

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

FELIPE GALEGO

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O
MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO**

Belo Horizonte

2019

FELIPE GALEGO

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O
MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Belo Horizonte

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G151e Galego, Felipe,1982-

A estabilização da tutela antecipada e o modelo constitucional do processo/Felipe Galego. – Belo Horizonte, 2019.

97f. ; 29,7 cm

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2019.

1.Processo civil - Brasil. 2.Tutela antecipada- Brasil.I. Título. II.Freitas,Sérgio Henriques Zandona. III.Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU:347.91/.95



FUMEC

Dissertação intitulada “A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO” autoria de FELIPE GALEGO, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sérgio Henrique Zandoná Freitas – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. André Cordeiro Leal – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)

Profa. Dra. Gabriela Oliveira Freitas – ESTÁCIO DE SÁ
(Examinadora Externa)

Prof. Dr. Luís Carlos Honório de Valois Coelho – ESMAM
(Examinador Externo)

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito
da Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2019.

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

Dedico aos meus pais, Vitor e Jussara,
que muito cedo partiram. Espero que
estejam orgulhosos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas, pela paciência, pela humildade acadêmica e pelo saber compartilhado.

A FUMEC e aos professores do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, especialmente, Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi, Prof. Dr. André Cordeiro Leal e Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

Aos meus amigos servidores do Tribunal de Justiça do Fórum de Vespasiano, especialmente os da 1ª Vara Cível, e de tantas outras comarcas espalhadas pelo Estado, companheiros incansáveis da estafante labuta forense, em particular, Leandra Berenice Gomes, com quem há anos divido as minhas angústias processuais e materiais.

Aos colegas do mestrado, notadamente Silvério de Oliveira Cândido, principal aliado nessa difícil trajetória acadêmica.

À Dra. Moema Miranda Gonçalves, Dra. Dênia Francisca Corgosinho Taborda e Dra. Sayonara Marques, pela confiança e aprendizado.

A FASEH e a todos os colegas professores do Curso de Direito, equipe ímpar e competente, que tenho orgulho de fazer parte. Em especial à Profa. Patrícia Nunes de Gusmão, coordenadora do curso e ao Prof. Guilherme Ferreira Silva, pelas importantes dicas acadêmicas.

Aos meus alunos, pelos constantes estímulos.

A todos os familiares, amigos e colegas, pelas diversas e diferentes contribuições, em particular, Adilson Dias Gomes, amigo que o Direito me deu.

Às minhas tias Moema e Iara, pelo carinho e cuidado.

Aos meus queridos irmãos Sthefânia e Moisés, pelo apoio e incentivo.

À Magda, pelo amor, compreensão e companheirismo. Sem ela, nada disso seria possível.

Aos meus amados filhos Eduardo e Fernanda, que deram novo sentido a minha vida.

RESUMO

A presente dissertação tem como temática a estabilização da tutela antecipada, prevista no art. 304 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 e, como problema, a análise desse instituto a partir das diretrizes do processo constitucional democrático. Seguindo a linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, o trabalho objetiva, após estudar a conformação e as diretrizes do Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais do processo, definir um modelo de processo adequado ao atual paradigma constitucional e verificar a conformidade ou não da estabilização da tutela antecipada com as bases oferecidas pela processualidade democrática. Tem como hipótese principal, ao final confirmada, a afirmação de que a estabilização da tutela antecipada é incompatível com o devido processo constitucional e, por essa razão, está em desarmonia com as matrizes disciplinares do Estado Democrático de Direito. Para uma melhor compreensão do instituto, novidade no Direito Processual Civil brasileiro, faz-se um estudo sobre as tutelas provisórias, seus antecedentes históricos e sobre a forma como estão disciplinadas e sistematizadas no atual Código de Processo Civil. Serão ainda apresentadas as noções gerais da técnica da estabilização, sua sistemática legal, procedimento e pressupostos, além de algumas questões controvertidas sobre o instituto, cujas soluções serão propostas à luz do processo constitucional democrático. O trabalho adota, como raciocínio predominante, o dedutivo, e se desenvolve a partir de pesquisa bibliográfica em livros, incluindo livros físicos, digitais, *sites*, banco de teses e dissertações e periódicos Qualis Capes.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Processo constitucional democrático. Código de Processo Civil de 2015. Tutelas provisórias. Estabilização da tutela antecipada.

RESUMEN

La presente disertación tiene como temática la estabilización de la tutela anticipada, prevista en el art. 304 del Código de Proceso Civil – Ley nº 13.105/2015 y, como problema, el análisis de ese instituto a partir de las directrices del proceso constitucional democrático. Siguiendo la línea de investigación del Programa de Postgrado Stricto Sensu em Derecho de la Universidad, el trabajo objetivo, después de estudiar la conformación y las directrices del Estado Democrático de Derecho y los principios constitucionales del proceso, definir un modelo de proceso adecuado al actual paradigma constitucional y verificar la conformidad o no de la estabilización de la tutela anticipada con las bases ofrecidas por la procesualidad democrática. Tiene como hipótesis principal la tesis de que la estabilización de la tutela anticipada es incompatible con el debido proceso constitucional y, por esta razón, está em desarmonía con las matrices disciplinarias del Estado Democrático de Derecho. Para una mejor comprensión del instituto, novedad en el Derecho Procesal Civil brasileño, también se hará un estudio sobre las tutelas provisionales, sus antecedentes históricos y la forma como están disciplinadas y sistematizadas en el actual Código de Proceso Civil. También se presentarán las nociones generales de la técnica de la estabilización, su sistemática legal, procedimiento y presupuestos, además de algunas cuestiones controvertidas sobre el instituto, cuyas soluciones se propondrán a la luz del proceso constitucional democrático. Se utilizó el método deductivo, por la investigación bibliográfica em libros (físicos y e-books), sitios, banco de tesis y disertaciones y periódicos Qualis Capes.

Palabras-clave: Estado Democrático de Derecho. Proceso Constitucional Democrático. Código de Procedimiento Civil de 2015. Tutelas provisionales. Estabilización de la tutela anticipada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CR/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
2.1	O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	18
2.1.1	O modelo constitucional do processo.....	19
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.....	24
3.1	PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	25
3.2	PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL.....	27
3.3	PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	29
3.4	PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	31
3.5	PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL.....	32
3.6	PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	33
4	TUTELAS PROVISÓRIAS.....	36
4.1	O TEMPO E O PROCESSO.....	36
4.2	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS.....	40
4.3	TUTELAS PROVISÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	43
5	TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	48
5.1	TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA.....	50
5.2	TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA REQUERIDAS EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	53
5.2.1	Tutela antecipada requerida em caráter antecedente.....	53
5.2.2	Tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	57
5.3	TUTELA DA EVIDÊNCIA.....	60
6	A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	64
6.1	NOÇÕES GERAIS.....	64
6.2	SISTEMÁTICA LEGAL.....	66

6.3	PRESSUPOSTOS	67
6.4	A INTERPRETAÇÃO DO TERMO “RECURSO” DO CAPUT DO ART. 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	70
6.4.1	A controvérsia doutrinária sobre o sentido do vocábulo recurso no art. 304 do CPC/2015.....	72
6.4.2	A interpretação restritiva do termo recurso presente no art. 304 do CPC/2015.....	73
6.5	A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA	75
6.5.1	O instrumentalismo e a desprocessualização	75
6.5.2	Estabilização da tutela antecipada: exercício da jurisdição sem o devido processo constitucional.....	79
7	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) (BRASIL, 2015).

De acordo com a exposição de motivos da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do referido diploma processual (BRASIL, 2010b), pode-se concluir que os principais objetivos foram simplificar os procedimentos processuais de forma a garantir uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz e a elaboração de uma legislação que estivesse em sintonia com as garantias e princípios previstos na Constituição República de 1988 (CR/1988) (BRASIL, 1998).

Entre as inúmeras alterações e novidades trazidas pela legislação ao Direito Processual Civil destaca-se a completa reformulação do instituto das tutelas provisórias.

O CPC/2015 (BRASIL, 2015) extinguiu o processo cautelar como figura processual autônoma dentro do Direito Processual Civil brasileiro – como existia no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) (BRASIL, 1973) – e consolidou o modelo procedimental sincrético, com a possibilidade de convivência de duas ou mais atividades procedimentais numa mesma estrutura procedimental, dispensando a necessidade de um processo autônomo para a tutela de urgência. Além disso, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) dividiu a tutela provisória em duas espécies: tutela de urgência e tutela de evidência.

O CPC/2015 (BRASIL, 2015) também inovou na possibilidade das tutelas provisórias serem requeridas em dois momentos processuais diferentes, denominados antecedente e incidental.

A tutela provisória assumirá caráter incidental quando pleiteada, mediante petição simples, no bojo do processo de conhecimento ou execução que já estiverem em curso. Também será incidental a tutela provisória requerida na petição inicial juntamente com o pedido principal.

