

# TUTELAS PROVISÓRIAS: MEIOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

PREVENTIVE GUARDIANSHIP: MEANS OF  
EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND  
PERSONALITY

GARANTÍAS PROVISIONALES: MEDIOS DE EFICACIA  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA  
PERSONALIDAD

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. Evolução do conceito de pessoa; 2. Direitos Humanos, fundamentais e da personalidade; 3. Monopólio estatal da jurisdição; 4. Da tutela provisória (ou preventiva); 4.1 Tutela inibitória; 4.2 Remoção de ilícito; 5. Tutela provisória; 5.1 Tutela provisória de urgência; 5.2 Tutela de evidência; 6. Considerações finais; 7. Referências.

## SUMMARY:

Introdução; 1 Evolution of the concept of person; 2 Human rights, fundamental and personality; 3 State monopoly of jurisdiction; 4 Preventive guardianship; 4.1 Intentional protection; 4.2 Removal of illicit; 5 Temporary custody; 5.1 Temporary emergency care; 5.2 Truthfulness of evidence; 6. Final considerations and 7. References.

## SUMÁRIO:

Introdução; 1 Evolución del concepto de persona; 2 Derechos humanos, fundamentales y de personalidad; 3 Monopolio estatal de jurisdicción; 4 protección preventiva; 4.1 Tutela inhibitoria; 4.2 Eli-

Como citar este artigo:

SOARES, Marcelo,  
MARTINS, Raphael,  
SCHIMIDT, Sílvia.

Tutela provisórias:  
meio de efetividade  
dos direitos  
fundamentais e  
da personalidade.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 35, 2021,  
p. 141-171.

Data da submissão:  
29/03/2020

Data da aprovação:  
28/02/2021

minación de actos ilícitos; 5 Tutela provisional; 5.1 Ayuda de emergencia provisional; 5.2 Protección de evidencia; 6. Consideraciones finales y 7. Referencias.

### **RESUMO:**

Este trabalho aborda o estudo da evolução do conceito de pessoa. Demonstra a ruptura da ordem social, política e jurídica causada pela Revolução Francesa, que ocasionou no afastamento do Estado nas relações entre os particulares. Aponta as consequências causadas na Revolução Industrial pela soberania da vontade das partes, momento histórico em que a ordem jurídica permitiu jornada de trabalho desumanas, o que levou ao Estado a intervir novamente na relação entre os particulares, a fim de lhes assegurar os direitos fundamentais. Aborda, ainda, a evolução na ordem jurídica causada pela dicotomia ato ilícito e dano, que permitiu o surgimento de instrumento de tutela preventiva concedendo efetividade ao princípio do acesso à justiça. Aborda, ainda, a tutela inibitória, tutela de remoção de ilícito, tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência.

### **ABSTRACT:**

This work approaches the study of the evolution of the concept of person. It demonstrates the rupture of the social, political and juridical order caused by the French Revolution, that caused in the distance of the State in the relations between the individuals. It points to the consequences caused by the Industrial Revolution for the sovereignty of the parties, a historical moment in which the legal system allowed an inhuman working day, which led the State to intervene again in the relationship between individuals, in order to guarantee them fundamental rights. It also addresses the evolution in the legal order caused by the dichotomy of the wrongful act and damage, which allowed the emergence of an instrument of preventive protection granting effectiveness to the principle of access to justice. It also deals with injunctive relief, guardianship of the removal of illicit, provisional protection of urgency and provisional protection of evidence.

**RESUMÉN:**

Este trabajo aborda el estudio de la evolución del concepto de persona. Demuestra la ruptura del orden social, político y legal causado por la Revolución Francesa, que provocó la limitación del desempeño del Estado en las relaciones entre individuos. Señala las consecuencias causadas en la Revolución Industrial por la soberanía de la voluntad de las partes, un momento histórico en el que el orden legal permitió horas de trabajo inhumanas, lo que llevó al Estado a intervenir nuevamente en la relación entre las personas, para garantizar sus derechos fundamentales. También aborda la evolución en el orden legal causada por la dicotomía de actos y daños ilegales, lo que permitió el surgimiento de un instrumento de protección preventiva que otorga efectividad al principio de acceso a la justicia. También aborda la medida cautelar, la protección de remoción ilícita, la protección provisional de emergencia y la protección de evidencia provisional.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Pessoa; Acesso à Justiça; Direitos da personalidade; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Tutela Preventiva; Tutela Inibitória; Tutela de Remoção de Ilícito; Tutela provisória de Urgência; Tutela provisória de Evidência.

**KEYWORDS:**

Person; Access to justice; Personality Rights; Fundamental rights; Human rights; Preventive Guardianship; Inhibitory Guardianship; Unlawful Removal; Temporary guardianship of Urgency; Provisional Protection of Evidence.

**PALABRAS CLAVE:**

Persona; Acceso a la justicia; Derechos de personalidad; Derechos fundamentales Derechos humanos; Tutela preventiva; Tutela inhibitoria; Tutela de expulsión ilícita; Tutela provisional de urgencia; Tutela Provisional de Evidencia

## INTRODUÇÃO

Em um momento já distante, mas, ao mesmo tempo, tão próximo pelas marcas sentidas no presente, temos a ruptura da ordem social, política e jurídica causada pela Revolução Francesa, que ocasionou o afastamento do Estado das relações entre os particulares. Igualmente, tem-se as consequências da Revolução Industrial pela soberania da vontade das partes, que levou o Estado a intervir novamente na relação entre os particulares, com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais.

Então, no substrato da opção político-histórica desse intervencionismo, com esteio nos conceitos de pessoa, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, o presente escrito analisa as tutelas provisórias, inibitória e de remoção de ato ilícito como instrumentos de efetividade da proteção aos direitos da personalidade. Ato contínuo, enfrenta-se a evolução na ordem jurídica causada pela dicotomia ato ilícito e dano, que permitiu o surgimento de instrumento de tutela preventiva concedendo efetividade ao princípio do acesso à justiça. Por derradeiro, para fins didáticos, o artigo observa diretamente os tópicos relacionados aos objetivos específicos aqui delineados.

O presente estudo se justifica pela contribuição acadêmica acerca do tema relevante que possui vastas possibilidades para pesquisa dos seus aspectos jurídicos e sociais, os quais, naturalmente, não serão exauridos no presente trabalho, em geral, para a reflexão de juristas que possuem interesse em se aprofundar ao tema proposto, para tanto foi realizada pesquisa referenciadas pelas fontes do direito, com método hipotético-dedutivo.

### 1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PESSOA

Acredita-se que a origem do termo pessoa deriva do termo grego *prósopon* que originalmente significava “face” ou “máscara”, originário do [teatro grego](#), no qual os atores no palco vestiam máscaras para revelar ao público o personagem e seu estado emocional.

De personagem do teatro, pessoa passou a designar cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel.

A utilidade do conceito de pessoa, no pensamento antigo, está na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. A sua individualidade revela-se, neste contexto,

um papel, uma máscara em meio a coletividade.

A enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais deve-se ao fato de que na antiguidade imperava uma visão monista da realidade.

Na Roma Antiga *persona* possuía o mesmo significado de *prósopon* na Grécia, concepção esta que apenas teve mudança com a teologia trinitária cristã, momento em que pessoa passou a designar uma realidade substantiva, sendo verdadeira categoria ontológica.

A idade clássica deixou de considerar e valorizar individualmente e subjetivamente o próprio sujeito. O homem era concebido como parte integrante de um todo; a coletividade sobrepunha-se ao indivíduo, eis que a *pólis* revela-se como elemento de maior importância. (PERA JUNIOR, 2017, p. 25)

A perspectiva individualista e subjetiva teve início com postulado relacionado à semelhança do homem a Deus na teologia cristã, deixando-se de lado o monismo antigo, que sacrifica o concreto em face do universal, dando lugar ao dualismo filosófico: natureza (*physis*) versus pessoa (*hypostasis*).

Para a natureza (*physis*), reserva-se a universalidade ou essência da realidade. A noção de pessoa, a realização própria, num sujeito determinado, dessa natureza ou realidade universal. Pessoa torna-se, assim, a forma especial ou particular de *ser* de uma determinada natureza.

Com esta dimensão ôntica, o mistério da Santíssima Trindade era explicado afirmando que em Deus existia uma única natureza divina dividida em três pessoas iguais e distintas. Uma só *physis* em três *hypostasis*. O problema cristológico, por sua vez, era resolvido recorrendo à ideia de união hipostática: em Cristo existiam duas naturezas – a humana e a divina – em uma só pessoa.

Para a visão cristã de Homem não havia qualquer dificuldade ou problema na individualidade, ao contrário, a individualidade aparece como máxima perfeição na própria ordem do ser.

No pensamento moderno em que a filosofia se debruça, já não mais sobre a realidade, mas antes sobre o sujeito cognoscente, o conceito de pessoa sofre alteração semântica: o conceito de *persona* perde seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica.

A alteração conceitual é grande. Se a reflexão teológica cristã havia

construído uma noção metafísica de pessoa, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico e identificando a noção de pessoa com na realidade psíquica, emotiva, subjetiva.

Já na antropologia contemporânea existem dois sistemas diversos – o *existencialismo* e o *personalismo* – que a partir de dois elementos essenciais: a *lateralidade* e a *abertura relacional*, conceituam a pessoa.

Para o *existencialismo* a ideia de pessoa é marcada como projeto de si, como o desafio permanente a ser mais ou a ser algo. Quanto ao que seja a projeto de si mesmo divergem-se os autores, para muitos esta dimensão da realização limita-se à realidade fática e histórica da civilização e da sociedade. Para outros, ao contrário, o homem projeto de si mesmo realiza-se na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno que transcende o tempo e história, ainda que o fundamento do homem seja a sua existência, esta só se realiza e conhece na abertura ao transcendente (GONÇALVES, 2008, p. 36).

Juan Sahagun Lucas, citado por Diogo Costa Gonçalves, afirma que o núcleo essencial do *personalismo* está na abertura ao outro, enquanto dimensão constitutiva da pessoa. O pensamento personalista não parte da subjetividade, mas da intersubjetividade. Da intersubjetividade não no sentido da dissolução do Homem no coletivo, no social, mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade.

A evolução do conceito de pessoa durante a história permitiu lidar com as realidades individuais, em contraponto com a visão monista reinante na antiguidade clássica, onde imperava a importância da universalidade, com o desenvolvimento do pensamento filosófico, a pessoa passou a ganhar importância como indivíduo, seus sentimentos e relação dela com o com a coletividade passou a ser valorizada.

A visão de pessoa como indivíduo que possui sentimentos e se relaciona com seu meio é de grande importância para a ciência jurídica por permitir que pessoa passasse a ser sujeito de direito.

A importância desta evolução é mostrada por Silvio Salvo Venosa ao afirmar que

O Direito regula e ordena a sociedade. Não existe sociedade sem direito, não existe Direito sem sociedade.

A sociedade é composta por *pessoas*. São essas pessoas que a constituem. Os animais e as coisas podem ser *objeto* de direito, mas nunca serão *sujeitos* de Direito, atributo exclusivo da *pessoa*.

O estudo do Direito deve começar pelo conhecimento e compreensão das pessoas, os sujeitos de direito, porque são elas que se *relacionam* dentro da sociedade. Vimos que um homem só em uma ilha deserta não está subordinado, como regra geral, a uma ordem jurídica. No momento em que aparece um segundo homem nessa ilha, passam a existir *relações jurídicas*, direitos e obrigações que os atam, que serão os *sujeitos da relação jurídica*. (VENOSA, 2011, p.127)

Venosa afirma que somente a pessoa é sujeito de direito, o que leva ao surgimento do questionamento o que é o direito? Norberto Bobbio considera o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta.

o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta. (BOBBIO, 2016, p. 25)

A doutrina clássica do direito subjetivo destaca três correntes teóricas:

A primeira corrente é denominada Teoria da Vontade ou Escola Psicológica concebida por Windscheid, compreende essencialmente o direito subjetivo em função do elemento volitivo. O direito subjetivo seria o poder da vontade (ação) do sujeito amparado pela ordem jurídica.

A segunda corrente: a Teoria do Interesse formulada por Von Ihering. Sustenta que a concepção volitiva de direito subjetivo encontra obstáculo para os casos em que o sujeito de direito é louco ou menor, casos nos quais apesar desses sujeitos não terem *vontade* (para exercício do direito) têm direitos. A solução proposta por Ihering coloca o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido. Ihering chega a essa conclusão através da conjugação de dois elementos: um substancial, no qual reside o fim prático do direito e que é a utilidade, a vantagem, ou no interesse assegurado pelo direito; o outro, formal, por via do qual se efetiva o primeiro, a proteção jurídica do direito, a ação na justiça.

No sentido de solucionar as críticas às Teorias da Vontade e do Interesse, surge a terceira corrente explicativa dos direitos subjetivos: a Teoria

Mista, que compartilha das noções de vontade e interesse na construção conceitual dos direitos subjetivos. Para essa corrente, o direito objetivo prevê uma conduta da qual resulta uma faculdade de agir, atribuída a um sujeito, individualmente constituído, que pode exercer seu poder de vontade para uma finalidade específica e concreta, desde que esta vontade esteja em conformidade com a ordem jurídica. O interesse seria, então, manifestado pela vontade e instrumentalizado pela norma legal.

A crítica feita a atual Teoria Geral do Direito é de que a noção de direito subjetivo tradicional, vinculada a um sujeito individualmente constituído, dever ser reconstruída para que os novos direitos de dimensão coletiva sejam reconhecidos e efetivados, afim de se evitar a ocorrência de problemas hoje comuns na aferição da legitimidade para tutela de interesses difusos e coletivos, que são decorrentes dessa forte influência do sujeito de direito individualizado e da máxima processual de que o direito de ação só pode ser exercido pelo titular do direito.

