

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	3
PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
SUMÁRIO	13
INTRODUÇÃO	23
1 TEMAS DE PROCESSO CIVIL APLICÁVEIS A AÇÕES QUE ENVOLVEM OPERADORAS DE SAÚDE	29
1.1 Legitimidade, interesse de agir, momento de verificação das condições da ação e o princípio da causalidade	29
1.2 Representação processual do falecido em juízo: a inconstitucionalidade da exigência de que todos os herdeiros ou sucessores ocupem o polo ativo	32
1.3 Litisconsórcio passivo facultativo e responsabilidade processual em contratos coletivos por adesão com administradora de benefícios ...	34
1.4 Diferença entre tutela provisória e liminar	36
1.5 Natureza jurídica da tutela provisória fundada na urgência (antecipada ou cautelar)	38
1.6 Momento da prestação da tutela de urgência: antecedente ou incidental	40
1.7 Motivo de sua antecipação: tutela de urgência ou evidência do direito	44
1.8 Tutela provisória no âmbito recursal	45
1.9 Audiência de justificação prévia como forma de viabilizar o pedido de liminar	47
1.10 A exigência de caução pelo CPC e a reversibilidade da tutela provisória	49
1.11 Agravo de instrumento ante a ausência da análise da tutela de urgência. Hipótese de indeferimento tácito	50
1.12 Responsabilidade pela fruição da tutela provisória e posterior reversão da medida	53

1.12.1 Duplo grau de conformação e boa-fé objetiva nos casos de revogação da tutela provisória por circunstância alheia à vontade da parte	56
1.12.2 Análise crítica da decisão do STJ.....	60
1.13 O eventual cômputo dos juros de mora na revogação da tutela de urgência	61
1.14 Conversão da obrigação de fazer em perdas e danos em caso de não obtenção da tutela provisória ou descumprimento de ordem judicial	62
1.15 Descumprimento de ordem judicial, astreinte, ato atentatório à dignidade da Justiça e meios atípicos de coerção	65
1.16 A Súmula 410 do STJ na execução das astreintes	70
1.17 Produção antecipada de prova no Direito da Saúde	73
1.18 Prova pericial, prova técnica simplificada, NAT-Jus e a tomada de decisão no Direito da Saúde.....	77
1.18.1 Impugnação de pareceres técnicos	79
1.19 Prescrição em ação contra operadora de saúde: considerações iniciais	81
1.19.1 Prescrição em casos de ação revisional de reajuste em plano de saúde.....	82
1.19.2 Prescrição em casos decorrentes da recusa de cobertura ou outros direitos em face de plano de saúde.....	87
1.20 Inaplicabilidade do CDC a planos de saúde autogestão	89
1.21 Competência da Justiça do Trabalho x Justiça Comum para julgar ações acerca de operadora autogestão	90
1.22 Cuidados na utilização do Juizado Especial Cível para ações contra operadoras de saúde.....	93
1.23 Competência para julgar ações que envolvam crianças e adolescentes: Justiça Comum e Vara da Infância e Juventude.....	95
1.24 Planos novos e antigos: A irretroatividade da lei nos contratos renováveis por trato sucessivo e seus efeitos no caso concreto.....	97
1.25 Cobrança de despesas médicas e denúncia à lide nos processos movidos por hospitais e prestadores de serviços contra beneficiários de planos de saúde	99
1.26 Valor da causa nas ações judiciais e sua correlação com a pretensão econômica	101
1.27 A integração dos gastos com a obrigação de fazer nos honorários de sucumbência quando arbitrados sobre o valor da condenação ..	105

2 CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DAS OPERADORAS E MODALIDADES DE CONTRATOS DE OPERADORAS DE SAÚDE ... 107

2.1 Classificação quanto às modalidades de contratação	108
2.2 Quanto à segmentação dos contratos das operadoras de saúde	113
2.3 Quanto ao tempo da contratação do plano de saúde.....	116

3 O ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS 121

3.1 O Debate sobre a taxatividade mitigada ou natureza exemplificativa, sua Diretriz de Utilização (Dut) e a Lei 14.454/2022.....	121
3.2 A atualização do rol de procedimentos da ANS e sua contribuição para o debate da possível taxatividade	133
3.3 O rol de procedimentos expandido: a incorporação automática e obrigatória, em 60 dias do que for aprovado pela CONITEC	135
3.4 A Lei 14.454/2022: o estabelecimento de um rol exemplificativo, mas condicionado	139
3.5 Da irrelevância prática sobre a natureza do rol de procedimentos: um olhar sobre o que verdadeiramente importa	141
3.6 O STJ entre o estabelecimento de um rol taxativo e a interpretação da Lei 14.454/2022	148
3.6.1 O julgamento do rol taxativo foi um overruling?.....	148
3.6.2 Eficaz, efetivo e seguro	151
3.6.3 O indeferimento expresso na incorporação de procedimentos pela ANS.....	152
3.6.4 Interpretação da Lei 14.454/2022: medicina baseada em evidências, CONITEC e órgão de renome internacional.....	153
3.6.4.1 Comprovação da eficácia à luz das ciências da saúde	153
3.6.4.2 Níveis de evidência científica.....	155
3.6.4.3 Fases de um estudo clínico	157
3.6.4.4 A CONITEC, o rol de procedimentos expandido e órgão de renome internacional	159
3.6.5 A aplicação das Leis 14.307/2022 e 14.454/2022: retroatividade mínima na visão do STJ	163