Na hipótese da urgência anteceder a ação principal (ou o pedido principal), o CPC/2015 (BRASIL, 2015) prevê a possibilidade de requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente, criando, para tanto, dois procedimentos próprios: o procedimento antecedente para a tutela antecipada e o procedimento antecedente para a tutela cautelar.

No procedimento previsto para a tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador criou a possibilidade de estabilização da medida eventualmente

concedida e a consequente extinção do feito, na hipótese de não interposição de recurso em face da respectiva decisão.

O CPC/2015 (BRASIL, 2015), ao prever a estabilização da tutela antecipada antecedente, rompe com o paradigma¹ adotado na ordem então vigente, de que uma decisão provisória baseada em cognição sumária necessariamente deveria ser substituída por outra decisão definitiva, baseada em cognição exauriente, motivo pelo qual o processo deveria necessariamente seguir até provimento final.

Portanto, a justificativa deste trabalho consiste na necessidade de se esclarecer a sistemática procedimental da estabilização da tutela, bem como integrar algumas das lacunas existentes na lei processual – eis que o dispositivo legal que a disciplina é conciso e não detalha a dinâmica do procedimento –, além de, sobretudo, analisar se o instituto é compatível com a matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito.

O que se propõe é a incursão no estudo do instituto, com o objetivo de analisá-lo sistematicamente e criticamente, de forma divorciada da tradicional e violenta escola clássica do Direito Processual, tendente ao exercício da jurisdição sem processo.

Dessa forma, para o desenvolvimento do tema-problema da presente dissertação, exige-se, inicialmente, um estudo sobre o Estado Democrático de Direito, sua conformação, definição, objetivos, garantias e diretrizes, o que será feito no primeiro capítulo da pesquisa.

No segundo capítulo será demonstrada a necessidade de, no Estado Democrático de Direito, ser concebido um modelo democrático de processo, que possibilite a efetiva proteção dos direitos fundamentais e que seja pautado nos princípios e garantias fundamentais previstos na CR/1988 (BRASIL, 2018). Para tanto serão apresentados os fundamentos da Teoria do Modelo Constitucional do Processo, marco teórico da pesquisa.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará um necessário percurso sobre os princípios constitucionais diretivos da jurisdição no Estado Democrático de Direito.

O quarto capítulo abrangerá o estudo da tutela provisória, com a análise da tensão que sempre existiu entre o tempo e o processo, apresentação dos antecedentes históricos da tutela provisória e um panorama atual da tutela provisória no Direito Processual brasileiro.

O quinto capítulo tratará das tutelas provisórias previstas no CPC/2015 (BRASIL, 2015). Serão apresentadas as espécies de tutelas provisórias positivadas no novo diploma

¹ Conforme Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1998. p. 13).

processual, conceitos, natureza, requisitos de concessão, hipóteses de aplicação e o caráter que podem assumir em razão do momento em que forem pleiteadas.

O sexto capítulo abordará exclusivamente a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, explorando todas as questões gerais que envolvem a técnica da estabilização, sua sistemática legal, procedimento e pressupostos.

Em sua parte final, o sexto capítulo tratará de analisar a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter sob a ótica do atual paradigma constitucional, com o fito de verificar se o instituto é compatível com as diretrizes da processualidade democrática e, via de consequência, com o Estado Democrático de Direito.

O trabalho adota, como raciocínio predominante, o dedutivo, e se desenvolve a partir de pesquisa bibliográfica em livros, incluindo livros físicos, digitais, *sites*, banco de teses e dissertações e periódicos Qualis Capes.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para uma melhor compreensão do processo democrático, importante iniciar o trabalho com o estudo sobre o Estado Democrático de Direito, que no Brasil foi implementado com a promulgação da CR/1988 (BRASIL, 1988).

A CR/1988(BRASIL, 1988), em seu art. 1º, determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que expressa a realidade do Estado contemporâneo, fundamentado no exercício do poder pelo povo e limitação deste poder pelo princípio da legalidade.

A terminologia “Estado” advém do latim (*status*) que significa “situação permanente de convivência ligada à sociedade política” (DALLARI, 1998, p. 51). Segundo Welington Luzia Teixeira, o termo Estado como sociedade apareceu pela primeira vez em 1513, na obra “O Príncipe”, de Maquiavel (TEIXEIRA, 2008, p. 25).

Conforme Rosemiro Pereira Leal, “Estado é uma instituição constituída e regulada pelas normas legais que formam o ordenamento jurídico de uma sociedade política” (LEAL, R., 2018, p. 386). José Alfredo de Oliveira Baracho define o Estado como instituto fundamental ao Direito Público e ao Direito Constitucional. Afirma que as instituições políticas são baseadas no poder político e no Estado, e que o ponto comum das análises políticas é o relacionamento dos fenômenos políticos com o poder, constatação vinculada à organização e ao exercício do poder em sociedade, ou ainda, na ideia de poder pela divisão de grupos sociais dos que mandam e dos que obedecem (BARACHO, 1977, p.134-137).

Sérgio Henriques Zandona Freitas sustenta que o Estado Democrático de Direito tem como objetivo indispensável a compreensão dos direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e dos bens públicos, bem como o cuidado vigilante que o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam às relações entre o poder, Estado e cidadão (FREITAS, S., 2014, p.20).

Conforme o ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, entende-se por Estado Democrático de Direito uma união entre o Estado de Direito e o princípio democrático:

Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito. (DIAS, 2004, p.99).

O autor ainda conclui que essa fusão

[...] permite criar para o Estado um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais integrantes do seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas

normas voltadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais positivados no texto da Constituição. (BRETAS, 2015, p. 223).

Embasado nos ensinamentos de Canotilho, Alexandre de Moraes (2008) também denomina essa junção ou união de princípios como Estado Constitucional, que para ele é uma das grandes conquistas da humanidade E que para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado Democrático de Direito. Segundo o autor são duas as “grandes qualidades” do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático (MORAES, 2008, p. 5).

Contudo, conforme muito bem ressaltado por José Afonso da Silva, a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas sim “na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos de elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo” (SILVA, J., 2009, p. 119).

Nessa mesma linha, Sergio Henriques Zandoná Freitas asseverou:

O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988. (FREITAS, S., 2014, p. 65).

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a expressão Estado de Direito tem origem no idioma Germânico (*Rechtsstaat*), resultante da junção das palavras *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), realizada com o objetivo de revelar a teoria fundada e desenvolvida pelos juristas alemães sobre o estado durante a primeira metade do século XIX, que surgiu como forma de oposição ao chamado Estado de Polícia (*Obrigkeitsstat*), cujas principais ideias eram o predomínio da soberania centrado no monarca, poder exercido por meio de autoridades eclesiásticas, felicidade dos súditos confiada ao soberano e configuração do Estado afastada do constitucionalismo moderno (DIAS, 2015, p. 57-58).

O *Rechtsstaat* pretendeu, portanto, ocupar o lugar do Estado de Polícia, em que tudo era regulamentado e controlado pelo Estado, pela ideia de Estado de Direito, com proteção da ordem e da segurança jurídica, assegurando, contudo, liberdade aos particulares nos campos econômicos e sociais, garantindo-se amplo modelo protetivo de jurisdição ordinária (MORAES, 2008, p. 5).

Ensina José Afonso da Silva que, originalmente, Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal. Por essa razão, falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas principais características eram a submissão ao império da lei, divisão de poderes, e a garantia dos

direitos individuais, que ainda continuam a ser os postulados desse modelo de Estado, que segundo o autor, configura uma grande conquista da civilização liberal (SILVA, J., 2009, p. 112-113).

Para Raymond Carré de Malberg o regime do Estado de Direito é o que faz regras impostas a si próprio como forma de limitar seu poder de atuação e que podem ser proclamadas por seus cidadãos em defesa de seus direitos. É também aquele que cria normas concernentes ao exercício do poder por ele próprio no seu ordenamento jurídico, garantindo aos seus cidadãos o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional com a finalidade de alcançarem a invalidação ou a extinção dos atos estatais que as tenham infringido como sanção dessas regras (MALBERG, 1984).

Entretanto, a noção simples e pura de Estado de Direito, ainda que constitucionalizado, não pode ser confundida com a concepção de Estado Democrático instaurado no Brasil após 1988. Ocorre que de Direito também eram as concepções de Estado Liberal e Estado Social, em razão de sujeitarem o poder do Estado a princípios e normas jurídicas e legitimarem esse mesmo poder pela ordem normativa instituída (PAOLINELLI, 2016).

Nesse sentido, segundo Del Negri,

[...] todo Estado, seja ele autocrático ou não, sempre será um Estado de Direito (Kelsen). [...] é bom lembrar que a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o estado, mas sim o direito que rege o Estado. (DEL NEGRI, 2009, p. 59).

O regime político brasileiro previsto na CR/1988 (BRASIL, 1988) funda-se no chamado princípio democrático, enunciado no preâmbulo bem como no seu primeiro artigo. Trata-se de regime fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente.

