hermetismos, assim, é necessário que ao réu seja possibilitada a sua efetiva participação, para que haja “melhor enquadramento do precedente e o amadurecimento das alegações fato inerentes ao contrato de depósito”, sendo essencial, portanto, para configuração da evidência, o respeito ao contraditório.

Outrossim, Ribeiro (2018, p. 199) entende que não há razão de ser a “concessão de liminar em casos em que não há risco de dano ou de inutilidade do processo, uma vez que inexistem motivos para postergação do contraditório nessas situações”.

Por derradeiro, Lucas Buril Macêdo defende que:

Realmente, nada justifica a concessão liminar de tutela baseada puramente em evidência, vulnerando o direito fundamental ao contraditório, na contramão de sua crescente valorização democrática, e a própria estruturação procedimental exigida pelo Novo Código de Processo Civil, sem que qualquer outro valor constitucionalmente consagrado exija solução diversa (MACÊDO, 2015, p. 523-552).

A concessão da tutela da evidência, nos casos previstos nos incisos II e III, do art. 311 do CPC, traz, portanto, uma grande discussão acerca da sua inconstitucionalidade, posicionando-se este estudo no mesmo sentido. Ora, se não há a possibilidade de prévia oitiva do réu para se defender, estar-se-á, incontestavelmente, violando o preceito insculpido pelo princípio do contraditório, o que pode causar prejuízos à parte contrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da grande morosidade do Poder Judiciário brasileiro na consecução da prestação jurisdicional, os princípios constitucionais da economia, celeridade processual e do acesso à justiça acabam por ser desrespeitados, desestimulando à parte buscar o seu “direito” perante a justiça.

Destarte, o legislador buscou resolver a questão do abarrotamento dos processos no Judiciário e dos longos períodos de espera dos litigantes para ter sua tutela pretendida resolvida, positivando, no novo Código de Processo Civil, as tutelas provisórias, dentre as quais, encontra-se a tutela da evidência.

Não restam dúvidas de que as tutelas provisórias possuem função importante no sistema processual pátrio, já que proporcionam

uma tutela jurisdicional efetiva, porquanto possibilitam a proteção ou a antecipação dos efeitos da tutela final.

Para o presente trabalho, interessou tão somente a respeito da aplicação da tutela da evidência, mormente os incisos II e III, do art. 311 do CPC/2015. Esse instituto possui a finalidade de conferir maior efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, mas, desde que cuide de hipótese prevista em lei, em que há grande probabilidade de reconhecimento do alegado direito.

Ocorre que, diversamente do disposto nos arts. 9º e 10 do diploma processual, que garantem o princípio da não surpresa das decisões, o legislador possibilitou ao juízo a concessão dos efeitos da tutela, ainda que não haja a oitiva prévia da parte contrária.

Por seu turno, o princípio do contraditório, irrefutavelmente, possui grande relevância no ordenamento jurídico, uma vez que assegura a participação e a possibilidade de as partes motivarem a decisão do juízo, assim como proíbe que o magistrado prolate decisões surpresa.

Como consequência, a busca por uma resolução processual célere pelo Judiciário, por meio da tutela da evidência, acaba por violar o princípio do contraditório, o que leva a entender pela inconstitucionalidade dos incisos II e III, do art. 311 do CPC.

Há de ressaltar, por fim, que, a segurança jurídica deve prevalecer em detrimento da efetividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n.º 13.103, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Tutela de evidência**. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/9592064/Tutela_de_urg%C3%Aancia_no_Brasil. Acesso em: 22 nov. 2022.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**: tutelas de urgência tutela de evidência. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 8, v. 14, n. 1, p. 296-330, jul./dez. 2014.

GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, n. 15, 2015.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. **Revista dos Tribunais**, v. 40, n. 242, p. 523-552, abr. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARCHESI, Arthur Gouveia. **Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação conforme o novo CPC**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, Franca, 2016.

MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da Evidência** – perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes: da vinculação à democratização**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processual Civil Comentado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle *et al.* O contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC 2015. In: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** - Normas Fundamentais. Salvador: Juspodivm, v. 8, 2016.

PONTES, Daniel de Oliveira. A tutela de evidência no Novo Código de Processo Civil: uma gestão mais justa do tempo na relação processual. **Revista de Processo**, ano 41, v. 261, p. 341-368. 2016.

RICCI, Edoardo Flávio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ROCHA, Alexandre. **Julgamento de casos repetitivos e processo constitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

RUBIN, Fernando. **A dicotomia entre a concessão liminar da tutela provisória de evidência e a concretização do princípio do contraditório**. 2017. Disponível em: <https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/566714926/a-dicotomia-entre-aconcessao-liminar-da-tutela-provisoria-de-evidencia-e-a-concretizacao-doprincipio-do-contraditorio>. Acesso em: 23 nov. 2022.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorioevidente-inconstitucionalidade>. Acesso em: 23 nov. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZAFONATTO, Nathália Gobbi; LUTZKY, Daniela Courtes. **A concessão de liminar em tutela de evidência e o princípio do contraditório**. 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2020/08/nathalia_zafonato.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

5

*Flávia Thaise Santos Maranhão
Clara Rodrigues de Brito
Ricardo Pinha Alonso*

TUTELA PROVISÓRIA NO PODER PÚBLICO:

**UMA VISÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE
E VEDAÇÕES LEGAIS À TUTELA DE URGÊNCIA
EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA**

PROVISIONAL GUARDIANSHIP IN THE PUBLIC AUTHORITY:

*A VIEW ON THE CONSTITUTIONALITY
AND LEGAL PROHIBITIONS TO EMERGENCY
GUARDIANSHIP IN THE PUBLIC TREASUR*

DOI: 10.31560/pimentacultural/2023.98065.5

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro, por meio do Código de Processo Civil e legislação extravagante, prevê a possibilidade de concessão de tutela provisória em situações desfavoráveis ao poder público, com o intuito de contornar as consequências negativas do tempo no processo. Neste artigo, busca-se compreender a tutela provisória aplicada contra a Fazenda Pública. Observaram-se as controvérsias acerca da constitucionalidade e vedações legais à concessão da tutela de urgência em face do Poder Público. Utilizou-se o método dedutivo, com abordagem qualitativa, baseada em documentos legais e bibliográficos indexados. Diante dos fatos, constatou-se que as vedações à concessão da tutela de urgência em face do Estado são compatíveis com o ordenamento jurídico. Contudo, é plenamente possível situações que não levem ao afastamento de tais vedações, como a concessão de medidas urgentes que tenham interpretação mais restrita da jurisprudência.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Fazenda Pública. Tutela de Urgência. Vedações Legais.

ABSTRACT

The Brazilian legal system, through the Code of Civil Procedure and extravagant legislation, provides for the possibility of granting provisional guardianship in situations unfavorable to the public authorities, in order to circumvent the negative consequences of time in the process. In this article, we seek to understand the provisional guardianship applied against the Public Treasury. There were controversies about the constitutionality and legal prohibitions on the granting of urgent protection against the Public Power. The deductive method was used, with a qualitative approach, based on indexed legal and bibliographic documents. In view of the facts, it was found that the prohibitions on granting urgent relief against the State are compatible with the legal system. However, situations that do not lead to the removal of such prohibitions are fully possible, such as the granting of urgent measures that have a more restricted interpretation of case law.

Keywords: *Constitutionality. Emergency Guardianship. Legal Fences. Public farm.*

INTRODUÇÃO

Observa-se, atualmente, que o Direito Processual se adequa às peculiaridades do direito material e, na abordagem das tutelas, é necessário que haja um processo a fim de garantir o direito específico, mediante regras processuais apropriadas.

No que diz respeito à Fazenda Pública, esta se submete a princípios e regras de direito público, tais como legalidade, presunção de legitimidade dos atos administrativos, autoexecutoriedade dos atos administrativos e supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, os processos em que a Fazenda Pública é participante devem observar a esses princípios e regras, uma verdadeira tutela diferenciada, considerando que há tutelas provisórias concedidas contra a Fazenda Pública e regras que as restringem.

A Fazenda Pública traduz a atuação do Estado em juízo e, na seara do Direito Processual, refere-se, também, ao poder público em juízo. A administração pública, quando ingressa em juízo por meio de suas estatais, autarquias, fundações, órgãos com capacidade processual, recebe o nome de Fazenda Pública, considerando que seu erário abarca os encargos patrimoniais da demanda.

O Código de Processo Civil (CPC/15) apresenta as tutelas provisórias em um mesmo gênero, com diversidade de regimes. Com isso, considerando-se que o processo constitui o caminho que leva à tutela do direito, organizaram-se as formas de tutela jurídica em definitiva e provisória, sendo a definitiva de cognição exauriente e a provisória é de cognição sumária e em juízo de probabilidade, podendo a provisória ser antecipada e cautelar.

Diante dessas primeiras observações, ressalta-se como escopo deste artigo a análise da tutela provisória contra o poder

público, sendo o limite a abordagem da visão da constitucionalidade e das vedações legais.

O objetivo geral do presente artigo é compreender as controvérsias sobre a constitucionalidade e as vedações legais à tutela de urgência contra a Fazenda pública.

Visa, ainda, especificamente, caracterizar as tutelas provisórias e suas classificações; analisar a tutela de urgência contra a Fazenda Pública; apresentar visão sobre a constitucionalidade e as vedações legais da tutela de urgência em face do poder público.

Nesse sentido, abordar-se-á a seguinte problemática: diante da tutela de urgência aplicada em face da Fazenda Pública, quais as controvérsias e limitações existentes que podem impactar à constitucionalidade e às vedações legais?

Para a realização da pesquisa, empregar-se-á o método científico de abordagem dedutivo, pois se parte da perspectiva ampla da tutela provisória, chegando, especificamente, à tutela de urgência aplicada ao poder público, com a técnica de pesquisa bibliográfica sistematizada, de caráter exploratório com levantamento de autores, publicações científicas, decisões de tribunais superiores e da legislação pertinente. A metodologia utilizada será a de pesquisa bibliográfica descritiva, em que se buscou verificar quais as controvérsias e limitações que podem impactar a constitucionalidade e as vedações legais existentes no recorte temático.

O presente estudo é importante, pois a decisão que defere ou indefere a tutela provisória faz repercussão direta na parte, ou envolvendo quem requereu e teve negado seu pedido, ou envolvendo quem teve contra si concedida a medida.

Nesse sentido, apresenta justificativa social, por se tratar de um tema essencial à aplicação e eficiência do Direito Processual nas demandas que possam tramitar no judiciário brasileiro.

O estudo proposto colabora, pois, para o enriquecimento das pesquisas atuais no que diz respeito à realidade da tutela de urgência contra o poder público.

CARACTERIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA CLASSIFICAÇÃO

As tutelas provisórias no Brasil passaram por estágios de evolução, iniciando com o Regulamento 737 de 1850, em seu Título VI, prevendo processos preparatórios, preventivos e incidentes, trazendo a primeira Lei Processual Brasileira para causas comerciais e depois aplicada às cíveis. Posteriormente, cita-se o CPC/1939 que tinha previsão de capítulo para medidas preventivas no Livro V – dos processos acessórios. Seguindo a ordem cronológica, o CPC/1973, com Livro III, específico para processo cautelar e prevendo procedimentos cautelares. Ainda a Lei n.º 8952/1994, trazendo ao CPC/1973 a antecipação dos efeitos da tutela de natureza satisfativa. Por derradeiro, o CPC/2015, que traz a tutela antecipada e a cautelar como espécies do gênero tutela provisória, trazendo, ainda, procedimento prévio e específico para as tutelas antecipadas e cautelar requeridas em caráter antecedente, também prevê a tutela de evidência, por meio de hipóteses específicas de tutela provisória, que independem da demonstração de urgência (LOPES JUNIOR, 2022).

O Código de Processo Civil (CPC/15, artigos 294 a 311) trouxe modificações no tratamento das tutelas provisórias, no que diz respeito à adequação de procedimentos, bem como à efetividade da norma, por meio da unificação parcial das tutelas de urgência.

É relevante mencionar que a chamada tutela cautelar não é provisória, e sim temporária e que as tutelas satisfativas, de urgência e ou de evidência, são provisórias, devendo ser confirmadas ou não na

decisão final. “Já a tutela satisfativa, de urgência ou de evidência, pode ser definitiva, segundo CPC art. 1012, § 1º, V” (CUNHA, L., 2020, p. 324).

Nesse sentido, agregou-as num só gênero, designando-o de tutela provisória e inovou, possibilitando o requerimento das tutelas provisórias em momentos processuais, o antecedente e o incidental. Entretanto, houve a manutenção da diversidade de regimes, alocando-os na Parte Geral do Código, e, ainda, se permitiu a concessão no processo de conhecimento, excluindo o processo cautelar como figura processual autônoma. Também promoveu tratamento especial às tutelas provisórias, permitindo subdivisões atinentes ao fundamento, à natureza e à forma de requerimento (DA SILVA, 2019).

Conforme Galego e Freitas (2020), as tutelas provisórias são reconhecidas por possuírem como aspectos característicos a sumariiedade, a precariedade, a inaptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada e poder-dever geral de efetivação.

Em relação à cognição sumária, as tutelas podem ser concedidas embasadas numa cognição superficial, juízo de mera probabilidade. Desta decorrem a precariedade e a inaptidão para coisa julgada (LOPES JUNIOR, 2022).

Outra característica abordada pelo autor acima é a precariedade, por meio da qual deferida a tutela provisória, deverá conservar seus efeitos no decorrer do processo, mas podendo ser modificada a qualquer momento conforme o art. 296 do CPC/15. A origem dessa precariedade está no caráter sumário da cognição, que é feita no momento da apreciação do pedido. Acrescenta-se que fora o caso de decisão judicial contrária, a tutela provisória permanecerá com eficácia enquanto o processo estiver suspenso.

Além disso, o mesmo autor destaca, com referência à inaptidão para formação de coisa julgada, que se faz necessária a cognição exauriente sobre o pedido da parte. Por isso, diante da sumariiedade da cognição e da precariedade da tutela provisória, não será formada coisa julgada.

No poder-dever geral de efetivação, ao deferir uma tutela provisória ao juiz, é oportunizado determinar as medidas adequadas para sua efetivação, de acordo com o previsto no art. 139, IV, do CPC “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial” (BRASIL, 2015).

Convém destacar a sumariedade. Na visão de Kazuo Watanabe (1999), a cognição sumária consiste em analisar as questões de fato e de direito trazidas pelas partes ao processo.

Assim, possuem duas diretrizes reconhecidas no plano horizontal e plano vertical. Na horizontal, há o segundo grau de extensão da análise do magistrado voltados aos elementos objetivos do processo. Na vertical, tem o segundo o grau de profundidade, podendo ser exauriente ou sumária (WATANABE, 1999).

A respeito do plano vertical, na cognição exauriente, as partes podem fazer discussões acerca do litígio, bem como produzir provas, corroborando com isso, com contraditório e a produção de coisa julgada material. Diante disso, poderá o magistrado examinar, aprofundadamente, os fatos e garantir que a decisão final possa ser mais acertada, vislumbrando a solução do mérito (NUNES; ANDRADE, 2015).

Atenta-se, segundo também os autores acima, que, na cognição sumária, ocorrerá um exame moderado das questões de fato e de direito, levando o magistrado a uma limitação do debate e investigação dos fatos, e, por isso, não haverá formação de coisa julgada material em relação à decisão final.

O Código de Processo Civil em vigor adotou a nomenclatura tutela provisória no lugar de tutela antecipada, passando a usar tutela antecipada como espécie do gênero tutela provisória (BRASIL, 2015).

Nessa lógica, a tutela antecipada é reconhecida como uma tutela provisória com caráter satisfativo de urgência. A chamada

tutela cautelar é um tipo de tutela jurisdicional temporária, já a tutela antecipada é técnica processual para a produção de efeitos do provimento final, antes do momento a ele reservado. Ademais, a tutela provisória pode ser cautelar ou satisfativa (CUNHAL, 2020).

Pode-se afirmar que a tutela jurídica se divide em tutela definitiva e provisória. A tutela definitiva se subdivide em de certificação e de efetivação. A tutela provisória se subdivide em antecipada e cautelar, a tutela antecipada pode ser em caráter antecedente e em caráter incidental, e a tutela cautelar acompanha a mesma subdivisão (LOPES JUNIOR, 2022).

Conforme Rodrigues (2016), e de acordo com Lopes Junior (2022), a tutela definitiva é alcançada via cognição exauriente, em que o processo se desenvolve de maneira aprofundada, proporcionando que o juiz, com juízo de certeza jurídica, certifique, por meio de sentença condenatória, constitutiva ou declaratória, a existência do direito ou realize direito previamente reconhecido com cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial.

Na visão de Puel e Born (2022), a tutela provisória ocorre quando existir cognição sumária, bem como juízo de probabilidade, já que poderá existir tanto a natureza satisfativa via tutela antecipada, ou assecuratória, via tutela cautelar, e, nas duas situações, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, existindo como características a precariedade e a inabilidade para coisa julgada.

Ainda é satisfatório acrescentar que, para Jaylton Lopes Junior, a tutela provisória pode ser assim analisada:

Dependendo da espécie de tutela provisória e do momento em que ela é requerida, o fundamento para sua concessão poderá ser uma situação de urgência ou uma hipótese de evidência do direito. Nessa linha intelectual, as tutelas provisórias podem ser classificadas sob três grandes dimensões: quanto à natureza, quanto ao momento do requerimento, quanto ao fundamento para a concessão (LOPES JUNIOR, 2022, p. 407).

A análise quanto à natureza da tutela provisória, de acordo com Bueno (2018), pode ser antecipada e cautelar. Quanto ao momento, para seu requerimento, pode ser em caráter antecedente ou em caráter incidental. Além disso, quanto ao fundamento do pedido de tutela provisória, pode ser de urgência e de evidência.

TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Destaca-se, inicialmente, conforme Arthur Cesar de Souza (2019), que há ameaça temporal aos direitos da parte ou ao resultado útil do processo poderá ser utilizado o pedido de tutela provisória embasado na urgência.

Nessa lógica, o autor acima preceitua que, para a ocorrência da concessão, deverá ser demonstrado o cumprimento de requisitos do art. 300 do CPC/15 como probabilidade de direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Esses termos são a nova designação do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A temática é de grande importância na visão de Meohas (2019) e destaca-se que há leis focadas no tratamento da concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público (Lei n.º 8.437/1992) e sobre a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública (Lei n.º 9.494/1997).

Para a concessão da tutela de urgência de acordo com Meohas (2019), são necessários dois pressupostos: a probabilidade do direito, *fummus boni iuris*; e o perigo de dano pela mora temporal ou risco ao resultado útil do processo, *pericullum in mora*.

Dinamarco (2018) preceitua que a probabilidade ocorre quando os elementos apresentados pela parte que requer a tutela

provisória se direcionam muito mais para que o direito envolvido tenha reconhecimento do que o inverso.

Cabe apresentar também que o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo surge na probabilidade do direito de a parte ter prejuízo irreparável ou contar com situação de complexa reparação em caso de necessidade de aguardar o momento da decisão final de mérito (LOPES JUNIOR, 2022).

Aduz-se que, na visão dos processualistas pesquisados, o fundamento da urgência deverá ser admitido nas tutelas provisórias antecipada ou cautelar, em caráter antecedente ou incidental.

Convém mencionar, ainda, que, de acordo com Marinoni e Arenhart (2009), os pressupostos da tutela provisória, alicerçados na urgência, que englobam a probabilidade do direito e perigo de dano, ou risco ao resultado útil do processo são reconhecidos como cumulativos, necessitando de preenchimento independentemente de qual for a natureza da tutela pretendida, seja antecipada ou cautelar.

Em pesquisas semelhantes, segundo Maurício Ferreira Cunha (2022), não é admissível a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública em ações focadas em reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 7º, §2º, da Lei n.º 12.016/2009), entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7º, §2º, da Lei n.º 12.016/2009), compensação de créditos tributários ou previdenciários (art. 1º, §5º, da Lei n.º 8.437/1992).

O Fórum Permanente de Processualistas Civis, no enunciado n.º 30, dispõe que o juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio. Também, segundo o Enunciado n. 35 do FPPC, as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência.

Além disso, conveniente esclarecer, ainda, segundo Maurício Cunha (2022), que não é possível ter tutela de urgência contra a Fazenda Pública quando, na primeira instância, for impugnado ato de autoridade sujeita à competência originária do tribunal, na via de mandado de segurança (art. 1º, §1º, da Lei n.º 8.437/1992), também quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, §3º, da Lei n.º 8.437/1992), quando não puder ser concedida providência parecida em ações de mandado de segurança, por causa de proibição legal (art. 1º, da Lei n.º 8.437/1992).

Há, contudo, exceção na própria Lei n.º 8437/92, em que é permitida a tutela de urgência em ação popular e ação civil pública (art. 1º, § 2º), em que se tem nessas ações o provimento de urgência, podendo ser concedido mesmo se o ato impugnado foi praticado por autoridade com foro por prerrogativa de função, em que a competência em mandado de segurança seria de tribunal (BRASIL, 1992).

CONSTITUCIONALIDADE E VEDAÇÕES LEGAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

As hipóteses existentes na legislação sobre a vedação da concessão de tutela provisória de urgência recebem várias interpretações, tanto de doutrinadores quanto dos tribunais superiores, seja para limitar a aplicação ou para prolongar.

Percebe-se, na atualidade, que a tutela de urgência, seja a cautelar, seja a satisfativa, é cabível contra a Fazenda Pública. Segundo Guilherme Freire de Melo Barros (2020), há, contudo, legislação que proíbe a tutela de urgência em face da Fazenda Pública em hipóteses específicas, mas naquelas não alcançadas por tais

proibições, é plenamente possível a concessão de tutela provisória contra o poder público.

Oportuno mencionar, segundo Cassiana Oliveira da Silva, que há algumas situações excepcionais envolvendo a Fazenda Pública, especialmente no que tange às vedações de concessão de liminares urgentes contra os entes públicos. Entretanto, como regra, a tutela provisória de urgência é cabível contra a Fazenda Pública. Contudo, em algumas situações, a legislação brasileira proíbe a concessão de provimento de urgência contra o poder público (DA SILVA, 2019, p. 24).

Sistematizaram-se as vedações alusivas à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, encontradas em legislações passadas, no art. 1.059 do CPC/15, que dispõe que: “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009” (BRASIL, 2015, art. 1.059).

Na visão de Wambier e Talamini, as restrições do art. 1.059 do CPC/15 merecem interpretação à luz da Constituição Federal, “devendo ser afastadas caso inviabilizem a prestação jurisdicional efetiva e adequada” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 468).

Mesmo com a possibilidade da concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, ressaltando as vedações legais, desde a década de 1990, instaurou-se acalorada discussão entre processualistas sobre a constitucionalidade dessas restrições (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 632).

Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que:

Não há inconstitucionalidade nas vedações, pois essas hipóteses se prestam a enrijecer os pressupostos para o deferimento de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, objetivando evitar a vulgarização de tutelas provisórias em assuntos mais sensíveis. Contudo, o autor

ressalva que se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano em hipótese em que é vedada a concessão da tutela provisória em face da Fazenda Pública, o juiz deverá afastar a vedação legal e conceder a medida antecipatória, sem que haja afronta ao julgado proferido na ADC n.º 4 (CUNHA, L., 2020, p. 302-306).

Imperioso salientar que essas discussões, acerca da constitucionalidade, partem da doutrina partidária que as vedações legais seriam inconstitucionais, considerando que atentariam contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por sua vez, outros doutrinadores afirmavam não haver inconstitucionalidade nas restrições, haja vista que, nas hipóteses de vedação da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não estariam cumpridos os requisitos para concessão, ou por ser medida irreversível ou porque não presentes o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CUNHA, L., 2020).

Segundo Maurício Ferreira Cunha (2022), há algumas vedações de acordo com o art. 7º, § 2º, da Lei n.º 12.016/2009, conhecida como Lei do Mandado de Segurança, que prevê que não seria permitida a concessão de medida liminar em via mandamental, bem como, conforme previsão do art. 22, §2º, da Lei n.º 12.016/2009, a liminar somente poderia ser concedida depois da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Nesse sentido, o art. 7º, § 2º dispõe não ser possível a execução provisória, sendo obrigatório aguardar, até o trânsito em julgado da sentença, tendo efeito suspensivo a apelação contra esta interposta. Ainda o art. 14, § 3º dispõe que a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, excetuando-se os casos em que for proibida a concessão da medida liminar (BRASIL, 2009).

Ainda observado pelo autor acima, destaca-se que, em 2021, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional essa previsão

legal, surgindo a seguinte tese: é inconstitucional ato normativo que vede ou condicione a concessão de medida liminar na via mandamental, sendo inconstitucional o art. 7º, § 2º da Lei n.º 12.016/2009.

Com isso, o entendimento do STF foi que a limitação causaria embaraço à efetiva prestação jurisdicional e a defesa do direito líquido e certo do impetrante (STF. Plenário. ADI 4296/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes julgado em 9/6/2021 (Info 1021).

Diante desse cenário, com essa decisão, ocorreu a superação da súmula 212 do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que abordava que a compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória e, assim, não é possível a concessão de tutela de urgência para compensação de crédito tributário.

As vedações acerca da concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública apresentam polêmicas, considerando que há quem as reconheça como inconstitucionais “por violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional” (BARROS, 2020, p. 102).

A inconstitucionalidade destacada pela Corte, segundo Lopes Junior (2022, p. 437-439), residiu nas justificativas a seguir delineadas. Primeiramente, por ferir a Constituição, já que dispõe que o mandado de segurança serve para impedir lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, provocada pela Administração Pública. Ainda por contrariar o sistema judicial referente à tutela de urgência, por surgir cabível no caso concreto, sendo impróprio e arriscado a ocorrência de perecimento do direito, estabelecer contraditório, ouvindo-se, antes de qualquer providência, o patrono da pessoa jurídica, indo de encontro com o acesso ao Judiciário a fim de distanciar lesão ou ameaça de lesão a direito. Em situações de mandado de segurança individual ou coletivo, a concessão de liminar

está baseada na Constituição e presentes os requisitos de concessão, seus efeitos devem ser imediatos e imperativos.

Nesse sentido, também é o entendimento de Didier Junior, Oliveira e Braga:

Firmou-se o entendimento — perfeitamente aplicável aos dispositivos legais que ainda hoje limitam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público — de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implantá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que, no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade. Reconhece a Suprema Corte que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-la. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 636-638).

Destaca-se, ainda, segundo Maurício Ferreira Cunha (2022), que esses impedimentos, que seriam próprios para o mandado de segurança, aplicavam-se de igual modo às providências liminares concedidas em ações cautelares, haja vista que, segundo a Lei 8.437/1992, também é proibida a concessão de liminares em ações cautelares quando estejam, também, impedidas através do mandado de segurança. O art. 1º da referida lei traz direcionamento que não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, em procedimento cautelar, ações de natureza cautelar ou preventiva, bem como nas situações em que providência semelhante não puder ser realizada em ações de mandado de segurança, por causa de impedimento legal.

Alguns casos não terão a vedação aplicada, como ações para pretendem o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos cirúrgicos, em que o bem da vida (a saúde, a vida, a integridade da pessoa humana) prevalece ao interesse público.

Alicerçado no acima delineado, o STJ proferiu decisão em que é permitida a concessão de liminar, mesmo sendo satisfativa, contra a Administração Pública em ações envolvendo o direito à vida e à saúde, já que sua vedação geraria negativa dos referidos direitos constitucionalmente assegurados (STJ. AREsp 1520598/CE. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 27/08/2019).