4 A AMPLITUDE DAS COBERTURAS E POSSÍVEIS EXCLUSÕES EM SAÚDE SUPLEMENTAR..... 165

4.1 Competência para indicação de eventos em saúde por profissionais médicos e não médicos	165
---	-----

4.2 Coberturas e exclusões gerais previstas na Lei 9656/98.....	167
4.3 Tratamento clínico ou cirúrgico experimental e medicamento off label.....	171
4.4 Procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmofim, além de tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética....	179
4.5 O planejamento familiar, a cobertura de inseminação artificial, fertilização in vitro e congelamento de óvulos pelo plano de saúde	184
4.6 Fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados.....	191
4.7 Conceito de medicamento para uso domiciliar, ambulatorial, hospitalar, a interpretação do art. 10, VI, da lei 9656/98 e a possibilidade de exclusão de cobertura.....	199
4.8 Tecnologias recomendadas positivamente pela CONITEC e incorporadas no SUS.....	213
4.9 Quimioterapia, terapias avançadas (Car-T Cell) e medicamentos antineoplásicos e adjuvantes para o controle de efeitos colaterais .	215
4.10 Fornecimento de próteses, órteses e materiais cirúrgicos	220
4.11 Complicações de procedimentos originalmente não cobertos	228
4.12 Transplantes em geral	229
4.13 A cobertura de exames imprescindíveis ao controle da doença e elucidação diagnóstica	231
4.14 Procedimentos decorrentes da medicina preventiva.....	236
4.15 Cirurgias robóticas e procedimentos minimamente invasivos .	237
4.16 Divergências acerca de coberturas, próteses, órteses, materiais cirúr- gicos, auditoria e a formação de Junta Médica ou Odontológica	238
4.17 Custeio de despesas do acompanhante para crianças, idosos e pessoas com deficiência.....	246
4.18 <i>Home Care</i> – Internação em regime domiciliar e assistência...	247
4.19 Cobertura de hospital de transição ou retaguarda	253
4.20 Procedimento cirúrgico de redesignação sexual em pessoas transgênero	256
4.21 Terapia e cobertura de tratamentos no autismo	259
4.21.1 – A polêmica sobre a cobertura de tratamentos em ambiente natural, acompanhante terapêutico, musicoterapia, equoterapia e hidroterapia	265
4.21.2 Autismo deve ser informado na Declaração de Saúde?	270

4.22 Limitação de quantidade de consultas, tempo de internação e limitação de gastos por valores.....	271
4.23 Coparticipação e franquia em procedimentos de saúde em geral e limitação de percentuais.....	275
4.23.1 – Estabelecimento de limites na coparticipação e a revogada RN 433/2018.....	281
4.24 Limitação ao tempo de internação psiquiátrica e coparticipação	284
4.25 Do fornecimento de estrutura hospitalar a procedimentos odontológicos	287
4.26 Da cobertura de procedimentos listados no rol da ANS para fins odontológicos	288
4.27 Da cobertura de procedimento cirúrgico buco-maxilo-facial	289
5 ATENDIMENTO EM REDE CREDENCIADA, ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA DO CONTRATO, REGIÃO DE SAÚDE E REEMBOLSO DE DESPESAS	291
5.1 O conceito de região de saúde	294
5.2 Reembolso contratual: regras e diferença entre plano de saúde e seguro saúde para fins de aplicação das regras	296
5.2.1. Reembolso assistido, reembolso sem desembolso, a cessão de crédito em favor de terceiros e a exigência de CNES	297
5.3 Correção do reembolso no tempo: clareza da regra e a atualização do valor.....	301
5.4 Reembolso legal e reembolso de despesas em caso de eleição do profissional não credenciado, por livre escolha do beneficiário .	303
5.5 Eleição do credenciado e livre escolha dos profissionais pelo beneficiário.....	306
5.6 Indisponibilidade ou inexistência de prestador credenciado na rede da operadora de saúde e situações de reembolso integral	307
5.7 Distância entre o prestador e a residência do beneficiário.....	312
5.8 Solicitação de exames, indicações terapêuticas e procedimentos por profissionais não credenciados	316
5.9 Obrigação de custeio do anestesista em cirurgia com médico não credenciado	320
5.10 Responsabilidade civil do plano de saúde por erro médico e falhas da rede credenciada.....	321
6 PRAZOS DE CARÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	327
6.1 Conceito de carência e prazos nos contratos de planos de saúde	327

Início da contagem dos prazos para carência	329
6.2 Da situação de urgência ou emergência e a limitação do CONSU 13/98 aos casos de internação e complicação do processo gestacional.....	331
6.2.1 A CONSU 13 nos contratos de plano de saúde com segmentação hospitalar	332
6.2.2 A CONSU 13 nos casos de contratos com segmentação exclusivamente ambulatorial.....	334
6.2.3 A CONSU 13 nos casos de complicação do processo gestacional	336
6.3 Carência na inclusão do recém-nascido ou filho natural ou adotivo do consumidor e em casos de guarda	339
6.4 Inclusão temporária de beneficiária cedente temporária do útero (gestação em substituição) no plano de saúde	342
6.5 Agravos e Cobertura Parcial Temporária em plano de saúde.....	343
6.5.1 Considerações sobre agravos e conceito jurídico	343
6.5.2 A Cobertura Parcial Temporária (CPT) pelas operadoras de saúde	345
6.6 Doença ou lesão preexistente (DLP): conceito, aplicação prática e temporal	347
6.7 Doença e lesão preexistente em situações de urgência e emergência	352
6.8 Doença curada pode ser considerada doença preexistente?.....	361
6.9 Ônus da prova e consequências jurídicas na alegação de doença preexistente.....	362
6.10 Da consequência jurídica da exclusão do beneficiário do contrato por fraude no preenchimento da Declaração de Saúde.....	364
6.11 Carência para realização do parto, parto a termo e suas implicações	366
6.12 Carência em caso de troca de contrato de plano de saúde dentro da mesma operadora	368
6.13 Portabilidade de carências, regras e exceções	369
6.14 Seleção de risco, serviço essencial e impedimento de contratação de plano de saúde pelo consumidor	376

**7 DESCREDENCIAMENTO E REDIMENSIONAMENTO DA REDE
CREDENCIADA DA OPERADORA DE SAÚDE..... 381**

7.1 Aquisição e fusão entre operadoras – necessidade de manutenção da rede credenciada 385

7.2 Surgimento da RN 585/2023 e critérios para equivalência e descredenciamento 386

7.3 Descredenciamento de serviços a pacientes em tratamento no local 391

**8 O DIREITO À MANUTENÇÃO DO CONTRATO COLETIVO
EMPRESARIAL AOS DEMITIDOS E APOSENTADOS..... 393**

8.1 Do sentido da palavra “contribuição” 394

8.2 Dos efeitos do aviso prévio e início de fruição do art. 30 da Lei 9656/98 396

8.3 Do tempo de permanência no contrato com o plano de saúde 396

8.4 Das formas de dispensa que geram o benefício do art. 30 da Lei 9656/98 397

8.5 Da inscrição e manutenção dos dependentes do demitido ou do aposentado 398

8.6 Da continuidade do contrato para aposentados 399

8.7 Da data da aposentadoria para fins do art. 31 da Lei 9656/98... 400

8.8 Formas de rescisão do contrato de trabalho que levam à manutenção do benefício do art. 31 da Lei 9656/98 ao aposentado 401