Gabriela Oliveira Freitas (2014a, p. 10) ensina que a partir do princípio democrático, deve-se observar que democracia remete principalmente à ideia de governo do povo², ou seja, significa permitir a efetiva participação do povo como forma de conferir legitimidade à

² Giorgio Agamben, na obra “Meios sem Fim: Notas sobre a Política”, discute os significados do termo “povo”, que, segundo ele, tanto dá nome ao sujeito político quanto a uma classe que é politicamente excluída, sentidos díspares que geram conflitos. Agamben afirma que “uma ambiguidade semântica tão difundida e constante não pode ser casual: ela deve refletir uma anfibologia inerente à natureza e à função do conceito de povo na política ocidental. Ou seja, tudo ocorre como se aquilo que chamamos de povo fosse, na realidade, não um sujeito unitário, mas uma oscilação dialética entre dois polos opostos: de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos; ali uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui uma exclusão que se sabe sem esperanças; num extremo, o Estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a reserva – corte dos milagres ou campo – dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos que foram banidos.” (AGAMBEN, 2015).

atuação do Estado nas suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional, conforme previsto no art. 1º, parágrafo único, da CR/1988, segundo o qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988).

Sob esse aspecto, o exercício do poder que o Estado detém em nome do povo é uno, indivisível, não podendo ser dividido ou fracionado, o que se divide é atividade funcional do Estado que se revela nas funções executiva, legislativa e jurisdicional.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade. (SILVA, J., 2009, p. 119).

Nesse mesmo sentido, destaca-se a definição consignada por Gustavo Binbenbojm ao Estado Democrático de Direito, como sendo estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Para ele a origem e alicerce de todos os direitos fundamentais estariam assim advindos dessa ideia de dignidade traduzida pelo postulado kantiano elevada a princípio jurídico (BINENBOJM, 2008).

Alexandre de Moraes assevera que “o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”(MORAES, 2008, p.6).

Jürgen Habermas também ressalta a importância dos direitos fundamentais, tão necessários à construção das bases do Estado Democrático de Direito, chamando a atenção para “o processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação” (HABERMAS, 2003a, p. 225),destacando que:

[...] em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia. (HABERMAS, 2003a, p. 224-225).

Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, as três funções essenciais do Estado são exercidas no mesmo fundamento de legitimidade existente nas ordens jurídicas instituídas, quando estabelecem que todo poder emana do povo e em nome do povo é exercido (GONÇALVES, 2012, p. 41).

Entretanto, a manifestação democrática no Estado Democrático de Direito não se limita à representação. Conforme Ronaldo Bretãs de Carvalho Dias, o caráter democrático deve necessariamente incluir a participação efetiva e operante da população na coisa pública, não se limitando, porém, à simples formação das instituições representativas, o que já seria uma evolução do Estado Democrático, entretanto não seria seu completo desenvolvimento, uma vez que:

[...] impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo [...]. Como povo, há de se entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político. (DIAS, 2004, p.102).

O Estado Democrático, pelo contrário, vai muito além disso. O princípio democrático atrelado ao Estado de Direito, impõe não apenas a ideia de governo do povo com limitação do exercício do poder estatal pelo ordenamento jurídico, mas também participação do povo que confere e legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial. Segundo Canotilho, um “Estado limitado pelo direito e o poder político legitimado pelo povo, sendo o direito concebido enquanto direito interno do Estado e o poder democrático entendido enquanto poder do povo que reside no território do Estado ou pertencente ao Estado.” (CANOTILHO, 2008, p. 57).

Em outras palavras, no Estado Democrático as regras e os princípios (ordenamento jurídico) lançam mão de diversos institutos que inserem o povo no governo. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que, no plano das relações concretas entre o Estado e os cidadãos, para ser considerado democrático, o Estado deve garantir ao seu povo exercício efetivo dos direitos constitucionalmente previstos, quais sejam, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 149).

Logo, a democracia não é exercida apenas pelo voto nas eleições. No Estado Democrático o povo pode e deve participar de forma ostensiva e destacada nos debates, deliberações e soluções dos problemas e das questões de interesse nacional, seja por meio de plebiscitos, audiências públicas, referendos, iniciativa popular de projetos legislativos e, principalmente, por meio do processo constitucional (DIAS, 2015, p. 128).

Essa ideia é referenda por Welington Luzia Teixeira, que sobre o tema assim assevera:

No entanto, não basta estar sob um regime democrático, e sob um complexo de normas, em tese democráticas, para que o Estado possa ser considerado, efetivamente Democrático de Direito. É preciso, sobretudo, que a aplicação desse direito passe por uma fiscalidade incessante dentro do espaço da processualidade, onde sejam observados os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. Ou seja, quem cria o direito (o povo) é também o seu destinatário e deve ser guardião da sua democrática aplicação. (TEIXEIRA, 2008, p. 31-31).

Conclui-se, portanto, que no Estado Democrático de Direito tem-se como principal objetivo a autonomia do povo, garantindo-lhe a soberania política, e, via de consequência, mecanismos para que se possa participar, fiscalizar e interferir nas atividades do Estado.

2.1 O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Alexandre Ferrer Silva Pereira, “no Estado Democrático de Direito, deve ser concebido um modelo de processo democrático que possibilite a proteção dos direitos fundamentais das pessoas”(PEREIRA, 2016, p. 22).

O Estado Democrático de Direito está sempre em construção, logo, com o objetivo de garantir ao povo efetiva participação nas funções do Estado e assegurar estrito respeito à ordem jurídica, não se admite um modelo de processo que esteja à margem do Estado Democrático de Direito.

Numa perspectiva democrática, é direito do cidadão e dever do Estado oferecer uma resposta adequada às pretensões, mediante garantia de ampla participação na construção dos provimentos, observado o devido processo.

Nas Constituições democráticas existe uma tendência de harmonização do exercício do poder político estatal, disciplinado com a garantia da liberdade individual. Ou seja, atualmente é essencial a organização do Estado por meio de sua divisão (especialização) em funções (sua ordenação em órgãos), direito fundamental que deve ser assegurado à todas as pessoas, pois é ela que permite e garante o exercício desses direitos, inclusive, por meio da jurisdição (atividade-dever do Estado) (PAOLINELLI, 2016).

Sobre o Estado Democrático e a sua função jurisdicional, Sérgio Henrique Zandoná Freitas assevera:

Assim, o Estado Democrático de Direito tem sua base estruturante no direito do povo às funções do Estado, essenciais e jurídicas (legislativa, executiva ou administrativa ou governamental e a jurisdicional) que, do ponto de vista do processo (jurisdicional ou administrativo), ao administrado, efetivado estará o direito ao devido processo constitucional, desde que observados os preceitos elencados na Constituição de 1988. (FREITAS, S., 2014, p. 75)

No que diz respeito à relação entre processo e Constituição, não se concebe na atualidade um modelo de processo que não vinculado e sujeito à Constituição da República (BRASIL, 1988), como muito bem afirmado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

[...] pode ser difícil divisar um processo que não seja constitucional, e não somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional. Assim, ao criar condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, todo processo, e não somente as garantias que estruturam as chamadas garantias constitucionais-processuais, pode vir a ser processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, processo constitucional. (OLIVEIRA, M., 2000, p. 169).

Desse modo, tem-se que no Estado Democrático de Direito o processo também deve ser, por óbvio, democrático. Para tanto, a garantia constitucional do devido processo deve ser a base, o alicerce e o principal condutor dos estudos sobre o processo democratizado.

Considerando, portanto, essa necessidade de o processo estar relacionado com a Constituição da República (BRASIL, 1998) e possuir viés estritamente democrático, possibilitando a participação de qualquer interessado nas funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional), devem ser estudadas teorias³ do processo que possibilitem maior vinculação desse instituto ao Estado Democrático de Direito.

2.1.1 O modelo constitucional do processo

O processo⁴ deve estar em sintonia com essa concepção de Estado prescrita pela Constituição da República (BRASIL, 1988), da qual decorre o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Por essa razão, também a norma jurídica concreta – a norma regente do caso submetido ao Poder Judiciário – deve ser construída com a participação dos destinatários dos seus efeitos (construção participada dos provimentos).

Segundo Sérgio Henrique Zandona Freitas, no Estado Democrático de Direito, em sua concepção moderna, o legislador, eleito pelo povo, deve se submeter aos princípios do processo como instituição jurídica delimitadora da soberania popular e da cidadania, “cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade

³ De acordo com Rosemiro Pereira Leal, teoria pode ser considerada “expressão de pensamentos organizados” ou “resultante discursiva (ideia conclusiva) de uma reflexão satisfatória (afirmativa ou negativa) da existência numa especialidade temática” (LEAL, R., 2018, p. 44 e 276).