## 2. DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

A Revolução Francesa foi um marco relevante para a evolução do direito por ter rompido com a estrutura estatal existente a época que servia como instrumento de abusos de monarcas e de privilégios para a nobreza, ela representada o marco inicial da Idade Contemporânea fundada na influência do liberalismo econômico.

A essência do direito liberal foi estampada no art. 4º da Declaração dos Direito do Homem e do Cidadão: 'A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.'

A liberdade trazida pela Revolução Francesa permitiu a exasperação da dicotomia entre o direito público e o direito privado criando espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado.

O monstruoso *Leviatã* parecia, enfim, domado. No campo das relações privadas, cada indivíduo tinha liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo. Acreditava-se, então, que, deixados livres para perseguir sua própria felicidade, os homens alcançariam o máximo bem comum. (SCHREIBER, 2014, p.3)



A liberdade conquistada permitiu a degradação do homem pelo homem. Na Revolução Industrial, ficou claro essa degradação, momento histórico em que as pessoas se sujeitavam a situações desumanas de moradia e trabalho para suprir suas necessidades básicas, tudo permitido pela ordem jurídica vigente, qual seja o direito liberal que afastava o Estado das relações entre particulares.

Os abusos ocorridos demonstraram que não bastava o homem ser protegido contra os desmandos do Estado e das agressões de seus semelhantes, deveria a ordem jurídica proteger o homem dele mesmo, ou seja, “domado o *Leviatã*, o direito se propunha agora a enfrentar o *lobo*.” (SCHREIBER, 2014, p.3)

As diversas transformações da humanidade levaram a necessidade de se estudar a personalidade humana. A primazia da pessoa não significa subscrever os princípios do individualismo e considerar cada homem como absoluto, ao contrário, o reconhecimento da primazia da pessoa está intimamente ligada à admissão da transcendência; o homem é sempre mais do que ele é e sempre menos do que deve ser. (MODIN, 1980, p. 174.)

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo, tratando-se do primeiro bem pertencente à pessoa, através da personalidade a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens (vida, liberdade e honra, entre outros).

Segundo Hubmann, a personalidade humana é composta por três elementos fundamentais a *dignidade*, a *individualidade* e a *peçoalidade*, que constituem o indivíduo, portador de caráter próprio e de uma força criadora que lhe permite desenvolver-se e evoluir além de seus limites internos, a fim de alcançar a auto-realização como ser humano e espiritual.

A *dignidade humana* (*die Menschenwürde*) consiste no elemento indicador da localização do ser humano no Universo, o qual, em virtude de sua natureza espiritual, é dotado de dons que possibilitam a construção de determinadas tarefas de criatividade cultural, da realização de valores éticos e de se auto-edificar. O segundo elemento – é a *individualidade* (*die Individualität*). A *individualidade* consiste na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificada, que

possui um caráter próprio, que todo o indivíduo traz consigo ao nascer. Este caráter próprio evolui e é complementado através da educação, do progresso moral e espiritual que cada indivíduo desenvolve no curso de sua vida. A *individualidade* permite a toda pessoa realizar a tarefa ética, sua evolução espiritual e seu auto-desenvolvimento. A *personalidade* (*die Personalität*) é o terceiro elemento, que se traduz pela relação do indivíduo com o mundo exterior, com os outras pessoas, com toda a sociedade e com os seus valores éticos, onde o indivíduo se afirma como ser, defendendo sua individualidade. (SZANIAWSKI, 2005, p. 113)

O estudo da personalidade humana permitiu evidenciar a existência de direitos da personalidade, os quais a doutrina tradicional divide em *direito geral de personalidade* e *direitos de personalidade tipificados*. A primeira categoria jurídica analisa de modo unitário, atípico, como um único direito que emana da personalidade humana. Já a segunda afirma que estes se originam a partir do fracionamento da categoria em múltiplos tipos, de acordo com os atributos da personalidade. (SZANIAWSKI, 2005, p. 87)

Os direitos humanos estão imbricados no escopo dos direitos fundamentais que, por sua vez, traduzem-se em direitos da personalidade, realizando uma função integradora do ordenamento jurídico, pois tais direitos “são basilares na concretização da dignidade humana, pois ensejam a realização das potencialidades pessoais.” (ALVES; MEDA, 2018, p. 181 e 195)

Assim, os direitos de personalidade compreendem os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, são eles absolutos e indisponíveis. Destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos. (GOMES, 1998, p. 131)

a dignidade da pessoa humana constitui-se em uma conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, derivada de uma razão ético-jurídica contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica (SZANIAWSKI, 2005, p. 141)

A dignidade da pessoa humana pode ser verificada, em uma perspectiva ontológica, como característica inerente a condição de pessoa; intersubjetiva, dada a alteridade constatada na natureza relacional do ho-

mem, histórico-cultural, em razão da necessária (re)construção da personalidade humana ao longo das eras; negativa e prestacional, que confere as liberdades negativa e positiva, e, por fim, promocional, ante a busca em superar os próprios limites impostos pela relação tempo-espaço e o aspecto transcendental a que todos os indivíduos almejam (PERA JUNIOR, 2017, p. 44).

Sob a denominação de “garantia dos direitos individuais” é que se instalam no século XIX os direitos de personalidade, gama dos direitos humanos.

O desenvolvimento do direito internacional público no século XX, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, teve como consequência a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, que são designados, em âmbito internacional, com a expressão direitos humanos. (DIMOULIS, 2018, p.40)

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos sob a óptica dos condicionantes históricos, políticos, filosóficos e sociais que os circundam e delimitam.

O homem, como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido, em suas relações, por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de direitos e, por outro lado, impor-lhe um igual número de deveres. Dentre os direitos encontramos uma determinada categoria que se constitui nos “direitos primeiros”, os direitos fundamentais, que têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda série de ataques contra a mesma desfechados. Situam-se como “direitos primeiros”, os direitos da personalidade que se constituem na proteção dos atributos da personalidade humana. (SZANIAWSKI, 2005, p. 19)

Dimitri Dimoulis afirma que ser necessária a presença de três elementos para existência de direitos fundamentais, sendo eles:

“a) *Estado*. Trata-se de um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, do Tribunais, da Polícia, das forças armadas. Sem a existência de Estado a declaração de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar

o poder do Estado em face do indivíduo.

b) *Indivíduo*. Pode parecer supérfluo dizer que a existência de indivíduos é um requisito dos direitos fundamentais. Não existem pessoas desde o início da humanidade? Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, a resposta aqui é negativa. Nas sociedades do passado, as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenas coletividades (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a elas e privadas de direitos próprios.

c) *Texto normativo regular da relação entre Estado e indivíduos*. O papel regular entre os dois elementos *supra* descritos é desempenhado pela Constituição no sentido forma, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade e todo o território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas. (DIMOULIS, 2013, p. 10-12)

Para Dimitri Dimoulis estas três condições apenas se apresentaram juntas na segunda metade do século XVIII, período da Declaração de Direitos (Bill of rights) nos Estados Unidos da América em 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França em 1789 (Revolução Francesa).