8.9 Do período de contribuição para manutenção do plano de saúde do ex-empregado aposentado 404

8.10 Do falecimento do titular do plano de saúde e suas implicações aos dependentes 405

8.11 Da perda ao direito de manutenção do contrato em caso de novo “emprego” 405

8.12 Do prazo para requerer a manutenção no contrato de assistência médica coletivo empresarial 407

8.13 Da alteração de preço e da diferenciação entre empregados ativos e inativos..... 409

8.14 Aposentadoria por invalidez, afastamento do trabalho e a manutenção no contrato de assistência médica empresarial 410

8.15 Inadimplência do empregador e o adimplemento pelo demitido ou aposentado 415

9 HIPÓTESES DE RESCISÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	417
9.1 Rescisão unilateral dos contratos pela operadora de saúde	417
9.2 Rescisão do contrato por fraude do consumidor	419
9.3 Rescisão do contrato por inadimplemento em prazo superior a 60 dias por ano	422
9.4 Rescisão do contrato de pessoa internada, seja o titular ou dependente.....	428
9.5 Rescisão de contrato da pessoa em tratamento médico ou grávida e o tema 1082 do STJ.....	430
9.6 Da rescisão imotivada do falso plano coletivo empresarial	437
9.7 Da rescisão do contrato coletivo empresarial e do contrato coletivo por adesão	439
9.7.1 O valor da mensalidade e a interpretação do CONSU 19.....	448
9.8 Rescisão do contrato por falecimento do titular no caso de contratos coletivos e prazo de permanência	452
9.9 Encerramento do contrato após período de remissão.....	457
9.10 Da saída voluntária do titular do plano de saúde familiar e da possibilidade de permanência dos dependentes	459
9.11 Rescisão do contrato de plano de saúde da pessoa jurídica constituída por empresário individual e da rescisão do contrato da pessoa jurídica inativa.....	460
9.12 Cláusula de fidelidade, multa por rescisão antecipada na contratação empresarial e necessidade de aviso prévio para encerramento do contrato	462
9.13 Do direito adquirido à realização de cirurgia ou exame após o encerramento do contrato	466
9.14 Upgrade e downgrade em plano de saúde	467
9.15 Desmembramento de plano de saúde familiar	472
9.16 Da perda de condição de dependente nos contratos coletivos em razão do divórcio	473
10 REAJUSTE EM PLANO DE SAÚDE	475
10.1 Reajustes possíveis em contrato plano de saúde.....	475

10.2 Da apuração dos percentuais de reajuste anual em plano de saúde.....	477
10.3 Da revisão do reajuste anual dos planos de saúde coletivos....	479
10.4 Regulamentação pela ANS acerca dos reajustes anuais em planos coletivos.....	485
10.5 Das particularidades acerca da possibilidade de revisão dos reajustes anuais em contratos coletivos por adesão	489
10.6 Da possibilidade de aplicação dos reajustes do plano individual e familiar aos falsos contratos coletivos empresariais	495
10.7 Da possibilidade de aplicação de revisão dos reajustes verdadeiramente empresariais	499
10.8 Reajuste por revisão técnica a requerimento da operadora de saúde.....	502
10.9 Dos reajustes por mudança de faixa etária	502
10.10 Reajuste por faixa etária aos 60 anos de idade ou mais.....	507
10.11 Reajuste por faixa etária aos 59 anos de idade	511
10.11.1 Os entendimentos surgidos quanto à forma de revisão do reajuste de 59 anos	512
10.11.2 A forma técnica de calcular o reajuste de 59 anos em acordo com a RN 563/2022.....	516
10.11.3 O cálculo em acordo com o inciso I da RN 563/2022	518
10.11.4 O cálculo em acordo com o inciso II da RN 563/2022	519
10.11.5 Painel de Precificação da ANS – a média do setor e sua aferição pela agência reguladora.....	521
10.11.6 Cream Skimming e seleção de riscos preferenciais: a observância formal da RN 563/2022 é insuficiente para validar o percentual	522
10.11.6.1 Origem e desenvolvimento do Cream Skimming e sua menção no STJ.....	522
10.11.6.2 A substituição do percentual abusivo no reajuste por faixa etária por outro índice	525
10.12 Revisão do reajuste 59 anos: saídas acerca da antecipação de risco futuro	529
10.13 Da possibilidade de nulidade dos reajustes por mudança de faixa etária, qualquer que seja a idade.....	530
10.14 Prazo de prescrição para nulidade do reajuste e ressarcimento de valores pagos.....	537

10.15 Ônus da prova, LGPD, momento da apresentação dos documentos, auditoria e perícia técnica em processos de reajuste abusivo.....	542
CONSIDERAÇÕES FINAIS	547
REFERÊNCIAS	549
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	555

INTRODUÇÃO

Não trataremos aqui do Código de Hamurabi, mas é essencial compreender o contexto para o surgimento da Lei 9656/98, a fim de que possamos entender o complexo setor da saúde suplementar no Brasil.

A partir dos anos 1960, com o aumento da urbanização e a intensificação da industrialização, os empregadores começaram a oferecer benefícios como assistência médica aos trabalhadores. Junto com as mudanças demográficas, isso levou a um crescimento significativo do setor privado de saúde no Brasil. Esse crescimento foi impulsionado em parte pela insuficiência dos serviços públicos de saúde em atender à crescente demanda populacional urbana. Os planos de saúde começaram a se proliferar, oferecendo alternativas ao sistema público, mas sem regulamentação clara do poder público, o que resultou no estabelecimento de cláusulas limitativas severas em tempo de internação, cobertura de doenças e condições de reajuste.

A Lei 9.656/98, conhecida como a Lei dos Planos de Saúde, foi criada em um contexto de regulamentação da atividade privada de saúde no Brasil, amplamente discutida durante a década de 1990. Sancionada em 3 de junho de 1998, ela representa um marco na regulamentação da saúde suplementar no país. Embora não se atribua tal problema à criação da lei, o fato é que, historicamente, mesmo após seu surgimento, o país nunca conseguiu aumentar, percentualmente, o número de beneficiários no sistema de saúde suplementar, oscilando quase sempre em torno de 25% da população.