⁴ Reporta-se, aqui, à lição do Mestre Aroldo Plínio Gonçalves, no sentido de ser o processo “instrumento disciplinado em lei para permitir a manifestação do Poder Jurisdicional, chamado a resolver os conflitos, onde as autocomposições falharem.” (GONÇALVES, 2012, p. 5).

judicatória dos julgadores, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte” (FREITAS, S., 2015, p. 52-53).

Portanto, o modelo constitucional do processo, marco teórico da pesquisa, e que alguns também denominam de teoria constitucionalista do processo ou simplesmente processo constitucional⁵,

[...] toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. (DIAS, 2015, p. 118).

Logo, as normas processuais devem respeitar a supremacia da Constituição (BRASIL, 1988), tendo em que vista que suas premissas básicas estão previstas no texto constitucional, que ainda eleva o processo como importante garantia fundamental.

Em outras palavras, o modelo constitucional do processo:

[...] trouxe uma ligação necessária entre Constituição e Processo, partindo da idéia de que os preceitos fundamentais consagrados no texto constitucional passam a reger o processo, consagrando-o com valores supremos da sociedade política e organização do Estado, como limite de sua atuação e ampliação do controle do poder estatal, pelos instrumentos de defesa de liberdades fundamentais. (PAOLINELLI, 2016).

Ou seja, o processo, judicial, legislativo ou administrativo, deve se desenvolver conforme o modelo constitucional de processo, como garantia do devido processo constitucional, como forma de garantir que o provimento final seja alcançado sob a indispensável disciplina constitucional principiológica.

Essa estrita relação que deve ser mantida entre a Constituição e o processo teve como primeiro defensor o jurista mexicano Héctor Fix-Zamúdio, após a 2ª Guerra Mundial (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 137), e que posteriormente no Brasil foi efetivamente difundida por José Alfredo de Oliveira Baracho.

Segundo Baracho,

A constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a constituição e o processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade, e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social. (BARACHO, 1984, p. 122).

⁵Sobre as expressões processo constitucional, direito constitucional processual e direito processual constitucional, Baracho esclarece que todas elas passaram a ser utilizadas concomitantemente nos estudos dos institutos processuais, segundo as categorias ou bases do Processo Constitucional, levando em conta a aproximação da Constituição com o direito processual (BARACHO, 1999, p. 104).

Francisco Rabelo Dourado de Andrade afirma que a Constituição impõe que o “processo seja considerado um sistema garantidor dos direitos fundamentais” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, 137) mediante orientação do princípio constitucional do devido processo, nele incluído o contraditório, isonomia, ampla defesa, reserva legal e fundamentação das decisões (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 137).

A teoria constitucionalista apresentou-se como importante elo indispensável entre Constituição e processo, partindo da premissa de que os princípios insculpidos no texto constitucional devem conduzir o processo, “consagrando-o com valores supremos da sociedade política e organização do Estado, como limite de sua atuação e ampliação do controle do poder estatal, pelos instrumentos de defesa de liberdades fundamentais” (PAOLINELLI, 2016).

Ainda nesse sentido, Flávia Couto de Oliveira Contigli, em pesquisa sobre a aplicação dessa teoria aos processos administrativos, asseverou:

O devido processo legal visto como constitucional deve observar os direitos e garantias constitucionais do processo e essencial para o arcabouço do Direito Processual Constitucional, devendo exercer seu efeito nos diversos níveis do procedimento inclusive invalidando, quando aplicável, leis e decisões arbitrárias que ilegítima e injustificadamente possam ferir direitos fundamentais. (CONTIGLI, 2016, p. 55).

O “Modelo Constitucional de Processo” é uma expressão elaborada pelos juristas Italo Andolina e Giuseppe Vignera, italianos de importante relevância na teoria constitucionalista. Segundo André Cordeiro Leal, “Andolina e Vignera buscam demonstrar, em análises objetiva e subjetiva, que é forçoso entender o processo como modelo constitucionalizado a ser obedecido na construção dos procedimentos na infra-constitucionalidade” (LEAL, A., 2002, p. 88).

O objetivo desses dois autores era destacar a importância de se adotar um modelo constitucional aplicável aos processos de qualquer natureza. Conforme Dierle Nunes, “em Andolina e Vignera, o processo tem características de expansividade, variabilidade e perfectibilidade, que permitem que o modelo constitucional abranja qualquer tipo de processo, seja jurisdicional, legislativo ou administrativo” (NUNES, 2012, p.199).

Logo, o processo e os princípios constitucionais a ele inerentes são indissociáveis, razão pela qual deve ser entendida como ultrapassada qualquer tentativa de afastá-los, porque o processo viabiliza a atividade jurisdicional em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional, conforme ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

[...] não há processo que não deva ser constitucional, e na somente porque todo processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que

em nosso ordenamento jurídico todo órgão judicial é competente para apreciar questão em matéria constitucional. (OLIVEIRA, M., 2001, p. 207).

Ao assegurar o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova, o julgamento público, realizado por juiz competente, independente e imparcial, e tornar obrigatória a motivação das decisões, a Constituição da República (BRASIL, 1988) conferiu ao processo um perfil democrático que “assegura a participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial na sua formação” (ALMEIDA, 2007, p. 19).

O processo democrático, com a participação efetiva de seus sujeitos, possibilita a reconstrução argumentativa da situação fática submetida ao Judiciário e a definição, também argumentativa, da norma jurídica adequada ao seu regramento. Pedido e resposta, prova e contraprova, tudo isso conduz, gradativamente, à reconstrução da situação fática objeto da demanda e à definição da norma adequada a regê-la.

Nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias,

[...] a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional decisório e no pronunciamento legislativo administrativo decisório (também no pronunciamento legislativo, a lei aprovada) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. (DIAS, 2015, p.41).

O autor também sustenta que as garantias fundamentais “compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras do essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade”(DIAS, 2015, p. 111), como, por exemplo, o mandado de segurança, o *habeas data*, o *habeas corpus*, a ação popular o mandado de injunção e, a principal, o processo legal, informado pelos princípios do juízo natural, do da ampla defesa, contraditório, e da indispensabilidade da presença do advogado.

Importante aqui destacar a advertência de Sergio Henriques Zandona Freitas:

[...] o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração, e as formas de controle constitucional; que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito à prova, instrumentalidade das formas presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito. (FREITAS, S., 2014, p. 52-53)

O processo democrático é uma garantia constitucional à construção da cidadania, por meio da participação ampla e irrestrita do povo no controle e construção dos provimentos estatais, com irrestrita observância dos princípios constitucionalmente previstos, sendo certo que o processo deve irrestrito respeito às disposições constitucionais.

Nesse sentido, leciona Lênio Luiz Streck:

Parece óbvio dizer que, vivendo sob a égide de uma Constituição democrática, compromissória e, quiçá, dirigente, o que se esperaria dos juristas, no que se

relaciona ao processo de aplicação do direito, é que tivéssemos construído um sentimento constitucional-concretizante nesses vinte anos, a partir de um labor avassalador, pelo qual as leis infraconstitucionais seriam simplesmente devassadas a partir de uma implacável hermenêutica constitucionais. (STRECK, 2009, p. 5-6).

O principal efeito de um processo constitucional democratizado é uma decisão altamente legitimada, resultado do confronto de argumentos e de provas, num procedimento caracterizado pela observância do devido processo constitucional e pelo exercício, em simétrica paridade, da ampla defesa e contraditório.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A etimologia da palavra princípio vem do latim *principium, principii*, que se define como começo, origem, base, ponto de partida (CARRAZA, 2003, p. 30).

Os princípios do Direito podem ser considerados normas jurídicas que, por meio de enunciados sintéticos, apresentam o conteúdo complexo de ideias científicas e preposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico (DIAS, 2015, p. 137).

Segundo Miguel Reale, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2003, p. 37).

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípios como

[...] mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, e ainda disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2017, p. 112).

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ensinam:

Os princípios são normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-os. Segundo a doutrina são normas “fundantes” do sistema jurídico. São os princípios que, a rigor, fazem com que exista um sistema. Os princípios jurídicos são também normas jurídicas, Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios, vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 69-70).

Nota-se, portanto, a importância dos princípios, eis que são eles a base fundante, as vigas mestras do ordenamento jurídico, inclusive da Constituição (BRASIL, 1988). São tidos como núcleo do sistema normativo, configurando-se fonte de sua legitimidade. Assim, são os princípios que dão fundamento às demais normas do sistema legal.

Apoiado em Maurício Delgado, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias enumera as principais funções exercidas pelos princípios jurídicos como sendo:

a) função interpretativa (atuam como diretrizes que revelam e compreendem o direito); b) função supletiva (atuam subsidiariamente na possibilidade de ocorrer lacuna ou omissão da regra) e c) função normativa própria (os princípios, como base e razão de todo o sistema jurídico, fundamentam o direito assumindo a posição efetiva de normas jurídicas). (DIAS, 2004, p. 121).

A Constituição da República (BRASIL, 1988) estabelece os princípios fundamentais do processo, principalmente no art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, no título “dos direitos e garantias fundamentais”.

