

TESE 70

Proponente: Alúcio Iunes Monti Ruggeri Ré

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: É obrigatória a designação de audiência preliminar de justificação (art. 804 do CPC), nas hipóteses de pedido liminar de qualquer tutela de urgência na defesa de direitos fundamentais, quando o juiz entender por insuficientes as provas documentais apresentadas e a prova oral apresenta-se útil e adequada à apreciação da medida urgente pleiteada.

ASSUNTO:

A tese em tela tem por objetivo assegurar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere nas hipóteses de necessária proteção dos direitos fundamentais, mormente quando o decurso do tempo puder agravar os efeitos dessa concreta violação, e as provas documentais contidas nos autos forem insuficientes à demonstração dos pressupostos necessários à concessão das tutelas urgentes (tutela antecipada ou tutela cautelar), hipótese em que o juiz, antes de indeferir o pedido, deve designar audiência de justificação, para que a parte demandante, com ou sem a presença da parte contrária, a partir de provas orais, possa justificar a necessidade desse provimento jurisdicional liminar.

Em outras palavras, nas hipóteses de potencial violação aos direitos fundamentais, como ao direito à vida, à saúde, à liberdade, deve o juiz, antes de indeferir o pedido de tutela de urgência por insuficiência probatória, permitir que o requerente, a partir de provas orais, demonstre o alegado, como garantia de um provimento jurisdicional adequado, pertinente, efetivo e célere, ou seja, como garantia de efetivo acesso à Justiça.

Para ilustrar a questão, narramos o atendimento a uma assistida que teve seu plano de saúde extinto por inadimplemento de uma das parcelas mensais, sendo tal consumidora pessoa idosa e doente (mal de Alzheimer), que deixara de efetuar o pagamento por simples esquecimento (caso fortuito), fato comum em pacientes desse tipo, mas que necessitava, com urgência, de assistência médica intensiva e constante. Diante desse contexto, propusemos ação judicial para a manutenção do contrato, com fundamento na escusabilidade da mora, e pedimos, em tutela antecipada, a obrigação de prestar assistência médica contra a empresa operadora do plano de saúde. O juiz, por sua vez, sob alegação de falta de provas em relação à ocorrência do caso fortuito (esquecimento em razão dos sintomas causados pelo mal de Alzheimer), simplesmente indefere o pedido liminar, sem, contudo, buscar outros elementos para sua convicção.

Ora, o caso traz em seu bojo o direito à vida e à saúde e merece uma atenção especial. Se a falta de provas documentais levaria ao indeferimento da tutela urgente, de rigor, como medida de efetivo acesso à Justiça (ou à ordem jurídica justa e efetiva), a busca por outras provas, no caso, provas orais, a partir de audiência específica a ser designada, intimando-se ou não a parte contrária.

Em suma, a proposta em questão sugere que o Defensor Público, diante de violações aos direitos fundamentais, busque a tutela mais adequada e célere, com o esgotamento dos meios de prova, ainda que em fase de cognição sumária.

#### INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Artigo 5º, incisos I, III e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V e X da Lei Complementar nº 80 de 1994.

#### FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Em tese, a audiência de justificação foi concebida para a produção de provas orais, em fase liminar, nos processos cautelares, para a comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme dispõe o artigo 804 do CPC: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz (...)”.

Porém, em busca de uma tutela efetiva, propomos a possibilidade/necessidade dessa audiência preliminar em toda e qualquer hipótese de tutela de urgência, seja ela de natureza cautelar (art. 796 e seguintes do CPC), seja de natureza de tutela antecipada (art. 273 CPC), para a complementação probatória acerca dos pressupostos indispensáveis à sua concessão.

E nessa busca pelo ideal de efetivo acesso à Justiça, nos apoiamos em princípios estruturantes do moderno direito processual: o princípio da primazia da proteção aos direitos fundamentais, o ativismo judicial, princípio da colaboração no processo, princípio da flexibilidade procedimental, princípio da adequação, dentre outros.