Aprovada na Câmara dos Deputados ainda em 1997, o projeto original sofreu alterações significativas no Senado que fortaleceram o papel do Ministério da Saúde e a regulação do setor assistencial, transformando o Plano Referência em um plano obrigatório para comercialização, proibindo a venda de planos de saúde com coberturas reduzidas.

Contudo, a fim de evitar atrasos, o projeto foi inicialmente aprovado pelo Senado tal como veio da Câmara e, por acordo, foi editada pelo governo a Medida Provisória (MP 1.665), conforme havia sido negociado. A Medida Provisória foi reeditada diversas vezes até 2001, tornando-se a MP 2.177-44, que, junto à Lei 9.656/98, forma o marco legal da regulação do setor de saúde suplementar.

A norma estabeleceu garantias mínimas aos consumidores, que, embora indiretamente presentes em legislações como o Código de Defesa do Consumidor (como a impossibilidade de restrição de coberturas de próteses e órteses ligadas a cirurgias contratualmente cobertas ou a limitação no prazo de internação em UTI, antes comum), foram mais precisamente codificadas, proporcionando maior segurança jurídica a todos.

Foi a Lei dos Planos de Saúde que estabeleceu claramente o direito de todos os profissionais, credenciados ou não, de prescrever e executar exames ou procedimentos, o dever de cobertura de doenças preexistentes e sua amplitude, o prazo máximo legal para carência a procedimentos, o reembolso obrigatório em todos os contratos no caso de urgência e emergência quando não fosse possível utilizar a rede credenciada, a impossibilidade de estabelecer limites financeiros ou de impedir que idosos, doentes e deficientes contratassem planos de saúde, e, no rol das mais importantes garantias trazidas com a lei, a cobertura obrigatória de todas as doenças listadas no Código CID pelos planos de saúde.

Pode parecer que são garantias comuns e universais, mas não são. Acostumados com esses direitos, parece ser lugar comum que sempre existiram e que são garantias presentes em todo o mundo. No entanto, por exemplo, a determinação de cobertura de doenças preexistentes foi contestada nos Estados Unidos pelo Partido Republicano durante a reforma do sistema de saúde na lei *Patient Protection and Affordable Care Act*, comumente chamada de *Affordable Care Act* ou, simplesmente, “*Obamacare*”.

A criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ocorreu apenas em 2000, o que gerou críticas de que a criatura (a Lei 9656/98) surgiu antes do criador, tornando mais difícil a regulação do setor. Embora posterior à Lei dos Planos de Saúde, a criação da ANS foi um passo subsequente importante para centralizar e fortalecer a regulação e fiscalização dos planos de saúde. A ANS foi estabelecida para promover a defesa do interesse público na assistência suplemen-

tar à saúde, regular as operadoras setoriais e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil. A agência foi projetada para ter autonomia administrativa e financeira, com decisões tomadas por uma diretoria colegiada.

Apesar das justas críticas à atuação da ANS, a agência reguladora desempenhou um papel importante ao definir regras para a cobertura assistencial, condições de acesso e reajuste de preços em planos individuais e familiares, além de fiscalizar o cumprimento dessas normas. Não podemos esquecer que, embora o mercado seja explorado por empresários com justo direito ao lucro, este envolve saúde e vida, tornando a análise dos direitos especialmente sensível.

É notório o crescimento do que se convencionou chamar de Direito da Saúde, abrangendo um grande espectro com áreas do direito público e do direito privado, como o Direito Médico e Hospitalar. Este livro, contudo, foi concebido como uma tentativa de sistematizar especificamente o estudo do Direito à Saúde Suplementar e, assim, demonstrar aos profissionais que o campo de atuação nesta seara vai muito além da análise acerca do rol de procedimentos da ANS.

Ao elaborar o livro, notamos que não era mais possível tratar de temas de direito material sem chamar atenção a temas do direito processual, que são essenciais para as demandas na área do Direito à Saúde. A obra tenta debater temas do cotidiano profissional, explicando os diferentes tipos de tutela provisória, as implicações de eventual improcedência da ação, a competência para processar ações que envolvem menores ou simplesmente qual deve ser o valor da causa dentro do processo. Há a necessidade de sermos cada vez mais técnicos na atuação profissional, o que passa necessariamente por compreender que historicamente a marcha processual escolhida é fundamental para a obtenção de direitos.

Diversos temas do campo da saúde suplementar foram afetados pelos tribunais brasileiros nos últimos anos e também mereceram análise ao longo do livro, evitando-se, assim, simplificações das manchetes de jornais ou portais jurídicos cujo título quase nunca revela a complexidade da decisão e as nuances do que pode ser decisivo para que o caso concreto mereça uma distinção em relação ao que foi decidido. Como mostramos nos capítulos, afirmar simplesmente que o rol da ANS é exemplificativo, como se tudo coubesse na cobertura, é um equívoco, assim como soa tolo o argumento de que “é o médico quem decide o tratamento”, pois, afinal, somente o médico exerce a

medicina. O debate não é sobre quem define o tratamento, mas sobre a amplitude da cobertura.

Nem de longe isso significa que o rol da ANS deve ser visto como taxativo ou que seja possível defender essa ideia. Primeiro, porque tal debate está evidentemente superado pelas Leis 14.307 e 14.454, ambas de 2022. Contudo, a era da abusividade in abstracto deu lugar à era da abusividade concreta, e urge que toda a condução do processo seja cada vez mais técnica.

O futuro das ações que envolvem o Direito da Saúde reservará a necessidade de que cada vez mais as premissas técnicas ganhem contorno, balizando o julgamento. A distribuição dinâmica do ônus da prova ou mesmo a inversão do ônus probatório ganharão maior debate num cenário onde o rol de procedimentos é exemplificativo condicionado. É a operadora de saúde quem possui melhores condições de comprovar, por exemplo, que existe tratamento similar dentro do rol de procedimentos da ANS que seja seguro e eficaz ao caso. No entanto, os problemas e as doenças não esperarão o amadurecimento do debate e continuarão surgindo, exigindo de cada profissional (do direito e da medicina) maior habilidade técnica para lidar com questões que, por muitos anos, a solução se contentou em atribuir ao médico do paciente a prerrogativa de determinar o que a operadora de saúde deveria custear. Isso definitivamente ficou para trás, mas nem por isso significa que o consumidor poderá ser lesado com um tratamento menos eficaz e seguro ante a indisponibilidade de tratamento adequado no rol da ANS.