Os princípios constitucionais do processo são denominados por Sérgio Henriques Zandona Freitas como “elementos configuradores do processo insculpidos na Constituição de

1988” (FREITAS, S., 2014, p. 82), indispensáveis na conformação do processo democratizado, todos institutivos do processo, seja ele administrativo ou judicial.

Sobre os princípios constitucionais do processo, importante destacar a advertência de Rosemiro Pereira Leal:

Claro que princípios constitucionais do processo não são meros princípios procedimentais criados a esmo pela Constituição, mas princípios e institutos do processo coinstitucionalmente construídos e unificados, que, por suas garantias, teórica e juridicamente paradigmáticas, asseguram o exercício pleno da cidadania como legitimação irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos coinstitucionalizados. (LEAL, R., 2018, p. 58).

Diversos princípios do processo estão previstos na Constituição da República (BRASIL, 1988) e são garantias fundamentais à asseguaração de todos os demais direitos e liberdades, também previstos constitucionalmente, o que justifica a importância do seu estudo. A seguir serão destacados aqueles que consideramos mais relevantes à análise do tema-problema da presente pesquisa, eis imprescindíveis ao processo democrático.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O princípio do devido processo legal tem origem na expressão inglesa *due process of law*⁶ e, a partir do acesso à jurisdição, representa o direito de deduzir pretensão e de se defender amplamente em juízo, bem como o direito a um pronunciamento judicial final, com respeito ao contraditório, ampla defesa e isonomia (FREITAS, S., 2014, p. 83).

Ensina Fernando Gonzaga Jayme que “o devido processo legal é uma criação do sistema jurídico do *common law*, que foi incorporado pelo sistema romano-germânico, pela inevitabilidade de garantir o indivíduo contra qualquer arbitrariedade ao seu patrimônio jurídico” (JAYME, 2000, p. 72).

Esse princípio consubstancia-se em postulado fundamental de todo o sistema processual, e se encontra previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição, que dispõe que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Em outras palavras, toda e qualquer interferência que o cidadão possa vir a sofrer, seja no seu patrimônio, na liberdade ou na integridade pessoal, deve obrigatoriamente decorrer de decisão prolatada num processo que tenha tramitado em conformidade com o conjunto de garantias constitucionalmente previstas. É uma garantia do cidadão, assegurando tanto o

⁶ Em tradução livre, “devido processo legal”.

exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Sobre o alcance e a indispensabilidade desse princípio, Ângela Maria Valentino assevera: “Torna-se relevante observar que o devido processo tem como destinatário todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, em todos os procedimentos administrativos ou judiciais. E, mesmo em casos de instabilidade democrática, como estado de sítio e estado de defesa e na intervenção federal, os destinatários não sofrerão restrição Desse direito” (VALENTINO, 2015, p. 73).

Seguindo as matrizes disciplinares do modelo constitucional do processo, marco teórico da pesquisa, o que é verdadeiramente assegurado pela Constituição da República (BRASIL, 1988) é o devido processo constitucional⁷. Nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a conseqüente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a tal desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica. (DIAS, 2015, p. 164).

Há quem considere o princípio do devido processo constitucional como a fonte de todos os demais princípios processuais constitucionais. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, afirma que todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual são corolários do devido processo legal e estariam presentes no ordenamento jurídico ainda que não tivessem sido expressamente contemplados no texto constitucional (CÂMARA, 2008, p. 33).

Nelson Nery Junior chega a afirmar que bastaria a Constituição vigente (BRASIL, 1988) ter enunciado o princípio do devido processo constitucional para que o *caput* e a maioria dos incisos do seu art. 5º fosse considerados desnecessários (NERY JUNIOR, 1997, p. 26).

Nessa linha, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que o devido processo constitucional “dever ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos

⁷Segundo Bruno Amazan Avelar de Araújo, “sendo um princípio de matriz constitucional, porquanto previsto no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o devido processo legal, enquanto estrutura normativa, transmuda-se em devido processo constitucional”(ARAÚJO, 2018, p. 69). Por outro lado, Thaís Campos Maria destaca que “o devido processo legal é mais bem compreendido quando posto junto ao devido processo constitucional. Salienta-se a compreensão do devido processo legal como a devida aplicação da lei processual, enquanto que por devido processo constitucional entende-se a devida aplicação do processo constitucional instituído pelo povo.” (MARIA, 2017, p. 58).

e garantias fundamentais inafastáveis” (DIAS, 2015, p. 165). Entre esses direitos e garantias que compõem o devido processo o autor cita o direito a amplo acesso à jurisdição prestada em tempo razoável, garantia do juiz natural, contraditório, ampla defesa com assistência de advogado ou defensor público, fundamentação das decisões e garantia de um processo de dilações indevidas. (DIAS, 2015, p. 166). É o que nos ensina Sérgio Henrique Zandoná de Freitas:

O devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que representam os pilares do Estado Democrático de Direito, inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens, já que os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários. (FREITAS, S., 2014, p. 83).

Nessa perspectiva, o devido processo constitucional deve ser entendido como o princípio responsável por assegurar que os processos judicial, administrativo e legislativo se desenvolvam de acordo com a Constituição (BRASIL, 1988).

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL

Previsto na Constituição da República (BRASIL, 1988), no *caput* do seu art. 5º, que garante que “todos são iguais perante lei” (BRASIL, 1988), o princípio da isonomia é o primeiro ente os corolários do devido processo constitucional.

O princípio da isonomia é regra básica em todos os ramos do Direito e aparece muito forte no Direito Processual. Ele compreende o equilíbrio de participação entre as partes no processo, cada qual com a mesma importância para o provimento final, objetivando o desenvolvimento de um processo equânime, inibindo favorecimentos e garantindo um resultado razoável e legítimo.

Segundo o princípio da isonomia processual, as partes e demais envolvidos no processo devem gozar das mesmas faculdades e oportunidades processuais e devem receber tratamento isonômico, desde que em igualdade de condições.

Segundo Rosemiro Pereira Leal:

O *instituto da isonomia* é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (*processo*), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a implementação, entre partes, da estrutura procedimental. (LEAL, R., 2018, p. 155).

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira da constitucionalização do processo, teve o cuidado de reafirmar expressamente o princípio em seu art. 7º, ao consignar que “é

assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (BRASIL, 2015).

Pode-se compreender a isonomia como parte essencial e indispensável ao contraditório, sendo a garantia fundamental responsável pela simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2012, p. 109).

Ressalta-se que a determinação de que não haverá distinção não quer dizer que haverá uniformidade no tratamento. Alexandre Freitas Câmara ensina que somente haverá adequado respeito à isonomia

[...] quando se compreender que a mesma tem por fim afirmar que, diante das naturais desigualdades entre os homens, o ordenamento jurídico deve se comportar de modo capaz de superar tais desigualdades, igualando as pessoas. É pois, dever do Estado assegurar tratamento que supra as desigualdades naturais existentes entre as pessoas. Somente assim ter-se-á assegurada a igualdade substancial (e não meramente formal) que corresponde a uma existência do processo justo, garantido pela cláusula *due process of law*. (CAMARA, 2008, p. 43).

Por outro lado, Francisco Dourado de Andrade assevera que a isonomia não decorre da simples ideia de se conferir tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Afirma que o direito ao processo não tem conteúdo de criação de direitos, mas deve ser direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 149).

Nessa mesma linha, Sérgio Henriques Zandoni afirma que “a compreensão da isonomia sob a ótica da Teoria Processual Democrática dos Direitos Fundamentais perpassa pela participação e fiscalidade ampla e irrestrita do jurisdicionado com relação à construção dos provimentos jurisdicionais”(FREITAS, S., 2008, p. 54).

Para Rosemiro Pereira Leal, o princípio da isonomia comporta três vertentes de reflexão: a isotopia, que seria a igualdade de todos perante a lei; a isonomia, que é a igualdade a todos no exercício da interpretação; e a isocrítica, como igualdade de todos de criar, modificar ou substituir a lei (LEAL, R., 2013, p. 47-48).O referido autor ainda esclarece que:

A isonomia, como principal princípio legal, autodiscursivo e legitimante de validade da instituição do devido processo constitucional, já impõe a igualdade procedimental a ensejar a execução de igualdades fundamentais de direitos dos desiguais e diferentes já decididos, como líquidos, certos e exigíveis, no plano da normatividade constituinte e, por conseguinte, protegidos pela invulnerabilidade do instituto da coisa julgada material que, na democracia é a estabilizadora dos direitos fundantes da constitucionalidade democrática desde as etapas instituinte e constituinte de sua criação normativa até a sua efetiva execução jurisdicional. (LEAL, R., 2005, p. 84).