No Brasil, o constituinte originário enunciou, já no preâmbulo da CF/88, como elemento formal de aplicabilidade a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Essa opção em adotar o princípio democrático é reafirmada no artigo 1º do texto constitucional, que o estabelece como fundamento do Estado brasileiro. O emprego do termo “democracia” como qualificativo de “Estado” possibilita a irradiação dos seus efeitos sobre todos os componentes constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica estabelecida, que a recebe como componente de transformação do *status quo*. Por ser impossível afirmar o princípio democrático sem permitir que o Direito, por ele imantado, se enriqueça do sentir popular e se ajuste ao interesse coletivo, a CF/88 abre perspectivas para a sua concretização em um Estado de Direito com função prospectiva de modificação social por meio do império da lei comprometida com o ideal de Justiça.

Por oportuno, faz-se imperioso para o presente estudo apontar os contornos principais do Estado Brasileiro que, por suas peculiaridades, revela um Estado Constitucional de Direito *sui generis*. Dentre as notas distintivas que podem

ser apresentadas, encontramos os fundamentos deste Estado, que são elencados no artigo 1º da CF/88, a saber: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Pela leitura dos dispositivos retro, é possível traçar o ponto central de nossa democracia: o respeito à pessoa humana em sentido universal, considerando o homem como o "valor fonte" de todos os valores. Dessa estrutura constitucional decorre a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre, porém, que a proteção desses direitos não prescinde de uma tutela jurisdicional acessível, justa, célere e efetiva, cujos contornos são traçados pela própria Constituição Federal. Cândido Rangel Dinamarco, dimensionando o processo na ordem constitucional, afirma que "a tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional" (A instrumentalidade do Processo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P.25 e seguintes). Nesse sentido, importante citar a contribuição de Nelson Nery Júnior no desenvolvimento dos princípios constitucionais processuais, que poderiam ser assim enumerados: devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); isonomia (CF, art. 5º, caput); inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação) (CF, art. 5º, XXXV); contraditório (CF, art. 5º, LV); proibição de prova ilícita (art. 5º, XII); publicidade dos atos processuais (CF, art.5º, IX e 93, IX); duplo grau de jurisdição; e motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) (Princípios do processo civil na Constituição Federal, 7.Ed. Revista dos Tribunais).

É certo que, até mesmo por uma questão terminológica, os princípios estão atrelados à idéia de "início", "fonte", "base" ou "estrutura fundante". Há uma proximidade entre o conceito de princípio e a idéia de Direito: princípios possuem um caráter de fundamentalidade, são fontes primeiras do Direito, externam uma natureza normogenética, na medida em que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas. Pode-se ainda afirmar, que os princípios possuem um caráter de primariedade (porque precedem materialmente às demais normas), originalidade e superioridade. Em uma acepção sistêmica do Direito, pode-se dizer que os princípios "conformam o sistema (...) bases axiológicas estruturantes, positivadas ou não, que delimitam e dotam de racionalidade sistêmica determinado ordenamento jurídico" (ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003).

Aliás, novos princípios processuais são concebidos nessa busca pela efetiva tutela jurisdicional, quais sejam: o princípio do ativismo judicial, a princípio da adequação e o princípio da efetividade.

Sobre o primeiro, Cândido Rangel Dinamarco afirma, em uma de suas obras dedicadas ao estudo das Instituições de Direito Processual Civil, que o "juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume 1. p.224-225).

José Roberto Bedaque aponta como precursor doutrinário do embate ao imobilismo judicial Alexandre Gusmão. Já em 1922, o jurista invocava estudos das legislações alemã, austríaca e húngara para defender a possibilidade do juiz ordenar,

de ofício, qualquer diligência necessária à apuração dos fatos, sempre que disso dependesse a resolução do processo. Estas idéias foram incorporadas na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, que afirmou caber ao juiz a direção do processo, podendo, inclusive, intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade (Poderes instrutórios do Juiz. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P.73).