Também aqui debelamos as simplificações grosseiras de que, simplesmente, o STJ vedou o fornecimento de medicamento importado sem registro sanitário na ANVISA ou que os reajustes por faixa etária foram validados pelo STJ. Se tais anúncios foram feitos para caber em manchetes, são temas que precisam de luz e de ser mais bem escrutinados, especialmente com a análise dos julgados.

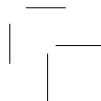
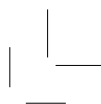
Não é possível ser um bom médico sem acreditar na ciência, nem ser um bom advogado sem acreditar e lutar pela preservação do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, não é possível exercer de forma madura o ofício de qualquer profissão correlata à saúde suplementar com um olhar maniqueísta, como se as operadoras de planos de saúde fossem apenas vilãs, ou como se toda demanda ajuizada pelos beneficiários fosse sempre a busca por um dirigismo judiciário pernicioso ao futuro e ao lucro das operadoras.

O dia a dia como advogado do setor revela que a maioria das

ações busca, em geral, a manutenção de contratos, a cobertura de quimioterápicos e outras necessidades legítimas. Há, evidentemente, abusos e ações perniciosas que nem sempre visam atender ao melhor interesse do beneficiário. Por isso, é necessário um olhar sobre as diferentes necessidades: desde a garantia de atendimento de qualidade ao usuário até o justo lucro das empresas, evitando desperdícios. Tudo deve ser considerado para a higidez do sistema.

Desde o surgimento da Lei 9656/98, não faltaram tentativas de retroceder em suas garantias, inclusive com apoio dos governos de ocasião. Ao proibir o fracionamento de doenças e estabelecer que todas possuem cobertura obrigatória pelas operadoras de saúde, a Lei dos Planos de Saúde criou um importante marco que pode não perdurar para sempre, o que seria trágico para os consumidores e para o sistema público de saúde. Este último ficaria com a incumbência de tratar as condições mais dispendiosas, pois, obviamente, as empresas excluiriam as doenças mais caras, oferecendo cobertura reduzida apenas para aquelas menos onerosas. A sustentabilidade do setor, respeitando a cobertura de todas as doenças listadas no Código CID, é de suma importância para toda a sociedade que não deseja um retrocesso social.

Ao avançar sobre esses debates, a esperança é que a obra ajude na formação dos profissionais e no reconhecimento de que o Direito da Saúde, embora tenha inegável intersecção com outras áreas, como o direito do consumidor, o direito civil, o direito constitucional, entre outros, merece ser tratado como um campo autônomo pelas suas especificidades e seus relevantes contornos sociais, jurídicos e econômicos.



TEMAS DE PROCESSO CIVIL APLICÁVEIS A AÇÕES QUE ENVOLVEM OPERADORAS DE SAÚDE

1.1 Legitimidade, interesse de agir, momento de verificação das condições da ação e o princípio da causalidade

Diz o art. 17 do CPC que para postular em Juízo é preciso ter interesse de agir e legitimidade, inexistindo a figura da possibilidade jurídica do pedido dentre as condições da ação desde o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, uma vez que, sendo este o caso, a ação será simplesmente improcedente.

Citando Liebman, ensinam os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery que:

Não só para propor, mas também para ter direito a obter sentença de mérito (favorável ou desfavorável) é necessária a presente das condições da ação (legitimidade das partes e interesse processual - CPC 485, VI) no momento da prolação da sentença. Se faltantes quando da propositura da ação, mas complementadas no curso do processo, o juiz deve proferir sentença e mérito (Liebman. Manuale, 74, p. 144; JTACivSP 47/150, 39/357; Just. 94/264, 92/451)¹.

O interesse de agir para o autor da ação nas demandas de saúde suplementar está caracterizado pela simples resistência do réu em atender seu pedido, bem como pela inércia ou procrastinação em atender à solicitação. Essas atitudes devem ser compreendidas como recusa tácita, especialmente quando esgotados os prazos previstos na RN 566/2022 da ANS.

Corroborando com essa ideia, o art. 39, XII, do CDC adverte que o fornecedor de produtos e serviços não pode deixar de estabelecer prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo

¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 236.

inicial a seu exclusivo critério. Portanto, a recusa ou inércia do fornecedor de serviços caracteriza-se como ilícito, que pode ser combatido via ação judicial, justificando o interesse de agir do consumidor.

A legitimidade do consumidor para propor ação decorre do simples fato de se entender como titular do direito material vindicado. Basta que seja o autor da ação, por exemplo, associado à operadora de saúde, pouco importando, ao menos num primeiro momento, quem é o estipulante principal do contrato.

Assim, ainda que o contrato com a operadora de saúde tenha sido firmado pelo empregador (contrato coletivo empresarial) ou por uma associação de classe (contrato coletivo por adesão), será lícito ao consumidor ingressar com ação judicial independentemente da anuência dos estipulantes. Tal posição está pacificada pelo STJ, que, adotando a teoria da asserção, nos autos do REsp 1.705.311 – SP, decidiu que o consumidor tem legitimidade para propor ação diretamente, seja um plano familiar, seja um plano coletivo por adesão ou coletivo empresarial. Os contratos coletivos de operadoras de saúde são simples estipulação em favor de terceiros, o que não afasta o direito de o consumidor exigir diretamente sua pretensão em juízo, conforme dispõe o art. 463, parágrafo único do CC.

Nestas ações contra operadoras de saúde, em regra, não se verifica a obrigação de que exista litisconsórcio ativo entre o estipulante da apólice e o beneficiário, muito menos litisconsórcio necessário entre o estipulante da apólice e o dependente lesado para a propositura da ação, sob pena de se inviabilizar o exercício do direito de ação e ferir o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Exigir que o titular ou estipulante do contrato tomasse parte na ação ao lado do consumidor lesado colocaria em risco o exercício do direito de ação do dependente ou do sub-estipulante do contrato, sobretudo porque, em regra, ajuizar uma ação é uma faculdade, não uma obrigação. Não é possível obrigar alguém a assumir o ônus de eventual sucumbência, salvo quando expressamente disposto em lei.

No âmbito do TJSP, aliás, a legitimidade ativa dos consumidores foi tantas vezes suscitada em matéria de defesa que levou o tribunal a sumular o entendimento: Súmula 101: “O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora, mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe”.