A Lei n.º 9.494/1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública, apresenta disposições impeditivas de cautelares em face da Fazenda Pública, onde restaram vestendidas às hipóteses de antecipação de tutela, conforme previsto no art. 1º da aludida legislação, que estabelece o seguinte:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992 (BRASIL, 1997).

Ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, o STF afirmou a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997 e, mesmo tendo reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, a Suprema Corte vem conferindo interpretação restritiva ao referido dispositivo (CUNHA, M., 2020).

Diante desse cenário, a jurisprudência do STF permite a concessão de tutela antecipada para ser pagamento de parcela indenizatória, pois, conforme reconhece a Suprema Corte, "não ofende a decisão liminar proferida na ADC n.º 4 a antecipação de tutela que

implica ordem de pagamento de verba de caráter indenizatório” (STF. Rcl-AgR 5.174/ES, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009).

Nesse sentido, Maurício Cunha (2022) esclarece que não é cabível provimento de urgência contra da Fazenda Pública na reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, em que, além da vedação, a antecipação de tutela, a sentença final, somente pode sofrer execução depois do trânsito em julgado (Lei n.º 12.016/2009, art. 14, § 3º), já que o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei n.º 8.437/1992, art. 3º); todas as vezes que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, por causa de vedação legal (Lei n.º 8.437/1992, art. 1º; Lei n.º 12.016/2009, art. 7º, § 5º); quando impugnado, na primeira instância, ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei n.º 8.437/1992, art. 1º, § 1º); quando a medida esgotar, total ou parcialmente, o objeto da ação (Lei n.º 8.437/1992, art. 1º, § 3º); para compensar créditos tributários ou previdenciários (Lei n.º 8.437/1992, art. 1º, § 5º; Lei n.º 12.016/2009, art. 7º, § 2º); para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (Lei n.º 12.106/2009, art. 7º, § 2º); para saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (Lei n.º 8.036/1990, art. 29-B).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, analisaram-se as controvérsias existentes acerca da constitucionalidade e vedações legais existentes na concessão da tutela de urgência em face do poder público, passando, inicialmente, pela análise da tutela provisória e suas nuances, peculiaridades na aplicação junto à Fazenda Pública.

Diante do exposto, na pesquisa realizada, verificou-se que o STF firmou o entendimento de que as vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público respeitam a Constituição Federal, mas não fica proibida, em situações específicas, que o magistrado deixe de aplicar a norma restritiva e conceda a medida, se demonstrados pela parte autora os requisitos para a concessão da tutela antecipada no caso concreto.

Observou-se que alguns doutrinadores entendem que as vedações legais à concessão de tutela de urgência são inconstitucionais, cujo motivo seria por atentar contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Entretanto, há os que defendem não haver inconstitucionalidade, já que o dispositivo não apresenta vedação ou restrição rigorosa acerca da concessão da tutela de urgência, já que os casos previstos estariam retratando hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a sua concessão, em virtude de não ser irreversível, ou por não estar presente o *periculum in mora*.

Na pesquisa, evidenciou-se que não há inconstitucionalidade na vedação, considerando que, nas hipóteses legais, não é possível existir a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. Contudo, o juiz pode, mediante demonstração fundamentada, considerando-se a hipótese necessitar de uma regra de exceção, buscar afastar a norma e realizar a concessão da medida. Verificando-se, com isso, que essas restrições reclamam uma exposição restritiva, com vedação da concessão da tutela de urgência nos casos expressamente previstos.

Diante do que foi apurado no decorrer deste artigo, as vedações à concessão da tutela de urgência contra o Estado são compatíveis ao ordenamento jurídico, porém é plenamente possível situações que não levem ao afastamento de tais vedações, como concessão de medidas urgentes que tenham interpretação mais restrita da jurisprudência.

Considerando-se os argumentos citados, a mera previsão abstrata de proibição ao deferimento de medidas liminares não ofende a Constituição, inclusive, nas situações de vedação legalmente previstas, é possível a concessão das tutelas quando configure, na espécie, hipótese excepcional de extremo perigo.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em juízo**. 10 ed. Editora Juspodium. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1º jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 24 dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. Plenário. **ADI 4296/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 9/6/2021 (Info 1021). Acesso em: 23 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Rcl-AgR 5.174/ES**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.02.2009. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. **AREsp 1520598/CE**. Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 27/08/2019). Acesso em: 25 nov. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Maurício Ferreira. **Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método.2022.

DA SILVA, Cassiana Vitória Guedes Oliveira. A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente em face da fazenda pública. **Revista da Advocacia Pública Federal**. 2019.39 p. Acesso em: 16 nov. 2022.

DE SOUZA, Artur César. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. Local: Almedina, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa Necessária. In: ARAÚJO, José Henrique Moura; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (org.) **Coleção repercussões novo CPC**, v. 3 – Fazenda Pública. 2. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2016.

DIDIER JR, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. Editora Juspodvim, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de processo civil**. 8° ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

ENUNCIADOS. **Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Enunciado nº 30, 35. Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GALEGO, Felipe; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública**. 2020. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11293/1/12%20-%20Cap.%20%20-%20A%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada%20e%20a%20Fazenda%20P%C3%ABlica.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

LOPES JUNIOR, Jaylton Jackson de Freitas. Repercussões dos efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem no processo judicial e as influências da lei de arbitragem voluntária portuguesa. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/58876/repercusses-dos-efeitos-positivo-e-negativo-da-conveno-de-arbitragem-no-processo-judicial-e-as-influncias-da-lei-de-arbitragem-voluntria-portuguesa>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de direito processual civil. Processo cautelar**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEOHAS, Carolina Viegas. **A tutela provisória no novo CPC e as controvérsias envolvendo a fazenda pública**. Ano. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37257/37257.PDF> 2019. Acesso em: 10 nov. 2022.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. Ano. Disponível em: https://www.academia.edu/12103602/%C3%89rico_Andrade_e_Dierle_Nunes_-_

Os_contornos_da_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_provis%C3%B3ria_de_urg%C3%Aancia_antecipat%C3%B3ria_no_novo_CPC_e_o_mist%C3%A9rio_da_aus% Acesso em: 15 nov. 2022.

PUEL, Jeferson; BORN, Henrique Campos Nunes. Provisional protection: modalities, fungibility and general power of caution/tutela provisória: modalidades, fungibilidade e poder geral de cautela. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 1, p. 599-622, 2022. Disponível em: Acesso em: 11 nov. 2022.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: cognição jurisdicional processo comum de conhecimento e tutela provisória**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [E-book]. Acesso em: 12 nov. 2022.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Cebepej e Central de publicações jurídicas, 1999, p. 58-59. Disponível em: <https://docslide.com.br/download/link/da-cognicao--no-processo-civil-kazuo-watanabe>. Acesso em: 11 nov. 2022.

6

*Quilza da Silva e Silva
Clara Rodrigues de Brito
Sergio Victor Tamer*

A TUTELA DE URGÊNCIA E O PAPEL DAS *ASTREINTES* NA RECUSA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

***EMERGENCY GUARDIANSHIP AND THE ROLE
OF *ASTREINTES* IN HEALTH PLAN OPERATORS'
REFUSAL TO PROVIDE SERVICES***

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo fazer uma breve análise, sobre a tutela de urgência e o papel real das *astreintesss* na recusa de prestação de serviços por parte das operadoras de saúde suplementar. Trata-se, pois, de importante ferramenta de garantia do direito constitucional à saúde. Sabe-se que as operadoras de planos de saúde, veem, ao longo do tempo, menosprezando a qualidade dos serviços e com isso, acarretando um aumento significativo na judicialização da saúde, para efetivar tal direito, uma vez que o poder judiciário acaba sendo o único caminho, para quem almeja urgência para concretização do direito à saúde. Deste modo, a busca pelas ações pautadas nas tutelas de urgência, tais como, as medidas cautelares e as tutelas antecipadas, assim, como a *astreintes*, tem sido de grande relevância para o cenário da saúde suplementar no Brasil, em decorrência da recusa de prestação de serviços das operadoras de planos de saúde. Diante desse cenário, o problema de pesquisa busca analisar, qual o real papel (influência) das *astreintes* fixadas nas tutelas de urgências, emanada da recusa de prestação de serviços das operadoras de planos de saúde suplementar no Brasil? Dessa forma, o trabalho aplica o método dedutivo, cimentado na análise crítica das premissas apresentadas. Nesse sentido, concluiu-se que as *astreintes* se apresentam como um forte instrumento na condução da judicialização da saúde suplementar, tendo em vista que ela implementa o imediato cumprimento da decisão judicial, ao que se refere a recusa da prestação de serviços das operadoras de plano de saúde.

Palavras-chave: Astreintes. Saúde Suplementar. Tutela de Urgência.

ABSTRACT

The present study aims to make a brief analysis on the emergency guardianship and the real role of the astreintes in the refusal of services by the supplementary health operators. It is, therefore, an important tool to guarantee the constitutional right to health. It is known that health plan operators, over time, underestimate the quality of services and with that, leading to a significant increase in the judicialization of health, to enforce this right, since the judiciary ends up being the only way, for those who crave urgency for the realization of the right to health. In this way, the search for actions based on urgent guardianships, such as precautionary measures and anticipated guardianships, as well as astreintes, has been of great relevance for the scenario of supplementary health in Brazil, due to the refusal to provide services provided by health plan operators. Given this scenario, the research problem seeks to analyze, what is the real role (influence) of the astreintes fixed in the guardianship of emergencies, emanating from the refusal to provide services by the operators of supplementary health plans in Brazil? Thus, the work applies the deductive method, based on the critical analysis of the assumptions presented. In this sense, it was concluded that astreintes presents itself as a strong instrument in conducting the judicialization of supplementary health, considering that it implements the immediate compliance with the judicial decision, with regard to the refusal of the provision of services by plan operators of health.

Keywords: *Astreintes. Emergency Protection. Supplementary Health.*

INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido, sobre a judicialização da saúde no Brasil, sobretudo ao que se refere às operadoras de planos de saúde, oriunda do exercício da saúde suplementar, dentre tantas reclamações a que se sobressai é a cobertura de determinados procedimentos, eis aí que surge a tensão contratual entre os agentes que acabam inflando significativamente a judicialização da saúde.

Nesse contexto, o poder judiciário passa a ser provocado para tentar efetivar o direito à saúde dos usuários por meio de sentenças ou liminares. Dentre os direitos requeridos, tais como, direito à internação urgente ou até mesmo a necessidade de um medicamento específico, muitos cidadãos depararam-se com o aumento de postergação e desobediência a decisões judiciais.

Todavia, buscando sanar tal lacuna, o Estado, por intermédio do Código de Processo Civil, dispõe de diversas medidas coercitivas para garantir de forma mais efetiva o cumprimento das decisões judiciais, como as tutelas provisórias de urgência e a *astreintes*.

Considerando a narrativa apresentada, o problema da presente pesquisa consiste em observar, qual o real papel (influência) das *astreintes* fixadas nas tutelas de urgências, emanada da recusa de prestação de serviços das operadoras de planos de saúde suplementar no Brasil?

Assim, diante do problema apresentado, busca-se por meio da análise crítica, pautada no método dedutivo, encontrar as possíveis respostas. Para tanto, o presente estudo apresenta ponderações iniciais das conjecturas gerais, acerca da tutela de urgência, especialmente da tutela provisória de urgência de caráter antecipada, bem como o papel real das *astreintes* na recusa de prestação de serviços por parte das operadoras de saúde suplementar.

Deste modo, far-se-á uma revisitação aos requisitos para a concessão da tutela de urgência, uma vez que a obrigatoriedade da presença dos requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência, se finca nos requisitos do “*periculum in mora e o fumus boni iuris*”, ambos sempre alegados nas ações que versam sobre medicamentos e tratamentos médicos.

Em seguida, explanar-se-á, brevemente, sobre a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente com foco na concretização do direito à saúde e na judicialização da saúde suplementar, pois, as tutelas de urgência, em especial a natureza antecipativa, é tida como um grande instrumento para efetivação na proteção de direitos urgentes jurisdicionados, como na judicialização da saúde suplementar, onde se discute também a questão da duração dos processos que é um agente bastante negativo e impeditivo em relação à parte que busca ter um direito garantido.

Por fim, em sede de considerações finais, apresenta-se o papel das *astreintes* como instrumentos imediatos e efetivos na recusa de prestação de serviços das operadoras de planos de saúde.

REVISITANDO OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

O título I do livro V, constante da Parte Geral do Código de Processo Civil, intitulado como “Da tutela provisória”, destina-se às normas aplicáveis tanto à tutela de urgência, quanto à de evidência, vez que a tutela provisória se divide em tutela de urgência e tutela de evidência. Assim, a tutela provisória pode ser entendida, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da “presença de ‘urgência’ ou da ‘evidência’, prestar tutela jurisdicional, antecedente

ou incidentalmente, com base em decisão instável com desígnio de assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor” (BUENO, 2015, p. 218).

Neste sentido, a tutela provisória é uma tutela jurisdicional sumária não definitiva. Isso porque a tutela sumária é fundada em relação a sua própria percepção oriunda do exame menos aprofundado da causa, tendo em vista que se exige um único juízo de probabilidade, e não um juízo de certeza.

Partindo dessa observação, Farias, Vasconcelos e Silva (2019, p. 5) defendem que “é válido aqui dizer que essa tutela tem relação com o art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal”, ou seja, com o direito fundamental à duração razoável do processo, devido o lapso temporal em que se começa o processo até a decisão judicial - que no nosso sistema, é evidente a longa duração - faz-se, por muitas vezes, necessário que haja uma decisão antes mesmo de todos os elementos processuais, devido ao direito que se julga ser claro e evidente.

Isso posto, implica-se ressaltar que a tutela de urgência é de sua relevância, uma vez que a tutela provisória de urgência, se apresenta como um dispositivo que permite a antecipação e consequentemente a garantia de um direito urgente requerido pela parte autora, seja para resguardar uma pretensão antes do final do mesmo (tutela antecipada) ou para assegurar que a pretensão do processo consiga ser resguardada até o final da tramitação do processo (cautelar) (FACHINI, 2020).

A tutela de urgência, portanto, é uma medida judicial, prevista nos artigos 300 e 310 do CPC. Ou seja, trata-se de um pedido realizado ao juiz cujo objetivo é pedir para que o mesmo decida sobre algum assunto que é urgente dentro da demanda judicial. Em curtas palavras, a tutela de urgência pretende antecipar os efeitos da sentença, com o fito de gerar menos demora e mais efetividade nos processos judiciais.

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”. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, art. 300). Note que tal medida tem por fito, pedir a deliberação do juiz sobre algum assunto urgente, que precisa ser resolvido antes do fim do processo, sob risco de dano irreversível ou possibilidade de extinção do direito procurado.

A tutela provisória de urgência é aquela decisão que antecipa os efeitos que a tutela definitiva concederá ao fim do processo, ou seja, probabilidade do direito (*fumus boni iuris*). Nesses moldes, na existência de casos que demonstram o perigo que é a demora da atuação do judiciário (*periculum in mora*). O perigo posto é o de dano concreto, atual, irreparável ou de difícil reparação (FARIAS; VASCONCELOS; SILVA, 2019).

Neste sentido, é oportuno observar que a tutela provisória de urgência é regida por alguns princípios presentes na atual Constituição brasileira, que apontam o motivo da sua existência e aplicação, como o princípio da celeridade processual, o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia. Além disso, conforme os ditames do Código de Processo Civil de 2015, art. 294, a tutela Provisória de urgência é subdividida em cautelar e antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou de forma incidental no processo.

Quanto ao momento de concessão, poderá ser antecedente ou incidental. Uma vez que ela pode ser demandada antes mesmo do pedido principal da ação. Isso porque a fundamentação do pedido ressalta uma urgência que necessita de reconhecimento anterior ao pedido principal, nesse sentido, sua plausibilidade deriva do perigo da demora que possa ocasionar prejuízos ao resultado esperado da ação (MELO, 2021).

Nessa toada, convém destacar que ante antes mesmo da propositura da ação principal, o autor poderá, à parte, fazer o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, comprovando o direito

a que se persegue, mediante a necessária observância dos requisitos elencados no artigo 300, do CPC/2015, sendo que, quanto ao pedido principal, deve a parte apenas indicar qual a tutela final pretendida.

No entanto, caso a urgência seja contemporânea ao tempo da propositura da ação, a peça inaugural, pode-se “limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”. (BRASIL; Código de Processo Civil, 2015, art. 303)

Por outro lado, ao que se refere a tutela de urgência incidental, é requerida posteriormente ao pedido principal. Ela ocorre comumente quando a urgência emana no curso da tramitação da ação, nesse sentido, deve-se “formular o pedido incidental da tutela provisória, que nada mais é do que o pleito em simples petição dirigida ao próprio Juiz da causa, explicitando a urgência, a probabilidade do direito e o pedido” (MELO, 2021. s/p.). Consequentemente, ela pode ser concedida a qualquer período durante o curso do processo, ou seja, do início, com a propositura da demanda, até o final, com o trânsito em julgado.

Além disso, a tutela de urgência incidental pode ser concedida inaudita altera partes, ainda que o pedido esteja em curso, o que significa que tal tutela de urgência pode ser concedida sem o pronunciamento da parte contrária. Nesses casos, não existem quaisquer transgressão do direito ao contraditório já que estamos perante uma situação de contraditório diferido, nos termos do artigo 9, parágrafo único, I, do CPC.

Partindo dessa constatação, é indispensável destacar que a tutela cautelar tem o propósito de proteger determinada situação, evitando-se, com isso, uma consequência futura irremediável ou perigosa para o processo. Ressalta-se que não há fruição do bem da vida ou de algum de seus efeitos, entretanto existe a proteção para que a fruição seja viável num momento posterior. Nesse cenário, a tutela de urgência ostenta uma função “conservativa” (RIBEIRO, 2021).

Por outro lado, a tutela antecipada, possui uma praxe distinta. Para a amparar determinada situação, é permitido antecipadamente, a fruição do bem da vida, bem como seus efeitos antes da finalização do processo. Nesse cenário a tutela é satisfativa porquanto adianta aquilo que muito provavelmente será decidido ao final do processo.

Logo, é possível afirmar que a “satisfatividade” não tem por objetivo conservar a possibilidade de eficácia de outro pronunciamento, mas, sim, de adiantar a fruição. Dessa forma, a basilar diferença entre a tutela de urgência antecipada e a cautelar encontrar-se no conteúdo exposto que fundamenta a medida judicial.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni sabiamente escreve:

O código, ao tratar da tutela de urgência, distingue em vários lugares tutela cautelar e tutela antecipada. No § 3o do art. 300 se encontra a afirmação de que a “tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Embora essa norma não tenha qualquer sentido, na medida em que a irreversibilidade é resultado logicamente possível de toda e qualquer tutela do provável, serve ela para evidenciar que o legislador resolveu prever o óbice da irreversibilidade apenas a uma das formas de tutela de urgência – à tutela antecipada. (MARINONI, 2017, p. 34).

Assim, a tutela de urgência satisfativa, ou satisfativa antecedente, é aquela que é requerida dentro do processo em que se tem a pretensão de postular a tutela definitiva, na intenção de adiantar seus efeitos, mas antes mesmo da concepção do pedido de tutela final (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

Por outro lado, a tutela de urgência cautelar, ao seu turno, vem no âmbito de proteger o direito para que ele possa ser exercido posteriormente no momento da sentença. Ela irá proteger um direito para garantir que, ao final, a satisfação ainda tenha alguma valia. Assim sendo, pretende adiantar provisoriamente a eficácia da tutela

definitiva cautelar e garantir a futura eficácia da tutela definitiva. (FARIAS; VASCONCELOS; SILVA, 2019).

Neste diapasão, as tutelas antecipadas têm por objeto assegurar e antecipar à parte autora o próprio direito material, enquanto as tutelas cautelares conferem à parte a possibilidade de obter, mediante provimento de urgência, ferramentas para assegurá-lo. (BUENO, 2015).

Em complemento, o parágrafo 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil dispõe que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Já o parágrafo 2º do mesmo dispositivo do Código de Processo Civil apresenta como, e em quais circunstâncias deverá vir o pedido pela antecipação dos efeitos da tutela urgente, “podendo vir expressamente, através do pedido de liminar, sem a oitiva da parte contrária, após a consequente justificação” (BRASIL, 2015).

Neste sentido, Elpídio Donizetti (2016, p. 513-514), leciona que além dos do magistrado no caso concreto, analisar os requisitos básicos da petição inicial, “a tutela de urgência terá que conter a exposição da lide, a indicação de que almeja se valer do benefício previsto no *caput* do artigo 303 (...) apresentar uma petição incompleta, passível de aditamento após a análise do pedido de tutela antecipada”.

Nesse íterim, é possível afirmar que quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus bonis juris*, a concessão da tutela de urgência se faz necessariamente indispensável, tendo em vista o perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação (MELO, 2021).

Além disso, é imperioso salientar que CPC de 2015, além dos requisitos objetivos, trouxe para a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, conforme o parágrafo terceiro do artigo 300 do CPC, necessário também a não existência do perigo de

irreversibilidade dos efeitos da decisão: “§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. (BRASIL, 2015).

No entanto, os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017 e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – 2016 – ENFAM, assim dispõem:

Enunciado 419. Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC)

Enunciado 40. A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível. (I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017)

Enunciado 25. A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2016).

À vista disso, como se observa em cada enunciado, a regra constante no artigo 300, parágrafo 3º, a ausência do perigo de irreversibilidade, não é absoluta, dependendo assim da análise de cada caso concreto.

Sobre o olhar de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 49):

O perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo devem ser verificados com base em elementos objetivos que os demonstrem no caso concreto, ou seja, não cabe o deferimento das tutelas provisórias com base em simples conjecturas acerca de seus requisitos, devendo haver indicativos de que existe alguma circunstância com potencial de gerar um risco de dano ou ao resultado do processo no caso em análise.

Logo, pode-se afirmar que a concessão de tutela deve ser aplicada mediante o caso concreto, pautado no livre convencimento do magistrado sobre a existência ou não do risco e do dano, alegado pela parte requerente, tendo em vista que mesmo presentes os requisitos, o julgador possui a discricionariedade para a concessão ou não da medida.

A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 94, inovou ao permitir que as tutelas de urgências sejam concedidas de duas formas diferentes, permitindo, assim, a possibilidade concessão na forma antecedente ou incidental. No entanto, faz-se necessário estabelecer a distinção entre elas, nesse sentido, a distinção entre ambas, ocorre no momento da formulação do pedido de concessão da tutela.

Assim, sendo, ela pode ocorrer de forma incidental, acompanhada da petição inicial ou no curso do processo. Já a modalidade antecedente, ocorre antes do ajuizamento do pedido principal. Logo, é possível requerer a concessão das tutelas provisórias de urgência, tanto na modalidade antecipada, quanto na modalidade cautelar, de forma antecedente, ou seja, antes mesmo do ajuizamento da ação que pleiteia o pedido final da parte interessada. Pode-se afirmar que tais possibilidades corporificam uma grande novidade do novo Código de Processo Civil datado de 2015. (AZEVEDO; LUZZARDI, 2022).

Perante o exposto, pode-se dizer que o maior e mais importante atributo da tutela provisória de natureza antecipada, é a sua satisfatividade, vez que é ela que antecipa parcial ou totalmente a demanda pretendida pelo autor, conferindo o tão almejado bem da vida que deseja obter ao fim do processo (MARINONI, 2017).

Cabe lembrar que as diretrizes das tutelas provisórias demandadas em caráter antecedente, estão delimitadas nos artigos 303 a 310 do Código de Processo Civil. Imperioso destacar dentre os artigos 303¹³, 305¹⁴, 306¹⁵ e 308¹⁶ estão presentes os procedimentos e pressupostos de urgência para propositura da ação e da sua efetivação (BRASIL; Código De Processo Civil, 2015).

- 13 Art. 303. "Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.
 § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335; § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito; § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais; § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final; § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo; § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito." (BRASIL, 2015).
- 14 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." (BRASIL, 2015).
- 15 Art. 306. "O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir". (BRASIL, 2015).
- 16 Art. 308. "Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais. § 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar; § 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal; § 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu; § 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335". (BRASIL, 2015).

Outrossim, as tutelas de urgência, em especial a tutela de urgência de natureza antecipativa, é tida como um grande instrumento para efetivação na proteção de direitos urgentes jurisdicionados, como é, o caso do direito à saúde, vez que o tempo de duração dos processos é certamente, um agente bastante negativo e impeditivo em relação à parte que busca ter um direito garantido ou acautelado (MARINONI, 2017).

Deste modo, observa-se que o ordenamento jurídico foi assertivo ao criar mecanismos como estas tutelas, que retirasse o ônus daquele que almeja seu direito, bem como, demonstra a sua urgência e sua probabilidade. Além disso, convém asseverar que, trata-se de um instrumento capaz de possibilitar que a parte pleiteante possa ver a sua pretensão satisfeita ou acautelada antes do julgamento final da lide, de modo a respeitar a razoável duração do processo e a inafastabilidade da jurisdição.

Ao que se refere a questão da saúde, o constituinte originário brasileiro, instituiu na sua carta maior, uma espécie de estado de bem-estar social, conforme ditames do artigo 5º, parágrafo 1º, em que conduz que todos os indivíduos teriam o direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado.

Logo, o direito à saúde foi consagrado na Constituição, como um nítido objeto deste estado de bem-estar social, e dessa forma, fora assegurado por intermédio de normas programáticas esculpidas, nos artigos 196 a 200, conferindo ao Estado um conjunto de ações e serviços públicos que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (OTTONI, 2019).

Dessa forma, o direito fundamental à saúde foi positivado, mediante normas programáticas constantes na Constituição vigente, normas estas que aferem ao poder público, bem como a toda sociedade, a obrigação de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Imperioso trazer a lume que o sistema de saúde brasileiro é dividido em três regimes, o primeiro é de responsabilidade só do setor público, onde os serviços são providos pela União, Estados e Municípios; o segundo é regido em regime de parceria entre o setor público e privado, assim, o agente privado pode ou não ter fins lucrativos; e o terceiro setor é o de saúde suplementar, com diferentes tipos de planos e seguros privados de saúde, relação entre operadoras de planos ou seguros saúde e o consumidor, por meio de contrato privado de prestação de serviço, nos moldes do artigo 199 da atual Constituição. (PAIM, *et al.* 2011).

Importa frisar, que embora distintos, os componentes público e privado do sistema brasileiro são interligados, pois os profissionais de saúde circulam livremente e as pessoas podem utilizar os serviços de todos os três subsetores, dependendo da oportunidade de acessar ou da capacidade de pagamento (KOZAN, 2019).

Sob esse enfoque, o sistema de saúde suplementar, representados pelos planos e seguros de saúde privados, são regulados pela Lei nº 9.656/98, definidos como uma prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais, por prazo indeterminado para garantir a assistência à saúde¹⁷.

Já o parágrafo 4º do artigo 10 da Lei nº 9.656/98 define à ANS regular o setor, nesse sentido, destaca-se:

A competência para definir a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade. A ANS, no exercício de sua competência legal, passou a editar normas que especificam as regras

17

Art. 1º "(...) I – Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor". (BRASIL, 1998).

de cobertura estabelecidas em lei e editar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que consiste em uma lista de procedimentos, exames e tratamentos de cobertura mínima obrigatória pelos planos de saúde, que atualmente é revisado a cada dois anos. (KOZAN, 2019. p. 44).