Doutrinariamente, os direitos fundamentais estão consolidados em três dimensões. Os direitos fundamentais de *primeira dimensão* apareceram ao longo do século XVIII, como produto de um cenário histórico marcado pelo pensamento liberal-burguês, pelo racionalismo iluminista e pelas revoluções políticas. Tratam-se de direitos inerentes à individualidade, vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, e à resistência às mais diversas formas de opressão, nesta dimensão são afirmados direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, preceituando a autonomia individual ante o poder estatal, sendo tidos como direitos *negativos* por determinarem abstenção do Estado em favor da garantia formal dos direitos individuais fundados no princípio da liberdade.

A *segunda dimensão* traz direitos oriundos dos impactos do processo

de industrialização e dos graves problemas socioeconômicos sofridos pela sociedade ocidental no decorrer do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Na contextualização histórica dos direitos de segunda dimensão, como bem ensina Antônio Carlos Wolkmer (1994, p. 8), “o capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado de Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho”. Surgem nesse contexto, direitos de dimensão positiva que exigem do Estado um comportamento ativo, uma prestação.

Os direitos fundamentais de *terceira dimensão* consistem nos chamados direitos transindividuais fundados no princípio da fraternidade ou da solidariedade. O titular dos direitos deixa de ser o homem individualizado passando para as coletividades (povo, nação, comunidades locais e internacionais), caracterizando-se, por conta disso, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Entre os principais direitos fundamentais de terceira dimensão tem-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade e o direito de comunicação.

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal. (ALEXY, 2008, p. 39)

Expressão *direitos fundamentais não é a única que serve para designar tais direitos, há uma série de outras expressões, incluindo liberdades individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos naturais e direitos subjetivos.* (DIMOULIS, 2013, p.39)

Na Constituição Federal além “Dos direitos e garantias fundamentais” que se repete no §1º do art. 5º, podem ser encontradas as seguintes

expressões: “Direitos sociais e individuais” (preâmbulo); “Direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II); “Direitos humanos” (art. 4º, II, art. 5º, §3º, art. 7º do ADCT); “Direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI); “Direitos e liberdades constitucionais) (art.5º LXXI); “Direitos civis” (art 12, §4º, II, b); “Direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17); “Direitos da pessoa humana” (art.34, VII, b); “Direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV); “Direitos” (art. 136, §1º, I); “Direito público subjetivo” (art.208, §1º).

A evolução do pensamento filosófico, antropológico e da ciência jurídica permitiu a proteção dos direitos do homem em face do Estado, do homem em face de seu semelhante e do homem em face dele mesmo.

### 3. MONOPÓLIO ESTATAL DA JURISDIÇÃO

Na obra Contrato Social, Rousseau<sup>1</sup> afirma que o homem chegou ao ponto de que sua força como indivíduo era insuficiente para suplantar os obstáculos prejudiciais a sua conservação no estado de natureza em que vivia, fazendo-se necessária a união de forças para sobrevivência, o que levou ao surgimento do Estado.

A criação do Estado rompeu com o estado de natureza em que o originariamente o homem vivia, período no qual o homem lutava contra os outros, utilizando-se da força para defender seus interesses, acerca deste tema Norberto Bobbio citando Hobbes afirma que existia existe um “*bellum omnium contra omnes*”.

continua Hobbes, nesse estado de natureza, no qual todos os homens são iguais, e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos e assim a própria lei<sup>2</sup> perde toda eficácia. O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra os outros, no qual – segundo a fórmula hobbessiana – existe um “*bellum omnium contra omnes*”. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda força a uma só instituição: o soberano. Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer as leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não se pode opor, cuja força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria a respeitá-las se não o quises-

se fazer espontaneamente. (BOBBIO, 2006, p. 35)

Após seu surgimento o Estado passou por inúmeras transformações, sendo em alguns momentos geridos apenas por uma pessoa (soberano ou monarca) ou por grupo de pessoas (República), formas de governo que foram objeto de inúmeros estudos na história humana.

Em 1748, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu, escreveu a revolucionária obra *Do Espírito das Leis*, na qual defende a ideia da tripartição do Estado em três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), obra que influenciou a elaboração de inúmeras constituições, sendo esta divisão ponto primordial para a análise do monopólio estatal da jurisdição.

A separação apresentada por Montesquieu não deve ser entendida de maneira absoluta, deve ser compreendida como separação de funções, sendo a divisão formal e não substancial, mantendo-se o poder uno, o que triparte em órgãos distintos é o seu exercício (MALUF, 1999, p. 210).

Costuma-se catalogar a jurisdição dentre as três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da função administrativa. Nessa perspectiva, a jurisdição constitui um exercício do poder estatal e é uma emanção da soberania estatal. (RAATZ, 2018, p. 27)

As inconveniências e arbitrariedades da justiça privada mostraram, no advento do Estado de direito e mesmo antes dele – no Estado Feudal, na Grega e em Romana –, que o poder constituído devia assumir, com total ou relativa exclusividade, a função de distribuir justiça, declarando e realizando o direito (ULHOA CINTRA, 1958, p. 13).

A função de julgar é tão antiga como a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por primitivo que seja, o choque de paixões e de interesses provoca desavenças que hão de ser dirimidas por alguém (GUIMARÃES, 1958, p. 19).

O Estado avoca a distribuição da justiça (e criminaliza a que é feita de mão própria – CP, art. 345), assumindo o dever de ofertar uma resposta de qualidade ao jurisdicionado.

O poder do Estado de julgar conflitos é chamado de jurisdição<sup>3</sup>, caracterizado pela capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões sobre a aplicação do Direito, substituindo os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do

conflito que os envolve, com justiça.

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete (ARAÚJO CINTRA, 2003, p. 131).

No Estado contemporâneo, a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos. Sem a jurisdição não seria possível garantir as *formas de tutela* do direito material. (MARINONI, 2018, p. 75)

A assunção do Estado do poder de julgar os conflitos, permite que todos sejam tratados de forma igual, independente da força física, financeira ou do intelecto, devendo ser observado os fatos e seu enquadramento ao comando legal para a solução de conflitos.

O tratamento isonômico entre as partes litigantes é meio imprescindível para que haja a distribuição da justiça, tratamento este que somente é possível no Estado Democrático de Direito, pois no estado de natureza, no mesmo no estado feudal e no estado absolutista, apenas os interesses dos mais fortes prevaleciam, curvando-se os mais fracos aos seus desmandos.

A evolução do Estado para o Estado Democrático de Direito e sua assunção da função de julgar tornou o acesso a justiça, o devido processo legal e a prestação jurisdicional em tempo razoável direito fundamental para assegurar a toda pessoa se dirigir ao Estado-juiz quando outros modos e formas de prevenção e resolução de conflito tenham se mostrado inadequados à espécie.