O titular do plano de saúde, enquanto estipulante do contrato, pode buscar em juízo a nulidade de cláusulas contratuais, manuten-

ção do contrato ou mesmo debater reajustes abusivos que afetem todos os estipulantes, por exemplo. Contudo, não possui o estipulante do contrato, tampouco o titular do plano de saúde, legitimidade para substituir a parte afetada e debater a recusa de cobertura, por exemplo. Nesses casos, a pretensão deve ser deduzida diretamente pela parte que teve seu direito lesado, e não pelo titular ou estipulante do contrato. Assim, a pessoa jurídica contratante ou o titular da apólice podem pleitear a nulidade da cláusula ou direitos homogêneos a todos os beneficiários, mas não têm legitimidade para agir exclusivamente em nome de terceiros, substituindo-os quando a questão posta nos autos é tão somente um direito individual da parte, ainda que sejam seus dependentes ou beneficiários do contrato.

No que tange ao preenchimento dos pressupostos das condições da ação, embora a verificação desses requisitos seja essencial para a propositura do processo e deva ser contemporânea ao seu ajuizamento, se o réu resistir à pretensão do autor deduzindo requerimento de improcedência da demanda, ainda que de forma sucessiva, restará caracterizado desde logo o interesse do autor na propositura da ação, mesmo que se verifique que tal interesse não estava presente no momento da distribuição do processo à Justiça.

Em outras palavras, se o autor intentou ação acreditando que sua pretensão fora recusada pela operadora de saúde e a referida empresa vem aos autos afirmar que nada recusou, posto que sequer sabia existir pretensão pelo autor, mas na mesma peça de defesa enfrenta o mérito afirmando que o autor não possui o direito vindicado, estarão postas as condições da ação, devendo o juiz resolver o mérito quando do julgamento.

Isto porque, embora inicialmente não estivessem presentes as condições da lide, em especial o interesse de agir, tal questão restou superada diante da resistência do réu, podendo o juiz enfrentar o mérito por existência de fato superveniente à propositura da ação, uma vez que tal atitude do réu justifica o interesse de agir, nos termos do art. 493 do CPC. Sendo o objetivo do processo a pacificação social, eventual extinção da ação sem análise do mérito apenas acarretaria mais trabalho às partes e à Justiça, que, em breve, novamente se veria envolvida na mesma questão com o ajuizamento de nova ação pelo titular do direito material

Tendo ocorrido o fornecimento do serviço, exame ou medicamento no curso da ação por força de tutela provisória, ainda que por período curto, vindo a falecer a parte autora, nesta hipótese, via de regra, é necessária a habilitação dos herdeiros ou sucessores, se for o caso,

evitando assim a simples extinção do processo sem julgamento do mérito. Posto que, nos termos do art. 302 do CPC, revogada a tutela provisória por qualquer motivo, poderá o réu, nos mesmos autos, requerer a reparação dos danos que a efetivação da tutela lhe causou pela simples cessação dos efeitos da tutela provisória sem que tenha sido confirmada ao final. Sobre tal tema, há polêmica envolvendo o princípio da boa-fé objetiva, especialmente em caso de dupla conformação, que será objeto de análise própria na parte 1.12.1 “Duplo grau de conformação e boa-fé objetiva nos casos de revogação da tutela provisória por circunstância alheia à vontade da parte”.

1.2 Representação processual do falecido em juízo: a inconstitucionalidade da exigência de que todos os herdeiros ou sucessores ocupem o polo ativo

Em caso de falecimento do autor da ação no curso do processo, seja a ação referente a uma obrigação de fazer já atendida, ainda que parcialmente via tutela de urgência, seja referente a dano moral ou material, é essencial a habilitação dos sucessores do falecido. Isso evita, sobretudo no caso da obrigação de fazer, a extinção do processo sem julgamento do mérito, possibilitando a cobrança de valores pela operadora em razão da revogação da liminar sem sua confirmação.

É equivocada a ideia de que, sendo a obrigação personalíssima e devida exclusivamente ao falecido, a morte deste implique a extinção do processo sem resolução do mérito. Tal situação permite ao réu, havendo cumprido a tutela, exigir o ressarcimento dos gastos com a efetivação da medida, nos termos do art. 303, III, do CPC. Esse tema será tratado com maior detalhamento na seção 1.12 “Responsabilidade pela fruição da tutela provisória e posterior reversão da medida”.

Embora os artigos 687 e 688 do CPC estabeleçam as possibilidades de habilitação dos sucessores do falecido para continuidade do processo, há uma celeuma sobre a necessidade ou não de litisconsórcio ativo necessário entre os herdeiros e sucessores. Não é raro que juízes extingam a ação quando um dos sucessores se recusa a ocupar o polo ativo da lide. O debate não versa propriamente sobre a representação do falecido em juízo, mas sobre a possibilidade ou impossibilidade de obrigar alguém a ocupar o polo ativo da ação judicial. Havendo mais de um herdeiro ou sucessor, todos devem obrigatoriamente ocupar o polo ativo da ação para o válido desenvolvimento do processo? E se houver recusa de um deles? A ação deverá ser extinta ou prosseguirá com aqueles que aceitaram o encargo?

Imaginemos, por exemplo, um consumidor que entende ter sido vítima de erro médico e, em vida, procura um advogado para intentar uma demanda indenizatória. Com o processo em curso, ocorre seu falecimento, deixando viúva e cinco filhos. No entanto, cientes da demanda ajuizada, apenas dois dos herdeiros acreditam na demanda e têm interesse em se habilitar no processo, enquanto os outros três se recusam a tomar parte da ação. Como lidar com tal situação? Em outra hipótese, imagine-se que determinada pessoa morreu com suspeita de ser vítima de erro médico e há divergência entre os herdeiros sobre o ajuizamento de uma eventual ação. Dois entendem que houve elementos que ensejam reparação, enquanto os outros acreditam em mera intercorrência indesejável que não implica em responsabilidade legal pelo médico. Como resolver o impasse se apenas parte dos herdeiros deseja a ação, mas todos serão atingidos pela coisa julgada?

Tendo ou não deixado herança, havendo entre os herdeiros ou sucessores quem se recuse a habilitar-se no processo e assumir a representação processual do falecido, a Justiça deve garantir a citação dos demais legitimados a ocupar tal posição na ação, a fim de que tomem ciência e, se quiserem, se habilitem no processo. Em regra, basta que um deles se habilite para a continuidade da ação. A mesma regra deve ser aplicada à ação judicial movida por apenas um dos herdeiros visando reparar suposto dano que, por consequência, atingirá todos os demais colegitimados.