Nesse cotejo, cabe ressaltar que a Agência Nacional de Saúde, no exercício de sua competência legal, passou a editar normas que especificam as regras de cobertura estabelecidas em lei e editar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que consiste em uma lista de procedimentos, exames e tratamentos de cobertura mínima obrigatória pelos planos de saúde, que é atualmente revisado a cada dois anos.

Ao que concerne à judicialização da saúde, este é um fenômeno complexo que tem sido objeto de diversos estudos e pode ser contextualizado pelo protagonismo e pela intervenção, de modo democrático, do Poder Judiciário em instâncias políticas e nas relações sociais (CRUZ; LIMA, 2020).

Nessa dimensão, o Poder Judiciário, com todos os seus problemas, em especial a morosidade das decisões, surge como um ente político e republicano capaz de solucionar os problemas que a população não sabe para quem levar no dia a dia das relações sociais. E a utilização em larga escala dos pedidos de tutela antecipada faz com que o principal entrave, a morosidade, seja afastada de imediato e transmita a fantasiosa impressão de que todos os problemas podem ser solucionados de forma imediata (CARLINI, 2017).

A elevada judicialização do setor em questão é atualmente um grande problema enfrentado pelos agentes regulados, pelos órgãos de defesa do consumidor e pelo próprio Poder Judiciário, em razão do volume de processos abertos ano após ano, que geram reflexos no mercado como um todo.

No âmbito judicial, a ponderação em matéria de saúde suplementar é um fator crítico, uma vez que eventual tutela concedida

a um único beneficiário pode causar impactos econômicos e/ou assistenciais sobre milhares de outros usuários, inviabilizando sobremaneira a previsibilidade e planejamento dessa atividade econômica por parte das operadoras. (BRASIL, Agência Nacional De Saúde Suplementar –ANS, 2021).

No setor da saúde pública, o fenômeno tem muita força e, quase sempre, o cidadão vai ao Judiciário pleitear aquilo que já deveria ser oferecido pelo Estado, sobretudo ao que se refere ao acesso a medicamento de alto custo, vagas em leitos de hospitalares, em unidades de terapia intensiva, entre outros. Mas é no âmbito da saúde privada, que esta reflexão pretende avançar por se tratar de escolha que, hoje, reúne 70 milhões de brasileiros em todo o país se somados os serviços médicos e odontológicos e, 50 milhões e 500 mil cidadãos se considerados apenas os serviços médicos excluídos os odontológicos (CARLINI, 2017. p. 04).

Sobre tal temática, a título de exemplificativo, um estudo realizado por Cruz e Lima aduzem (2020, p. 02):

Sistematizou a legislação e as alterações da regulamentação das coberturas dos planos de saúde entre 1998 e 2020 e analisou 2.845 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2018, relacionados a negativas de coberturas reclamadas por consumidores de planos de saúde. Em resumo, do estudo, os autores concluíram que “as coberturas hospitalares, dentre as quais destacam-se as cirurgias e internações, foram o principal objeto das demandas, compondo 41% do total estudado. A maioria das coberturas hospitalares excluídas ou negadas não constavam no rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar. A regulamentação dessa agência, com destaque para o rol de procedimentos e eventos em saúde, relaciona-se com a exclusão de coberturas hospitalares por planos de saúde, sendo utilizada como argumento para a defesa judicial da negativa de cobertura pelas operadoras de planos de saúde, em conjunto com as previsões contratuais.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na maioria das vezes (80% dos casos estudados), garantiu a cobertura hospitalar demandada, fundamentando as decisões prioritariamente no Código de Defesa do Consumidor, na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nas súmulas do tribunal e na Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). Conclui-se que o Poder Judiciário, quando provocado, tende a reconhecer o direito dos consumidores ao acesso às coberturas assistenciais, muitas vezes em contraposição à regulação setorial pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A judicialização nos casos envolvendo discussões acerca da obrigatoriedade de concessão de coberturas e serviços prestados por planos de saúde suplementar, tem o escopo de fazer valer os direitos que estão previstos nos contratos firmados com as operadoras de saúde e, por vezes, também visa a obter acesso a medicamentos e serviços não previstos nesses contratos e tampouco no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (CHAGAS, 2019).

Deste modo, Chagas (2019), elucida que com um montante que soma mais de 47 milhões de usuários brasileiros, segundo dados e indicadores atualizados anualmente pela ANS no ano de 2019, os usuários de planos e seguradoras de saúde suplementar possuem uma relação consumerista de matriz contratual onde se fundam as discussões judiciais em saúde suplementar, e hoje, também são alvo de discussão no que pesa à natureza privada, esta compreendida como direito constitucional de acesso à saúde.

Ainda, deve-se levar em consideração que, embora rechaçado pelas operadoras, os planos de saúde são regulados também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90, por se tratar de atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Todavia, Carlini (2015) coloca em foco que é preciso cautela, vez que a atividade de saúde privada antes de ser um contrato firmado entre a operadora e o usuário, pessoa física ou jurídica, é uma operação econômico-financeira de alto grau de complexidade e que necessita de pressupostos técnicos muito rigorosos para funcionar bem.

Em termos concretos, para a mesma autora, o resultado desse grande número de judicialização na saúde, pode ser duplamente perverso: para o Judiciário significa acúmulo de um número inacreditável de demandas judiciais para serem solucionadas por juízes singulares e por tribunais, num ritmo de trabalho que mesmo sendo desumano nunca dá conta de todas as necessidades que surgem; e, para a população brasileira, a falsa ideia de que o Poder Judiciário é o único destinatário do projeto democrático que o país iniciou com a Constituição Federal de 1988, que é o único *locus* em que todos os cidadãos podem ser ouvidos e protegidos pelo Estado, porque nos demais, mesmo em aparelhos comuns da prática cotidiana como a polícia, os hospitais públicos, as prefeituras, nenhum cidadão é tratado com a dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil. (CARLINI, 2015).

O que se observa, segundo os estudos de Carlini (2015) é que a população brasileira tem buscado o Poder Judiciário para fazer valer os direitos que estão previstos nos contratos firmados com as operadoras de saúde, mas, por vezes, também para obter acesso a medicamentos e serviços não previstos nesses contratos e nem tão pouco no rol da Agência Nacional de Serviços Privados. E que um dos fatores decretórios para buscar o judiciário com o fim de ratificar o direito pleno à saúde do pleiteante, assim como leva o próprio judiciário a conceder mesmo não estando previsto no contrato privado e no rol da Agência Nacional de Saúde, é a opinião médica que afirma que o cidadão precisa daquele procedimento, medicamento ou tratamento para não morrer. E que, muitas das vezes, o faz por intermédio da tutela provisória de urgência de natureza antecipada, com o fim de satisfazer a concretização de seu direito à saúde.

Portanto, assim como afirma Preve (2019, p. 49), a tutela provisória de urgência de natureza antecipada “é a mais utilizada nas ações judiciais para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, sendo firmada pela jurisprudência, mostrando sua efetividade, vez que faz com que o fornecimento de um medicamento ou tratamento médico ocorra de forma mais célere”, não necessitando

que o autor aguarde a delonga de um trâmite processual, podendo dar início ao seu tratamento desde a sua concessão.

Assim, é forçoso destacar que tutela antecipada se mostra eficaz na judicialização da saúde, especialmente nas ações que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o paciente não pode aguardar até o final do processo, tendo em vista que a moléstia que lhe acomete pode ser agravada, ou em muitos casos, levá-lo a óbito. Nos casos mais graves, como um paciente portador de câncer, por exemplo, a tutela antecipada pode muitas vezes ter o condão de salvá-lo, fazendo com que o paciente inicie o tratamento desde a sua concessão (PREVE, 2019).

Desse modo, não obstante, a tutela provisória de urgência possui duas subespécies, cautelar ou antecipada, a mais eficaz e a mais utilizada na judicialização da saúde, decerto que é a tutela de antecipada, uma vez que antecipada os efeitos da sentença, quando presentes os requisitos autorizadores para tanto, sendo, portanto, irrefutável a efetividade da tutela antecipada nas ações judiciais de saúde, considerando que concretiza o direito à saúde do paciente de forma mais célere, conforme a sua necessidade.

O PAPEL DAS *ASTREINTES* COMO INSTRUMENTO IMEDIATO E EFETIVO NA RECUSA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Pode-se afirmar que os conflitos de direitos são caracterizados pela resistência de outrem ou pela violação do dever de cumprir a norma, assim, a parte prejudicada pode lançar a possibilidade de levar ao Estado-juiz a apreciação da demanda. Contudo, a apreciação jurisdicional não consegue atender todas as demandas de forma

célere, ainda que, a duração razoável do processo seja um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque o processo envolve muitas fases, tal como a de conhecimento, em que são produzidos todos os arranjos probatórios, para que o juiz estabeleça os direitos das partes e encontre o equilíbrio rompido nas relações, essa fase abarca toda a possibilidade de recurso para que, enfim, ocorra a sentença final. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO; 2005).

Outrossim, vale lembrar, que após a sentença que determina as obrigações oriundas do direito posto na fase de conhecimento, somente se aperfeiçoam após a fase de execução do processo. Nota-se que o trâmite do processo até a sua conclusão, é longo.

Além disso, devido à grande demanda de ações submetidas ao judiciário, a razoável duração do processo, chega a ser quase um ideal incansável, em razão das inúmeras variáveis presentes nos mecanismos de funcionamento do sistema jurisdicional no país, pois equacionar a quantidade de demandas *versus* o número de servidores, sobretudo os números de juízes, é quase uma fórmula de *Navier-Stoke*¹⁸.

Todavia, há situações de extrema urgência, em que os instrumentos processuais ordinários não conseguem abarcar, para essas situações pontuais que precisam ser eficientes e em tempo hábil, o Direito Processual Civil fornece importantes instrumentos tais como a antecipação da tutela, por meio das medidas cautelares e das tutelas antecipadas.

Entretanto, para que tais medidas sejam cumpridas de forma urgente devido o perigo da demora para o cumprimento, a *astreintes*

18 Tal equação, fascina os matemáticos e físicos devido à possibilidade que a fórmula $E = MC^2$, detém para precisar o campo da velocidade especialmente dos fluidos. Trata-se de uma equação não linear, que auxilia, por exemplo, na compreensão dos fenômenos que envolvem as correntes oceânicas, ajudando a observar de forma mais eficiente tais movimentos (BALIÑO, 2017).

desenvolve um relevante instrumento para cumprimento da obrigação concedida mediante a situação de urgência (TANAKA, 2017).

Por vezes a pretensão buscada em juízo, não se aperfeiçoa devido o aumento na postergação e desobediência das decisões judiciais, nesse sentido, o próprio Código de Processo Civil, estabeleceu diversas medidas coercitivas para que o credor possa exigir a obrigação que lhe é devida, e como medida coercitiva para obtenção da satisfação da obrigação concedida em caráter de urgência, o judiciário impõe a figura da multa coercitiva – *astreintes* (SANTOS; SILVA, 2019).

A palavra *astreintes* vem do latim *astringere*, de *ad* e *stringere*, apertar, compelir, pressionar. Originária do Direito Francês, *astreintes* e a vernácula *estringente*. O instituto possui sua gênese nos tribunais franceses que passaram a impor uma multa diária de alto valor para pressionar o devedor a realizar a prestação determinada judicialmente, tornando-se uma técnica judicial de coerção indireta.

Apesar das diversas críticas sofridas por juristas do mundo todo, os seus efeitos logo se fizeram notar e acabaram, inclusive, sendo adotadas em diversos outros países, tais como Suécia e Suíça, além do Brasil. A tradução para a língua portuguesa abarca a ideia de constrangimento, ou seja, em sua origem, na jurisprudência francesa, a *astreintes* é definida como uma soma em dinheiro imputada em face do devedor, obrigando-o a cumprir a ordem no prazo determinado (TANAKA, 2017).

Logo, pode-se assegurar que a *astreintes* é tida como uma ferramenta de persuasão a serviço do juiz com o fito de coagir o devedor a cumprir a determinação judicial contra ele estabelecida, evitando-se, assim, o perecimento do direito e conseqüente conversão em perdas e danos, fazendo com que a ordem emitida obtenha a eficácia esperada.

Nesta linha de pensamento, vale afirmar que tal instrumento possui caráter eminentemente psicológico, a multa não se confunde com a obrigação a ser prestada, nem com a indenização eventualmente devida em razão das perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação. Isso significa que as *astreintes* não se destinam a substituir a obrigação nem a reparar os prejuízos advindos do inadimplemento ou do adimplemento tardio, neste viés, a multa, em suma, tem natureza puramente coercitiva (MESQUITA, 2008).

Assim, conforme dita Miriam Costa Faccin (2013, p. 36) que “as *astreintes* são, por definição, consideradas medidas coercitivas, cujo objetivo é pressionar o devedor para que cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão judicial”. Daí o porquê, de um lado, em razão de tal caráter repressivo, elas são independentes de eventual indenização dos prejuízos resultantes do inadimplemento do devedor. Por outro lado, o caráter coercitivo das *astreintes* impõe um limite à sua concessão. Assim, para sua determinação, o juiz deve examinar a possibilidade real da medida levar ao cumprimento da respectiva decisão.

Pertinente observar, que antes do Código de Processo Civil de 2015, o instituto das *astreintes* só era possível ser aplicado, em alguns casos específicos, como nos casos de inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, nas ações cominatórias e em ações de prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva.

Contudo, foi com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, que foi constituído a possibilidade de fixação de multas para o caso de ocorrer descumprimento de decisões judiciais de urgência, assim dispõem os artigos 497, 500, 536, §1º e 537:

Art. 497 - Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único - Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração

ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. [...]

Art. 500 - A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação [...]

Art. 536 - No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Art. 537 - A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º - O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º - O valor da multa será devido ao exequente. § 3º - A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042. § 4º - A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º - O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional. (BRASIL, 2015).

Nestes termos percebe-se que em uma abordagem mais ampla, genérica e superficial, doutrina e jurisprudência concordam que as *astreintes* possam ser veiculadas nas obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa. Essa geral aquiescência, advém, não só, do fato de existirem expressas disposições legais indicando que nessas hipóteses a multa pode ser cominada, mas também porque são nesses meios obrigacionais (fazer, não fazer e entregar coisa) que se encontra inserida a tutela específica.

É oportuno destacar que artigo 537, parágrafo segundo, deixa claro que a multa será devida ao exequente, tal direcionamento a maneira que o legislador encontrou de compensá-lo sobre todo o atraso no cumprimento da prestação. Deste modo, se tratando de ações de medicamentos, aquele que pleiteia no polo ativo da demanda, será o detentor da destinação da referida multa processual (SANTOS; SILVA, 2019).

Assim, a finalidade desta, possui a característica de coerção, pois o intuito desta é levar o indivíduo a cumprir o que fora decidido em decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, que neles impuseram a observância de um fazer ou não fazer, ora que a aplicabilidade da mesma pode ser utilizada para efetivar o cumprimento de uma tutela de urgência de natureza satisfativa ou acautelatória, tutelas de evidência ou a tutelas finais.

Se o dever de abstenção se prolongar no tempo, a tutela cominatória poderá ser requerida tanto antes como depois da violação se iniciar. Se a obrigação de não fazer tiver momento único de incidência, apenas a tutela inibitória preventiva será capaz de atender ao intento do credor. (SANTOS; SILVA, 2019).

Já quando se trata sobre o valor da fixação da *astreintes*, o enunciado 96 da Primeira Jornada de Direito Processual Civil prevê que "Os critérios referidos no caput do art. 537 do CPC devem ser observados no momento da fixação da multa, que não está limitada ao valor da obrigação principal e não pode ter sua exigibilidade

postergada para depois do trânsito em julgado" (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, 2017, p. 22).

Logo, como salienta Evandro Monteiro dos Santos e Fabio Dias Silva (2019, p. 3) mesmo o enunciado tratando sobre o valor da *astreintes*, "este não deixa claro até que ponto pode se valorizar a multa, ora que a jurisprudência vem entendendo que a multa não pode se afastar tanto do valor da obrigação principal, pois isto poderia gerar um enriquecimento do credor da multa".

Ao que tange à destinação da multa, o mencionado artigo em seu parágrafo segundo deixa claro que a multa será devida ao exequente, este direcionamento foi a forma que o legislador encontrou de compensá-lo sobre todo o atraso no cumprimento da prestação.

A multa coercitiva *astreintes*, destina-se de maneira direta ao exequente da demanda, aquele que buscava que seu direito fosse acolhido, quando tratamos de ações envolvendo a saúde, a *astreintes* tem sido cada vez mais utilizada para forçar a prestação Estatal, no cumprimento do direito à saúde.

Dito isto, a incidência das *astreintes*, segundo os ditames de Santos e Silva (2019, p. 9) "se inicia com o findo do prazo fixado em juízo, sendo que a parte não veio a cumprir o que fora fixado na ordem judicial". Mas antes de se falar de exigibilidade é necessário dar destaque à citação do executado, que para cumprir à obrigação deve tomar ciência do título executivo condenatório através da citação, como dispõe artigo 513, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.

Destaca-se a grande relevância observada na finalidade da *astreintes* em ações contra operadoras de plano de saúde, pois a parte autora, na maioria das vezes necessita com urgência do referido tratamento, e não há de se falar em tempo de espera para ser concretizado a referida obrigação. Sendo que a *astreintes* irá forçar que a prestação seja efetivada, e que o direito pertencente a parte

venha a ser assegurado, ora que a imposição da multa na maioria das vezes possui um valor elevado, pois a ideia final é de que seja cumprido a obrigação (SANTOS; SILVA, 2019).

De modo que, no caso de ações em face das operadoras de plano de saúde, o intuito principal do autor não é o recebimento da referida multa, mas sim o cumprimento da obrigação principal. Portanto, a finalidade da referida multa é assegurar que a obrigação principal seja cumprida, funcionando assim como um instrumento imediato e efetivo mesmo nos casos de recusa por parte das operadoras do plano de saúde, mesmo que para isso ocorra a coerção da parte executada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pautados nos argumentos de que não há nada mais justo do que pretender o direito à saúde contratado de forma suplementar, os cidadãos na condição de consumidores, agem, também baseando suas pretensões com fim de chegar à valia de seus direitos sociais. Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor, em jurisprudências e súmulas dos tribunais, sedimentados na Lei n.º 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), tem de forma exorbitante ao fenômeno que os estudiosos o denominam de judicialização da saúde.

Fenômeno este, que consiste em provocar o poder judiciário com a pretensão de que seja reconhecido o direito dos consumidores ao acesso às coberturas assistenciais, no caso das operadoras de saúde, muitas vezes em contraposição à regulação setorial pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Neste sentido, a questão da judicialização da saúde suplementar justifica-se pelo fato de, por vezes ser o último caminho, a “luz no fim do túnel”, após todos os meios utilizados e após diversas

tratativas indeferidas, capaz de proporcionar e assegurar ao cidadão direito à saúde. Sendo assim, o judiciário é o único meio capaz de proporcionar aquilo que especificamente aquele determinado cidadão necessita. Vez que, para muitos não é viável o tempo de espera, pois o seu problema de saúde não pode esperar o “amanhã”.

As *astreintes* originárias da França, são as famosas multas diárias, revelam-se como um poderoso instituto coercitivo, aplicável pelo judiciário, em razão do descumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, proveniente do trânsito em julgado de uma ação judicial. E, dada a sua eficácia funciona como um poderoso poder coercitivo, imprimindo maior respeito às decisões do Poder Judiciário, bem como auxiliando o vencedor da demanda a ver seu direito respeitado em prazo hábil, especialmente nas demandas que envolvem a garantia do direito à saúde.

Nesse íterim, pode-se concluir que as *astreintes* são instrumentos efetivos para acompanhar a concessão das tutelas de urgências, já que elas atuam como meios jurídicos que proporcionam à sociedade a segurança de compelir, via Poder Judiciário, o cumprimento da obrigação concedida.

Portanto, conclui-se que o papel das *astreintes*, é de grande relevância na judicialização da saúde suplementar, vez que, revela-se como um importante instrumento imediato e efetivo na recusa de prestação de serviços das operadoras de plano de saúde. Uma vez que, a parte autora na maioria das vezes necessita com urgência do referido serviço de saúde, não tendo condições e nem tempo para esperar o fim do processo para referida obrigação ser concretizada.

No mais, é extremamente importante salientar que a tutela antecipada se mostra eficaz na judicialização da saúde, especialmente nas ações que tratam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, visto que o paciente não pode aguardar até o final do processo, tendo em vista que a enfermidade que lhe acomete pode ser agravada, ou como ocorre em muitos casos,

leva-lo a óbito. Nos casos mais graves, como um paciente portador de câncer ou até mesmo no caso de doença de Pompe, por exemplo, a tutela antecipada pode muitas vezes ter o condão de salvá-lo, fazendo com que o paciente inicie o tratamento desde a sua concessão.

Por conseguinte, a aplicabilidade das *astreintes* é de suma relevância, já que ela pode ser utilizada para efetivar o cumprimento de uma tutela de urgência de natureza satisfativa ou acautelatória, tutelas de evidência ou a tutelas finais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de; LUZZARDI, Gabriel Marques. As Tutelas Provisórias de urgência requeridas em caráter antecedente como instrumento processual de proteção ao consumidor: a situação das ações envolvendo planos de saúde. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 49, p. 163-183, ago. 2022. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/112664/86048>. Acesso em: 17 nov.2022.

BALIÑO, Jorge Luis. **Equações de Navier-Stokes**. vol. nº 1, Escola Politécnica - Universidade de São Paulo. São Paulo -SP:USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2967734/mod_resource/content/1/Navier_Stokes.pdf. Acesso em 26 nov. 2022.

BRASIL. Lei Ordinária n. 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL, 2017

BRASIL; Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Tópicos da saúde suplementar para o programa parceiros da cidadania**, 1ª ed. Agosto/2021. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-lanca-publicacao-sobre-regras-do-setor-de-planos-de-saude/copy5_of_ManualdeTpicosdaSadeSuplementar.pdf. Acesso em 18/11/2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva. 2015.

CARLINI, Angélica Lucia. **A judicialização da saúde privada no Brasil: reflexões a partir da segurança jurídica e do protagonismo judicial**. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/363151838> Acesso em 18 nov. 2022.

CARLINI, A.; RÊGO, W. A judicialização da saúde privada no Brasil: reflexões a partir da segurança jurídica e do protagonismo judicial. **Rêgo W. Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, p. 33-53, 2017.

CHAGAS, Flávia de Azevedo Faria Rezende. **A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do plantão do Poder Judiciário**. 2019. Dissertação (Mestrado

Profissional em Justiça e Saúde) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/39671/ve_Flavia_de_Azevedo_ENSP_2019;jsessionid=C371F24F17781006448D30B0F8F3E7E4?sequence=2. Acesso em 18 nov. 2022.

CRUZ, Joana Indjaian. LIMA, Leon Faria de. **Judicialização da assistência hospitalar negada por planos e seguros de saúde no estado de São Paulo**. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/176983-Texto%20do%20artigo-573891-1-10-20220825.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. Juspodivm. 21. ed. Salvador: 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de processo civil comparado: CPC/1973 para o CPC/2015 e CPC/2015 para o CPC/1973**. Imprensa: São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Ana Tereza Ribeiro Dantas de. VASCONCELOS, Daniella da Cruz. SILVA, Luiz Gabriel Dantas de Souza. Tutela Provisória: noções preliminares, diferenças frente à coisa julgada e análise de casos concretos. **Revista eletrônica jurídico-institucional**. Ano 9, n. 13, pp. 01-11, jan./jun. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Elet-Jur-Instit-MP-RN_n.13.04.pdf. Acesso em 18 nov. 2022.

FACHINI, Tiago. **Tutela de urgência no Novo CPC: o que é e como funciona**. 2020. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/tutela-de-urgencia/#:~:text=A%20tutela%20provis%C3%B3ria%20de%20urg%C3%AAncia,no%20fim%20do%20mesmo%20cautelar>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FACCIN, Miriam Costa. A evolução da jurisprudência na busca pela efetividade das decisões judiciais e o papel da multa coercitiva. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 439 - 473, jan./jun. 2013. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/277-Texto%20do%20Artigo-513-1-10-20130724.pdf. Acesso em : 18 nov.2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KOZAN, Juliana Ferreira. **Por que pacientes com câncer vão à Justiça? Um estudo sobre ações judiciais movidas contra o Sistema Único de Saúde (SUS) e contra os planos de saúde na Cidade de São Paulo**. 2019. Dissertação (Mestrado em?) -

Faculdade de Medicina da cidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-03102019-114604/publico/JulianaFerreiraKozan.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELO, David. **Saiba tudo sobre Tutelas Provisórias no Processo Civil**, 2021. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/aspectos-gerais-da-tutela-provisoria-no-processo-civil/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et al.* **Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes**. 2005.

MESQUITA SILVA, Cristiane de. Equidade e promoção da saúde na estratégia Saúde da Família: desafios a serem enfrentados. **Revista de APS**, v. 11, n. 4, 2008.

MARGAZÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreintes) na Tutela específica**. 2013. Tese (Doutorado em?) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**[e-book], 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OTTONI, Marcos Vinícius Barros . **O direito fundamental à saúde, ativismo judicial e judicialização**: à luz dos precedentes do STF sobre fornecimento de medicamentos sem registro e de alto custo. Tese (mestrado), Brasília. 2019. Disponível em : http://191.232.186.80/bitstream/123456789/2989/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_%20MARCOS%20VINICIUS%20BARROS%20OTTONI_MESTRADO%20EM%20DIREITO_2019.pdf. Acesso em 13 nov 2022.

PAIM, Jairnilson *et al.* **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios.** 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/157048/mod_resource/content/1/Paim%20sistema%20de%20saude%20Brasil%20Lancet%202011.pdf. Acesso em 15 nov 2022.

PREVE, Letícia Elias. **Judicialização da saúde: a tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito à saúde.** 2019. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5585/7/Monografia%2009-07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf>. Acesso em: 16 nov 2022.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória (evolução e teoria geral).** 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/166/edicao-2/tutela-provisoria-%28evolucao-e-teoria-geral%29>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SANTOS, Evandro Monteiro dos; SILVA, Fabio Dias da. **A exigibilidade das astreintes pelo cumprimento forçado das ações de medicamento.** 2019. Etic 2019- Encontro de Iniciação Científica. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/7776-67650951-1-PB.pdf>. Acesso em 18 dez. 2022.

SILVA, Ricardo Azevedo. **Astreintes e sua incidência: necessidade de intimação pessoal do obrigado.** 2008. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI, Florianópolis, 2008. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ricardo%20Azevedo%20Silva.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SILVA, Neuzely Simone da. **A exigibilidade da multa fixada em ações de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.** In: ABREU, Pedro Manoel, e OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Direito e Processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Hungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial. 2007.

TANAKA, Auro Hadano. **Multas em tutelas judiciais de urgência contra operadoras de planos de saúde suplementar.** Dissertação (Mestrado em Direito) –

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Local, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/Tanakar_AH_me_fran_int.pdf. Acesso em: 18 nov 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Tutela provisória de urgência de natureza antecipada.** 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/da-tutela-provisoria-de-urgencia-de-natureza-antecipada>. Acesso em 16 nov. 2022.