Tem-se, dessa forma, que a isonomia processual, ao lado de todos os demais princípios constitucionais do processo, principalmente o da ampla defesa e do contraditório, tornam-se

bases informadoras da atividade jurisdicional do Estado segundo as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório está previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). Tal princípio tem importância extrema no processo constitucionalizado por garantir aos jurisdicionados o direito de participação e defesa; deve ser o principal pilar de um processo que prima pela prestação jurisdicional de forma democrática.

Conforme muito bem ressaltado por André Cordeiro Leal, “o contraditório, referido no art. 5º, LV, da CR/88, deve ser entendido, na atualidade, como princípio constitucional que atua como referente inafastável na leitura do Código de Processo Civil e da legislação procedimental no plano infra-constitucional” (LEAL, A., 2002, p. 102).

No mesmo sentido, Bruno Amazan Avelar de Araújo aduz que “é, pois, o contraditório um direito fundamental, previsto em norma jurídica do tipo princípio, estando assegurado constitucionalmente (art. 5º, LV, CRFB/88) e regendo a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro” (ARAÚJO, 2018, p. 74).

O contraditório implica na isonomia de tratamento bem como na bilateralidade da oitiva das partes, que alguns autores resumem no binômio “ciência e reação” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 76). Contudo, mais do que isso, é o direito de plena e irrestrita participação em todos os atos do processo e de efetiva influência na formação do provimento final.

Nessa esteira, André Cordeiro Leal ressalta a importância de se assegurar às partes igual oportunidade de pronunciamento e que este seja efetivamente considerado quando da prolação da sentença, sendo que se ocorrer de forma diversa, estará sendo negada a vigência aos princípios do processo ou da própria força normativa do texto constitucional (LEAL, A., 2002, p. 104).

Elio Fazzalari dispensou atenção especial ao princípio do contraditório em suas obras. Segundo ele, o contraditório representa o elemento intrínseco do processo que compõe “a estrutura dialética do procedimento” (FAZZALARI, 2006, p. 119) e pode ser entendido como “participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições, na mútua implicação das suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p.119).

Nessa linha, Sérgio Henriques Zandona Freitas foi preciso, ao afirmar:

Assim, de forma mais ampla, o contraditório se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta. (FREITAS, S., 2014, p. 84).

Dessa forma, contraditório tem especial destaque em relação aos demais princípios, pela sua essencialidade ao garantir às partes efetiva participação no processo, de forma a efetivamente influenciar o julgador no seu pronunciamento final.

O contraditório, para Flaviane de Magalhães Barros, não pode ser entendido como mera participação das partes no processo, mas participação em simétrica paridade. Segundo a referida autora, “é esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, nesta nova concepção” (BARROS, 2003, p. 7).

Acompanhando os avanços do estudo da compreensão do princípio, Dierle José Coelho Nunes e Natanael Lud Santos e Silva (2015) o entendem como algo impossível de ser analisado apenas como mera garantia formal de bilateralidade do processo. Ressaltam como uma das mais importantes, a possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, considerando-se as argumentações influentes das partes (NUNES; SILVA, 2015).

Na esteira desse avanço, o CPC/2015 (BRASIL, 2015), em seu art. 10, trouxe importante premissa para interpretação de todo o diploma processual, garantindo o efetivo contraditório com suas características de influência e não surpresa por meio do policentrismo processual e de um sistema cooperativo e coparticipativo. Observe-se a literalidade do referido dispositivo legal: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito na qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deveria decidir de ofício”(BRASIL, 2015).

Percebe-se que o legislador infraconstitucional fez questão de expressamente advertir que nenhuma decisão judicial pode ser embasada por fundamentos ou fatos que não tenham sido submetidos ao contraditório, ou seja, sobre os quais os sujeitos processuais não tiveram oportunidade de amplamente debaterem. Tal norma confirma a afirmação de André Cordeiro Leal, de que “o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões” (LEAL, A., 2002, p. 105).

O processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrática e constitucional e se tornaria meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes (LEAL, A., 2018, p. 155).

Logo, inexistente processo sem contraditório amplo, legítimo e eficiente, o mais importante dentre os princípios que compõem o processo democrático, sendo ele o cerne do processo e, também, legitimador da existência deste.

3.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa visa assegurar às partes o uso de qualquer meio ou recurso legítimos para plena defesa de seu direito, tanto em sede de processo judicial quanto administrativo.

Juntamente com o princípio do contraditório, a ampla defesa está expressamente consignada no art. 5º, LV, da Constituição da República, *in verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

O princípio da ampla defesa regula as relações existentes entre os interessados e o julgador, até que este explicita a decisão, tutelando os litigantes por meio da atividade realizada no curso do procedimento, seja ele administrativo ou judicial (FREITAS, S., 2014, p. 86).

Na definição de Rosemiro Pereira Leal:

O instituto da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização da *cognitio* a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos jurídico-fundantes de sua produção eficiente. (LEAL, R., 2018, p. 156).

E nos dizeres de Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

A ampla defesa esta diretamente relacionada aos limites temporais do procedimento, dimensão na qual é resguardada a oportunidade de exauriência dos argumentos e de produção de prova sem espaço que permita a reflexão cômoda dos aspectos fundamentais para sua realização efetiva, nos termos legalmente definidos. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 149).

No Estado Democrático de Direito, a ampla defesa é a garantia fundamental do cidadão de plenitude da defesa de seus interesses, em tempo e modo suficientes para sustentá-la. Dessa forma, não se pode admitir, a pretexto de uma atividade jurisdicional célere ou de

efetividade do processo, o sacrifício ou redução do tempo da ampla defesa eis que esta representa a oportunidade de argumentação e produção de provas de maneira exauriente.

3.5 PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL

O princípio do Juiz natural encontra-se previsto nos incisos XXXVII e LIII da Constituição da República (BRASIL, 1988), que preveem, nessa ordem, que não poderá haver juízo ou tribunal de exceção e que nenhuma pessoa será processada ou sentenciada sem que o seja pela autoridade competente.

O princípio garante que o órgão jurisdicional que irá processar e julgar uma demanda deve ser definido anteriormente pela lei, sendo vedada a indicação de juízos ou tribunais para casos determinados, ou seja, veda-se o juízo pré-constituído⁸.

Registre-se que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias prefere utilizar a denominação juízo natural. Justifica, para tanto, na literalidade do dispositivo constitucional no qual está expresso, que faz menção ao juízo natural, não ao juiz. Também afirma que a expressão juízo tem conceito jurídico mais qualificado do órgão estatal responsável pelo exercício da função jurisdicional do Estado, enquanto juiz indica apenas o agente público investido pelo Estado do poder de julgar (DIAS, 2015, p.151).

A observância do juízo natural exige que “a autoridade judiciária julgadora preexista ao fato que a ela será submetido para julgamento, bem como seja competente para tanto” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 78).

Sobre este princípio, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sintetiza:

A doutrina concebe o princípio do juiz natural (ou juiz natural, como alguns preferem), com o significado de órgão jurisdicional competente predeterminado e preestabelecido em lei, contrapondo-se ao juízo de exceção, este expressamente proibido no texto constitucional. Logo, o princípio do juiz pós-constituído ou de exceção, porque, em face de seu enunciado, o órgão estatal competente para o exercício da jurisdição tem de ser instituído, determinando e delimitado sob critérios gerais fixados previamente no ordenamento jurídico e jamais posteriormente a certas contingências ou a casos particulares ou a situações específicas que despertem a atenção do Estado. (DIAS, 2015, p. 151-152).

Rosemiro Pereira Leal esclarece ser necessário compreender o princípio do juízo natural como um requisito que impõe a necessária coexistência de jurisdição e Estado, em que a natureza jurídica do Estado implicaria simultaneamente a existência da jurisdição. Também

⁸Ronaldo Bretas de Carvalho Dias define juízos ou tribunais de exceção como “aqueles órgãos jurisdicionais criados ou designados, sob deliberação legislativa ou por ato arbitrário do governante, pouco importa, com o objetivo de julgarem casos específicos, tenham ou não ocorrido, segundo critérios subliminares convenientes ao Estado ou aos seus governantes.” (DIAS, 2015, p. 152).

afirma que órgãos jurisdicionais somente seriam naturais se surgidos com a criação jurídica do Estado (LEAL, R., 2018, p. 180). Ou seja, a criação do Estado de Direito exige a concomitante implementação da sua função jurisdicional.

Em suas lições, Alexandre Freitas Câmara afirma que o princípio do juiz natural também possui outro aspecto, ligado à imparcialidade dos magistrados. Segundo Câmara, “trata-se [a imparcialidade] de exigência essencial para que se tenha um processo justo, e que o juiz a que se submete o processo seja imparcial, sob pena de se retirar toda legitimidade de sua decisão” (CÂMARA, 2008, p. 45).

Em razão do princípio do juízo natural, os órgãos jurisdicionais, imparciais, possuem competência preestabelecida constitucionalmente e que devem ser fielmente observadas, sendo que eventuais alterações não poderão ser aplicadas a casos que já tenham ocorrido anteriormente.