Não há dúvida de que tais hipóteses revelam litisconsórcio unitário, uma vez que a decisão do processo, querendo ou não os demais colegitimados que se recusam a participar da ação, será idêntica para todos, pois a decisão deverá ser sempre uniforme. Contudo, ao passo que o litisconsórcio necessário trata sobre a obrigação de alguém ser parte, o litisconsórcio unitário versa sobre o resultado do processo ser idêntico para todos que ocupam aquela posição no processo.

O litisconsórcio no caso poderá ser ulterior, é por regra facultativo, mas será sempre unitário. O juiz deve garantir que os colegitimados tenham ciência da ação e escolham participar ou não do processo, pois litigar no polo ativo é em regra um direito, não uma obrigação.

A doutrina se divide acerca da solução legal a ser dada ao caso. Há quem entenda que, se um legitimado a ocupar o polo ativo se recusa a ser parte no processo, obrigatoriamente deverá então ocupar o polo passivo da ação judicial. Discordamos dessa posição, pois ser parte de uma ação judicial no polo ativo é em regra uma faculdade,

não uma obrigação. A nosso ver, a melhor solução ao caso é oferecida por Fredie Didier Jr., que assim leciona:

[...] É prudente que o magistrado, porquanto não possa extinguir o feito por carência do direito de ação, tampouco possa exigir a presença obrigatória, no polo ativo da relação, dos demais colegitimados, determine a intimação daqueles que seriam, tal como o autor, titulares da mesma relação jurídica deduzida em juízo, e que estariam, assim, submetidos à coisa julgada. Essa providência tem o objetivo de dar ciência do litígio ao possível litisconsorte unitário, para que possa tomar a providência que lhe convier — intervir no processo, por exemplo (a intervenção aí seria por meio da assistência litisconsorcial). Isto vai permitir que, tendo ou não ingressado no processo, a esse colegitimado se estendam os efeitos da coisa julgada, agora sem mais qualquer discussão².

O direito de ação previsto em nossa Constituição é uma faculdade conferida à parte, não uma obrigação, não se podendo cogitar, sob pena de inconstitucionalidade, que todos os colegitimados ocupem o polo ativo do processo, tampouco que pelo simples fato de não desejarem ocupar tal posição virem obrigatoriamente réus, devendo lhes ser ofertada, contudo, a ciência de que podem intervir na ação judicial em curso, a fim de nenhuma arguição futura de nulidade possa afastar a aplicação dos efeitos do litisconsórcio unitário.

1.3 Litisconsórcio passivo facultativo e responsabilidade processual em contratos coletivos por adesão com administradora de benefícios

Nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, 18, 25 e 34 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), todos os integrantes da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços respondem solidariamente pelos danos causados ao consumidor. Assim, em regra, é possível ao autor da ação direcionar a demanda contra qualquer dos legitimados a compor o polo passivo, dada a inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Conforme o art. 114 do Código de Processo Civil (CPC), o litisconsórcio somente será necessário quando expressamente previsto em lei ou quando a eficácia da sentença depender da presença de todos os litisconsortes.

Nos planos coletivos por adesão, por exemplo, é comum que estejam envolvidas a operadora de plano de saúde e a administradora de benefícios, ambas exercendo papéis distintos, mas complementares

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, v. 1, p. 311.

na cadeia de consumo. Nessas hipóteses, por força da solidariedade, admite-se que o beneficiário acione judicialmente qualquer uma delas, ou ambas, a depender da natureza da controvérsia. Tal possibilidade decorre da atuação coordenada dessas empresas na comercialização, administração e manutenção dos planos, especialmente no que tange à gestão contratual e ao relacionamento com o consumidor final.

Entretanto, é necessário distinguir a extensão da responsabilidade de cada agente. A administradora de benefícios, regulada pela RN nº 515/2022 da ANS, atua na intermediação entre a operadora e os beneficiários, sendo responsável pela cobrança das mensalidades, apoio à negociação de reajustes e estruturação de contratos coletivos por adesão, além de prestar suporte técnico em temas como rede credenciada e mecanismos de regulação. Todavia, ela não participa da análise de cobertura de procedimentos nem da definição de juntas médicas ou autorização de eventos em saúde, incumbência que recai exclusivamente sobre a operadora de saúde.

Por essa razão, embora a administradora possa ser legitimada passivamente em ações que versem sobre reajustes abusivos ou cancelamentos indevidos de contratos, a nosso sentir não se mostra adequada sua inclusão no polo passivo de demandas cujo objeto central seja a recusa de cobertura assistencial, ainda que sob a ótica da responsabilidade solidária. Nestes casos, a ausência de conduta direta e de atribuição legal específica afasta sua responsabilidade.

Raciocínio análogo deve ser aplicado à figura do estipulante de plano coletivo empresarial. O estipulante atua como intermediário contratual, viabilizando o plano em benefício de seus empregados, por exemplo, sem se enquadrar como fornecedor de serviços de saúde. Sua legitimidade passiva em ações que tratam da cobertura de eventos em saúde é, portanto, afastada por consolidada jurisprudência, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, o **REsp 1.575.435/SP**, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, é categórico ao reconhecer que o estipulante não representa a operadora de plano de saúde, mas sim os beneficiários, atuando como mandatário do grupo de usuários:

O estipulante é apenas a pessoa jurídica que disponibiliza o plano de saúde em proveito do grupo que a ela se vincula, mas não representa a própria operadora. Ao contrário, o estipulante deve defender os interesses dos usuários, pois assume, perante a prestadora de serviços de assistência à saúde, a responsabilidade pelo cumprimento de todas as

obrigações contratuais de seus representados, uma vez que atua apenas como interveniente, na condição de mandatária do grupo de usuários e não da operadora.

Portanto, ainda que o CDC assegure ao consumidor a liberdade de compor o polo passivo conforme a estrutura da cadeia de consumo, é recomendável cautela na inclusão de múltiplos réus, especialmente quando inexistente litisconsórcio necessário. A multiplicidade de partes pode implicar dilação probatória mais complexa, maiores chances de controvérsias processuais e prolongamento da tramitação da ação, além do risco de eventual ilegitimidade de parte.