Deste modo, assunção do Estado da função de julgar permite que seus cidadãos tenham acesso à justiça, independente de suas diferenças, pois o Estado deve buscar a igualdade entre as partes para que haja efetivo acesso a justiça, o que não seria possível no estado de natureza.

#### **4. DA TUTELA PROVISÓRIA (OU PREVENTIVA)**

A tutela ressarcitória era a única forma que por muitos anos foi com-



preendida como resposta ao ilícito, advindo a sua primazia da Roma Antiga, onde se entendia pela junção do ilícito civil, do fato danoso e do ressarcimento em dinheiro.

No período liberal clássico, diante da ideia de equivalência das mercadorias, o bem objeto do litígio era visto com uma “coisa” dotada de valor de troca, o que permitia mensurar a lesão em pecúnia, naquele momento histórico era compreendido que os direitos eram tutelados apenas por meio do ressarcimento em dinheiro.

A lógica do sistema vigente naquela época transformava o bem devido em dinheiro, tratando os bens de forma equivalente, sancionando o faltoso e repressinando os mecanismos de mercado, tendo como elemento fundamental a manutenção da igualdade no plano contratual, passando a sanção pecuniária a ter a função de equalizar os bens e as necessidades, não havendo espaço para tutela judicial específica e tampouco para tutela preventiva.

O processo civil, à época do Estado de Direito de matriz liberal, não tinha preocupação em dar tutela preventiva a direitos. O direito, nesta época, era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa, contra a ameaça de arbítrio do Estado. O Estado, para atingir a liberdade, era obrigado a tratar todos da mesma forma, independente das suas diferenças concretas. Tomava-se em conta o conceito de igualdade formal perante a lei, sendo que qualquer tratamento desigual – ainda que a posições desiguais – era visto como “privilegio”. Este Estado, porquanto não podia tratar as posições jurídicas e sociais de forma diferenciada, obviamente não podia desenhar políticas públicas voltadas a dar proteção específica ou mais incisiva a determinadas classes de pessoas ou espécies de direitos. Ademais, os direitos desta época eram vistos como coisas dotadas de valor de troca, de modo que, diante da prática de ato ilícito, entendia-se ser suficiente a prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida. De modo que a tutela contra o ilícito era apenas a tutela contra o dano. (MARINONI, 2018, p. 50)

O direito liberal do Século XIX era iminentemente patrimonialista, marcado pela preocupação fundamental de delimitar os poderes de interferência do Estado na esfera jurídica particular e não com as diferentes

necessidades sociais.

O processo civil no Estado liberal era uma estrutura técnica marcada pela impossibilidade da interferência do Estado na esfera do particular, idealizada para permitir a tutela dos direitos patrimoniais.

O direito contemporâneo passou a tratar de forma distinta as categorias da responsabilidade civil e da ilicitude, e a compreender que a tutela ressarcitória não era a única forma de tutela contra o ilícito.

A máxima reinante no direito liberal do século XIX de que não há ilícito sem dano foi afastada no direito contemporâneo que passou a tratar de forma distinta o dano e o ato ilícito.

as novas situações de direito material evidenciaram a necessidade de se tutelar apenas contra o ato contrário ao direito e, assim, contra o ilícito que prescinde da sua normal consequência – o fato danoso. Lembre-se que o Estado constitucional tem o dever de editar normas proibitivas ou impositivas de condutas para evitar danos aos direitos fundamentais. Para a efetiva atuação destas normas é imprescindível a tutela jurisdicional capaz de inibir a violação da norma, bem como a tutela de remoção do ilícito – dos seus efeitos concretos que se propagam no tempo. (MARINONI, 2018, p. 58)

A partir do momento em que o Estado assume preocupações sociais, impondo condutas positivas e negativas, clarificou-se a distinção entre o ato contrário ao direito e dano, permitindo a tutela jurisdicional adequada de proteção dos direitos fundamentais, bem como criando espaço para tutela judicial específica e para a tutela preventiva.

As normas de proteção de direitos fundamentais, como os do consumidor e ao meio ambiente sadio, não são atributivas de direitos, mas impositivas ou proibitivas de condutas, partindo da consideração de que determinadas condutas devem ser impostas ou proibidas para que os direitos fundamentais sejam tutelados. Portanto, tais normas, quando violadas, *não exigem as formas de tutela que costumam se dadas ao cidadão diante do ilícito danoso* [...] nesse caso, a forma da tutela decorre da própria natureza da norma violada. A violação *exige a atuação da norma*, e não um remédio capaz de garantir proteção ao sujeito que sofreu dano, isto é, a tutela ressarcitória. (MARINONI, 2018, p. 24)

A distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela

jurisdicional adequada permite a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, a tutela contra o ato contrário ao direito vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou remover os efeitos concretos derivados da sua violação<sup>4</sup>.

A tutela provisória, que pode ser pensada sob o ponto de vista de uma tutela preventiva de preservação do direito que se pretende ao final, é necessária para a efetividade do direito material, sendo, por tanto, sua consequência lógica, corolário alcançado pela análise de várias normas constitucionais que determinam pela inviolabilidade de direitos, exigindo, portanto, a correspondente tutela jurisdicional, que somente pode ser aquela capaz de evitar a violação. Então, a doutrina destaca:

Em consonância com o último item está o art. 11 do CPC/2015, prevendo que as decisões emanadas pelos magistrados devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Ainda, relacionando-se com o direito da parte de demonstrar os fatos da causa, é possível observar o entendimento jurisprudencial que se inclina pela nulidade da sentença em julgamento antecipado da lide, quando não oportunizada a dilação probatória. Mas não é só isso: o devido processo legal processual reflete-se amplamente no direito processual. São exemplos dessa aplicação as ponderações que faz o magistrado quando ministra a tutela específica ou a tutela antecipada. O sentido atualizado do que seja o devido processo legal processual somente se alcança levando-se em conta a amplitude do princípio-síntese em harmonia com os princípios que o informam. (SOARES; CARABELLI, 2019, p. 28-29)

A redação do artigo 497 do atual código de processo civil, mantendo a inovação trazida no antigo código (artigo 461), representa ruptura com o modelo clássico liberal, permitindo ao Estado-Juiz interferir na esfera do particular emitindo ordem de fazer ou não fazer a fim de inibir ou remover atos ilícitos.

Fruto da evolução percorrida, a Constituição Federal de 1988 assevera, em seu artigo 5º, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, afirmando, desta forma, a inviolabilidade de determinados direitos, assegurando à tutela efetivamente capaz de impedir a violação de direitos.

A distinção entre ilícito e dano, encontrada na evolução da ciência jurídica, permitiu o surgimento de tutelas específicas e de tutelas preven-

tivas com a finalidade de proteger e inibir a violação de direitos, o que no pensamento jurídico antigo e liberal era impossível, vez que esta dualidade inexistia.

#### **4.1 Tutela Inibitória**

O direito liberal, como informado anteriormente, impossibilitava a diferenciação entre ato ilícito e dano. Diante do afastamento da interferência estatal nas relações entre os particulares, prevalecia a vontade das partes, sendo compreendido o dano como elemento essencial e necessário à constitutiva do ilícito.