Seção

II

**DA FLEXIBILIZAÇÃO
NORMATIVA NO
PROCESSO CIVIL**

7

*Ana Cristina Duarte Pereira Murai
Clara Rodrigues de Brito
Marisa Rossignoli*

A EXIGIBILIDADE DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

**UMA ANÁLISE À LUZ DA PERSPECTIVA DE FLEXIBILIZAÇÃO DA
EXIGÊNCIA CONFORME DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

***THE REQUIREMENT OF A TAX DEBT
CLEARANCE CERTIFICATE FOR THE GRANT
OF JUDICIAL REORGANIZATION:***

***AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF FLEXIBILITY OF THE
REQUIREMENT WITHIN THE SCOPE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE***

DOI: 10.31560/pimentacultural/2023.98065.7

RESUMO

O objetivo da recuperação judicial é tornar possível a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, a fim de assegurar a manutenção da fonte produtora, os empregos dos trabalhadores, assim como resguardar os interesses dos credores, promovendo, dessa forma, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. No entanto, a Lei n.º 11.101/2005 impõe ao devedor a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial, o que pode inviabilizar o fim proposto na recuperação judicial que é a manutenção da empresa. Por essa razão, trata-se da relevância jurídica e social do tema, de modo a contribuir para uma mudança de paradigma no âmbito da realidade proposta. Nesse cotejo, a presente pesquisa consiste em apurar a seguinte problemática: em que medida a exigência de apresentação de certidão negativa de débito contida no artigo 57 da Lei n. 11.101/2005 afronta o Princípio da Preservação da empresa na recuperação judicial? Para buscar as possíveis respostas, propõem-se, por meio deste artigo, o marco temporal referente à publicação da Lei n. 11.101/2005, alterada pela Lei n. 14.112/2020. A metodologia utilizada na pesquisa é o método dedutivo com abordagem qualitativa, baseada em documentos legais e bibliográficos indexados. A partir da temática proposta, observou-se que a jurisprudência do STJ tem sido no sentido de flexibilizar a exigência da certidão negativa de débitos tributários, contudo, mesmo havendo tal flexibilização, não ocorreu qualquer alteração na Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Palavras-chaves: Certidão negativa de débitos. Preservação da empresa. Recuperação judicial.

ABSTRACT

The objective of the judicial reorganization is to make it possible to overcome the situation of economic and financial crisis of the debtor company, in order to ensure the maintenance of the production source, the jobs of the workers, as well as to safeguard the interests of the creditors, thus promoting the preservation of the company, its social function and the stimulation of economic activity. However, Law No. 11,101/2005 imposes on the debtor the need to present a negative certificate of tax debts as a condition for granting judicial reorganization, which may make unfeasible the purpose proposed in the judicial reorganization, which is the maintenance of the company. For this reason, it deals with the legal and social relevance of the theme, in order to contribute to a paradigm shift within the scope of the proposed reality. In this comparison, the present research consists of investigating the following problem: to what extent the requirement to present a negative debt certificate contained in article 57 of Law n. 11.101/2005 affronts the Principle of Preservation of the company in judicial recovery? In order to seek possible answers, this article proposes the timeframe referring to the publication of Law n. 11,101/2005, amended by Law n. 14,112/2020. The methodology used in the research is the deductive method with a qualitative approach, based on indexed legal and bibliographic documents. From the proposed theme, it was observed that the jurisprudence of the STJ has been in the sense of making the requirement of the negative certificate of tax debts more flexible, however, even with such flexibility, there was no change in the Law of Recovery of Companies and Bankruptcies.

Keywords: *Company preservation. Judicial recovery. Negative certificate of debts.*

INTRODUÇÃO

O escopo do artigo é o estudo da exigibilidade de certidão negativa de débito tributário para a concessão da recuperação judicial. A delimitação temporal refere-se ao ano de 2005 com a publicação da Lei n.º 11.101, alterada pela Lei n.º 14.112/2020.

O procedimento de recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

No entanto, a Lei n.º 11.101/2005 impõe ao devedor a necessidade de apresentação de certidão negativa de débitos tributários como condição para a concessão da recuperação judicial, o que pode inviabilizar o fim proposto na recuperação judicial que é a manutenção da empresa. Daí a relevância jurídica e social do tema, de modo a contribuir para uma mudança de paradigma no âmbito da realidade proposta.

Busca-se responder, neste estudo, ao seguinte problema: em que medida a exigência de apresentação de certidão negativa de débito contida no artigo 57 da Lei n. 11.101/2005 afronta o Princípio da Preservação da empresa na recuperação judicial?

Para responder o problema proposto, em relação à metodologia, será utilizado o método dedutivo com abordagem qualitativa, baseada em documentos legais e bibliográficos indexados. Assim, inicialmente, buscam-se considerações acerca do instituto da recuperação judicial, enfatizando os requisitos legais. A intenção é trazer os conceitos relevantes do instituto.

Em seguida, buscar-se-á compreender o Princípio da Preservação da Empresa e sua incongruência com o artigo 57 da Lei n.º 11.101/2005. Por fim, abordar-se-á o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da flexibilização ou não da apresentação da certidão negativa de débito tributário no âmbito da recuperação judicial. Conclui-se que a jurisprudência do STJ tem sido no sentido de flexibilizar a exigência da CND, sem, contudo ter procedido a alteração na Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O instituto da recuperação judicial completou sua primeira década no ordenamento brasileiro em 2015. Com a extinção da concordata e a criação desse novo instituto, reintroduziu-se, no sistema de insolvência empresarial brasileiro, a efetiva participação dos credores, a qual havia sido praticamente extirpada pela legislação revogada (Decreto-Lei n.º 7.661/1945) (FERRAZ; GARCIA, 2021).

Com o objetivo de assegurar, de modo efetivo, a reorganização da atividade empresarial, estimular o desenvolvimento do mercado e reduzir a morosidade do procedimento, promulgou-se a Lei n.º 11.101, Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF), de 9 de fevereiro de 2005, alterada em 2020, pela Lei n.º 14.102 de 24 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020).

A nova lei, além de disciplinar a falência, criou institutos para permitir a satisfação das obrigações pela sociedade e o fim da crise empresarial. Desse modo, com a finalidade de substituir a concordata, criaram-se a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial (SACRAMONE, 2021).

O novo diploma legal constitui instrumento de soerguimento em benefício de toda gama de credores, e da economia como um todo. Permitindo, assim, a possibilidade da Pessoa Jurídica, por meio de seus administradores, definir a recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, ou, inclusive, a falência.

Enfatiza-se, nesse sentido, que não é qualquer empresa que pode gozar de tais benefícios, porque a lei estabelece a necessária observância dos requisitos elencados no diploma legal em voga. Consoante o disposto no artigo 48 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos. Trata-se de pressuposto funcional” (BRASIL, 2005).

A respeito da leitura do dispositivo mencionado, extrai-se que o requerente deverá estar regularmente constituído, ou seja, inscrito no órgão de Registro Público de empresa há mais de 2 anos, nos termos do artigo 967 do Código Civil.

A Lei n.º 14.112/2020 alterou o parágrafo 2º do artigo 48, estabelecendo que, no caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput do artigo 48 por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que substituam a ECF, entregue tempestivamente.

Ressalta-se que a recuperação judicial, também, poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente nos termos da lei (BRASIL, 2013).

Assim, o devedor tem legitimidade para propor a recuperação judicial, empresário individual ou sociedade empresária com a finalidade de superação da crise, sem que haja um litígio prévio, necessariamente, visando à homologação de um plano de recuperação judicial, promovendo a preservação da empresa (BRASI, 2005).

O Código Civil brasileiro define, no artigo 966, empresário “como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços” (BRASIL, 2002). O Código Civil italiano, possui definição semelhante à brasileira. Em seu artigo 2082, define empresário como: *“e’ imprenditore chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195”¹⁹)* (ITÁLIA, Código Civil, 1942).

Observa-se que a definição de empresário traz em si a presença de alguns elementos, em ambos os diplomas legais. Nesse sentido, Ascarelli (1962) apresenta, como elementos, os mesmos elementos contidos no artigo 2082, ou seja, a atividade econômica organizada, exercida, profissionalmente, com a finalidade de produzir ou trocar bens ou serviços. Já Alberto Asquini (1943), além dos elementos mencionados no Código Civil, defende que é necessário que o empresário seja sujeito de direito.

Para Coelho e Almeida (2018, p. 3), na empresa há uma “organização dos fatores da produção (capital, trabalho, terra e tecnologia). O empresário é quem se apropria e organiza esses fatores da produção, para o exercício da atividade econômica no mercado”. Para os autores, o empresário, em última análise, é o sujeito ativo da atividade empresarial.

O artigo 981 do Código Civil brasileiro, quando trata das sociedades, estabelece que celebram contrato de sociedade as pessoas que, reciprocamente, se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e para a partilha, entre si, dos resultados (BRASIL, 2002).

19 *Um empresário é alguém que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada (2555, 2565) com a finalidade de produzir ou trocar bens ou serviços (2135, 2195”.* (ITÁLIA, Código Civil, 1942. **Tradução nossa**)

Nessa linha, o requerente deve atender a todos os requisitos determinados pelo artigo 48 da lei, devendo observar tais pressupostos cumulativamente. Assim, não pode: a) ser falido e, caso seja, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, b) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; c) não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; iv) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes empresarial tipificado na referida lei. Classificam-se tais requisitos como pressupostos de natureza pessoal (NEGRÃO, 2022).

Campinho define recuperação judicial, como um somatório de providências a serem adotadas para reestruturar a empresa. O autor aduz que:

A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento jurídico nacional, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário – e permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (CAMPINHO, (2021, p. 7).

Nesse sentido, pode-se dizer que a recuperação judicial objetiva uma reestruturação diante de uma crise econômico-financeira que permite a preservação da empresa.

Sob a ótica processual de Sérgio Campinho (2021, p. 7), a recuperação judicial se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, empresário individual ou sociedade empresária, com o escopo de viabilizar a superação da situação de crise, sem que, necessariamente, exista prévio litígio. Assim:

É um processo especialíssimo, em que, por exemplo, não existe a figura do réu. Mas dita pretensão somente pode ser exercida até a decretação de sua falência. Todo o procedimento vem orientado para a formação, aprovação e homologação de um plano de recuperação judicial, o qual poderá resultar de uma solução de consenso ou, subsidiariamente, diante de manifesta impossibilidade, da imposição dos credores, observadas, neste caso, certas condições por lei estabelecidas (CAMPINHO, 2021, p. 7).

É conveniente salientar que o artigo 50 da Lei traz, expressamente, os meios que podem ser adotados na recuperação judicial. Logo, pode-se afirmar que o legislador se cercou de meios e condições para salvar a empresa da situação de falência, dentre tantas possibilidades elencadas no referido artigo, cita-se a abertura especial de prazos para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas.

Outra importante condição consiste na possibilidade da cisão, fusão, incorporação, transformação de sociedade, entre outras possibilidades de alteração de situação da empresa. Contudo, tais alterações são concedidas mediante a observância dos critérios que resguardam os direitos dos sócios, em consonância com a legislação vigente.

Outrossim, ressalta-se que, durante essa fase, é possível a alteração do controle societário, bem como a substituição dos administradores, dos devedores, ou, ainda, dos órgãos administrativos que compõem a empresa, destaca-se que tal alteração pode ser total ou parcial.

Por outro lado, ao que se refere ao plano de recuperação, é concedido aos credores o direito de votação em separado dos administradores, cabendo, inclusive, o direito ao veto, em total ou parcial, sobre as demandas elencadas no plano de recuperação.

Isso porque o plano de recuperação deve alinhar questões e estratégias para salvaguardar a atividade empresarial. Nesse cotejo,

são apresentadas as possibilidades de aumento de capital social da empresa; o arrendamento ou trespasse do estabelecimento empresarial (sendo permitido, inclusive, à sociedade composta pelos próprios empregados da empresa); elaboração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, que tenha por objeto a redução de salários, redução ou compensação de jornada de trabalho etc. (CAVALCANTE, 2022).

Outra importante garantia para resguardar direitos é a constituição de sociedade de credores, que participam, ativamente, da condução do plano de recuperação da empresa, por meio de assembleias realizadas de forma periódica. Dentre outros critérios diversos, elencados nos incisos que compõem o artigo 50 da referida lei.

Destaca-se o artigo 50, alterado em 2020, pela Lei n.º 14.112, incluído outros meios de recuperação judicial, totalizando 18 meios. A doutrina entende que a enumeração do citado artigo é meramente enumerativa e o plano pode contemplar essas e outras modalidades que possam justificar a estratégia recuperatória adotada (NEGRÃO, 2022).

Por fim, o objetivo da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial deve ser o da preservação da atividade econômica e não apenas daquela que se caracteriza como atividade empresarial (CAMPINHO, 2022).

A partir desse contexto, passa-se para o exame do Princípio da Preservação da empresa, consagrado no artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005 e sua antinomia com o artigo 57 da lei que exige apresentação de certidões negativas de débitos tributários para a homologação da recuperação judicial.

OS REFLEXOS DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 47 EM FACE DO ARTIGO 57 DA LEI N.º 11.101/2005: UMA ABORDAGEM À LUZ DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

No que se refere ao modelo de recuperação empresarial, adotado no Brasil, o instituto da recuperação judicial prevê, no artigo 47 da Lei n.º 11.101/2005, o Princípio da Preservação da Empresa como paradigma de proteção à atividade econômica da empresa em crise econômico-financeira (BORGES; BENACCHIO, 2016).

Assim, nos moldes estabelecidos pela Lei n.º 11.101, o artigo 47 dispõe:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

Por outro lado, o artigo 57 do citado diploma legal determina que o devedor apresente as certidões negativas de débitos tributários:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. (BRASIL, 2005).

Menciona-se que, com o advento da exigência da apresentação de certidão negativa de débitos tributários, editou-se a Lei Complementar n. 118 de 2005, que acrescentou e alterou o Código

Tributário Nacional. Nesse sentido, dispõe-se, no Artigo 191-A do CTN, que “a concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei” (BRASIL, 2005).

Desse modo, indaga-se se a exigência do artigo 57 não afrontaria a preservação da empresa consagrada no artigo 47 da LRF?

Considerando a preservação da empresa como premissa, faz-se necessário percorrer os limites que moldam tal aplicação. Nesse cotejo, Ricardo Negrão (2019) apresenta um estudo da expressão, esclarecendo que não há como precisar a data em que a expressão foi introduzida no ordenamento jurídico. De acordo com o autor, há indicação de que seu uso tenha ocorrido, pela primeira vez, no repertório do Superior Tribunal de Justiça, datado em 1998.

Devido sua relevância tanto para o Direito como para a Economia, a doutrina e jurisprudência apresentam a preservação da empresa como *Princípio* de Proteção à atividade econômica, classificando o vocábulo “empresa” em seu chamado perfil funcional. Isso porque, defende-se que a sociedade empresarial desempenha uma importante função social, considerando-se que nela são gerados postos de trabalhos que desenvolvem e garantem o sustento dos empregados e de suas famílias, assim como funciona como mola para o desenvolvimento econômico local, e o aumento do bem-estar social.

Entretanto, Ricardo Negrão (2019, p. 338) critica os argumentos apresentados pela doutrina e jurisprudência ao reconhecer a preservação da empresa como princípio. Assim, para o autor:

Respeitando os judiciosos argumentos de tão ilustres doutrinadores e magistrados, entendemos que é de outra dimensão a generalidade encontrada em “preservação da empresa”; parece-nos evidente que seu grau de indeterminação é reduzido; seu título já delimita o âmbito de incidência: a empresa e, como concluiremos, seu universo é mais reduzido do que a expressão remete. Enfim, essa

locução legal reporta-se ao perfil funcional, excluindo os demais aspectos do fenômeno empresarial (subjetivo, objetivo e corporativo).

A par dos entendimentos doutrinários e jurisprudências, adotar-se-á, para fins do presente trabalho, a expressão “preservação da empresa” como Princípio de Proteção à atividade econômica de fundamento constitucional.

Em análise sistemática, pode-se afirmar, em princípio, uma manifesta antinomia entre os artigos 57 e 47, supramencionados. Objetiva-se, no artigo 47, preservar a empresa e sua função social, estimulando a atividade econômica; o artigo 57, apesar disso, determina a apresentação das certidões tributárias pelo devedor para a homologação do plano de recuperação judicial.

Dessa forma, ao ponderar as normas contidas nos artigos 47 e 57, considera a essência da Lei n.º 11.101/2005 que é oferecer meios adequados para a manutenção da empresa. Nesse sentido, exigir a regularidade fiscal da empresa para a aprovação do plano de recuperação judicial afrontaria o Princípio da Preservação da Empresa, consagrado na Lei n.º 11.101/2005, pois essa exigência inviabilizaria a reestruturação da empresa conforme essência da lei.

Um ponto importante diz respeito ao entendimento de que, antes da Lei n.º 13.043/2014, que deu nova redação ao artigo 10-A da Lei n.º 10.522/2002 e especificou o parcelamento de débitos e a apresentação de certidões no momento anterior à recuperação judicial, não prevalecia essa exigência da regularidade fiscal; e, com o advento da citada lei, o entendimento prevalente seria no sentido de que deverá o devedor apresentar sua regularidade fiscal para se valer da recuperação judicial (CAVALVANTE, 2018).

No entanto, a respeito do exame das decisões do Superior Tribunal de justiça, observa-se que, mesmo diante do parcelamento do débito, o devedor tem direito a se valer da recuperação judicial mesmo não apresentando sua regularidade fiscal.

Ressalta-se, por oportuno, uma reflexão sobre a alteração sofrida pela Lei de Recuperação e Falência, em 2020. Conforme mencionado, a Lei n.º 11.101/2005 foi alterada pela Lei n.º 14.112 em 2020. Observa-se que não houve nenhuma alteração no que diz respeito aos artigos 47 e 57.

Nesse sentido, em análise deontológica e hermenêutica, o silêncio do legislador, em relação à controvérsia da necessidade, ou não, da certidão de regularidade fiscal da empresa para requerer os benefícios trazidos pela lei de recuperação e falência deixou a critério do julgador a flexibilização ou não da obrigatoriedade de apresentar tal certidão. Considerando-se que se quisesse alterar, substancialmente, tal proposição, teria realizado no momento da edição da nova lei.

Por fim, afirma-se que a exigência da regularidade fiscal do devedor, na recuperação judicial, não constitui requisito obrigatório, haja que a aplicação jurisprudencial tem sido no sentido de flexibilizar tal requisito.

A seguir tecem-se considerações sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema.

FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGIBILIDADE DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO: UM ESTUDO BASEADO NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça tem assumido um papel relevante e de destaque no que tange ao tema proposto no sentido de que a apresentação de certidões

negativas de débitos tributários não constitui requisito obrigatório para a concessão do pedido de recuperação judicial.

O STJ tem se posicionado com o propósito de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (STJ, 2020). Nesse sentido, conforme o Recurso Especial 2010/0054048-4, julgado em 19/06/2013, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, publicado no DJe 21/08/2013, a Corte Especial (STJ, 2013):

DIREITO EMPRESARIAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUE A EMPRESA RECUPERANDA COMPROVE SUA REGULARIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LRF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

4. Recurso especial não provido.

Em 2020, no Recurso Especial 2019/0294631-9, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJe 26/06/2020, os ministros da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça entenderam que a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor, para concessão do benefício recuperatório, deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade.

De acordo com o julgado, atuando como conformador da ação estatal, a proporcionalidade exige que a medida restritiva de direitos figure como adequada para o fomento do objetivo perseguido pela norma que a veicula, além de se revelar necessária para garantia da efetividade do direito tutelado e de guardar equilíbrio no que concerne à realização dos fins almejados. Conforme ementa do referido julgado, observa-se que os julgadores ponderam entre a exigência da comprovação da regularidade fiscal e a função social da empresa e sua preservação. Nessa ponderação de valores, prevalecem os últimos, pois o objetivo da lei é a superação da crise econômica da empresa:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. ART. 57 DA LEI 11.101/05 E ART. 191-A DO CTN. EXIGÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO INSTITUTO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA

PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI 11.101/05.

1. Recuperação judicial distribuída em 18/12/2015. Recurso especial interposto em 6/12/2018. Autos conclusos à Relatora em 30/1/2020.

2. O propósito recursal é definir se a apresentação das certidões negativas de débitos tributários constitui requisito obrigatório para concessão da recuperação judicial do devedor.

3. O enunciado normativo do art. 47 da Lei 11.101/05 guia, em termos principiológicos, a operacionalidade da recuperação judicial, estatuinto como finalidade desse instituto a viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Precedente. [...]

10. Assim, de se concluir que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente – sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação – para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (STJ, 2020).

Outro fundamento apresentado pela terceira turma refere-se ao fato de que a realidade econômica do país revela que as sociedades empresariais em crise, usualmente, possuem débitos fiscais em aberto, e, inclusive, as obrigações dessa natureza, em primeiro lugar, deixam de ser adimplidas, sobretudo quando se considera a elevada carga tributária e a complexidade do sistema atual (STJ, 2020).

Considerando-se esse contexto, a Corte entendeu que a apresentação de certidões negativas de débitos tributários pelo

devedor que busca, no Judiciário, o soerguimento de sua empresa encerra circunstância de difícil cumprimento.

Em linhas gerais, a decisão reconheceu que, dada a existência de aparente antinomia entre a norma do art. 57 da Lei de Recuperação e Falência, em relação ao princípio insculpido em seu art. 47 (preservação da empresa), a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor para concessão do benefício recuperatório deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade. Consoante decisão da Corte Especial do STJ, a persistir a interpretação literal do art. 57 da LFRE, inviabilizar-se-ia toda e qualquer recuperação judicial (REsp 1.187.404/MT).

Assim, por unanimidade, o colegiado seguiu o entendimento da relatora, ministra Nancy Andrighi, de que exigir a apresentação das certidões como requisito para a concessão da recuperação poderia, em último grau, inviabilizar a própria existência do instituto.

À guisa de complementação e com o objetivo de enriquecer o debate, em seguida, analisar-se-á uma decisão do STJ, em que o relator Paulo de Tarso Sanseverino, deferiu liminar para suspender acórdão do TJ/SP que anulou homologação de plano de recuperação por falta de certidão negativa de débito tributário. Tal julgado considerou que a anulação da homologação da recuperação judicial, por falta de apresentação das certidões de débitos fiscais, poderia inviabilizar o soerguimento da empresa:

PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PENDENTE. DEFERIMENTO EXCEPCIONAL NO CASO DOS AUTOS. 1. Em situações excepcionais o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a apreciação de pedido de tutela de urgência visando à concessão do efeito suspensivo a recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade, condicionando sua procedência à demonstração da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que restou caracterizado no caso concreto. 2. Caso dos autos em que o acórdão que deu

provimento do agravo de instrumento da Fazenda Nacional, anulando a decisão que homologara o plano de recuperação judicial, em razão da não apresentação de certidões negativas de débito tributário, tem o potencial de inviabilizar o soerguimento da empresa, função precípua do instituto da recuperação. Precedentes do STJ. 3.Plausibilidade do direito e perigo na demora cuja presença, em juízo de cognição sumária, justifica o deferimento da tutela provisória de urgência (BRASIL; STJ – RE n.º 3458, 2022).

Extrai-se das decisões apresentadas que o Superior Tribunal de Justiça entende ser inexigível, pelo menos, por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas que buscam sua reestruturação por meio da recuperação judicial.

Ressalta-se que o entendimento contrário ao atual posicionamento do STJ afetaria, substancialmente, as próprias premissas constitucionais defendidas pelo ordenamento brasileiro, haja vista que a preservação da empresa se sustenta como pilares da nossa ordem econômica, consagrada dentro dos limites estabelecidos pelo no artigo 170 da atual Constituição Federal.

Por fim, independentemente das controvérsias doutrinárias sobre a necessidade ou não da certidão de regularidade fiscal para solicitar a recuperação da empresa, não se pode negar que o posicionamento do STJ é de suma importância, e sedimenta a relevância da empresa no contexto social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em tela teve por objetivo analisar a flexibilidade da exigibilidade de certidão negativa de débito tributário para concessão da recuperação judicial. Não se pode negar que a Lei n.º 11.101/2005 representa um grande avanço ao permitir a recuperação

da empresa com o objetivo de preservação desta. Entretanto, com base na interpretação sistemática, há incongruência entre as normas contidas nos artigos 47 e o 57 da Lei de Recuperação e Falências.

Apesar da antinomia existente entre os dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a exigência de comprovação da regularidade fiscal do devedor para concessão do benefício recuperatório deve ser interpretada à luz do postulado da proporcionalidade.

Por outro lado, destacou-se que a realidade econômica do País revela que as sociedades empresárias em crise, usualmente, possuem débitos fiscais em aberto, podendo-se afirmar que as obrigações dessa natureza são as que, em primeiro lugar, deixam de ser adimplidas, sobretudo quando se considera a elevada carga tributária e a complexidade do sistema atual.

Demonstrou-se, também, que, em situações excepcionais, admite-se a apreciação de pedido de tutela de urgência visando à concessão do efeito suspensivo a recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade, condicionando sua procedência à demonstração da presença concomitante do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o que restou caracterizado no caso concreto.

Isto posto, conclui-se que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor não têm peso suficiente para prevalecer sobre a função social da empresa e o princípio que objetiva sua preservação. Prevalece, assim, o direito do devedor de buscar no processo de recuperação judicial a superação da crise econômico-financeira que o acomete.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Bruna Feitosa Serra de. **Recuperação empresarial: a flexibilização da exigência da certidão negativa de débitos na concessão da recuperação judicial e os pressupostos definidores da Lei n.º 11.101/2005**. 2010. Monografia (Graduação em Direito) – Repositório de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís, 2010.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. Rivista di diritto commerciale, v. XLI, parte I, 1943.

BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum** – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 17, pp. 155-171, Jan.-Dez. 2016.

BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2010/0054048-4**, j. 19/06/2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 21/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2019/0294631-9**, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/06/2020, DJe 26/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tutela provisória n.º 4113 - SP** (2022/0251661-1) rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16/08/2022, DJe 18/08/2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Plano de recuperação judicial [recurso eletrônico]**: formação, aprovação e revisão – de acordo com a Lei n. 14.112/2020. *E-book*. São Paulo: Expressa, 2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial – Falência e Recuperação de Empresa**. – 12. ed. *E-book*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de Jurisprudência dizer o direito**: 2018/organizador Márcio André Lopes Cavalcante. Salvador: Editora: JusPodivm, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A apresentação de certidões negativas de débitos tributários não constitui requisito obrigatório para concessão do pedido de recuperação judicial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/78aa9cdf7ccc43360c7b8d362a07d223>. Acesso em: 03. dez. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo IV (recurso eletrônico)**: direito comercial/coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

FERRAZ, Daniel Amin; GARCIA, Juliana Silva. A par conditio creditorum e o procedimento de recuperação judicial de empresas: novas luzes sobre o velho princípio? **Revista Argumentum** – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 22, n. 1, p. 189-204, Jan.-Abr. 2021.