Desse modo, ações que tratam exclusivamente de cobertura assistencial devem ser direcionadas contra a operadora do plano de saúde, que detém atribuições técnicas e contratuais para autorizar ou recusar procedimentos. Já ações relacionadas a reajustes indevidos ou rescisões contratuais podem, conforme o caso concreto, envolver também a administradora de benefícios, em conjunto ou isoladamente. A estipulante, por sua vez, por não integrar a regulação de serviços de saúde, não deve figurar no polo passivo na busca por cobertura, salvo em situações absolutamente excepcionais.

1.4 Diferença entre tutela provisória e liminar

Em demandas na área do Direito da Saúde, tais ações geralmente possuem caráter urgente devido ao *periculum in mora*, como em casos que buscam obrigar o réu a autorizar um tratamento médico, custear um exame, restabelecer um contrato ou revisar um reajuste abusivo que pode impedir a continuidade do beneficiário na apólice.

Embora a regra geral no direito seja que a parte só terá seu direito garantido pelo Poder Judiciário com o trânsito em julgado da ação, não é possível que a parte espere o fim do processo sem proteger o direito vindicado. Presentes os requisitos, é possível requerer a concessão de tutela provisória nos autos.

Dada a especificidade do caso concreto, o autor pode justificar a necessidade de obtenção da tutela provisória a qualquer momento do processo, não havendo preclusão temporal para seu requerimento. A tutela de urgência pode ser concedida no momento da sentença (inciso V do § 1º do art. 1012 do CPC). O requerimento da tutela de urgência pode ocorrer de forma antecedente ou incidental.

Embora “liminar” seja sinônimo de “tutela provisória”, o pedido de liminar pressupõe que a parte deseja ter seu direito resguardado

antes mesmo da oitiva da parte contrária. Portanto, é tecnicamente incorreto afirmar que “a liminar pode ser requerida no curso da ação”. A expressão liminar deve ser reservada para designar medidas requeridas no início da ação judicial. A expressão “tutela provisória” deve ser usada para medidas requeridas durante o processo.

A tutela de urgência pressupõe dois requisitos concomitantes: *fumus boni iuris* (probabilidade do direito) e *periculum in mora* (perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo), conforme o art. 300 do CPC. Não se deve confundir pressa com urgência, pois todos querem que seu direito seja satisfeito rapidamente devido à necessidade de uma razoável duração do processo. A tutela provisória visa resguardar o bem da vida com uma resposta imediata do Poder Judiciário.

Nada impede, contudo, que no meio do processo o Juízo conceda a tutela antecipada fundada em urgência ou evidência, conforme o caso. Diferentemente da urgência, a tutela de evidência não exige a necessidade de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mas apenas a probabilidade do direito, nos termos do art. 311 do CPC. O resultado prático entre a tutela de urgência e a tutela de evidência será exatamente o mesmo, admitindo-se inclusive a fungibilidade no pedido e concessão da ordem.

Pode-se dizer que a tutela de urgência e a tutela de evidência são espécies do gênero tutela provisória. Não obstante, a doutrina classifica a tutela provisória da seguinte forma:

- a) Quanto à natureza jurídica, a tutela provisória está dividida entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, conforme previsto no art. 294 do CPC;
- b) Quanto ao momento de sua prestação, a tutela provisória pode ser concedida de modo antecedente (art. 305 do CPC) ou incidental (arts. 303 e 304 do CPC);
- c) Quanto ao motivo de sua antecipação, a tutela provisória pode ser concedida mediante a demonstração de urgência (art. 300 do CPC) ou evidência do direito (art. 311 do CPC).

Há controvérsia na doutrina sobre a possibilidade de se conceder tutela provisória que não fora requerida pela parte, especialmente devido à responsabilidade objetiva do requerente pelos danos decorrentes da fruição dessa tutela (art. 302 do CPC). Ou seja, aquele que teve em seu favor uma tutela provisória e perdeu a ação ao final estará obrigado a reparar os prejuízos causados ao réu.

Parece claro que é o autor da ação judicial quem estabelece os limites de seu pedido, sendo defeso ao magistrado proferir decisão diversa da pretendida. Portanto, entendemos que compete à parte formular o requerimento de tutela provisória.

Contudo, independentemente de qualquer deferimento de *ex officio*, também parece correto afirmar que o deferimento da tutela *ex officio* com o silêncio da parte implica em aceitação tácita da medida, inclusive porque a parte sabe que o réu terá de cumprir a ordem judicial, sob pena de multa. Desta forma, se o autor optou por usufruir da tutela (posto que é uma faculdade), responderá objetivamente nos próprios autos onde a tutela foi concedida (art. 302, parágrafo único, do CPC), independentemente de a tutela provisória ter sido concedida a requerimento ou *ex officio*.

Além disso, é importante distinguir prazos de natureza material e prazos de natureza processual ao tratar da efetivação da tutela de urgência. Isso porque o cumprimento da obrigação passa a ser exigível a partir do momento da ciência da parte quanto à decisão judicial, o que não implica início da fruição do prazo para defesa e, muito menos, para a eventual interposição do recurso de agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela provisória.

Embora o prazo para cumprir a decisão da tutela provisória se inicie com a ciência do réu, podendo o magistrado fazer constar de sua decisão a autorização para que valha como ofício a ser entregue pelo próprio interessado em fazer cumprir a tutela provisória, o prazo para recorrer será iniciado no dia útil seguinte à juntada do mandado de citação aos autos. Nessa data também se iniciará a fluência do prazo para contestar, salvo se houver sido designada audiência de conciliação ou justificação, quando então o prazo se iniciará após a audiência, caso a conciliação não seja bem-sucedida.

Por fim, lembremos que a cognição exauriente (sentença) sempre prevalecerá sobre a cognição sumária (tutela provisória), ainda que a parte tenha obtido a tutela provisória no tribunal. Isso, salvo se ao julgar a ação improcedente, o Juízo de primeiro grau expressamente consignar que mantém a tutela vigente até eventual trânsito em julgado. Não é raro verificar tal condição na prática ante o poder geral de cautela do magistrado. Desta forma, mesmo quando a tutela provisória tiver sido concedida pelo tribunal, a eventual improcedência da ação pelo juízo “a quo” prevalecerá sobre a decisão do tribunal (art. 304, § 3º, do CPC), posto que a cognição exauriente prevalece sobre a cognição sumária. Nessa situação, a parte deve manejar o respectivo recurso e, em seguida, requerer nova tutela provisória no