Já no direito contemporâneo que impõe ao Estado condutas positivas e negativas oriundas das preocupações sociais, o dano passou a ser entendido como requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito, possibilitando o surgimento da tutela que leve em consideração apenas o ilícito, ao deixar de lado o dano, vez que a tutela jurisdicional que inibe a violação da norma impõe a observância da conduta nela positivada.

A norma que impõe conduta positiva abre oportunidade para tutela inibitória mediante a imposição de fazer, embora, em regra, a tutela inibitória seja utilizada para impedir a conduta proibida pela norma. Quando a conduta ilícita foi praticada e restaram efeitos concretos derivados da violação capazes de lastrear o dano, torna-se possível a tutela de remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita.

A tutela inibitória se destina a impedir a violação de um direito, sua repetição ou sua continuidade, bastando apenas a alegação de ameaça a violação de direito para seu exercício, voltando-se, desta forma, para o futuro, e não para o passado, prescindindo de culpa ou dolo.

A tutela inibitória tem como pressuposto a probabilidade da prática de ato contrário ao direito – não a probabilidade de dano. Mas não é importante apenas sublinhar que a tutela inibitória requer apenas a alegação de probabilidade de violação de direito. É também necessário evidenciar que o dano e a culpa não podem ser objeto da cognição do juiz, da investigação probatória ou da discussão das partes na ação endereçada à obtenção desta tutela. (MARINONI, 2018, p. 97)

A culpa é critério para a responsabilização para o dano, sendo prescindível à tutela contra o ilícito (MARINONI, 2018, p.99).

No atual código de processo civil, a tutela inibitória está positivada no parágrafo único do artigo 497, que assevera que “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”.

Em âmbito constitucional, a tutela inibitória está assegurada no inciso XXXV do artigo 5º como atributo do Poder Judiciário, vigendo a inafastabilidade de sua apreciação, seja de qualquer ameaça ou alguma lesão ao direito.

#### 4.2 Remoção de Ilícito

A tutela de remoção de ilícito tem como finalidade subtrair os efeitos de uma ação ilícita já ocorrida, ao contrário da tutela inibitória que tem como meta impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.

Determinadas situações, quando contrárias a certos direitos, devem ser removidas, decorrendo a tutela de remoção do ilícito, *pari passu* a tutela inibitória, das normas que estabelecem condutas de não-fazer para proteger os direitos.

A remoção do ilícito remete a uma ação que se exauriu enquanto agir, cujos efeitos ainda se propagam no tempo, voltando-se, de forma repressiva, ao ilícito passado, a fim de prevenir dano futuro.

A remoção do ilícito caracteriza a retirada da causa do eventual dano, bastando, para tanto, o retorno da situação, ou seja, ao *statu quo ante*, diferenciando-se, desta forma, a tutela ressarcitória da tutela de remoção do ilícito pela necessidade de corrigir integralmente o estrago causado pelo fato danoso.

Tanto a tutela de remoção do ilícito e quanto a tutela inibitória são voltadas contra o ato contrário ao direito, desprezando culpa, dolo ou dano, diferenciando-se pelo momento, ou seja, a tutela inibitória visa impedir a violação de um direito, sua repetição ou sua continuidade, já a remoção do ilícito, como apercebe de seu próprio nome, tem como finalidade remover situação contrária ao direito, retornando ao *status quo ante*.

### 5. TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória vem ao encontro da necessidade de transpor obstáculos para a adequada entrega da prestação jurisdicional, a saber, a du-

ração e o custo do processo (ARRUDA ALVIM, 2017, p. 19).

A importância das tutelas provisórias pode ser verificada em inúmeras decisões proferidas por juízes, desembargadores e ministros, das quais pinçou-se três acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, visando proteger a vida e a imagem dos pleiteantes (direitos da personalidade), concedeu ou manteve a tutela provisória outorgada.

O primeiro acórdão a ser examinado foi relatado pelo desembargador José Carlos Ferreira Alves nos autos de Agravo por Instrumento n. 2015358-73.2020.8.26.0000<sup>5</sup>, por intermédio do qual a 2ª Câmara de Direito Privado analisou recurso interposto por plano de saúde em face da decisão proferida pelo juízo de Araraquara que concedeu tutela provisória determinando a cobertura de tratamento, não integrante do rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde Suplementar, solicitado por médico neurologista com justificativa pormenorizada e parecer. Os desembargadores, por unanimidade, entenderam pela manutenção da tutela provisória concedida, sob o fundamento de que é função social do contrato a preservação da vida e da saúde, devendo o “seguro abarcar tratamentos mais modernos à medida que vão surgindo, sob pena de sancionar o cliente que, desde jovem, contrata um plano de saúde e cumpre pontualmente com todas as obrigações de pagamento, mas se vê desprotegido num momento futuro”, considerando iníqua a cláusula que limita a cobertura a doenças, procedimentos e tratamentos, não podendo, desta forma, ser negado o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houver um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida.

O segundo acórdão analisado foi relatado pela desembargadora Lidia Conceição nos autos de Agravo por Instrumento n. 3003391-48.2019.8.26.0000<sup>6</sup>, através do qual a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a tutela provisória concedida pelo Juízo de Sorocaba que determinou o sequestro de valores junto a Fazenda do Estado de São Paulo para custeio do tratamento de menor que possui transtorno do espectro Autista. Os desembargadores, ao ponderar os argumentos levantados pela Fazenda, entenderam pela manutenção da tutela provisória outorgada pelo juízo originário por ser possível o bloqueio de verbas dada a necessidade de atendimento integral às necessidades da criança, posto que a multa diária anteriormente fixada não inibiu o

descumprimento injustificado e reiterado da obrigação estabelecida pelo ente público. Ponderaram, ainda, os desembargadores mesmo sem adentrar, de forma aprofundada, ao mérito da demanda e em sede de cognição sumária ser possível evidenciar pelos relato fático e documentos coligidos aos autos situação capaz de ocasionar iminente risco de dano irreparável a sua saúde e integridade física do menor advinda da demora de fornecimento do tratamento.

No derradeiro acórdão pinçado, a 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na decisão unânime proferida no Agravo por Instrumento n. 2273644-94.2019.8.26.0000<sup>7</sup> de relatoria do desembargador Ademir Benedito, proveu o recurso interposto em face de decisão que negou a concessão de tutela provisória proferida pelo Juízo de Penápolis. Os desembargadores entenderam que sopesando os direitos de ambas as partes evidenciaram a presença dos requisitos autorizados à concessão da tutela provisória, ante a verossimilhança das alegações do recorrente, que poderá sofrer dano de difícil reparação, se não lhe for concedida a exclusão de seu nome dos órgãos de restrição ao crédito, considerando que o gravame lhe põe em risco a credibilidade, minando suas atividades e solvabilidade.