3.6 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

O princípio da fundamentação⁹ das decisões tem assento no art. 93, IX e X da Constituição da República (BRASIL, 1988) e preceitua que é indispensável que toda e qualquer decisão, judicial ou administrativa, seja fundamentada, motivada, ou seja, exige-se que o julgador apresente e explique, de forma justificada, as suas razões, sob pena de nulidade.

A exigência de fundamentação expressa das decisões passou a ser considerada instrumento de controle popular e difuso sobre a atividade jurisdicional, pela primeira vez na história das instituições, a partir de sua consagração na lei de organização judiciária editada na França revolucionária, posteriormente também incluída no texto da Constituição do ano III, em fins do século XVIII (FREITAS, S., 2014, p. 86).

De acordo com Alexandre Freitas Câmara, o princípio da fundamentação é exigido no ordenamento jurídico por dois motivos preponderantes. O primeiro relacionado ao interesse das partes, eis que elas precisam tomar conhecimento sobre a razão pela qual o magistrado decidiu a questão daquela maneira, principalmente para que possam interpor adequadamente

⁹Ao tratarem deste princípio, parte dos autores utilizam como sinônimas as expressões “fundamentação” e “motivação”. Entretanto, Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que se tratam de coisas diferentes, em razão das funções distintas que exercem, dentro e fora do processo. Segundo o autor, “para o juiz estabelecer a necessária correlação entre a demanda e a sentença, a motivação deve se ocupar das questões de fato e de direito, apresentadas como *causa petendi*, enquanto a fundamentação destina-se finalisticamente à solução do pedido, mediante a determinação de um fundamento jurídico aplicável ao caso concreto.” (SOUZA, 2006, p. 373).

eventuais recursos. O segundo motivo, conforme o autor, trata de razão de ordem pública, para que se possa verificar a imparcialidade; ou seja, é essencial para garantir a participação da sociedade na fiscalização e controle da atividade jurisdicional (CÂMARA, 2008, p. 55).

Importante consignar que decisão mal fundamentada é equiparável a não fundamentação. Não se podem conceber decisões que apenas indicam dispositivos legais para a concessão dos pedidos ou que apenas sustentam inexistência de previsão legal para indeferimentos. Para atender ao princípio, a fundamentação deve ser adequada, ou seja, baseada em argumentos, provas e teses que foram submetidas a um amplo contraditório¹⁰ e fundada nos pilares do Estado Democrático de Direito.

Tentando cumprir a sua função de democratizar o processo, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) preocupou-se em apresentar hipóteses nas quais a decisão não será considerada devidamente fundamentada. Assim o fez no § 1º do art. 489, *in verbis*:

Art. 489 [...].

.....

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015).

Esse princípio tem função importante eis que impõe aos órgãos jurisdicionais o dever de fundamentarem seus pronunciamentos decisórios, evitando-se o arbítrio judicial e, via de consequência, que questões ideológicas e sentimentos e convicções subjetivas do julgador justifiquem suas decisões, o que é flagrantemente incompatível com a matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido é a advertência de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A justificação assim desenvolvida pelo órgão julgador, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional, discricionária ou arbitrária, formulada

¹⁰Conforme ensina André Cordeiro Leal, “[...] o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões.” (LEAL, A., 2002. p. 105).

ao influxo de “ideologias” do particular sentimento de justiça, do livre espírito de equidade, do prudente arbítrio ou das convicções pessoais do agente público julgador, marginalizando as questões e os argumentos posicionados pelas partes no processo, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui monopólio do saber. (DIAS, 2015, p. 169-170).

A fundamentação de uma decisão para ser adequada às balizas democráticas deve levar em consideração todos os argumentos, teses e provas de ambas as partes, visto que as mesmas participaram cooperativamente, em contraditório, na construção conjunta do provimento judicante (PEDRON, 2018, p. 202).

Sintetizando o tema, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias aponta quatro razões lógicas nas quais, no Estado Democrático de Direito, justifica-se a exigência constitucional da fundamentação das decisões:

- a) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio da reserva legal);
- b) tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador, no ato estatal de julgar;
- c) verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões postas em discussão no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos às partes, ensejando a responsabilidade do Estado;
- d) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros (de fato e de direito) que maculam as decisões jurisdicionais, perante órgão jurisdicional diverso daquele que as proferiu, viabilizando a concretização dos princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição. (DIAS, 2015, p. 175-176).

Portanto, a relevância e indispensabilidade da fundamentação das decisões no processo democrático se dão, principalmente, porque asseguram a efetiva análise das questões fáticas debatidas no processo, ou seja, a efetividade da cognição, impedindo, assim, que os provimentos representem apenas a exteriorização da vontade e dos valores pessoais do julgador.

4 TUTELAS PROVISÓRIAS

A Constituição da República determina em seu art. 5º, XXXV, que a legislação infraconstitucional não poderá criar obstáculos tendentes a afastar da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito (BRASIL, 1988). E esse direito de ação ou acesso à jurisdição deve ser compreendido como direito ao devido processo constitucional, prestado no devido tempo e com duração razoável (art. 5º, LXXVII, da CR/1988) (BRASIL, 1988).

Nessa ordem de ideias, justifica-se a criação de técnicas adequadas para tutelar aquelas situações de urgência, ou seja, hipóteses nas quais o próprio direito pode se encontrar em risco, seja por um perigo de dano ou perigo pela demora.

A determinação constitucional da eficiência jurisdicional também justificaria a criação de técnicas mais céleres para tutelar direitos evidentes em desfavor daqueles pouco aparentes, ou seja, ainda que inexista a urgência, a demora na concessão de alguma medida em favor de um direito evidente implicaria, por si só, na lesão a ser evitada (MEDINA, 2015, p.443).

Em outras palavras, “o direito à jurisdição é indissociável a uma tutela jurisdicional efetiva que, por sua vez, pressupõe o direito a obter uma decisão num lapso de tempo razoável, o qual há de ser proporcional e adequado à complexidade do processo” (CAVALCANTI, 2014).

Nesse contexto, tendo como escopo a efetividade do processo, há as tutelas provisórias, conceituadas por Alexandre Freitas Câmara como “tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária, isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza” (CÂMARA, 2015, p. 157).

Como o tema principal da presente pesquisa é a estabilização da tutela antecipada, ou seja, estabilização de uma tutela provisória, indispensável que se faça uma análise desse instituto do Direito Processual Civil.

4.1 O TEMPO E O PROCESSO

O tempo é, no processo, pressuposto necessário e indispensável à apuração da relação jurídica material controvertida e o objeto litigioso (VIEIRA, 1996 p. 101). O tempo é inerente à delimitação das questões a serem discutidas no processo. Logo, é um importante delimitador do provimento final. Não foi sem motivo que Eduardo J. Couture afirmou que “no

processo o tempo é algo mais que ouro: é justiça” (COUTURE, 1945, p. 37, tradução nossa)¹¹.

O processo não se exaure em um único ato ou movimento, ao contrário, deve se desenvolver em determinado período de tempo, eis que os atos processuais têm momentos e prazos determinados para serem cumpridos e são desencadeados em várias etapas e fases. Como garantidor dos direitos fundamentais, deve-se respeitar no processo uma série de princípios e garantias processuais das partes, o que o torna incompatível com precipitações e com a celeridade demasiada.

Ocorre que o tempo do processo sempre foi motivo de angústia para os litigantes e, em determinados casos, a sua duração excessiva foi fonte causadora de inúmeros prejuízos.

São vários os prejuízos causados pelo lapso temporal em que se desenvolve o processo: vulneração da garantia do devido processo constitucional, aumento da incerteza, comprometimento da segurança jurídica, produção de prejuízos materiais e morais aos litigantes e, até mesmo, prejuízos econômicos (TUCCI; AZEVEDO, 1998, p. 11).

Contudo, não se pode esquecer que há, aqui, dois postulados aparentemente opostos: a necessidade da observância do devido processo constitucional e suas respectivas garantias a exigir um lapso temporal razoável e a efetividade do processo, exigindo que não se delongue a tutela jurisdicional mais que o necessário, principalmente nas questões urgentes.

Juventino Gomes de Miranda Filho muito bem advertiu:

Parece ser mesmo absurdo imaginar um processo no qual houvesse imediata tutela ao direito supostamente violado. É assim porque o processo judiciário (de cognição), como instrumento de composição da lide, reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due processes of law* em senso processual) cuja observância se faz incompatível com a precipitação. (MIRANDA FILHO, 2003, p. 28).

Segundo Francisco Dourado de Andrade, a relação conflituosa entre o tempo e o processo tem sido discutida há séculos pela dogmática jurídica. Segundo o autor a cognição, desenvolvida num espaço-tempo procedimental, nem sempre foi entendida como a via democrática adequada para a efetiva participação das partes na construção do provimento final (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 25).