ITALIA. **Il Codice Civile Italiano**. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (*Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*). Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm Acesso em: 24 nov. 2022. Acesso: 03 dez. 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. *E-book*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Falência e recuperação de empresas**: aspectos objetivos da Lei n. 11.101/2005. 7. ed. *E-book*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

8

*André Luís Fontanela
Lidiana Costa de Sousa Trovão*

EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FEDERAIS PARA VENDA DE IMÓVEL DE PESSOA JURÍDICA

***REQUIREMENT OF SUBMISSION
OF FEDERAL DEBT CLEARANCE CERTIFICATE
FOR SALE OF PROPERTY BY LEGAL ENTITIES***

RESUMO

Cuida-se de pesquisa voltada à análise das exigências de apresentação de certidão negativa de débitos federais para venda de imóvel de pessoa jurídica, no âmbito dos Cartórios de Registro de Imóveis no Brasil, e suas implicações jurídicas. Objetivo de elaborar premissas para se verificar essa exigência reúne características desnecessárias, ante às cautelas legais, a fim de evitar eventuais contratemplos que possam colocar em risco e representar perigos no futuro, com a perda deste estimado patrimônio. Para tanto, aponta-se que a verificação do histórico do bem e do seu proprietário é realizada de maneira extraordinária, visando a concretização de um negócio empresarial tranquilo, seguro e garantido pela averiguação das certidões das pessoas jurídicas do imóvel e do vendedor. O estudo conclui que a inexigência dessa certidão causa insegurança jurídica e pode ocasionar problemas mais graves, colocando em risco tanto o comprador quanto o corretor, inviabilizando a obtenção de empréstimos bancários ou participar de determinadas licitações. Adotou-se o procedimento de pesquisa bibliográfico, assentado na revisão de artigos, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática, sob orientação metodológica desenvolvida por meio do método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN. Certidão negativa de débitos. Imóveis de pessoas jurídicas. Pessoa jurídica. Registro de imóveis.

ABSTRACT

This is a research aimed at analyzing the requirements for presenting a negative certificate of federal debts for the sale of property by legal entities, within the scope of the Real Estate Registry Offices in Brazil, and its legal implications. The objective is to develop assumptions to verify this requirement, which combines unnecessary characteristics, in view of legal precautions, in order to avoid any setbacks that may endanger and represent dangers in the future, with the loss of this esteemed asset. To this end, it is pointed out that the verification of the history of the property and its owner is carried out in an extraordinary way, aiming at the achievement of a smooth, safe and guaranteed business deal by verifying the certificates of the legal entities of the property and the seller. The study concludes that the lack of this certificate causes legal uncertainty and can lead to more serious problems, putting both the buyer and the broker at risk, making it impossible to obtain bank loans or participate in certain bids. The bibliographic research procedure was adopted, based on the review of articles, legal works and other bibliographic materials related to the theme, under methodological guidance developed through the deductive approach method.

Keywords: *Informative Register of Unpaid Credits of the Federal Public Sector – CADIN. Negative certificate of debts. Real estate of legal entities. Legal person. Property registration.*

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo elaborar as premissas para se verificar a “exigência de apresentação de certidão negativa de débitos federais para venda de imóvel de pessoa jurídica”, com fim da importância das Certidões Negativas Federais no processo de venda de imóveis de Pessoas Jurídicas nas negociações. Há várias características que não precisam, nunca, constituírem perdas antes de se dar início a este processo. Obtenção de um bem imóvel solicita cautelas para não ser pego de surpresa no futuro com a perda deste estimado patrimônio.

Para tal objetivo, a verificação do histórico do bem e do seu proprietário é de extraordinária precisão, para que a concretização de um negócio empresarial seja tranquilo, seguro e garantido pela averiguação das certidões das pessoas jurídicas do imóvel e do vendedor, uma vez que são estas certidões que demonstram se existem empecilhos, melhor dizendo, restrições para a negociação e registro do imóvel.

O que ocorre é que, diversas pessoas prescindem a identificação de determinadas certidões apenas para avançar o processo da comercialização, mas é exatamente neste ponto aonde ocorrem os problemas mais graves, correndo o risco do comprador e o corretor apresentarem problemas significativos e dentro deste enfoque, o problema se dá na seguinte questão:

Quais são os prejuízos de não se ter uma Certidão Negativa de Débitos junto ao órgão Federal, para venda de imóvel de pessoa jurídica?

Compreende-se, em um primeiro instante, que geralmente quando uma empresa não tem uma certidão válida, improvavelmente obterá empréstimos bancários ou poderá participar de determinada licitação.

Isso porque é comum até quando não se adquire uma certidão que o fornecedor da empresa evite a aquisição de mercadorias, já que a maior parte das vezes a dívida fica no CADIN.

O Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal, mais notório por CADIN, é um banco de dados que armazena pessoas físicas e jurídicas que têm dívidas nas entidades federais e órgãos do Brasil. Quando um débito vence e este não é liquidado, seu nome é incluso no CADIN para a Administração Pública, e esse débito ficará registrado em seu CNPJ, Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas, ou CPF, Cadastro das Pessoas Físicas.

Para o desenvolvimento da pesquisa a metodologia a ser empregada será a lógica-dedutiva, onde se traça, o preceito de referência bibliográfico e delimita-se o objeto da pesquisa, ampliando as premissas fundamentais referente a Tutela Jurídica das Relações Empresariais.

DA TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL

As Escrituras Públicas de compra e venda de bens imóveis são um documento público feito em Tabelionato de Notas para serem registrados em Cartório de imóveis, transmitindo assim a propriedade, ou melhor, o domínio de um determinado imóvel para outra pessoa. Portanto, depois que confeccionar o título, o comprador de qualquer imóvel, só passa ser o pleno proprietário do imóvel no momento em que o título estiver registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel. (ASCENSÃO, 2006, p. 98).

Por sua vez, o artigo 1245 do Código Civil sugere “transfere-se entre vivos a propriedade por meio do registro do título translativo no Registro de Imóveis” (BRASIL, 2002). Além disso, o artigo 1246 do CC informa que “o registro é eficaz desde o momento em

que se apresentar o título ao oficial do registro (Registrador do Cartório de Imóveis), e este prenotar no protocolo.” (BRASIL, 2002).

A relevância da certidão, no procedimento de comercialização de um imóvel, é que por meio deste documento provamos que um certo bem imóvel pertence a determinado proprietário. Havendo a matrícula, é permitido começar as pesquisas a respeito da circunstância atual do imóvel e do proprietário.

Dentre as pesquisas a serem feitas a certidão expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis é documento essencial que, por sua vez tem validade de 30 dias, tendo acesso público e abrange ao histórico dos proprietários e a condição do imóvel. (ASCENSÃO, 2006, p. 98).

Frisa-se que ela certifica e cita se existe usufruto, hipoteca, evicção (apreensão judicial cautelar de bens do vendedor como modo de garantia da liquidação futura), penhora, ou distinta ocorrência agravante que incida sobre o imóvel, e se o vendedor é realmente o proprietário. A apreciação feita nesta certidão aponta todas as características que possam derivar problemas judiciais, e também a perda do imóvel.

A certidão imobiliária bem como as certidões fiscais e de ações judiciais caracterizam toda a segurança no desimpedimento do imóvel à sociedade, e elas precisam ser consideradas a fundo para que o sonho de determinada pessoa não se transforme em pesadelo, e também para que o corretor, não apresente sua vida profissional denegrada. (ASCENSÃO, 2006).

É por isso que há proeminência de temática inovadora e inclinada a novos caminhos de estudos, que, por sinal, corroboram o reforço do dever jurídico de proteção da tutela jurídica das relações empresariais, passando a analisar no próximo capítulo os documentos de imóvel delimitando o tema às pessoas jurídicas.

ANÁLISE DE DOCUMENTOS DE IMÓVEL DE PESSOA JURÍDICA

A análise de documentos de imóvel de pessoa jurídica é um processo importante que envolve a avaliação e verificação de todos os documentos relacionados a um imóvel pertencente a uma entidade empresarial ou organização. É realizada com o objetivo de garantir a validade legal do imóvel, identificar quaisquer ônus ou restrições existentes e obter uma visão completa de sua situação jurídica.

Sobre o assunto, é pertinente destacar, que para a compra de um imóvel de uma pessoa jurídica (PJ) seja válida, é imprescindível que a empresa esteja regular com suas obrigações perante o INSS. Além da exigência documental, outras verificações podem ser necessárias dependendo da finalidade da análise e das características específicas do imóvel e da pessoa jurídica em questão.

Diante de um contexto legal, é recomendável que a análise de documentos de imóvel de pessoa jurídica seja realizada por profissionais qualificados, como advogados especializados em direito imobiliário, para garantir que todas as informações sejam revisadas de forma adequada e precisa, evitando assim futuros problemas legais ou financeiros.

A apresentação desta certidão não se trata apenas de uma precaução, mas sim em um requisito obrigatório, como previsto nos artigos 47 e 48 da Lei n.º 8.212 de 1991:

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito--CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: I - da empresa [...] b) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo [...] § 1º A prova de inexistência de débito deve ser exigida da empresa em relação a todas as suas dependências, estabelecimentos e obras de construção civil, independentemente do local

onde se encontrem, ressalvado aos órgãos competentes o direito de cobrança de qualquer débito apurado posteriormente. Ar t. 48. A prática de ato com inobservância do disposto no artigo anterior, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos. (BRASIL, 1991).

Não obstante, cabe ressaltar que os dispositivos legais, além de não atribuírem eficácia à venda caso a CND referente ao INSS não seja apresentada, impõem por responsabilidade subsidiária ao comprador, a incumbência de quitar o débito do vendedor, no caso a empresa.

Responsabilidade esta que se estenderá ao registrador de imóveis, subsidiariamente, caso proceda com o registro em inobservância deste requisito. No Brasil, o registrador de imóveis desempenha um papel fundamental na garantia da segurança jurídica das transações imobiliárias. Sua responsabilidade está diretamente relacionada à função de registro e averbação dos atos que envolvem imóveis, conforme estabelecido pela Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973).

Pode-se apontar, à luz da legislação de regência, que a responsabilidade do registrador de imóveis abrange diversos aspectos, sendo os principais a autenticidade e legalidade, segundo a qual o registrador tem o dever de verificar a autenticidade e legalidade dos documentos apresentados para registro.

Isso inclui analisar se os documentos estão devidamente preenchidos, se há a presença de assinaturas corretas e se as partes envolvidas têm capacidade legal para realizar a transação imobiliária. Ligada a ela, está a publicidade e transparência, por meio da qual o registrador deve garantir a publicidade dos registros imobiliários, permitindo o acesso a informações precisas e atualizadas sobre a situação jurídica dos imóveis. Destaca-se que essa transparência é fundamental para proteger terceiros interessados em adquirir ou financiar imóveis, evitando conflitos e prejuízos.

De igual maneira, deve preservar a fidedignidade das informações apresentadas nos documentos. Isso inclui a conferência dos dados referentes à descrição do imóvel, confrontações, limites e eventuais ônus ou gravames que possam afetar a sua titularidade.

Diante disso, o registrador deve efetuar os registros e averbações de forma tempestiva, dentro dos prazos estabelecidos em lei. Isso contribui para a segurança das transações imobiliárias, garantindo que os direitos dos envolvidos sejam protegidos.

Quanto a todas essas responsabilidades, o registrador pode responder civilmente por eventuais danos causados a terceiros em decorrência de erros ou omissões no exercício de suas funções. É importante ressaltar que o registrador de imóveis atua como um profissional do direito, submetido a normas e regulamentos específicos que disciplinam sua conduta. Ele deve possuir qualificação técnica e jurídica adequada para desempenhar suas atribuições de forma competente e responsável.

LISTA DE CERTIDÕES FEDERAIS

A imperiosa necessidade de buscar as Certidões Negativas Federais, assim como outras certidões já citadas acima, não só no âmbito econômico, mas também no nível de segurança e tranquilidade, para que o cliente e as empresas possam ter numa negociação imobiliária quando o imóvel pertencer a uma pessoa jurídica. (BARROS CARVALHO, 2007).

Por conseguinte, os débitos relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, passada pela Receita Federal do Brasil sendo que está certidão abrange inclusive as contribuições sociais:

- ✓ Certidão Distribuidor da Justiça Federal,
- ✓ Certidão Negativa de Débito Trabalhista, emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- ✓ Certidão de Regularidade Fiscal,
- ✓ Certificado de Regularidade do FGTS - CRF, emitido pela Caixa Econômica Federal, via internet www.caixa.gov.br e;
- ✓ Certidão Negativa de Débitos relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, passada pela Receita Federal do Brasil via internet (www.receita.fazenda.gov.br), sendo que está certidão abrange inclusive as contribuições sociais; (BARROS CARVALHO, 2007).

Frisa-se, que pode acontecer ao verificar as certidões em nome da empresa de não constatar nenhuma ação contra a mesma. Mas uma medida preventiva é analisar na Junta Comercial se houve troca de nome do estabelecimento.

Caso conste essa alteração, é importante obter também todas as certidões negativas do nome anterior da empresa, pois podem conter débitos e ações que trarão prejuízos ao comprador. Além de adquirir toda a documentação sobre o contrato e as certidões negativas da empresa, é importante buscar todos os documentos referentes aos sócios e, se houver, das outras empresas pertencentes ao mesmo grupo.

Tal precaução se justifica porque pode acontecer do sócio, em situação de insolvência, comprar imóveis em nome da empresa gerida por ele, e posteriormente resolver vendê-los. Nesta situação, os credores poderão tentar penhorar a unidade, sob alegação que o imóvel, mesmo em nome da empresa, era de propriedade do sócio.

Essa perspectiva se dá no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, instituto que contempla a possibilidade de

que os credores possam reaver seus prejuízos mediante a comprovação de que os sócios se utilizaram da pessoa jurídica com abuso ou para fraudá-los. Para tanto, exige processo judicial perante juízo competente, que avaliará a demanda e decidirá acerca do incidente requerido.

Na lei, a desconsideração da personalidade jurídica é mencionada nos arts. 28 do CDC, 34 da Lei Antitruste (LIOE), 4.º da legislação protetora do meio ambiente (Lei n.º 9.605/98) e 50 do CC (dispositivo, aliás, inspirado na formulação objetivista de Comparato) (COELHO, 2009, p. 80).

Não é necessário, para o pedido de tal desiderato, que a empresa seja considerada insolvente, considerando que a regra geral sobre a *disregard doctrine* no Brasil, vertida no art. 50 do Código Civil, exige que haja uma preocupação mais assistida em relação a medidas para alcançar os bens dos sócios por dívidas contraídas pela pessoa jurídica (RAMOS, 2017).

Ademais, pode existir também dentro de um mesmo grupo econômico, empresas em excelente condição financeira, e outras que não atravessam um bom momento. Ocorre que em diversas situações empresas de um mesmo grupo respondem pelas obrigações uma das outras.

Desta forma, é preciso verificar a situação econômica do grupo como um todo, ao perceber que o momento não é bom, mesmo que seja excelente a situação da empresa vendedora do imóvel, a aquisição imobiliária passa a não ser interessante.

Como foi dito nas linhas introdutórias do artigo, outras certidões que deverão ser tiradas para que o cliente possa ter tranquilidade e segurança numa negociação imobiliária e quando o imóvel pertencer a uma pessoa jurídica são: certidão Negativa de Protestos de Letras e Títulos, da respectiva (capital) a do Distribuidor correspondente; certidão de Interdição Comercial passada pelo RCPN do

Distrito do Município, ou da circunscrição; Certidão do Distribuidor da Comarca das sede da pessoa jurídica e do local de situação do imóvel e; Certidão Distribuidor da Justiça Federal.

Com efeito, delinea Silva (2019, p. 111):

[...] resta dizer que a maneira de adquirir um imóvel com débitos perante a seguridade social e que não consegue obter as certidões é por meio do comparecimento, no momento da lavratura da escritura, de representante do Fisco federal, que deverá autorizar a venda e receber ou o pagamento do débito no ato ou receber termo de confissão de dívida e garantias reais suficientes, conforme dispõe o § 1º do art. 48 da Lei nº 8.212/91. Mais prático, no entanto, pode ser as partes celebrarem um compromisso de venda e compra, pagando o comprador, em seguida, a dívida com abatimento do preço, obtendo as certidões necessárias e, após, a escritura definitiva e seu registro. Devese, obviamente, verificar cuidadosamente a totalidade das dívidas, para não correr o risco de uma dívida não verificada não constar do abatimento do preço a ser pago pelo comprador.

Nesta situação, os credores poderão tentar penhorar a unidade, sob alegação que o imóvel, mesmo em nome da empresa, era de propriedade do sócio. Pode existir também dentro de um mesmo grupo econômico, empresas em excelente condição financeira, e outras que não atravessam um bom momento. (COMPARATO, 1981, p. 212)

Ocorre que em diversas situações empresas de um mesmo grupo respondem pelas obrigações uma das outras. Desta forma, é preciso verificar a situação econômica do grupo como um todo. Ao perceber que o momento não é bom, mesmo que seja excelente a situação da empresa vendedora do imóvel, a aquisição imobiliária passa a não ser interessante.

Nesse sentido, a responsabilidade refere-se à situação em que empresas pertencentes ao mesmo grupo assumem a responsabilidade pelas obrigações umas das outras. Isso implica a que, em um grupo de empresas, geralmente há uma empresa controladora ou holding

que detém a participação majoritária em outras empresas menores, chamadas de subsidiárias (NEGRÃO, 2020).

Essas subsidiárias podem ser controladas direta ou indiretamente pela empresa controladora. Quando uma empresa do grupo assume obrigações, as outras empresas do mesmo grupo podem ser consideradas responsáveis por essas obrigações. A responsabilidade subsidiária pode ocorrer por várias razões, como compartilhamento de recursos, integração das operações, apoio financeiro ou outras formas de cooperação entre as empresas do grupo (COELHO, 2009).

No entanto, é importante observar que a responsabilidade subsidiária não é automática ou universalmente aplicável a todas as empresas de um grupo. A extensão e os termos dessa responsabilidade dependem das leis e regulamentos do país em questão, bem como dos acordos e contratos específicos estabelecidos entre as empresas do grupo.

Esta análise da situação patrimonial do grupo é fundamental, pois se em algum momento for decretada a falência da empresa ou dos sócios, uma das consequências é a retirada da possibilidade de disponibilização dos bens. Se um comprador não tiver realizado o registro da escritura de compra e venda do imóvel e o vendedor falir, não terá como ser feita posteriormente de forma válida, já que os bens relacionados à empresa falida são arrecadados para que fiquem atrelados ao pagamento de dívidas junto aos credores. (COMPARATO, 1981, p. 212).

Desta forma, são ineficazes todas as ações que possam de alguma maneira proporcionar prejuízos aos credores. Está previsto no inciso VII do artigo 129 da Lei n.º 11.101/2005:

Ar t. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

(...) VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. (BRASIL, 2005).

É importante a atenção ao trecho, salvo se tiver havido prenotação anterior, isto representa que se o registro tenha sido feito antes do decreto da falência, a venda será considerada legal. Os mesmos cuidados devem ser tomados quando a situação se inverter e o comprador for uma pessoa jurídica, com atenção especial ao contrato social ou estatuto e à procuração.

Em relação a esta última é prudente a confirmação da procedência e validade junto ao Tabelionato de Notas ou através da consulta pública ao selo de fiscalização, onde houver, exigindo-se sempre sua atualização.

Entretanto, é necessário analisar a tutela da confiança nos contratos empresariais, tendo em vista ser um princípio fundamental do direito contratual que visa proteger as expectativas legítimas das partes envolvidas em um contrato comercial, conforme se verá doravante.

A TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A tutela da confiança nos contratos empresariais constitui um princípio que reconhece que as partes em um contrato devem confiar na estabilidade e na segurança das relações contratuais, com base nas promessas e nos compromissos assumidos.

Com base nessa premissa, é possível compreender que a confiança é essencial para o funcionamento saudável das transações comerciais. Empresas e empreendedores dependem da capacidade

de prever e confiar nas obrigações e nos direitos contratuais para planejar suas atividades, investimentos e estratégias de negócio. A tutela da confiança busca, portanto, manter a integridade dos contratos empresariais e promover a segurança jurídica no ambiente dos negócios.

A avaliação do comportamento cuidadoso exigível é formulada mediante critérios de interpretação como o da confiança, segundo o qual não se pode exigir do indivíduo a previsão de ações descuidadas de terceiros. Aquele que age dentro da normalidade das relações sociais, nos limites do risco permitido, tem o direito de esperar que os demais também assim atuem, não podendo a eleger imputada a previsibilidade de comportamento contrário ao dever de cautela praticado por outrem. (COMPARATO, 1981, p. 213).

O "princípio da confiança" consiste em critério de interpretação e fixação dos limites do dever objetivo de cuidado, criado pela jurisprudência alemã e desenvolvido pela doutrina (MARTINS-COSTA, 2006). Existem diversas maneiras pelas quais a tutela da confiança é aplicada nos contratos empresariais, sendo uma delas o princípio do *pacta sunt servanda*, que significa que as partes devem cumprir o que foi acordado no contrato. Esse princípio assegura que as promessas e os compromissos assumidos sejam honrados, mantendo a estabilidade das relações contratuais.

Além disso, a tutela da confiança implica a obrigação de agir de boa-fé durante toda a execução do contrato. As partes devem se comportar de maneira leal, honesta e transparente, evitando ações que possam prejudicar a confiança depositada por outra parte no contrato. Isso inclui a obrigação de informar sobre quaisquer circunstâncias relevantes que possam afetar o cumprimento do contrato (COMPARATO, 1981).

Faz-se importante assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das

normas, que concorrem, para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Originário do Direito Romano, o princípio da confiança mantém analogia com a proteção da confiança depositada pelos sujeitos no tráfego jurídico. A relação entre o princípio da confiança e a boa-fé é deveras estreita. Aquele se mostra como princípio fundamental para a concretização deste, ao passo que, nas relações jurídicas deve-se ter a certeza de que há veracidade nos atos dos indivíduos. Ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada não é infundada. (MUNIZ, 1998, p. 109).

Outro aspecto importante é a proteção contra a quebra injustificada de um contrato. Quando uma das partes confia na execução de um contrato e realiza investimentos ou toma outras medidas com base nessa confiança, a outra parte não deve rescindir o contrato de forma arbitrária, sem uma justificativa válida. Isso pode resultar em indenização por perdas e danos ou outras medidas de reparação.

A boa-fé, considerada como um princípio básico, é um dos pilares mais necessários para a sustentação da teoria contratual atual. No entanto, o que é observado na maioria das vezes é que o investimento ao princípio da confiança feito pelos indivíduos é protegido comumente pelo direito pela via de dispositivos legais, não pelo influxo da cláusula geral da boa-fé. (FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 87).

A fim de que o direito, baseado na boa-fé, proteja a confiança, é exigido, de forma cumulativa, a existência de uma situação justificada de confiança a ser protegida, ou seja, os fatos concretos verificados devem ter o condão de objetivar e efetivamente inculcar no agente uma determinada expectativa.

Afasta-se o atendimento ao requisito quando houver torpeza ou excessiva credulidade deste, especialmente pelo fato de que, no cenário empresarial, é amplamente reconhecido que se está diante de

profissionais que buscam o lucro e que, através dos negócios, fazem suas apostas visando o resultado econômico. (PEYREFITTE, 1999, p. 76).

Assim, a confiança depositada merece tutela jurídica, quando o empresário atua ou celebra certo ato, negócio ou contrato, tendo confiado na atitude, na sinceridade, ou nas promessas de outrem, ou confiando na existência ou na estabilidade de certas qualidades das pessoas ou das coisas, ou das circunstâncias envolventes, o direito não pode ficar absolutamente indiferente à eventual frustração dessa confiança, devendo levar em conta os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança.

O princípio da confiança encontra-se, ainda, coligado com os elementos e aspectos subjetivos da segurança, ou seja, relaciona-se com a previsibilidade dos indivíduos no que tange aos efeitos jurídicos de atos dos poderes públicos, tanto nas esferas do Legislativo e Judiciário, como também no âmbito do Poder Executivo. (ROCHA; DINIZ, 2008).

Outro aspecto importante é a proteção contra a quebra injustificada de um contrato. Quando uma das partes confia na execução de um contrato e realiza investimentos ou toma outras medidas com base nessa confiança, a outra parte não deve rescindir o contrato de forma arbitrária, sem uma justificativa válida. Isso pode resultar em indenização por perdas e danos ou outras medidas de reparação.

A proteção da confiança nos contratos empresariais. Analisar-se-á, ainda, a aplicação específica do princípio da confiança nos contratos empresariais, especialmente com relação àqueles de relação continuada, tais como:

Contrato de distribuição; (ii) Contrato de agência / representação comercial; (iii) Contrato de fornecimento; (iv) Contrato de sociedade; (v) Contrato de concessão comercial; (vii) Contrato de seguro, dentre outros. (COMPARATO, 1981)

Por derradeiro, e em breve síntese, constata-se que o direito brasileiro adotou a técnica legislativa da cláusula geral para introduzir em sua normatividade a ética como regra de conduta exigida das partes, cabendo ao Juiz a função integrativa para determinar qual é a conduta adequada em cada caso concreto.

Os deveres anexos ou laterais, consagrados pela função criadora de deveres jurídicos da boa-fé objetiva, impõem aos contratantes o cumprimento de obrigações acessórias para que a obrigação principal seja adimplida. (CASTRO NEVES, 2000, p. 161-178).

A vedação do comportamento contraditório, seu conteúdo, forma de caracterização e aplicação consiste na proteção à confiança e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e boa-fé objetiva, que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Ponderou-se que, ao mesmo tempo em que se é correto afirmar que a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, também o é com relação à vedação da conduta contraditória. E que, por tal motivo, a aplicação de suas noções não se restringiria ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estender-se-ia a todas as relações jurídicas, fossem elas públicas ou privadas.

Vislumbra-se, ainda, a possibilidade de redução dos custos de transação. Ao negociar, sabedora das limitações de informações das partes – contratos incompletos – uma empresa certamente colocará na formação de preços uma parcela que corresponda aos custos da incerteza (riscos) gerados durante as negociações. (CASTRO NEVES, 2000, p. 161-178).

Ao repensar a situação, e percebendo a oportunidade de eventualmente encontrar o equilíbrio, poderá a empresa optar por reduzir a parcela de preço decorrente do risco inerente à assimetria de informações, sendo, portanto, mais competitiva ao identificar que eventuais falhas, ainda que inconscientes, poder vir a ser sanadas por meio do provimento judicial.

A lealdade que deve presidir as relações entre as partes faz com que os contratos empresariais, dentre outros, residam em ambiente *probo*, permitindo, assim, o equilíbrio da relação por ocasião das negociações preliminares (*culpa in contrahendo*), durante a execução do contrato (teoria dos atos próprios - *venire contra factum proprium* e *tu quoque*), e após a execução contratual, como ocorre na hipótese da responsabilidade *post pactum finitum*. Dentro deste ambiente, pode-se chegar mais próximo da eficiência das relações dentro do mercado. (PEYREFITTE, 1999, p. 76)

Os princípios contratuais desempenham um papel fundamental no direito contratual e são essenciais para a compreensão e aplicação adequada dos contratos. Eles são diretrizes que orientam a interpretação e a execução dos contratos, garantindo a segurança jurídica, a justiça e a equidade nas relações contratuais.

CONCLUSÃO

Procurou-se fundamentar este artigo a partir de referências mais gerais sobre a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos federais para venda de imóvel de pessoa jurídica e a necessidade das certidões por comprovarem a regularidade das empresas junto aos órgãos federais, previdenciário, estadual e municipal. Normalmente quando uma empresa não possui uma certidão válida, dificilmente conseguirá empréstimos bancários ou conseguirá participar de alguma licitação, acompanhada por discussões e resoluções, tanto no âmbito constitucional, quanto na tutela jurídica das relações empresariais.

Com esse estudo observou-se que é comum, também, quando não se obtém uma certidão negativa federal que o fornecedor da empresa impeça a compra de mercadorias, pois a maioria das vezes a dívida está no CADIN.