A importância da proteção imediata concedida pela tutela provisória é evidente nos três acórdãos ao afastar efeitos deletérios do tempo salvaguardando o direito a vida, a saúde e a imagem (crédito). A redistribuição do ônus do tempo busca a preservação temporária e provisória dos interesses do litigante, desde que haja plausibilidade de seu interesse segundo o ordenamento jurídico e risco grave de prejuízo decorrente da duração do processo. (CARNEIRO, 2005, p.5)

A sumariedade da cognição, caracterizadora das tutelas provisórias, permite ao juiz conceder a proteção do direito invocado apenas com superficial análise dos fatos narrados, cognição está que será aprofundada no curso do processo antes da prolatação da decisão final.

Modernamente entende-se que o dever do Estado não é apenas de assegurar o amplo e irrestrito acesso à justiça, mas assegurar o amplo, irrestrito e efetivo acesso a ela, sendo a tutela provisória instrumento capaz de proporcionar este acesso efetivo.

Embora o acesso efetivo a justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas

sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 15)

A tutela provisória é a expressão do direito à tutela jurisdicional e visa neutralizar os efeitos deletérios do tempo, não podendo servir de pretexto para que direitos fundamentais processuais que alicerçam o devido processo legal sejam desrespeitados, visa, desta forma, a tutela provisória equalizar o direito à tutela jurisdicional e o direito ao devido processo. (RAATZ, 2018, p. 22)

É correto dizer que o “direito à tutela provisória”, no qual estariam abarcadas tanto a tutela satisfativa de cognição sumária (de urgência e de evidência) quanto a tutela cautelar, nada mais é do que uma expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. (RAATZ, 2018, p. 23)

Como se apercebe de seu nome, a tutela provisória tem natureza precária, ou seja, não se trata de decisão definitiva, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo juiz por meio de decisão devidamente fundamentada.

A tutela de urgência deve ser revogada quando desaparecer a situação de perigo ou a própria probabilidade do direito à tutela final que legitimou a sua concessão. Isto quer dizer que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada podem vir a desaparecer – *independente de agravo por instrumento* – sem que se tenha chegado na sentença. (MARINONI, 2018, p. 217)

O atual código de processo civil trata da tutela provisória em seu Livro V (artigo 294 ao 311), da parte geral, subdividindo-a em tutelas de urgência e em tutela de evidência.

### **5.1 Tutela Provisória de Urgência**

A tutela provisória de urgência é tratada no atual código de processo civil como gênero, sendo espécies a tutela provisória antecipada e a tutela provisória cautelar (ARRUDA ALVIM, 2017, p. 153).



A nota característica dos provimentos cautelares seria sua relação de instrumentalidade com o provimento definitivo, eis a noção de que os provimentos cautelares serviriam de instrumento do instrumento (RAATZ, 2018, p. 77).

Os provimentos cautelares<sup>8</sup> visam afastar o risco ao resultado útil do processo, ou seja, tem como objetivo preservar a efetividade da decisão judicial, evitando que a tutela jurisdicional chegue tardiamente.

Os provimentos antecipatórios<sup>9</sup> permitem a satisfação antecipada do direito material, ainda que a decisão jurisdicional empregada tenha natureza provisória, ou seja, “a tutela antecipada é, em substancia, a tutela final prestada mediante a técnica da antecipação”. (MARINONI, 2018, p. 72)

O código de processo civil vigente, concentra os requisitos para a concessão da tutela provisória em seu artigo 300, conferindo, deste modo, tratamento idêntico à tutela cautelar e à tutela satisfativa de urgência. (RAATZ, 2018, p. 141)

Prescreve o mencionado artigo de lei que “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” (art. 300, CPC), restando evidente a necessidade de estar presente cumulativamente a probabilidade do direito e a urgência da tutela pleiteada, seja pelo perigo de dano, seja por ficar caracterizado o risco ao resultado útil ao processo.

O *periculum in mora* se trata do perigo inerente ao tempo do processo frente ao direito que se busca satisfazer, lapso temporal que pode acarretar a ocorrência de dano ou ao risco da perda do objeto, resultando na inutilidade do processo.

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo deve estar fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não meras conjecturas de ordem subjetiva. De qualquer modo, basta evidenciar a probabilidade da ocorrência do dano ou do ato contrário ao direito, demonstrando-se circunstâncias que indiquem um situação de perigo capaz de fazer surgir dano ou ilícito no curso do processo. (MARINONI, 2018, p. 128)

A probabilidade do direito ou *fumus boni iuris* consiste, por sua vez, na ausência de necessidade de exame pleno do direito material invocado, ou seja, trata-se apenas da plausibilidade do direito alegado levando a crer

o julgador que a tutela ao final do tramite processual será concedida.

Mas o perigo de dano não é suficiente quando a tutela final não é provável. Trata-se da probabilidade relacionada à conhecida locução “fumaça do bom direito” ou *fumus boni iuris*. Para obter a tutela de urgência – cautelar ou antecipatória – o autor deve convencer o juiz de que a tutela final provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de probabilidade como suficiente à concessão da tutela urgente decorre do perigo de dano, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas (MARINONI, 2018, p. 128)

A tutela provisória de urgência, tanto de natureza satisfatória quanto de natureza cautelar, tem como finalidade dar efetividade ao princípio do acesso a justiça, pois tende a evitar que o tempo torne inútil ou cause dano irreparável a prestação jurisdicional, traduzindo-se em valorosa medida preventiva.

## 5.2 Tutela de Evidência

Ao lado das tutelas de urgência, o atual código de processo civil estabelece a tutela de evidência como modalidade de tutela provisória excepcional.

A tutela de evidência<sup>10</sup>, diferentemente da tutela de urgência, não se preocupa com eventual risco que estaria sujeito o bem da vida pleiteado ou no risco de inutilidade do processo, a ideia do instituto é afastar, provisoriamente, a permanência de um estado notório de ilicitude ou injustiça (ARRUDA ALVIM, 2017, p. 70).

Funda-se a tutela de evidência na pretensão de tutela imediata apoiada em comprovação suficiente do direito material da parte, podendo-se aferir a liquidez e certeza do direito pleiteado, partindo o princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material que será provido definitivamente na decisão final (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 675).

Ao tratar sobre o tema o jurista Igor Raatz afirma que “a palavra *evidência* remete a um juízo intermediário, que gravita entre a probabilidade e a certeza. Trata-se, porém, de uma tutela de cognição sumária. O único modo de tratar o tema sem resvalos filosóficos é abarcá-lo no plano dos *standarts* de convencimento, admitindo que expressões como

*probabilidade do direito, direito liquido e certo, evidência do direito, etc.*, remontam à diferentes *standarts* que devem balizar a fundamentação do órgão jurisdicional.” (RAATZ, 2018, p. 190)

Marinoni afirma que “no jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela da evidência ou a distribuição do tempo do processo somente é possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso, e conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito” (MARINONI, 2018, p. 282).