Quanto ao princípio da adequação, processo e procedimento devem então ser adequados a amparar os interesses judicializados, sob pena de ter esvaída a sua finalidade. Sobre esse princípio, lembramos estudo realizado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Eles o dividem em dois sub-princípios: o da adaptação e o da adaptabilidade. O sub-princípio da adaptação se refere à atividade do legislador ao prever procedimentos e ritos diversos para os variados tipos de direitos a serem tutelados. Nesse sentido, identificamos na previsão das tutelas de urgência, cuja congnição sumária atende à necessária urgência do caso concreto. Já o sub-princípio da adaptabilidade destina-se ao operador e construtor do direito, vislumbrando hipótese para que ele molde e lapide o rito legal à hipótese concreta, atendendo, assim, às peculiaridades do interesse a ser tutelado e, com isso, garantindo a máxima efetividade da tutela pretendida. Aliás, exatamente nesse segundo sentido, encontramos o fenômeno da flexibilização procedimental, e como exemplo, defendemos a possibilidade/necessidade de realização de audiência de justificação quando da apreciação dos pressupostos da tutela liminar, para a adequada complementação probatória, mormente quando envolver a proteção aos direitos fundamentais:

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema jurídico não pode ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.51).

No tocante à efetividade, notamos que seu conceito traz em seu bojo a concretização de algo. Este "algo", em processo civil, é a própria tutela jurisdicional do direito material questionado. Para Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito do resultado que é proporcionado pelo processo no plano de direito material. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. *Como direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural*

*concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem. [grifo nosso] (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P.114 e 115).*

Aliás, pondera José Carlos Barbosa Moreira sobre a efetividade do processo: "Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena: em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (MOREIRA, José Carlos B. Por um processo socialmente efetivo. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, 2001, nº 11, p.5).

Portanto, a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais exige do Juiz um ativismo responsável e dos postulantes, incluindo o Defensor Público, uma postura ostensiva e criativa.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda influenciado pelo ideal liberal-individualista de proteção ao patrimônio, prevê tal audiência na apreciação da liminar nas ações possessórias: "Se a petição inicial não traz provas suficientes para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe a segunda parte do art. 928 do CPC e determinar a realização de audiência de justificação prévia com o fim de permitir ao autor a oportunidade de comprovar suas alegações" (STJ, REsp 900534/RS).

Ocorre que a Constituição Federal estabelece novo plano axiológico, menos vinculado à propriedade e mais focado na dignidade da pessoa humana.

Portanto, a tese da obrigatoriedade da audiência de justificação, nos processos que veiculam a proteção de direitos fundamentais, para a complementação probatória, atende exatamente aos ditames dessa tutela mais efetiva, justa, célere e adequada do ser humano.

#### FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA:

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público, que diariamente atende a casos de violação ou ameaça a direitos fundamentais, deverá, em hipóteses de urgência, pleitear a concessão de tutelas emergências em cognição sumária, mas não precária.

Em outros termos, deve o Defensor Público buscar a completude probatória de elementos suficientes à apreciação das tutelas de urgência, sendo imprescindível a colheitas de provas orais, desde que úteis, antes do juiz pronunciar eventual indeferimento dessa medida por simples falta de provas quanto aos seus pressupostos.

## SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:

Como sugestão de aplicação da tese acima exposta, deve o Defensor Público pleitear a concessão da tutela antecipada em ações de conhecimento ou da medida liminar em ações cautelares e, subsidiariamente, caso houver necessidade, diante da urgência do caso concreto, pleitear a designação de audiência preliminar de justificação para a colheita de provas orais para, somente após esse ato, apreciar o pedido da tutela de urgência.

Caso o juiz indefira, de imediato, a tutela pretendida, deve-se utilizar do agravo de instrumento para a reforma desse pronunciamento e concessão da tutela urgente ou, subsidiariamente, requerer a anulação dessa decisão inicial, por cerceamento de defesa e violação do direito de ação, para determinar a realização da audiência preliminar de justificação.