Dessa maneira, o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal, mais conhecido por CADIN, é um banco de dados que registra pessoas físicas e jurídicas que possuem dívidas nos órgãos e entidades federais do Brasil. Quando vence um débito e este não é pago para a Administração Pública seu nome é incluído no CADIN e, essa dívida será registrada em seu CNPJ, ou CPF.

Além disso, quando não é possível a obtenção de uma certidão, automaticamente o processo que a empresa está executando não irá para frente, pois bancos e outros órgãos públicos e privados solicitam a CND, Certidão Negativa de Débito, em qualquer ação que a empresa pretenda fazer com essas entidades, podendo refletir no imóvel da Pessoa Jurídica

Sendo assim, salienta-se a ideia de que se faz necessário para a empresa estar em regularidade fiscal; assim se pode gerar novos negócios, dar acesso a financiamentos e ainda reduzir taxas de juros de empréstimos e principalmente nas melhores transações imobiliárias.

Considerando tudo o que foi dito, mesmo que a pessoa jurídica pague os tributos em dia, a Certidão Negativa Federal de venda de imóvel de Pessoa Jurídica vai ajudar a entender, inclusive, se não há nenhuma falha no envio das obrigações acessórias.

Acredita-se que, outro grande prejuízo para quem não tem a certidão negativa de débitos é não conseguir uma boa classificação no sistema econômico financeiro, colando em risco acervo imobiliário empresa. Mesmo que seu empreendimento não utilize as linhas de crédito dos bancos públicos, todos os outros bancos possuem sistemas para avaliar o crédito e definir o risco de uma empresa e principalmente o risco do imóvel de pessoa jurídica.

Sob a ótica da responsabilidade de longa duração, os atores-chave deverão se responsabilizar pela venda ou compra de imóvel sem a apresentação das Certidões Negativas Federais.

REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, n. 28, out-dez, 2006.
- BARROS CARVALHO, Paulo de. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei n.º 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 24 nov. 2022.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. **Boa fé objetiva**: posição atual no ordenamento jurídico e perspectiva de sua aplicação nas relações contratuais. In: Revista Forense, vol. 351, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5.ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado o CADE. Critérios da interpretação contratual: os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfico". Adimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 852, p. 87-126, out. 2006.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, p. 31-52, 1998.

NEGRÃO, Ricardo. **Comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário.v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEYREFITTE, Glain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Trad. de Cyrene Bittencourt. Rio de Janeiro: Topbioks, 1999.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha; DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. A administração pública e o princípio da confiança legítima. *XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Salvador, 2008. **Anais** do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, Laisla Thaís da. Planejamento tributário. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM**-ISSN 1984-7866, v. 12, n. 01, p. 110-128, 2019.

9

*Fabiano Zanella Duarte
Lidiana Costa de Sousa Trovão*

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NO CPC/2015 E A CONSOLIDAÇÃO DA EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

***THE INSTRUMENTALITY OF THE PROCESS
IN CPC/2015 AND THE CONSOLIDATION
OF THE EFFECTIVENESS OF ACCESS TO JUSTICE***

RESUMO

A fluidez da sociedade atual, com ênfase na intensa oferta e demanda e um consumo de massa em ritmo intensificado pela virtualização do mercado de consumo, acaba por intensificar também o número de demandas judiciais advindas de má interpretação, lacunas, ou abuso de posições jurídicas nas relações jurídicas. Com propósito de dar maior fluidez também aos procedimentos do Poder Judiciário, identifica-se a inter-relação do sistema processual com a Constituição Federal, no intuito de buscar não só a eficiência na prestação jurisdicional em si, mas a efetividade do princípio constitucional de acesso à justiça.

Palavras-chave: Instrumentalidade do Processo. Constitucionalização. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The fluidity of today's society, with an emphasis on intense supply and demand and mass consumption at an intensified pace due to the virtualization of the consumer market, ends up also intensifying the number of lawsuits arising from misinterpretation, gaps, or abuse of legal positions in legal relationships. With the purpose of also giving greater fluidity to the procedures of the Judiciary, the interrelationship of the procedural system with the Federal Constitution is identified, in order to seek not only efficiency in the jurisdictional provision itself, but the effectiveness of the constitutional principle of access the Justice.

Keywords: *Instrumentality of the Process. Constitutionalization. Access to justice.*

INTRODUÇÃO

No estudo do direito processual civil é preciso ter sempre presente as suas relações com os outros ramos do Direito. O caráter dos diversos ramos do Direito: direito civil, direito administrativo, direito do consumidor, direito processual etc., configurado por seus objetos específicos e natureza intrínseca, justifica o seu tratamento separado e autônomo. Contudo, estes diversos ramos estão ligados por um princípio de coerência, que na sua aplicação, estarão sempre correlacionados dentro do ordenamento jurídico de um país.

Em especial, como centro do sistema do Direito, sobreleva a importância do direito constitucional, "o tronco comum do qual os vários ramos partem e do qual trazem a sua seiva vital"²⁰, em especial, ao tratarmos de direito processual, onde o direito constitucional prevê a função do Estado de prestar a jurisdição.

É dizer que, o aplicador ou pesquisador do Direito, em seu raciocínio, deve buscar a norma a ser aplicada ao caso concreto, mas enquanto dirige seu olhar para a ordem jurídica, deve priorizar a Constituição, tratando-a como texto superior do sistema.

Neste panorama, para extirpar dúvidas, surge o Código de Processo Civil de 2015, ressaltando a constitucionalização do processo, levada a cabo pelo moderno Estado Democrático de Direito, no qual a meta é a entrega de garantias constitucionais, em especial, a de acesso à justiça, com presteza e efetividade da tutela jurisdicional justa, a ser promovida pelo Poder Judiciário.

A valorização é de um processo justo com enfoque maior na observância de princípios fundamentais do que da simples submissão

20

"Il diritto costituzionale rappresenta il centro di questa unità, il tronco comune da cui i vari rami si dipartano e da cui traggono la loro linfa vitale" (LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale, v. VII, p. 327-332, 1952. p. 328).

às regras procedimentais da lei comum. Nesse sentido, a pesquisa desenvolvida inicia com esta introdução, seguida do desenvolvimento em que inicialmente se trata acerca do diálogo das fontes, traçando-se um panorama de como essa ferramenta surgiu, foi desenvolvida e vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda parte discute a constitucionalização do processo civil, como forma de compatibilização dos preceitos constitucionais à atividade processual inserida no âmbito do direito público, auxiliando a cumprir seus objetivos. Na derradeira parte, aponta-se de que maneira essa vertente do processo civil constitucional pode contribuir para a efetividade do acesso à justiça, enquanto princípio basilar do ordenamento, da mesma forma que viabiliza a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Pretende-se, com as discussões propostas, que seja traçado um panorama acerca do processo no CPC/2015, e de que maneira pode-se alcançar a consolidação da efetividade do acesso à justiça.

O “DIÁLOGO DAS FONTES” E O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A doutrina reconhece o direito processual civil pertencente à classe das disciplinas que formam o Direito Público, pois regula o exercício de parte de uma das funções do Estado, que é a própria jurisdição. Theodoro Júnior (2017) ressalta que, “mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social”.

Apesar de divisão em sistemas, o Direito tem em comum o destino de regular a convivência social. Por tal razão, por mais que

sejam considerados autônomos, os ramos possuem alguma intercomunicação e até dependência em certos assuntos. Essa interligação tem sido amplamente debatida, pelos esforços de Cláudia Lima Marques que, trazendo do Direito Alemão, apresentou a “teoria do diálogo das fontes”, determinante também a contrariar a solução clássica de antinomias.

Expressam Benjamin e Lima Marques (2018, p. 30) que:

[...] diante do pluralismo em um sistema unitário e um novo overlapping de diferentes “comunidades normativas”, há necessidade de coordenação entre elas, de forma a restaurar a coerência e os valores superiores.

O que foi identificado no desenvolvimento da teoria do “Diálogo das Fontes” (BENJAMIN; MARQUES, 2018), é que o momento era de desconforto da doutrina e dos julgadores com as categorias hermenêuticas tradicionais, face ao surgimento de novas disciplinas jurídicas oriundas do Estado Social de Direito.

Esse Estado Social de Direito, próximo e afeto ao Estado de bem-estar social, refere-se à forma de organização política e jurídica que busca a promoção da justiça social e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo que seja possível que novas disciplinas jurídicas surjam para enfrentar os desafios contemporâneos (BONAVIDES, 2004).

Tais disciplinas, que procuram se adequar a novas realidades, podem estar na seara do Direito Ambiental, com o aumento das preocupações ambientais e a necessidade de preservação dos recursos naturais, o Direito Ambiental se tornou uma disciplina jurídica importante; para o Direito Digital, ou Ciberdireito, em face do avanço da tecnologia e a crescente importância da internet e das redes digitais na sociedade, surgiu a necessidade de regulamentar as atividades on-line (ARAÚJO, 2017).

Como se observa, o Direito Digital engloba temas como privacidade na internet, segurança da informação, comércio eletrônico, crimes cibernéticos e propriedade intelectual no ambiente digital. Dentro dessa perspectiva, alcança também o Direito do Consumidor, que procura expandir a compreensão acerca do alargamento das relações de consumo e o aumento da complexidade nas relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços (BONAVIDES, 2004).

Essas são apenas algumas das disciplinas jurídicas que podem surgir e se desenvolver no Estado Social de Direito, à medida que a sociedade evolui e novos desafios legais e sociais surgem. É importante ressaltar que o campo jurídico está em constante transformação e adaptação às necessidades da sociedade.

É que tal fenômeno temporal marcou o processo legislativo contemporâneo, ao se verificar a expressa “constitucionalização” das normas, podendo-se citar no Brasil as edições de, desde o Código de Defesa do Consumidor em 1998, passando pela “refundação” do Direito Civil em 2002 e, finalmente, a renovação do Código de Processo Civil em 2015, todos caracterizados.

Um julgado na área consumerista, a título de exemplo, ao ser reconhecida a hipossuficiência do consumidor na relação contratual, o magistrado embasou-se no diálogo das fontes para aplicação de prazo prescricional mais favorável ao mesmo; no caso, deixou-se de aplicar o prazo prescricional expresso no CDC para aplicação do prazo prescricional previsto na legislação civil – 10 (dez) anos – mais favorável à parte (REsp 1658663/RJ e EREsp 1.2880.825/RJ, 2ª Seção, Dje 02/08/2018).

Importante trazer a matéria debatida em sede de Direito Tributário, nos autos do Agravo de Instrumento em Execução Fiscal, processo de n.º 0735056-52.2021.8.07.0000 que tramitou no TJDF, onde o amplo debate travado entrelaçou diversos ramos do Direito

identificando-se a circularidade entre o Código Civil, o Código Tributário Nacional, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal.

No mesmo julgamento, foi especialmente trazida ao debate a Lei n.º 13.874/19²¹ (Lei de Liberdade Econômica) que causou alterações ao Código Civil, em especial, resguardando a personalidade jurídica, conforme artigo 49-A do Código Civil²².

A decisão então contemplou matéria de direito civil, em especial, a autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e pessoa natural dos sócios; no âmbito processual, destacou o cuidado trazido pelo CPC de 2015, ao respeitar o princípio da autonomia patrimonial oriundo do código civil, que determina a instauração independente de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (art. 133 a 137 do CPC).

A propósito, a Lei de Liberdade Econômica demonstra que a teoria do diálogo entre as fontes já está concretizada como técnica legislativa, ao deixar expressamente disposto o dever observação na aplicação e interpretação das diversas searas do direito, como citado no parágrafo 1º, do artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º [...] § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações

21 Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, n.º 11.598, de 3 de dezembro de 2007, n.º 12.682, de 9 de julho de 2012, n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, n.º 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n.º 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

22 Art. 49-A. "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores". (BRASIL, 2019). Parágrafo único. "A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos." (BRASIL, 2019).

jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. (BRASIL, 2019, Grifos nossos).

É neste cenário de circularização de normativos que se passa ao destaque dos institutos processuais como instrumentos de preservação e garantia dos direitos fundamentais, o que não era novidade pela clássica teoria geral do direito, a exemplo dos ditames do antigo Código de Processo Civil de 1973, artigo 126²³, em integração com o art. 4º da Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil)²⁴.

Com tal enfoque, prossegue-se a destacar a mudança do Código de Processo Civil, transformado e integrado com os vetores do ordenamento constitucional, basilares da república, após sua revisão e reedição em 2015.

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CPC/2015

A constitucionalização do processo civil refere-se à influência e importância dos princípios e garantias constitucionais no âmbito do direito processual civil. Trata-se de uma tendência contemporânea que reconhece a necessidade de harmonizar o processo civil com os valores e direitos fundamentais consagrados nas constituições.

23 Art. 126 do CPC – “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2015).

24 Art. 4º da Lei n.º 4.657/42 – “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 2015).

Segundo preceitos jurídicos constitucionais, a Constituição de um país estabelece os princípios fundamentais e as normas que regem a organização do Estado, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como os limites e competências dos poderes públicos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018). No contexto do processo civil, a constitucionalização visa assegurar que esses princípios e direitos sejam observados e respeitados durante todo o desenvolvimento do processo judicial (DIDIER JUNIOR, 2022).

A constitucionalização do processo civil implica na interpretação e aplicação das normas processuais à luz dos preceitos constitucionais. Isso significa que as regras e institutos do processo civil devem ser interpretados e aplicados de acordo com os valores e direitos fundamentais consagrados na Constituição. Essa abordagem visa garantir uma maior efetividade dos direitos e uma justiça mais adequada na solução dos conflitos.

A constitucionalização do processo civil, ou mesmo, o neoprocessualismo, implica, portanto, na subsunção das normas processuais contidas no Código de Processo Civil (BARROSO, 2011). Trata-se de uma corrente teórica e metodológica que surgiu no campo do Direito Processual Civil, com o objetivo de reformular e aprimorar os conceitos e as práticas processuais existentes. Essa abordagem busca superar algumas das limitações do modelo tradicional de processo, conhecido como “modelo linear” ou “modelo clássico” (PORTANOVA, 2005).

O neoprocessualismo valoriza a instrumentalidade do processo e busca torná-lo mais efetivo na realização dos direitos das partes envolvidas. Ele se baseia na ideia de que o processo não deve ser apenas um meio de solucionar conflitos, mas também um instrumento de transformação social e de garantia dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2009).

Uma das principais características do neoprocessualismo é a ênfase na busca pela verdade real, ou seja, a busca pela realidade dos fatos, em contraposição ao simples cumprimento de formalidades processuais. Nesse sentido, valoriza-se a produção de provas e a ampla participação das partes no processo, para que se alcance a justa composição do litígio (RODRIGUES; THAMAY, 2016).

Outro aspecto relevante do neoprocessualismo é a ideia de cooperação entre as partes e entre o juiz e as partes. A colaboração e o diálogo são vistos como elementos essenciais para a efetivação da justiça, promovendo a construção de soluções consensuais e a redução da litigiosidade (ZANETI JÚNIOR, 2005).

Além disso, busca a simplificação e a agilização do processo, por meio da adoção de técnicas como a concentração dos atos processuais, a oralidade, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos e a priorização da eficiência.

Essa corrente teórica tem influenciado o desenvolvimento do Direito Processual Civil em diversos países, contribuindo para a evolução dos sistemas jurídicos e para a busca de um processo mais justo, célere e efetivo. No entanto, é importante ressaltar que o neoprocessualismo não é uma abordagem única e homogênea, havendo diferentes visões e interpretações sobre seus princípios e fundamentos

Como bem defendeu Theodoro Júnior (2016, p. 53):

[...] não se pode esquecer que a análise do Direito processual civil depende de uma concepção adequada ao conjunto de princípios e regras processuais existentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Grande impasse do aplicador do direito foi esclarecido pelo legislador ao ordenar a integração expressa do processo civil com os ditames e princípios fundamentais da república, cristalizado pela redação do artigo 1º do NCP: "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas

fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil...”(BRASIL, 2015).

Explicando tal transformação, Marinoni (2022, p. 91) esclarece:

A partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir do seu conteúdo. Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo. Vale dizer: o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado. O código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, o que significa dizer que as dúvidas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização do alcance da Constituição e do processo civil como meio para tutela dos direitos.

Por tais palavras, temos que da Constituição parte o Código de Processo Civil, para então retornarmos para a Constituição, com o direito fundamental ao processo justo, também, célere e efetivo. O intuito então é de apresentar ferramentas para acelerar a prestação jurisdicional sem ofender os direitos fundamentais de defesa, mas ao contrário, garantindo-os.

Tal sentido objetivamente expresso, de verificar no processo o instrumento de acesso à justiça, mas não qualquer. Há que se garantir a efetividade de direitos e garantias fundamentais, proferindo-se tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, CF, e 3º, CPC), em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas (art. 5º, I, CF, e 7º, CPC), em contraditório (art.5º, LV, CF, e 7º, 9º e 10º, CPC), com ampla defesa (art.º 5º, LV, CF), com direito à prova (art.5º LVI, CF), perante juiz natural (arts.5º, XXVII e LIII, CF), com decisões previsíveis e motivadas (arts. 93, IV, CF, e 11 e 489, §1º, CPC), e com duração razoável (arts. 5º, LXXCIII, CF e 4º, CPC), alguns dos institutos defesos, como um processo justo, como tratou Marinoni (2022).

Desse modo, quanto aos princípios constitucionais que influenciam o processo civil, iniciados pelo devido processo legal, garantia que todas as partes envolvidas em um processo judicial tenham direito a um processo justo, aliados à ampla defesa, ao contraditório, à igualdade de armas e à imparcialidade do julgador e acesso à justiça, são alinhados ao princípio da isonomia, que estabelece que todas as partes devem ser tratadas de forma igual perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação.

Sendo assim, o princípio do contraditório e da ampla defesa, igualmente basilares, asseguram às partes o direito de se manifestar, apresentar argumentos, produzir provas e contestar as alegações feitas pela outra parte. Essa condicionante postulatória implica no direito ao gozo do princípio da razoável duração do processo, o qual determina que o processo judicial deve ser conduzido de forma célere, evitando demoras excessivas que possam comprometer o acesso à justiça e a efetividade das decisões (ALVIM, 2021).

Para tanto, compreende-se que o princípio da proporcionalidade impõe a que as decisões judiciais sejam proporcionais aos fins que se destinam, evitando excessos ou restrições desnecessárias. Esses são apenas alguns exemplos de como a Constituição exerce influência no processo civil, vez que, repise-se, a constitucionalização busca adequar o sistema processual civil aos valores e princípios fundamentais, promovendo a garantia dos direitos e a justiça nas relações jurídicas. Parte superior do formulário.

A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA: A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA

A efetividade do acesso à justiça refere-se à capacidade das pessoas de exercerem seus direitos e obterem uma resolução justa e

adequada para seus conflitos legais. Embora o acesso à justiça seja fundamental em um sistema jurídico democrático, a efetividade desse acesso pode variar de acordo com diferentes fatores e contextos.

Ao falar de efetividade, o panorama que se extrai é um processo civil de resultados. Neste sentido:

Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é a ajuda, proteção. É 'jurisdicional' a proteção outorgada mediante o exercício da 'jurisdição', para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. Sabido que o escopo magno do processo civil é a pacificação de pessoas e eliminação de conflitos segundo critérios de justiça, consistindo nisso a função estatal a que tradicionalmente se chama 'jurisdição', segue-se que compete aos órgãos jurisdicionais outorgar essa proteção àquele cuja proteção seja merecedora dela. O exercício consumado da jurisdição há de ter por resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito se elimine e cada um obtenha o que lhe é devido segundo o direito (bens ou situações jurídicas). Sem resultados assim o processo civil careceria de legitimidade (DINAMARCO, 2000, p. 807-808).

Se ao Estado Democrático cabe o dever de prestação da necessária tutela jurídica, é através do processo que encontramos a sua concretude. A finalidade ou efetividade que o processo serve é defendida por Marinoni (2022, p. 147), nas seguintes palavras:

O processo tem que ser adequado à finalidade que pretende alcançar, o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos. É por essa razão que o novo Código, além de prever procedimentos diferenciados ao lado do procedimento comum, introduz várias técnicas processuais no procedimento comum capazes de moldar o processo às necessidades do direito material afirmado em juízo.

Ainda sobre a teoria do diálogo das fontes, pode-se verificar no legislador o dever de estruturar o processo em atenção à necessidade de adequação da tutela jurisdicional, com ferramentas para que o juiz adapte concretamente a permitir, a partir da legislação, viabilizar a tutela adequada e efetiva aos direitos, em plena consecução da missão social de eliminar conflitos, superando óbices à efetiva prestação jurisdicional.

Falar em acesso à justiça não é simplesmente submeter lide à apreciação do judiciário. É que a tutela jurisdicional tem de ser efetiva (além de célere e justa), devendo todos os procedimentos ser pensados no sentido de desburocratizar e acelerar o resultado da prestação jurisdicional.

É o que se encontra inclusive em legislação extravagante, ações novas e remédios acauteladores, visando ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça (v.g., a atual regulamentação do juízo arbitral, feita pela Lei n.º 9.307/1996, alterada pela Lei n.º 13.129/2015).

Neste sentido, explica Theodoro Junior (2017, p. 56) que:

As reformas por que passou o direito processual civil, entre nós, refletiram uma tomada de posição universal cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera.

Assim, nota-se a instrumentalidade ou, instrumentalismo e efetividade, como pilares do processualismo aplicado ao Código de Processo Civil de 2015, para consolidação dos direitos fundamentais caracterizados pela constitucionalização do processo. Flávio Luiz Yarshell (2007, p. 12) destacou que “a hora é de ponderação e de prestigiar a boa-fé e a segurança da relação, que, via processo, se estabelece entre o cidadão e o Estado”.

Por óbvio, o processo é relação jurídica (entre partes, e estado). Como tal, está submetido aos valores e normas fundamentais decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal no artigo 1º, III²⁵, este que se irradia por todo o ordenamento jurídico.

Entretanto, pela característica da cláusula aberta, o diálogo expresso entre as normas foi consolidado pelo legislador no CPC/2015, nos artigos 5º, 6º e 8º, trazendo os deveres de boa-fé e cooperação, atendendo aos fins sociais e o bem comum, decorrentes da própria dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com seus corolários acima tratados, tem sido reiteradamente destacado pelos doutrinadores, cuja importância foi excelentemente tratada pelas conclusões de Tamer (2018, p. 1):

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque, nesse cenário, como valor supremo, e passa a ser a fonte por excelência dos direitos fundamentais. Mas o grande desafio para o constitucionalismo social continua sendo o de reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade. Por fim, não culpemos a Constituição de 1988 pelas transgressões e desvirtuamos a que ela tem se submetido, ora por práticas abusivas do Executivo ora por excesso de invocações principiológicas e de teorias estapafúrdias adotadas em profusão por eminentes membros do Judiciário a mitigar o caráter soberano de suas normas que, ao fim e ao cabo, se reescrevem em cada julgado. E se é verdade que a Constituição democrática é a “união do povo com o Estado” deixemos que esse casamento seja duradouro, ainda que em meio às suas relações conflituosas, evitando, assim, tantas infidelidades constitucionais.

25

Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... (omissis); III - a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 1988).

Certamente, por tanta preocupação com mitigações aos ditames fundamentais da República, surge o CPC/2015, ratificando tais valores, como verdadeiros compromissos fundamentais à entrega da tutela jurisdicional célere, efetiva e, acima de tudo, justa, como comenta Marinoni (2022, p. 132):

A maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais no novo Código em detrimento de outros por força da respectiva previsão como normas fundamentais do processo civil decorre da circunstância desses constituírem compromissos fundamentais do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1º, 2º, 3º, e 8º, CPC), prestar tutela tempestiva dos direitos (arts. 4º e 12, CPC), e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre juiz o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11, CPC).

Em especial, destaque-se ainda dos normativos citados, o controle de exercício jurídico pautado pela boa-fé objetiva (dever de cooperação), destacando-se os prescritos dos arts. 5.º e 6.º do NCPC, *in verbis*:

Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé»; e «Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015).

A tutela jurisdicional adequada e efetiva refere-se, portanto, ao direito fundamental de todas as pessoas de terem acesso a um processo justo e imparcial, no qual seus direitos e interesses sejam protegidos de forma efetiva e adequada. Voltada à análise constitucional desses preceitos, colhe-se que, em muitos países, incluindo o Brasil, há previsão legal que garante o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Isso significa que todas as pessoas têm o direito

de recorrer ao Poder Judiciário para buscar a solução de conflitos e a proteção de seus direitos.

Refere-se, nesse sentido, à garantia de que o sistema judiciário ofereça os meios necessários para que as partes envolvidas em um litígio possam exercer plenamente seus direitos, mandamento que inclui o direito a um juiz imparcial e competente, o direito de apresentar argumentos e provas, o direito a um procedimento justo e o direito a uma decisão fundamentada (NERY JÚNIOR, 2016, p. 72).

Do mesmo modo, a tutela jurisdicional efetiva diz respeito à eficácia das decisões judiciais, tendo em vista que, uma vez que uma decisão seja proferida, deve ser efetivamente aplicada e cumprida pelas partes envolvidas, bem como pelas autoridades competentes (Isso implica na existência de mecanismos eficientes para a execução das decisões judiciais, de forma a garantir que os direitos reconhecidos sejam efetivamente protegidos).

A tutela jurisdicional adequada e efetiva é essencial para o Estado de Direito e para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas. Quando essa tutela é negada ou inadequada, pode haver violação dos direitos das partes envolvidas e enfraquecimento do sistema jurídico como um todo. Por isso, é fundamental que os sistemas judiciários sejam estruturados de maneira a garantir a plena efetividade da tutela jurisdicional (DINAMARCO, 2004).

A efetivação da tutela jurisdicional então ganha novas ferramentas, preocupação redobrada pelo legislador ao editar o Código de Processo Civil de 2015, sempre com foco nos princípios constitucionais já referidos anteriormente, por fim concretizados em novas técnicas processuais no procedimento comum, a exemplo da distribuição do ônus da prova, com possibilidade de inversão (art. 373, CPC), também as técnicas antecipatórias (tutela de urgência; Arts. 300 a 310, CPC), além de técnicas executivas atípicas (arts.139, IV, 536 a 538, CPC).

Destaque-se ainda a instrumentalidade prevista expressamente a fim de viabilizar a tutela adequada, trazida como dever do juiz em adaptá-la, visando a efetiva entrega ou resguardo do direito (art. 305, Parágrafo único).

Contudo, se de um lado, o legislador busca o resguardar a entrega de efetiva tutela jurisdicional, as ferramentas criadas acendem uma advertência de constitucionalistas conservadores, que alertam que não se pode chegar a uma realidade onde “os fins justificam os meios.” Neste sentido, a opinião de Streck (2017, p. 1):

“Todavia, o artigo 9º do CPC-2015 restringe o âmbito de incidência da garantia do contraditório ao permitir decisões provisórias contra uma das partes sem que seja ela previamente ouvida nas seguintes hipóteses: i) tutela de urgência (artigo 300 e seguintes); ii) tutela de evidência fundada em alegações de fato documentalmente comprováveis e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (artigo 311, II); iii) tutela de evidência em pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (artigo 311, III); e iv) tutela de evidência atinente ao procedimento monitório (artigo 9º, III combinado com artigo 701). Vale-se o legislador, aqui, da técnica do contraditório diferido: não suprime seu exercício, mas o posterga para momento imediatamente posterior ao deferimento liminar. Necessário verificar se tais restrições são constitucionalmente conformes, afinal o contraditório diferido restringe, ainda que provisoriamente, uma garantia fundamental ao permitir o proferimento de decisão engendrada alheamente à participação de um dos litigantes.