Para a tutela de evidência é necessário que haja a evidencia do direito do autor e a fragilidade da defesa apresentada pelo Réu, não bastando apenas a configuração da primeira.<sup>11</sup>

Destarte, a tutela de evidência tem como finalidade a proteção de direito notório, ou seja, cuja liquidez e certeza tenha sido devidamente comprovado nos autos, o qual certamente será declarado em decisão final.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto nos tópicos precedentes, domado o Leviatã<sup>12</sup> o direito passou a se preocupar com o Lobo, cuja voracidade externada no gozo da imensa liberdade obtida com o afastamento do Estado, levou a degradação do homem pelo homem, demonstrando que não bastava a proteção contra os desmandos do Estado e das agressões de seus semelhantes, devendo a ordem jurídica também proteger o homem dele mesmo.

A história da sociedade mostra que em caso de necessidade, as pessoas abrem mãos de seus direitos essenciais para sobreviver, sendo dever do Estado proteger esses direitos essenciais, intervindo, quando necessário, nas relações entre os particulares.

A intervenção estatal se dá pelo monopólio que possui sobre a jurisdição, fazendo com que o Estado seja procurado para solucionar os conflitos existentes entre os particulares, podendo, após ter sido estabelecida a dicotomia entre ato ilícito e dano, conceder tutela preventiva capaz de proteger o direito pleiteado.

Com evolução do direito liberal para o direito contemporâneo, o Estado passou a intervir na relação entre os particulares emitindo comando de fazer e o não-fazer com o objetivo de proteger o direito material discutido, possibilidade inexistente até então no direito liberal que entendia que o ato ilícito e o dano da mesma forma, ou seja, apenas determinava a

reparação do dano em dinheiro.

As tutelas preventivas e as tutelas provisórias, frutos do direito contemporâneo, traz efetividade ao acesso à justiça, permitindo que se impeça a violação de direito e que o fator tempo não prejudique o jurisdicionado que tenha a plausibilidade de sua pretensão, evitando, ainda, o perecimento do bem jurídico buscado, sendo, por tanto, de valorosa contribuição para a efetividade dos princípios do acesso à justiça e devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

ALVES, Fernando de Brito; MEDA, Ana Paula. A proteção do direito à moradia adequada e sua importância para o desenvolvimento infantojuvenil na perspectiva dos direitos de personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*: Mestrado (online), v. 18, p. 181, 2018.

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

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi – São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6 ed. – Rio de Janeiro: Epipro, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPPLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Da Jurisdição* – Rio de Janeiro: Lux Editora, 1958.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. – São Paulo: *Revista dos tribunais*, 2018.

DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. – São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Código Civil*. 10 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Diogo. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 36.

GUIMARÃES, Mario. *O Juiz e Função Jurisdicional*. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 19.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25. ed. atual./ pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto – São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, volume 4: processo cautelar. 3 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A crise do judiciário e do processo*. Teses, estudos e pareceres de processo civil – São Paulo: Ed. RT, 2005.

MODIN, Battista. *O homem, quem é? Elementos de antropologia filosofia*. Tradução R. Leal Ferreira e M.A.S. Ferreira – São Paulo: Paulus, 1980.

PERA JUNIOR, Ernani José. *Da tensão entre a reforma previdenciária e a cláusula de vedação ao retrocesso social: da dignidade da pessoa humana enquanto valor de equalização*. 1ª ed. – Maringá: IDDM, 2017.

RAATZ, IGOR. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. *Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil*. Editora Edgard Blücher, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª Ed. rev., atual. e amp. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito* – São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

'Notas de fim'

1Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser.

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não tem meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-se a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo. (ROUSSEAU, 2006, p. 20)

Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quanto são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de Cidade, e hoje o de República ou de corpo político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quanto ativo e de Potência quando comparado aos seis semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de povo e se chama, em particular, cidadãos, enquanto participantes da autoridade soberana, e súditos, enquanto submetidos às leis do Estado. Esses termos, porém, confundem-se amiúde e são tomados um pelo outro; basta saber distingui-los quanto empregados em toda a sua precisão. (ROUSSEAU, 2006, p. 22)

2

3Desse modo, a função jurisdicional estatal deve ser pensada com um serviço que o Estado deve assegurar para satisfazer demanda por justiça formulada pelos cidadãos, o que nos leva a crer que não se trata de uma tutela jurisdicional qualquer, mas, sim, uma tutela jurisdicional que seja suficientemente capaz de proteger as diferentes situações de direito material. Tudo isso, inclusive, tem levado a uma releitura da própria noção de acesso a justiça, que deixou de ser o mero acesso formal ao Judiciário para abarcar também o direito a uma tutela jurisdicional adequada ao direito material deduzido em juízo, efetiva e prestada em prazo razoável. (RAATZ, 2018, p. 22)

4Ovídio Baptista da Silva soube, como ninguém, se abeberar das lições de Pontes de Miranda e nelas identificar a premissa de que, ao monopolizar a produção do Direito, tanto no nível legislativo quanto no jurisdicional, o Estado teria assumido o dever de protegê-lo seja quando violado, seja quando estivesse ameaçado de violação, para, a partir disso, conferir autonomia à chamada tutela de simples segurança (RAATZ, 2018, p. 19)

5Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo por Instrumento n. 2015358-73.2020.8.26.0000. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves. DJE 27/03/2020. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=13439684&cd Foro=0>. Acessado em mar. 2020.

6Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo por Instrumento n. 3003391-48.2019.8.26.0000. Câmara Especial. Rel. Des. Lídia Conceição. DJE 27/03/2020. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=13439648&cd Foro=0>. Acessado em mar. 2020.

7Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo por Instrumento n. 2273644-94.2019.8.26.0000. 21ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ademir Benedito. DJE 28/03/2020. Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor dao=13440068&cd Foro=0>. Acessado em mar. 2020.

8O art. 301 demonstra que a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e

pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva assegurar a sua frutuosidade. Além disto, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida ou que, dependendo do acontecimento e certas circunstâncias, poderá ser exigida. (MARINONI, 2018, p. 69)

A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito ou com a segurança da situação tutelável. (MARINONI, 2018, p. 78)

9A tutela antecipada, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária. Na verdade, a tutela antecipada tem a mesma sustância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária.

Desse modo, a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela ou faz referencia a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação. (MARINONI, 2018, p. 71)

10Como é obvio, a tutela da evidencia não pode ser confundida com a tutela cautelar ou com a tutela antecipatória que se funda em perigo. O art. 311 diz expressamente que a tutela de evidencia independe “da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”. (MARINONI, 2018, p. 277)

11Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela de evidência, contudo, são necessárias a evidencia do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira. A defesa deve ser frágil, de modo que seu exercício, ao dilatar a demora do processo, configure abuso. Note-se, aliás, que de lado o inciso I do art. 311 – que fala expressamente em abuso de direito de defesa –, os demais incisos deste artigo representam hipóteses em que o direito é evidente e a defesa de mérito deve ser frágil. (MARINONI, 2018, p. 277)

12Formatada simbólica tratada o Estado por Thomas Hobbes.