Ao operador do direito resta a árdua tarefa, sopesar o contexto fático legal, na melhor solução ao resguardo da pessoa humana. Isso porque a interpretação da norma jurídica é uma atividade essencial desempenhada pelo operador do direito, que realiza a exegese da norma jurídica a partir da compreensão de que ela é um conjunto de regras e princípios que regem o funcionamento

da sociedade, estabelecendo direitos, deveres e consequências para determinadas condutas.

Para melhor adequação do fato à norma, o intérprete deve buscar uma interpretação que seja coerente com o ordenamento jurídico como um todo, buscando a harmonização entre as normas e os princípios constitucionais. Além disso, é importante considerar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como os direitos fundamentais garantidos pela Constituição (NERY JÚNIOR, 2010).

Analisando as instituições de Direito Processual, não é recente a defesa pela doutrina, nas palavras de Chiovenda (1969, p. 46), que “o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. E, apesar de críticas, nesse caminho se encontra a norma processual de 2015, para que se consolide a entrega de uma tutela jurisdicional célere, justa e efetiva.

CONCLUSÃO

Esta síntese pretende alertar o leitor para o importante fenômeno que envolve a necessidade de coerência, na vida jurídica, da aplicação do fenômeno decorrente do Estado Social de Direito, consolidado pela constitucionalização das normas.

É pelos dizeres de Cappelletti (1988, p.28) “é preciso utilizar os direitos fundamentais como programa de reformas e método de pensamento”, que se verifica a transformação do ordenamento jurídico oriundo de sua impregnação pelas normas constitucionais, passando assim a redimensionar as atividades legislativa, judicial e doutrinária ao novo papel de centralidade assumido pela Constituição.

Apesar dessa amplitude, no sentido de que a constitucionalização se irradia por todo o sistema jurídico, é no Processo Civil que encontramos a sua maior ênfase, a consolidar o processo como instrumento de entrega dos valores constitucionais e respeito aos direitos fundamentais.

Na mesma ótica, tem-se que o processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito, não se perdendo em minúcias que o desviem de sua missão institucional, frustrando as legítimas expectativas de acesso à justiça, garantida constitucionalmente.

Assim, apesar das mudanças processuais contundentes a resguardar a proteção aos direitos sociais, é no operador do direito, com ênfase no julgador, condutor do processo, que se verifica a árdua missão de, em nome do Estado, consolidar o acesso à justiça, que abarca a entrega de uma tutela jurisdicional célere, justa e efetiva.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2021.
- Araújo, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico**; Marco Civil da Internet; Direito Digital. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed, São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 851, pp. 1-3, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em 22 jun. 2023.
- BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 17, n. 1, p. 105-138, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, a. 27. p. 21-40, jan./fev. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHIOVENDA, Giusepe. **Instituições de direito processual civil**. 3. Ed. VI. n.º 12. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 24. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo civil**. 2º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration**: le droit international privé postmoderne. Cours general de droit international privé. Recueil des Cours. T. 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v. VII, p. 327-332, 1952.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2022.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Rafael Ribeiro; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Uma primeira análise constitucional sobre os princípios no Novo CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 1: parte geral. Salvador: Editora Juspodivm. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Luiz Guilherme; MARINONI, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Juspodivm. 2009.

STRECK, Lenio Luiz et al. (Ed.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Editora JusPODIVM, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA CREVELIN, Diego de. Título. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em: 20 de maio de 2023.

TAMER, Sergio Victor. **Direitos Sociais e Pobreza**: As dificuldades para dar efetividade à Constituição de 1988. 8/10/2018. Disponível em: <https://cecgp.com.br/30-anos-da-constituicao/>. Acesso em: 20 maio 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil: com particular referência ao processo de conhecimento. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. – vol. I. 58. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

YARSELL, Flávio Luiz. Alterações na legislação processual e segurança jurídica. **Carta forense**, n. 50, p. 6. jul./2007.

10

*Marco Antonio Zanella Duarte
Lidiana Costa de S. Trovão*

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:

**CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO PELA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO E INOVAÇÃO LEGISLATIVA**

THE DISREGARD DOCTRINE:

*INCIDENCE REQUIREMENTS IN ACCORDANCE TO LAW
AND ECONOMICS AND LEGAL INNOVATIONS*

DOI: 10.31560/pimentacultural/2023.98065.10

RESUMO

O presente artigo trata da desconsideração da personalidade jurídica segundo seus critérios de aplicação em função da análise econômica do direito, aferindo uma tendência atual social de busca de critérios mais estáticos e seguros, para relativização da separação patrimonial do ente jurídico e dos sócios que exercem a gestão empresarial. A atuação empresarial prescinde da segurança, a fim de evitar externalidades negativas exacerbadas que inviabilizem o cumprimento da função social da propriedade, preceito constitucional que justifica a manutenção da atividade na sociedade. Desse modo, o artigo aborda os limites da atuação empresarial segundo a função social, vista como ínsita ao objetivo de gerar riqueza, para estabelecer uma visão sobre a situação atual do uso da desconsideração da personalidade jurídica. De modo simultâneo, objetiva verificar a tentativa do atual governo federal de implantar critérios legais mais restritos para incentivo da livre iniciativa da atividade econômica. Como procedimento metodológico para o desenvolvimento deste trabalho, é utilizada pesquisa qualitativa, mediante observância de estudos bibliográficos em doutrinas, artigos científicos, documentos e legislação nacional pertinentes ao assunto, realizando-se uma análise exploratória e explicativa.

Palavras-chaves: Análise econômica do direito. Desconsideração da personalidade Jurídica. Externalidades. Função social da empresa. Gestão empresarial.

ABSTRACT

This article deals with the disregard of legal personality according to its application criteria based on the economic analysis of the law, assessing a current social trend in search of more static and safe criteria, to relativize the patrimonial separation of the legal entity and the partners that exercise the business management. Business activity does without security, in order to avoid exacerbated negative externalities that make it impossible to fulfill the social function of property, a constitutional precept that justifies the maintenance of activity in society. In this way, the article addresses the limits of business activity according to the social function, seen as inherent to the objective of generating wealth, to establish a vision of the current situation of the use of disregard of legal personality. Simultaneously, it aims to verify the current federal government's attempt to implement stricter legal criteria to encourage free enterprise in economic activity. As a methodological procedure for the development of this work, qualitative research is used, through the observance of bibliographical studies in doctrines, scientific articles, documents and national legislation pertinent to the subject, carrying out an exploratory and explanatory analysis.

Keywords: *Economic analysis of law. Disregard of legal personality. Externalities. Social function of the company. Business management.*

INTRODUÇÃO

A sociedade se desenvolveu pelas relações humanas. É reconhecido que as complexidades das relações encontraram limites em atuações individuais, daí as sociedades como entes em que a união de forças se apresentam como uma singularidade, para organizadamente atuar e fazer sistêmicos os fatores de produção, capital, trabalho, recursos, atingindo uma maior eficiência e uma gama muito mais ampla de relações do que pessoas físicas.

As pessoas jurídicas se apresentam hodiernamente em quantidades infindáveis. Atuar na circulação de bens e serviços no mercado de consumo, pela atividade empresarial, é muito mais viável, dadas as facilidades criadas na história. Estabelecimentos, estoques, fornecedores, marcas e patentes, gestão hierarquizada e particionado são apenas alguns dos detalhes que fazem as sociedades superarem a pessoa física no desempenho empresarial, outrora mercantil.

No entanto, o cerne principal das sociedades empresárias foi a responsabilidade distinta do ente empresarial da de seus sócios e a separação patrimonial.

A pesquisa desenvolvida analisa a proposta de alteração legislativa nacional à Lei n.º 13.784/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica – LLB, e o PLC 69/2014, os quais propõem novos dos critérios para descon sideração da personalidade jurídica, por meio de regras e o circunstanciamento de ritos processuais para responsabilização de sócios, quando estes utilizarem da empresa para a prática de fraudes ou atos abusivos em proveito próprio.

A discussão objetiva compreender o alcance dessa alteração legislativa e o impacto à luz da análise econômica do direito, bem como, os reflexos que poderá ocorrer nas relações empresariais e processuais decorrentes. Para tanto, a pesquisa inicia-se com esta introdução, passando-se a discorrer acerca da personalidade

jurídica, a autonomia empresarial e as eventuais possibilidades de alcançar os bens dos sócios.

Discute-se acerca das teorias maior e menor, adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e como a alteração legislativa implicaria em mudanças quanto à teoria menor, que tradicionalmente prevê meios mais rígidos para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica.

Na esteira dessas percepções, a última parte utiliza a análise econômica do direito para compreensão do PLC 69/2014, considerando a problemática central do trabalho e do referido projeto quanto à delimitação das normas e ritos para aplicação da medida, o que tem gerado indefinição e controvérsias.

Para tanto, no decorrer da pesquisa, especificamente em 14/12/2022, o PLC 64/2014 sofreu veto do então Presidente da República, cujo ato foi publicado no Diário Oficial da União, sobre o qual também se discutirá os efeitos.

PERSONALIDADE JURÍDICA, AUTONOMIA EMPRESARIAL E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O correto uso dos fins da empresa e a mensuração dos atos segundo a força do contrato social ou estatuto, sempre trará salutarres consequências que a lei objetiva, como de permitir que se opere no mercado com um ente que detenha muito mais patrimônio e força de cumprimento de obrigações que apenas um de seus sócios singularmente teria.

Em contramão, a atuação empresarial escorreita, restringe a responsabilidade decorrente dos atos empresariais ao patrimônio social, não atingindo, via de regra, o patrimônio dos integrantes do quadro de sócios ou gestores, o que traz segurança para atuar e investir em conjunto com outras pessoas, unindo forças para consecuições de maiores conquistas e desenvolvimentos no mercado e na sociedade.

Como explica Trovão (2022, p. 28):

A criação de um ente autônomo, em direitos e obrigações, conquanto responsabilidades, demonstra que a pessoa dos sócios, ao menos inicialmente, estará preservada/protegida juntamente com seus respectivos patrimônios, dos quais investem parte para assumir financiar o empreendimento comercial.

Este privilégio, que é a pessoa jurídica, oportunizou aos sócios o afastamento de seu patrimônio, responsabilidades e percepções, que antes eram confundidas, serem completamente dissociadas, de modo que a sociedade empresária passasse a ter conduta própria, como também, direitos e obrigações decorrentes de sua atividade.

Tal perspectiva oportunizou a condução das atividades empresárias de modo mais individualizado, considerando que a teoria, difundida em diversas partes do mundo, teve como dianteira a incidência nos países de *common law*, o que não impediu que esse instituto “[...] fosse pensado como forma de coibir abusos e fraudes de empresas, [...] bem como, da vertente que imprime atividades de empresas e grupos empresariais fora de seu território de origem” (TROVÃO, 2022, p. 28).

O que despertou a necessidade de limitar o uso da pessoa jurídica pelos sócios foi exatamente o mau uso dos poderes de gestão, o abuso, a atuação fora das precípuas áreas a que as sociedades se destinam. Diante desses eventos, houve por bem alinhar os interesses sociais com a manutenção do privilégio da pessoa jurídica

e oportunizaram a criação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, incidente tão somente em casos excepcionais, segundo critérios razoáveis.

A partir da verificação de que haja o abuso ou a fraude na fluência da atividade empresarial, passa-se a conceber a possibilidade de relativização da separação patrimonial e a responsabilização por atos formalmente praticados pela sociedade.

Aponta-se que a origem da desconsideração da personalidade jurídica remonta aos países de tradição *common law*, nos quais houve variação nas expressões retóricas nos Direitos Inglês e Americano, como *lifting the veil*, *lifting the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*, *disregard legal entity*, *piercing the corporate veil* (levantar o véu da pessoa jurídica); *durchgriff der juristischen person* no direito alemão; superamento dela *personalità giuridica* no Direito Italiano e no Direito Argentino, *desestimación de la personalidad* e *miserà l'écart personnalité morale* no direito francês (TOMAZETTE, 2017; KOURY, 2000).

Em apertada suma, a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica, quando seu patrimônio for insuficiente para alçar retorno às obrigações assumidas pela sociedade em uso marginal, o que o Código Civil, em seu artigo 50, delimitou no desvio de finalidade ou confusão patrimonial, será reforçada pelo patrimônio dos sócios.

Assim, preleciona Coelho (2003, p.123):

Pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz está autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que esta é manipulada na realização de fraudes. Os pressupostos escolhidos pelo Código Civil para a desconsideração da pessoa jurídica são o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. (CC, art. 50).

Já Oliveira de Azevedo (2022, p.54) comenta os pressupostos do Código Civil Brasileiro para desconconsideração da personalidade jurídica:

A fraude caracteriza-se pela utilização ilícita da autonomia patrimonial da sociedade empresarial, como evasão para ocultar bens e deixar de cumprir com suas obrigações. Tal abuso de direito e da personalidade, caracteriza desvirtuação da personalidade jurídica legalmente conferida à sociedade empresarial, contrariando função social da sociedade.

Portanto, o Código Civil Brasileiro exige requisitos específicos para desconconsideração da personalidade jurídica. Além disso, a desconconsideração da personalidade jurídica “[...] não pode ser afastada por nenhuma outra teoria que fundamente a permanência da separação patrimonial em detrimento do cumprimento da função social da empresa, premente da existência de fraude ou abuso no exercício da atividade”, conforme preconiza Trovão (2022, p. 41).

No âmbito processual, a desconconsideração da personalidade jurídica se apresenta por instrumento de intervenção de terceiros, pelo incidente de desconconsideração, podendo inclusive ocorrer de forma inversa, para que se atinja patrimônio da sociedade por dívida de seus sócios, em situações em que a sociedade tem uso indevido por seus sócios, que buscam blindar patrimônio pessoal, desviando-o para o ente jurídico, a fim de se salvaguardar do cumprimento de obrigações próprias.

Os artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil disciplinam o incidente, que pode ser instaurado em qualquer fase do processo de conhecimento, de execução de título ou de cumprimento de sentença.

TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR

De início, a doutrina brasileira formou entendimento acerca da aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica de

acordo com regras gerais de eficácia do ato jurídico, composto pelo fim lícito, nulidade e anulabilidade. Para conferir suporte técnico doutrinário na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro adotou duas teorias distintas quanto à obrigação e à responsabilidade das empresas e dos sócios: a teoria maior e a teoria menor, que possuem matriz funcional em relação à fraude (*latu sensu*) e aos abusos de personalidade (TROVÃO, 2022, p. 83).

Com esteio na doutrina de Oliveira de Azevedo (2022, p.47):

Há duas teorias em relação a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a teoria maior da desconsideração e a teoria menor da desconsideração. A doutrina e jurisprudência especializadas, conceituam as teorias da desconsideração da personalidade jurídica onde a teoria maior, exige a comprovação de desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial; e a teoria menor apenas decorre da insolvência do devedor, e é aplicada especialmente no Direito Ambiental e do Consumidor, bem como na Justiça do Trabalho.

A teoria maior segue o primado da menor interferência nas relações empresariais, pois a eventual frustração patrimonial da sociedade empresária não é suficiente para afastar a autonomia patrimonial, de forma que a própria existência distinta da sociedade permanece vigente, salvo na hipótese de fraude (desvio de finalidade – ato *ultra vires* ou além da força do contrato ou confusão patrimonial).

Também como teoria da penetração ou teoria da substância econômica, essa teoria defende que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer sempre que a empresa for utilizada de forma abusiva ou fraudulenta, ou quando a separação entre o patrimônio da empresa e dos sócios ou administradores não for suficientemente respeitada. Nesse caso, a pessoa jurídica é ignorada, e os sócios ou administradores são responsabilizados pelas obrigações da empresa (TOMAZETTE, 2017).

Mesmo a confusão patrimonial pode ser verificada como espécie de situação contraditória ou de ferimento da boa-fé objetiva, pois a constituição do ente jurídico que deveria ter patrimônio tratado separadamente, acaba por apresentar um uso indevido pelo sócio, com verdadeira mistura de bens pessoais e da sociedade, em benefício particular. A essa situação de uso indevido da sociedade, o legislador verificou uma irregularidade suficiente a afastar a autonomia patrimonial.

Para esse circundado, acerca da responsabilidade nas teorias maior e menor, pontifica Trovão (2022, p. 35):

A responsabilidade transcorre um caminho diferente da teoria maior, que demanda uma análise mais apurada em face da atividade da empresa e o ato praticado. Na teoria menor, o campo de análise é diminuto exatamente porque a responsabilidade em determinadas atividades - como aquelas na seara do Direito do Consumidor, Ambiental e Trabalhista - são mais passíveis de serem reconhecidas abusivas. Isso se dá, em parte, pelo fato de que em ambas as teorias, previsões legais são elementos que norteiam seu reconhecimento, e em se tratando de teoria menor, as hipóteses de responsabilização dos sócios da empresa conduzem ao caminho da desconsideração.

Os microsistemas que tratam o contrato da empresa com partes que se apresentam em divergência de forças, como os de consumo, trabalhista e também a responsabilidade ambiental, adotam a teoria menor, impondo responsabilidade automática quando o patrimônio da sociedade empresarial é insuficiente, independentemente de fraude, má-fé ou de maior requisito objetivamente descrito na norma.

Dessa percuciente constatação, decorre o manejo estatal como função regulatória, de modo a promover a manutenção da ordem pública e econômica, o equilíbrio contextual, enquanto parte dos objetivos que compõem os princípios constitucionais destinados ao fomento das atividades econômicas. Assim, para certas situações, a autonomia patrimonial praticamente inexistente, vindo a incidir

a responsabilidade dos sócios subsidiária, automaticamente, por obrigações empresariais.

A teoria menor propõe técnicas de aferição mais específica, também chamada de teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da aparência, e reúne condições mais restritivas em relação à desconsideração da personalidade jurídica. Segundo essa teoria, somente nos casos em que os sócios ou administradores agirem com dolo ou abuso de direito é que a desconsideração poderá ser aplicada. Se destina a determinados ramos do direito em que a empresa só será ignorada quando os sócios ou administradores agirem de forma intencionalmente ilícita (MAIA FILHO, 2009).

Na teoria menor, afasta-se a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, e, dessa forma, deixa de se coadunar com a própria origem de aplicação da teoria da desconsideração. Há quem discorra criticamente a respeito da adoção da teoria menor, afirmando que, “ao contrário de proteger, a teoria menor acaba por minar a existência da autonomia patrimonial, em nada favorecendo aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas” (TOMAZETTE, 2017, p. 320).

A diferença fundamental entre as duas teorias está na extensão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto a teoria maior é mais ampla e permite a desconsideração em uma gama maior de situações, a teoria menor é mais restrita, exigindo a comprovação de dolo ou abuso de direito por parte dos sócios ou administradores para que a desconsideração seja aplicada.

É importante destacar que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pode variar de acordo com a legislação de cada país e com a jurisprudência dos tribunais. Nos países de tradição *common law*, conforme referido, o contexto de aplicação se dá por meio da atuação dos tribunais com a formação de precedentes em julgados de ordem semelhante.

Na tradição *civil law*, como é o caso do Brasil, Portugal, Espanha, Alemanha, dentre outros, a positivação das possibilidades de aplicação, com certa margem de simetria oportunizam a visualização mais específica da aplicação das teorias maior e menor, uma vez que estão colocadas em Códigos e legislações infraconstitucionais específicas, como na seara trabalhista, ambiental e do consumidor, além da Lei de Liberdade Econômica, sobre a qual se tratará.

INOVAÇÕES LEGISLATIVAS: A LEI N.º 13.784/2019 (LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA – LLB) E O PLC 69/2014

A sociedade, ao menos em parcela, resente-se de certas hipóteses de interferência externa nas relações empresariais. O repetitivo uso de institutos jurídicos de controle de abusos fora do contexto correto, acaba por provocar atrasos e custos ao desenvolvimento empresarial.

Antes da Lei n.º 13.784/2019, diversos outros diplomas legais já se haviam lançado na tarefa de restringir a má atuação dos sócios utilizando-se da roupagem da pessoa jurídica, de modo a prejudicar credores e também outros sócios. Na realidade, a premissa da constituição da personalidade jurídica e tudo que possa ser contemplado sob o pálio das benesses dessa condição só encontra fundamento legal quando está de acordo com a função social da qual é originária.

Com o advento da Lei da Liberdade Econômica, parece o legislador que quis indicar ao aplicador da norma do artigo 50 do Código Civil uma importância da autonomia patrimonial. Nesse sentido, o novo artigo 49-A reiterou o conceito de autonomia patrimonial e sua razão de ser.

O dispositivo, em verdade, não traz norma ou regra, mas meros conceitos jurídicos. Eventualmente, valores informativos poderão ser usados em função de interpretação ou de aplicação do artigo 50, com nova redação mais ampla, muito mais restritiva, buscando manter a autonomia patrimonial e frear o judiciário no uso indevido da teoria da desconsideração. Em verdade, limitou-se uma cláusula aberta, na redação primeva do Código Civil.

Ao que parece, o Legislador adotou receita aconselhadora ao aplicador da norma, para que em verdadeiro celebrar da preocupação e visão do direito segundo fatos e consequências da economia, evite-se incidir nas relações com as empresas sem uma mínima razoabilidade, pena de se colocar em prejuízo a toda coletividade.

Melo de Lima (2022, 32) caracteriza esse advento legal como relevante à segurança jurídica, em conclusão:

Portanto, ao positivar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consolidados relativos ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o legislador, convertendo a MP 881/2019 na Lei 13.874/2019, em que, dentre outras medidas contidas em seu texto, altera o Código Civil na parte relativa à desconsideração da personalidade jurídica, vem pormenorizar hipóteses em que a pessoa jurídica pode ser desconsiderada com vistas a subverter fraudes contra credores, trazer conceitos menos genéricos do que vem a ser "desvio de finalidade" e "confusão patrimonial", visando dirimir eventuais controvérsias interpretativas e, dessa forma, contribuir para uma maior segurança jurídica, razão pela qual a temática possui relevância e pertinência jurídicas.

Baptista e Sant'Anna (2022, 17) preconizam:

Mais ainda, em seu parágrafo único, fica claro que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Desta forma, longe de ser um privilégio odioso, a separação patrimonial de bens entre sociedade e sócios constitui a pedra fundamental que alicerça o exercício de atividades econômicas. Sem ela, o medo de ver devastado o patrimônio pessoal inviabilizaria o desenvolvimento de atividades comerciais para aqueles que estão imbuídos do espírito empreendedor. É, portanto, o princípio da autonomia patrimonial, como mecanismo de socialização do risco, ao mesmo tempo garantia e estímulo ao investimento produtivo.

Com a amplificação de restrições à caracterização do desvio de finalidade e da confusão patrimonial na nova redação do artigo 50 do código civil, esperava-se maior cuidado do judiciário.

Em pesquisa feita, Baptista e Sant'Anna (2022, p.18) levantou percentuais de uso da teoria da desconideração em função das modificações trazidas na Lei de Liberdade Econômica:

Seguindo na investigação do tema proposto, deve-se analisar em que medida as modificações legislativas acima estudadas implicaram em novos parâmetros jurisprudenciais. Para cumprir este objetivo, serão analisadas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro (TJRJ), onde tramita o segundo maior volume de demandas judiciais e, por consequência, onde há grande ocorrência do tema, tendo por referência o ano de 2020. Registre-se, nesse sentido, que no ano de 2020, o TJRJ registrou, em seu sistema de busca de jurisprudência, 54 (cinquenta e quatro) acórdãos de suas câmaras cíveis em que foram analisados os requisitos legais para aplicação do instituto da desconideração da personalidade jurídica em relações jurídicas cíveis e empresariais, tendo como objeto o art. 50 do Código Civil. Dentre esses, em 8 (oito) casos foi confirmada a decisão de 1ª Instância ou determinada pelo Tribunal de Justiça a desconideração da personalidade jurídica. Contudo, em apenas 2 (dois) houve menção à nova redação do art. 50 do Código Civil para justificar a medida. Nos demais, constatou-se a reprodução da antiga redação do referido dispositivo legal e/ou a fundamentação do instituto sem o cotejo com as

hipóteses estabelecidas no art. 50 do Código Civil, incluídas pela Lei de Liberdade Econômica. Por outro lado, em 43 (quarenta e três) arrestos não foi admitida a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista a inexistência de fundamentos legais. Destes, em 1919 (dezenove) arrestos houve expressa fundamentação da inadmissibilidade do instituto com base na LDE, já em 24 (vinte e quatro) acórdãos o indeferimento ocorreu sob fundamentação genérica ou desatualizada do instituto. Em resumo, ao longo do ano de 2020, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, somente em 38% (trinta e oito por cento) das demandas judiciais em que a aplicação do art. 50 do Código Civil era o objeto da controvérsia foram, em alguma medida, aplicados os novos parâmetros estabelecidos pela Lei de Liberdade Econômica. Analisando-se os processos judiciais em que a desconsideração da personalidade jurídica foi efetivamente aplicada, tem-se que somente 25% (vinte e cinco por cento) dos acórdãos consignaram em seus votos vencedores a redação atual do art. 50 do Código Civil. Pode-se, assim, inferir descritivamente que, conquanto a modificação legislativa editada pela Lei nº 13.874/2019 seja objeto de menção no TJRJ, os precedentes, em sua maioria, não observam a atual redação do art. 50 do Código Civil.

Portanto, não houve, ao menos segundo exemplo do Tribunal Fluminense, uma ampla modificação das posições jurisprudenciais em relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Essa falta de modificação do Judiciário e diante da absoluta não coersão normativa do artigo 49-A e nova redação do artigo 50, aprovou-se no dia 23 de novembro de 2022 o PLC 69/2014, na câmara dos deputados, o qual já havia sido aprovado pelo senado federal no ano de 2018. O projeto vai à sanção presidencial.

O PLC 69/2014 traz exatamente normas ainda mais limitadoras da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica. Chega, o projeto legislativo, a ter dispositivo que põe limitação à desconsideração pela teoria menor:

Art. 5º O Juiz somente poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica ouvido o Ministério Público e nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

§ 1º O Juiz não poderá decretar a desconsideração da personalidade jurídica antes de facultar à pessoa jurídica, a oportunidade de satisfazer a obrigação, em dinheiro, ou indicar os meios pelos quais a execução possa ser assegurada.

§ 2º A mera inexistência ou insuficiência de patrimônio para o pagamento de obrigações contraídas pela pessoa jurídica não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, quando ausentes os pressupostos legais. (BRASIL, 2014, grifos postos)

Assim, afastada seria a teoria menor pela modificação legislativa que apenas pende de sanção presidencial. Não se diga, ainda, que estariam salvaguardados microssistemas jurídicos, tais quais o trabalhista, ambiental ou de consumidor, ao menos em face do que se dispôs no aludido Projeto de Lei Complementar (BRASIL, 2014):

Art. 8º As disposições desta lei aplicam-se imediatamente a todos os processos em curso perante quaisquer dos órgãos do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição

Vinculados, assim, estariam todos os órgãos do Judiciário, independentemente da vulnerabilidade do titular do direito tratado. No entanto, o alcance econômico enseja a defesa da livre iniciativa e da livre concorrência no Brasil, a qual concentra a cooperação de defesa e a cooperação econômica em interesses simultâneos de entes públicos e privados.

A regulamentação por parte do Estado, nos termos da tradição brasileira, se assenta nos princípios que unem os objetivos firmados entre empresa e sociedade, dentro dos quais há a intervenção estatal, a fim de alcançar os ditames constitucionais do art. 170. Desse modo, para efetuar a análise econômica do direito como

motivação da proposta do PLC 69/2014, é necessário, além da análise de seus termos, o confronto deles com as previsões e parâmetros constitucionais e a conjuntura de políticas econômicas.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO RAZÃO DO PLC 69/2014

A análise econômica do direito, também conhecida como *Law and Economics*, é uma abordagem interdisciplinar que combina conceitos econômicos com o estudo do direito, e busca compreender como as leis e instituições legais afetam o comportamento das pessoas e as consequências econômicas resultantes dessas interações.

Quando voltada às alterações legislativas, essa análise precisa iniciar partindo-se do pressuposto de que os indivíduos são racionais e buscam maximizar seu próprio interesse, sem desprezar o amplo espectro de incidência que há na atuação estatal como regulador do sistema. Desse modo, ao examinar como as leis e políticas governamentais moldam os incentivos econômicos dos agentes, influencia suas escolhas e comportamentos, seja no campo da atuação pública, seja na esfera privada.

A abordagem econômica do PLC 64/2019 se dá mediante a verificação das alterações que propostas para a Lei de Liberdade Econômica, cuja estrutura analítica poderá trazer consequências que incidirão na formulação de políticas legais mais eficientes quanto ao incentivo e manutenção da atividade empresarial no Brasil.

Partindo-se desse pressuposto, os adeptos da Análise Econômica do Direito:

[...] baseiam-se no individualismo metodológico (a ação individual como fonte cognoscitiva para o estudo do

contexto coletivo), na teoria da escolha racional (as escolhas humanas envoltas em padrões de racionalidade de custos e objetivos), na teoria das preferências estáveis⁵ e na teoria do equilíbrio (tendência natural ao equilíbrio jurídico, político e econômico). Eles advogam a maximização da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais a partir dessas bases; para tanto, arguem em torno de uma mais justa eficiência alocativa dos recursos sociais, objetivando um alcance material para além das partes envolvidas diretamente numa decisão judicial (função social do processo) (CARVALHO, 2015, p. 75-76).

Aponta-se que um dos principais conceitos utilizados na análise econômica do direito é o de eficiência, e, portanto, busca-se identificar as leis e instituições que promovem a eficiência econômica, ou seja, que maximizam o valor total gerado pela sociedade. Isso envolve considerar não apenas os custos diretos e benefícios de uma determinada regra, mas também os efeitos indiretos e as externalidades que ela pode gerar.

Barella e Gibran (2020, p.22) definem a atuação da Análise Econômica do Direito da seguinte forma:

Pode-se considerar que a Análise Econômica do Direito não avalia o objetivo final do comportamento, mas o modo como esse objetivo é alcançado. Nesse sentido, é possível distinguir dois focos para a AED: uma AED positiva e outra normativa. A primeira trata do que é a norma, sua racionalidade e consequências, do fato, do ser; enquanto a segunda volta-se ao dever-ser, auxilia a escolher, dentre as alternativas, a mais eficiente. A medida de valor nessa análise é a “fórmula do bem-estar social”, entendida por Porto como “agregação dos níveis de utilidade de todos os indivíduos de uma sociedade por somatório simples”. Tem como condição um mercado perfeito, onde existem produtos para todos, mesmo que se mantenha a escassez geral; onde existem tomadores de preços, ou seja, compradores que podem negociar os preços, estando todos em igualdade para tanto; onde o fluxo de informações é perfeito, quando as informações acerca do negócio,

de seus riscos e benefícios são claros e conhecidos pelos agentes; onde há liberdade para negociar ou não, isto é, os agentes têm a liberdade para entrar e sair do mercado sempre que entenderem conveniente, sem que exista qualquer obrigação de assim fazê-lo.

É claro que a preocupação com a eficiência não pode ser um valor superior a outros precípuos, como a vida e a liberdade. Dessa forma, os Barella e Gibran (2020, p17) observam que essa AED “[...] é entendida como consequencialista e criticada pelo fato de não avaliar os valores levados em conta na alocação dos recursos, apenas a alocação em si, realizada da forma mais eficiente possível”.

De todo importa, mesmo assim, que em situações em que não se conflita com valores precípuos de forma intensa, a análise econômica visa formar essa eficiência, evitando as falhas de mercado, que se denominam mormente de externalidades, justamente por serem apresentadas por fatores externos às relações econômicas.

Assim, Barella e Gibran (2020, p.23) defende, baseado em na obra de Coase 2010, que:

A intervenção estatal prejudica o alcance da eficiência do mercado, uma vez que o equilíbrio pode ser alcançado quando existe uma definição clara do direito de propriedade e inexistem custos de transação entre os agentes, num contexto de mercado perfeito. A intervenção permitida por Coase reserva-se aos casos em que os custos de transação são tão altos que a negociação se torna impossível, situação que dependerá do modo de atribuição dos direitos de propriedade. Sendo assim, quanto mais livre o mercado, maior sua eficiência e menores serão os custos sociais. Esse é o fundamento do Teorema Normativo de Coase, donde se conclui que se deve estruturar o direito de modo a mover os impedimentos aos acordos privados.

Portanto, ao se alocar recursos de forma mais eficiente, busca-se justamente ampliar o bem-estar social, não se admitindo situações visualizadas individualmente, mas em um contexto de

interligação, onde os custos de uma externalidade negativa acabam sendo suportados sempre por todos os demais agentes que se envolvem em relações jurídico econômicas com aquele que sofre inicialmente o impacto da interferência negativa.

Adotando os sistemas propostos pela Análise Econômica do Direito, Barella e Gibran indicam que a Teoria Maior tem razão de ser, já que os custos da intervenção compensam as perdas. No entanto, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, que acaba por findar diretamente com a autonomia patrimonial, não passa pelo crivo dos benefícios maiores que os custos, pela seguinte situação, conforme autores:

No que diz respeito à Teoria Maior da DPJ, os impactos são relevantes, uma vez que o abuso é avaliado de forma a responsabilizar diretamente os agentes do ilícito. No entanto, quando analisamos a aplicação da Teoria Menor podemos perceber um desequilíbrio na eficiência da regra, que atinge indistintamente os sócios, sem utilização de critérios que apontem os verdadeiros culpados. Nessa situação, os ganhadores não conseguem compensar os perdedores porque nem todos os sócios que perderam seu patrimônio o aumentaram por abuso, ocorrendo, nessa situação, um desequilíbrio. Ou seja, se quem paga não foi quem obteve lucro com o abuso da PJ, então este divide o prejuízo com quem lucrou; quem lucrou continua lucrando porque manteve parte do ganho ilícito e quem não tinha lucrado aumenta seu prejuízo. Neste sentido, parece possível afirmar que a Teoria Menor aumenta os custos sociais, pois diminui o ônus do ilícito, além de prejudicar a própria Pessoa Jurídica que é posta em maior risco, prejudicando, assim, o bem-estar geral. (BARELLA; GIBRAN, 2020, p. 24).

A visão da análise econômica do direito, portanto, é de que a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é capaz de resolver um problema individual de risco, ultrapassando a separação ou autonomia patrimonial em favor de quem sofreu frustração de obrigação pela Pessoa Jurídica que não detém patrimônio suficiente para cumprir com a obrigação.

Entretanto, acaba por criar maiores problemas com uma alocação injusta de recursos, ou do ônus da inadimplência, quando dever-se-ia prescrutar sobre situações de ilícitos para inoponibilidade de responsabilidade limitada aos agentes que transgridam a esfera dos limites de atuação da pessoa jurídica, ou tenham condutas temerárias misturando patrimônio pessoal com o da pessoa jurídica.

As externalidades negativas, segundo a análise econômica do direito, na aplicação da teoria menor, podem causar maiores prejuízos sociais e gerar ônus a serem suportados por pessoas inocentes, certamente repassados aos produtos e serviços comercializados e, assim, aos que os consomem, desincentivando a dinâmica dos negócios.

Tratando-se das alterações propostas no bojo do PLC 69/2014, o projeto intuía um rito procedimental específico para o processo de descon sideração da personalidade jurídica, no qual assegurava-se o prévio direito ao contraditório e ampla defesa e contraditório. Mantinha-se, no entanto, o entendimento acerca da responsabilização dos sócios oportunizada pelo referido incidente, no qual os patrimônios pessoais dos sócios são acionados mediante a incidência de fraude e abuso de poder com o intuito de não pagar os credores.

Cabe a ressalva de que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica ocorre quando, além de constatado o mau uso da pessoa jurídica como instrumento de prática ilícita, como fraude e abuso de poder, se verifica inviável a reparação do dano causado ao credor por insuficiência ou ausência de fundos para tanto.

O incidente ocorre justamente como forma cautelar de alcançar os bens dos sócios antes que estes ocultem seu patrimônio ou deles se desfaça, medida que torna impossível que os prejudicados possam obter êxito na demanda. Com a oportunização do contraditório e ampla defesa prévios, embora festejados princípios processuais constitucionais tenham seu lugar de destaque no ordenamento

jurídico, essa “benesse” poderia esvaziar a medida, considerando a já verificada intenção do devedor de locupletamento.

Caso fosse aprovado, os casos de êxito na reparação dos danos aos credores ficariam ainda mais escassos, podendo, inclusive, incentivar a conduta deletéria de má utilização da pessoa jurídica e causaria um desequilíbrio econômico com o possível aumento da inadimplência.

De maneira acertada, portanto, o então Presidente da República à época, 14/12/2022, decidiu por vetar totalmente o texto do referido projeto de lei complementar, sob a justificativa de que:

[...] entre outras questões, o texto seria contrário ao interesse público e geraria insegurança jurídica já que, segundo ele, a matéria de descon sideração da personalidade jurídica já se encontra devidamente disciplinada pela Lei 13.105, de 2015 (Código de Processo Civil) e na Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil). “Dessa maneira, a medida teria o potencial de causar discussão em âmbito judicial, o que ampliaria desnecessariamente o grau de incerteza quanto ao direito vigente” (BRASIL, 2022).

É bastante discutida a desnecessidade de adição de mais normas jurídicas no ordenamento, exatamente pelo fato de haver uma quantidade expressiva delas e muitas vezes com nenhuma efetividade prática. De fato, o Código de Processo Civil, nos arts. 133 a 137, disciplina a descon sideração da personalidade jurídica enquanto incidente, no âmbito das modalidades de intervenção de terceiros previstas com seu advento em 2015.

Nesses dispositivos, estão previstas as etapas e o procedimento para instalação do incidente, a desnecessidade de ação autônoma e poderá também ser aplicado em caso de descon sideração inversa. O dispositivo tem, portanto, a seguinte diretriz normativa:

[...] a fim de combater a utilização indevida da pessoa jurídica pelos sócios, considera-se que a adoção da

disregard *doctrine* nas legislações civis atendem a preceitos civis-constitucionais, e por meio de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC, é possível ainda que haja a desconsideração inversa da personalidade jurídica, por meio da qual é possível alcançar os bens da sociedade em face das dívidas contraídas pelo sócio controlador (TROVÃO, 2022, p. 102).

Essa constatação, da desnecessidade de uma nova norma que discipline o aspecto processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, significa que as razões que conduzem à desconsideração, previstas nas leis materiais, conforme §1º do art. 133, não trazem nenhuma inovação em relação ao assunto (BUENO, 2017, p. 190).

Tratando-se pois da lei material, o Código Civil representa a previsão do art. 50 com a teoria maior, adotada pelo ordenamento brasileiro para casos que não estejam disciplinados em matérias específicas, conforme já mencionado, as quais deverão seguir a tônica da teoria menor.

Não mais que suficiente, a previsão de desconsideração em sentido material, exposta no art. 50 contém os elementos necessários para a caracterização da situação, deixando margem de discricionariedade ao magistrado para aferição da possibilidade de atendimento do pedido de desconsideração no caso concreto.

Voltando-se à análise do impacto econômico da lei, evidencia-se o ônus de aplicação de uma norma, ou seja, o impacto legislativo à luz da análise econômica do direito. Essa discussão deriva da ideia de que toda legislação que adentra qualquer ordenamento jurídico democrática causa impacto econômico e social.

Desse modo, Cooter e Ulen (2008, p.76) observam que no âmbito econômico, a teoria comportamental, baseada em como as pessoas respondem a incentivos, “[...] permite prever a reação delas diante dos dispositivos da lei, superando a intuição e o senso comum.

A avaliação de impacto legislativo pode ser justamente entendida como uma análise econômica da legislação”.

Dito isso, “a análise econômica social serve para examinar os efeitos diretos e indiretos que serão causados por determinado projeto, de forma a identificar se a economia como um todo está sendo favorecida ou prejudicada” (MENEGUIN,, 2010, p. 12). A desconsideração da personalidade jurídica já é considerada um procedimento moroso e ineficaz, principalmente em se tratando de aplicação no âmbito da teoria maior.

Quando à teoria menor, em casos de ordem tributária, ambiental ou trabalhista, ao recorrer à práticas indevidas em uso da pessoa jurídica, e sabendo da possibilidade de que a responsabilização recaia sobre si, os sócios já providenciam o esvaziamento da medida, com o locupletamento de seus eventuais bens e recursos.

Conforme mencionado por Trovão (2022, p. 146), até que seja deferido e procedida à desconsideração da personalidade jurídica e suas medidas adjacentes, “[...] os próprios sócios ou administradores têm tempo suficiente para esconder seu patrimônio pessoal, tornando ineficaz a medida”.

Resta consignar que a desconsideração da personalidade jurídica é medida de extrema relevância para o restabelecimento da relação contratual entre credor e devedor, que pode viabilizar a reparação do dano em caso de inadimplemento, mas é preciso destacar que se trata de medida de extrema excepcionalidade, e de necessária comprovação de imprescindibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar que a sociedade atualmente tem buscado modificar a tradição jurisprudencial da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista

que o instituto não tem alcançado a eficácia desejada conforme proposição normativa.

Outrora visto como benéfico socialmente, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, hoje, segundo novas visões, não mais se pode perceber uma ampla gama de benefícios, sendo por certo criticado em diversas situações, o que refletiu no trabalho legislativo para frear a redução da autonomia patrimonial dos empresários pelos julgadores.

Mesmo com modificações legislativas não se percebeu, segundo levantamentos de pesquisas realizadas conforme referências doutrinárias, uma consideração do Judiciário pela nova regra limitadora das hipóteses de caracterização do desvio de função e confusão patrimonial do artigo 50 do Código Civil, com redação pela Lei de Liberdade Econômica.

A análise econômica do direito, como instrumento para aferir o impacto econômico de determinado contexto na seara jurídica, pode servir de instrumento útil na aplicabilidade e interpretação dos institutos da novel legislação. Pelo veto total do Presidente da República à época, de forma acertada, consoante análise da legislação existente no ordenamento, verificou-se a sua desnecessidade, principalmente porque previa um corredor ainda mais estreito de atuação legal para constrição dos bens dos sócios em detrimento da reparação do prejuízo suportado pelos credores.

Com efeito, a *disregard doctrine* não foi idealizada com essa finalidade, e se hoje possui alguma eficácia é porque se mantém rigores normativos em relação ao cumprimento da função social da propriedade/empresa, de modo a advertir os sócios de que a pessoa jurídica não pode ser utilizada como véu acobertador de práticas fraudulentas ou abusivas sob seu exercício.

Essas limitações legislativas acabam por minar a operabilidade jurídica por cláusulas abertas, ou mesmo afastar as hipóteses

de incidência da desconsideração da personalidade por regras objetivas novas, que em diversos casos poderiam ter razoabilidade ou mesmo viabilidade de serem benéficas.

Uma implementação da análise econômica na práxis jurídica atual seria medida de bom grado para sensibilizar o Judiciário antes que se restrinja demais, por inovações do Legislativo, as atuais cláusulas abertas de atuação judicial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Úrsula Eustórgio Oliveira de. **A segurança e os riscos na desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, v. 8, n. 1, p. 892-1001, 2022.

BAPTISTA, Raul Gonçalves; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Os Impactos Da Lei Nº 13.874/2019 Na Personalidade Jurídica. **Revista Brasileira de Direito** Empresarial, v. 8, n. 1, página inicial e final, 2022.

BARELLA, Ana Lúcia; GIBRAN, Sandro Mansur. A desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 1, p. e31736-e31736, 2020.

BORGES, Nelson; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; SERVA, Fernanda Mesquita. O Revisionismo no contexto da pessoa jurídica. **Revista Argumentum**, Marília, v. 12, p. 301-315, 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 69, de 2014**. Disciplina o procedimento de declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118236>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica para além da desconsideração**: uma homenagem ao professor Fabio

Ulhoa Coelho. Disponível em: <https://scarpinellabueno.com/images/para-ler/IDPJ-Homenagem-Fabio-Ulhoa-Coelho-37.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

CARVALHO, Vinícios Soares. Análise econômica do direito e sua problemática constitucional. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 25, n. 27, p. 73-98, jan./dez. 2015.

COELHO, Luís Fernando. **Teoria crítica do direito**. Editora del Rey, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Direito de Empresa. v. I, 24 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 47, n. 0, p. 119-149, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/810>. Acesso em: 10 maio 2022.

LIMA, Dheyme. A desconsideração da personalidade jurídica ante o advento da Lei 13.874/2019. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [S. l.], v. 34, n. 1, p. 84-91, 2022. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/380>. Acesso em: 24 nov. 2022.

MAIA FILHO, Napoleão. Nunes. A desconsideração da pessoa jurídica em face da evolução do direito obrigacional e os limites de sua aplicação judicial. **BDJur**, Brasília, set. 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3415/3539>. Acesso em: 28 abr. 2022.

MENEGUIN, Fernando B. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. 2010. Disponível em: <https://escholarship.org/content/qt8ts831r2/qt8ts831r2.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falência e recuperação de empresas**. v. 3, 5. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa. **Desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: fundamentos para sua inserção no texto constitucional**. 2022. Tese (Doutorado em direito) –UNIMAR, Marília, 2022.

SOBRE OS AUTORES E AUTORAS

Ana Cristina Duarte Pereira Murai

Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Doutoranda em Função Social do Direito Fadisp. Mestranda em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Especialista em Direito da Integração Econômica União Europeia e Mercosul, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Administrativo. Tabeliã/Oficial de Registro no Estado do Maranhão. Diretora Social da ARPEN/MA.

E-mail: cristinamurai@gmail.com . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1455297260388037>

Ana Grécia Almeida Rizzo Fontanela

Mestranda em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Especialização em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Fortium – FF; Graduada em Direito pela Fundação Municipal de Ensino Superior de Colinas do Tocantins –FECOLINAS; Notária e Registradora titular da Serventia Extrajudicial de Ribamar Fiquene MA.

E-mail: grecia.rizzo@yahoo.com.br ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1776385982702771>

Anderson dos Santos Guimarães

Mestrando em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola Brasileira de Direito. Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco –UNDB. Advogado.

E-mail: andersonguimaraes11@otmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4328285764340130>

André Luís Fontanela

Mestrando em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Mestrando em andamento em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos na Instituição Toledo de Ensino – ITE; Especialização em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Fortium – FF; Especialização em Direito Constitucional pela APROCEFEP; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina –UNISUL.

E-mail: andrefontanela@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4673528509427688>

Clara Rodrigues de Brito

Doutoranda em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – pela Universidade de Marília – UNIMAR (créditos concluídos); Mestre em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – pela Universidade de Marília – UNIMAR; Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique – (créditos concluídos); Coordenadora e docente do núcleo de pós-graduação Lato Sensu da SVT Faculdade.

E-mail: clarardebritoadv@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6395956349800702>

Danielle Flora Costa Borralho

Mestranda em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Pós-graduada em Direito Previdenciário-UNIDERP; Cursando Pós-graduação em Direito Civil – UNIASSELVI; cursando formação pedagógica em letras – português/inglês – FAVENI. Docente de Direito no Instituto Florence de Ensino Superior/MA; Docente no Curso de Serviços Jurídicos no IEMA; Advogada.

E-mail: daniellefborralho@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7262050604391254>

Diogo Emanuel de Souza Sales

Mestrando em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio; Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA; Tabelião e Oficial Registrador Titular da Serventia Extrajudicial do 2º Ofício de Lago da Pedra-MA.

E-mail: diogossales@icloud.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3516500415025799>

Fabiano Zanella Duarte

Mestrando em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB; Advogado.

E-mail: fabiano.zd@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3951249705639627>

Flávia Thaise Santos Maranhão

Mestranda em Direito pela Universidade de Marília-UNIMAR, São Paulo/SP. Graduada em Direito pela Universidade Ceuma-UNICEUMA, São Luís/MA. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Especialista em Direito Constitucional pela UniBF Faculdade. Especialista em Direito Tributário, MBA pela Fundação Getúlio Vargas-FGV/RJ. Especialista em Educação Ambiental, Universidade Cândido Mendes-UCAM/RJ. Especialista em Docência do ensino superior Universidade Cândido Mendes-UCAM/RJ.

E-mail: flaviathaise@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2233184555383846>

Lidiana Costa de Sousa Trovão

Doutora e Mestre em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social – pela Universidade de Marília – UNIMAR; Pós-doutorado em andamento pela Universidade de Marília/SP; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNIDERP/ANHANGUERA (Campo Grande/MS); Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA; Licenciada em História (UEMA). Foi bolsista PROSUP/CAPES durante o Mestrado e o Doutorado. Coordenadora geral do Curso de Direito da UNISULMA/IESMA. Docente do magistério superior desde 2013. Advogada.

E-mail: lidianacst@hotmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0447378714381744>

Marco Antonio Zanella Duarte

Mestrando em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Especialista em Direito Constitucional, Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes; Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB; Tabelião e Registrador no Primeiro Ofício Extrajudicial de Chapadinha – MA.

E-mail: mazd01@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5371210330766167>

Marisa Rossignoli

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP (Jacarezinho); Docente do curso de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília; Doutora em Educação pela UNIMEP; Mestre em Economia (Economia Política) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (1998); Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP – Araraquara (1994).

E-mail: marisarossignoli@unimar.br; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2438487622642710>

Quilza da Silva e Silva

Mestranda em Direito, Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília – UNIMAR (MINTER SVT Faculdade/UNIMAR); Pós-graduada em Advocacia Criminal pela Escola Superior de Advocacia – ESA-MA; Pós-Graduada em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela Escola Superior de Advocacia – ESA-MA; Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras – Maranhão.

E-mail: quilzasilva@yahoo.com.br ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6078389728221557>

Ricardo Pinha Alonso

Doutor em Direito do Estado – área de concentração Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012); Estágio pós-doutoral concluído na Universidade de Santiago de Compostela-ES (2021); Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR (2002); Graduado em Direito pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” (1988); Docente do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Marília – UNIMAR; Docente do curso de Direito da Universidade de Marília – UNIMAR; Procurador do Estado de São Paulo.

E-mail: rpiatl@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6127172734397904>

Sergio Victor Tamer

Pós-doutor em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique – UPT; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca – Espanha (reconhecido no Brasil pela Universidade de Marília - UNIMAR; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pernambuco; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão; Coordenador do curso de Especialização lato sensu em Ciências Jurídico-Políticas e professor de Direito Constitucional da FAP - Faculdade do Baixo Parnaíba; Diretor Executivo da SVT Faculdade.

E-mail: sergiotamer@gmail.com ; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2881982109426541>

ÍNDICE REMISSIVO

A

acesso à justiça 18· 80· 100· 115· 220· 222· 223· 230·
231· 232· 233· 239

análise constitucional 235-240

C

características jurídicas 23

cautelas legais 198

concessão da tutela 21· 24· 27· 28· 29· 31· 43· 86· 90· 91· 98· 100· 101·
110· 111· 112· 113· 114· 115· 121· 129· 132· 133· 136· 137· 138·
146· 151· 153· 164

concessão de tutela 43· 89· 121· 130· 131· 132· 134· 135· 136·
138· 152· 153· 154

constitucionalidade 17· 98· 100· 110· 121· 124· 132· 133· 135· 136· 137

constitucionalização 16· 90· 222· 223· 225· 227· 228· 231·
233· 238· 239· 241

contraprotesto 42

cumprimento das decisões 145

D

decisões judiciais 61· 145· 163· 164· 172· 231· 236· 255

desvio funcional 42

Direito Ambiental 224-250

direito à saúde 71· 73· 74· 75· 76· 77· 78· 79· 80· 81· 86· 93· 94· 143·
145· 146· 155· 160· 161· 167· 168· 169· 173

Direito Digital 224-225-239

Direito Processual 10· 117· 118· 123· 124· 140· 141· 152· 162· 166· 171·
228· 229· 238· 239· 240· 241· 269· 270· 271

direitos fundamentais 26· 83· 89· 118· 224· 227· 228· 230· 233· 234·
235· 236· 238· 239

E

efeitos do protesto 36-41

Estado Democrático 222-232-234

H

hermenêutica 188-217

I

interpretação sistemática 61· 110· 185· 194

J

judicialização da saúde 79· 91· 92· 93· 143· 145· 146· 157·
161· 168· 169· 171

jurisprudência 23· 40· 50· 52· 53· 57· 61· 65· 66· 89· 121· 136· 138·
160· 163· 166· 167· 172· 176· 179· 186· 211· 250· 252· 255

L

legislação 52· 53· 54· 60· 61· 65· 67· 82· 83· 112· 121· 124· 131· 132·
136· 158· 179· 183· 190· 204· 207· 225· 233· 241· 243·
252· 264· 265· 266

liminares 92· 104· 132· 135· 139· 145

limitações legislativas 266

lógica-dedutiva 23· 201

M

medidas cautelares 129· 139· 143· 162

medidas coercitivas 145· 163· 164

N

neoprocessualismo 228-229

O

ordem jurídica 135· 222· 235

P

poder judiciário 81· 143· 145· 168

Precedentes judiciais 118

prescrição intercorrente 23· 45

probabilidade de direito 129

protesto extrajudicial 23

R

recuperação judicial 17-50-52-53-55-57-59-60-62-63-64-65-66-67-176-178-179-180-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-217

regulação setorial 159-168

regularidade fiscal 16-17-50-52-54-55-56-59-61-65-66-67-187-188-190-191-192-193-194-216

Regularidade Fiscal 49-50-206

S

saúde suplementar 71-73-77-78-79-143-145-146-156-157-159-168-169-170-173

segurança jurídica 16-109-116-118-148-171-204-211-213-215-217-241-254-259

sustação de protesto 16-21-23-45

T

tutela cautelar 16-21-24-25-26-27-28-29-31-32-43-44-46-47-103-125-128-149-150-154

tutela de urgência 16-17-21-23-24-25-27-28-30-31-32-43-71-74-86-89-90-93-103-107-118-121-124-125-129-131-134-137-138-140-143-145-146-147-148-149-150-151-152-155-166-170-192-194-236-237

tutela diferenciada 102-106-123

tutela jurisdicional 24-26-31-32-102-116-128-133-134-138-146-147-222-223-230-231-232-233-235-236-237-238-239

tutela provisória 17-24-25-28-29-43-46-89-101-102-103-107-110-111-117-119-121-123-124-125-126-127-128-129-130-131-132-133-135-137-140-141-145-146-147-148-149-152-154-160-161-165-173-193

tutelas provisórias 91-100-101-102-115-123-124-125-126-128-130-132-145-152-153-154

V

vedações legais 17-121-124-131-132-133-137-138



ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEXTUALIZADOS

www.pimentacultural.com

 **SVT**
FACULDADE

 **pimenta
cultural**