Ressalte-se, contudo, que mesmo depois de tanto tempo, o debate ainda não foi finalizado:

Embora sob a vigência do Estado Democrático de Direito pareça óbvia a noção de que o tempo é, no processo, suposição necessária à depuração do objeto litigioso, não se pode dizer que o problema da relação entre processo e tempo foi superado

¹¹ Texto original: “*Enel processo el tiempo és algo mais que oro: es justicia*”.

pela doutrina, sobretudo no que concerne às chamadas tutelas (ou provimentos) de urgência. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 25).

Na busca da efetividade, o tempo sempre foi apontado como um dos principais obstáculos à eficiência da função jurisdicional do Estado. Nas palavras de Dinamarco, o tempo é inimigo declarado e incansável do processo, devendo o juiz sempre estar “em estado de permanente guerra entrincheirada” (DINAMARCO, 2002, p. 283).

Nesse sentido, “o processo que perdura por longo tempo transforma-se em arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição”(CARNEIRO, 2002, p. 3).

Marinoni, fazendo referência ao pensamento de Trocker e Carnelutti comenta:

Como adverte Nicolò Trocker em seu importante *Processo civile e Costituzione*, uma justiça realizada com atraso é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência e acentua a discriminação entre os que podem esperar e aqueles que, esperando, tudo podem perder. Um processo que se desenrola por longo tempo – nas palavras de Trocker – torna-se um cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar ao adversário as condições da sua rendição. Se o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, tal prejuízo aumenta de tamanho na proporção da necessidade do demandante, o que confirma o que já dizia Carnelutti há muito, ou seja, que a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca. (MARINONI, 1999, p. 223).

A partir da proposta de Luiz Guilherme Marinoni, que afirma que “o tempo é dimensão fundamental na vida humana” (MARINONI, 2002, p. 17), Francisco Dourado de Andrade assevera:

O tempo é dimensão fundamental da vida humana e, se o autor que tem razão quanto ao bem litigioso deve se submeter ao ônus do tempo processual, beneficiando por outro lado a figura do réu em um processo o qual se destina à busca da verdade, será certa a sua infelicidade, angústia, redução de expectativa de uma vida feliz, além de prejuízos econômicos. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p.30).

O tempo pode impor danos às partes litigantes. Por outro lado, a problemática dos efeitos do tempo no processo não se resume àqueles casos em que o autor se vê diante de possibilidade de lesão de incerta e difícil reparação, que seriam talvez resolvidas com as tutelas de urgências. “O que se deve ter por certo é que o fator tempo é indissociável da moderna concepção do processo que deixou de ser apenas forma em si, para efetivamente tutelar e garantir a eficácia dos direitos, ou seja, deixa-se de prestigiar a forma em prol do conteúdo” (CAVALCANTI, 2014).

Além do tempo necessário ao processo, que resulta na demora fisiológica, há também a chamada demora patológica¹², que se trata da expectativa subjetiva de tempo que cada ser coloca na resposta à demanda proposta, deixando com que os impulsos intrínsecos atuem tornando o procedimento mais demorado do que deveria ser. É justamente essa última que se deve evitar, com a determinação e o cumprimento de um prazo razoável à demanda proposta, como leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] prazo razoável não significa, necessariamente e cegamente, processo célere a qualquer custo ou jeito, mas “o direito de obter do órgão jurisdicional uma decisão legal dentro de prazos legais preestabelecidos ou, em não havendo prévia fixação legal de prazos, que o seja um prazo proporcional e adequado à complexidade do processo”. (DIAS, 2015, p. 210).

Ainda nessa perspectiva, o mesmo autor afirma:

[...] O que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo e prazo razoável. O que devem ser evitadas são as dilações indevidas do processo, resultantes em maioria, dos períodos prolongados de paralisia procedimental, nos quais se praticam atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo em que devem ser realizados – ou seja, as etapas mortas do processo – em desobediência aos prazos previstos nos Códigos processuais e impostos ao Estado, ao prestar o serviço público jurisdicional que monopoliza, sem que nada aconteça aos agentes públicos ou órgãos julgadores que os descumprem. (DIAS, 2015, p. 211-212).

É todo esse contexto que justifica a existência de procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, sob pena de ineficiência e inefetividade do processo e consequente denegação da garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CR/1988 (BRASIL, 1988), uma vez que a proteção estatal somente se concretiza quando o processo confere, em tempo hábil ao titular do direito, tudo aquilo que ele teria se a norma fosse espontaneamente cumprida.

As tutelas diferenciadas, ou seja, tutelas sumárias típicas que objetivam evitar o comprometimento do processo em razão do tempo e os mecanismos específicos elaborados em função do direito material pleiteado (procedimentos especiais) às vezes amenizam o efeito nocivo do tempo.

Esses tipos de tutela têm fundamento constitucional, já que concretizam o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do qual decorre o direito à prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CR/1988) (BRASIL, 1988). Ademais, em muitos casos a demora do

¹²Lívio Coelho Cavalcanti muito bem apresenta as diferenças entre tempo fisiológico e tempo patológico. Segundo o autor, tempo fisiológico é o tempo razoável para a tramitação do processo e necessário à segurança jurídica. Já tempo patológico é aquele gerado pelo excessivo número de incidentes e apego excessivo aos formalismos, prolongando-se em demasia o processo, aliada à falta de estrutura do Poder Judiciário (CAVALCANTI, 2014).

provimento final equipara-se à negativa da prestação jurisdicional, seja pelo perecimento do direito ou pela ineficácia da tardia decisão.

Assim, as tutelas sumárias assegurariam, em certa medida, o resultado útil do processo em tempo razoável, além de possibilitar que juízes e tribunais tenham condições de cumprir com o preceito normativo que lhes impõe zelar pela razoável duração do processo (DIAS, 2015, p. 217).

Todas as obras sobre esse tema demonstram a preocupação dos estudiosos, que sempre reservaram ao fator tempo especial relevância, o que ensejou a criação e a evolução de muitos institutos de sumarização do processo. Em síntese, a garantia da efetividade do processo, lastreada na tempestividade da prestação da atividade jurisdicional, é viabilizada pela utilização de tutelas diferenciadas – dentro das quais se incluem as tutelas provisórias – que têm como alicerce a cognição sumária, no aspecto material e processual.

4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Na Lei das XII Tábuas e, posteriormente, no Direito Romano encontram-se as raízes das medidas cautelares, de caráter preventivo, destinadas a assegurar o resultado de uma futura demanda.

Darci Ribeiro afirma que é na Lei das XII Tábuas que se encontra a primeira expressão de tutela cautelar, representada por meio de dois atos preparatórios de uma execução forçada de caráter tipicamente privado. Eram eles o *addictus* e o *nexus*, assim explicados pelo autor, escorado nos ensinamentos de Carlo Calvosa:

No *addictus* a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito. Tanto que salienta Calvosa que: “*a condizion edell'addictus, limitatamente però ai sessanta giorni, durante i quali, per ordine de lmagistrato, restava costretto nelle carcer iprivates Del creditore, sembra próprio quella d'un soggetto, costituito in garanzia d'un credito*”. Portanto, enquadrava-se o *addictus* numa atividade de conservação com caráter eminentemente privatístico, aonde o Estado se fazia presente, a fim de evitar o excesso de autodefesa, mantendo com isso a paz social. Porém, mais especificamente cautelar, quer seja pela função ou aparência, era o *nexus*, um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas que de certo modo era uma extensão da obrigação. O *nexus* consistia nas palavras de Calvosa como: “*Infatti, Il nexum non era altro che un'autooppignorazione o anche un' oppignorazione delle persone in potestà, Che Il debitore poneva in essere volontariamente e com il consenso de creditore*”. (RIBEIRO, D., 1997, p. 56-57).

Já no Direito Romano, onde o processo foi dividido em três fases¹³, no período das *legis actiones* já era possível encontrar manifestações, ainda que bem tímidas, de tutelas de urgência. O pretor exercia *imperium* e *jurisdictio*. A segunda resumia-se a investir o árbitro, mas também a abarcava o poder de atribuir posse provisória da coisa disputada durante o curso do processo. Exercendo o *imperium*, o pretor podia determinar ou vedar alguns atos, ou seja, um verdadeiro poder de cautela (OLIVEIRA, M., 2002, p. 157).

Conforme ensinamento de Sérgio Shimura:

[...] ainda que sem as características de hoje, é certo que os romanos já conheciam medidas assecuratórias capazes de contornar situações de perigo de dano. O pretor romano tinha o poder de comandar, ordenar e recorrer-se da força para fazer valer a sua autoridade. Nesse contexto, podia tomar medidas cauteladoras em favor do ofendido, assegurando os bens para futura execução ou criando meios de defesa dos interesses de uma parte, com a interdição de obras. (SHIMURA, 2005. p. 50).

Entre as cinco ações da lei havia a *legis actio per pignoris capionem* e, por meio dela, autorizava-se o credor a retirar das mãos de seu devedor reticente algum bem, sem prévia previsão legal. Trata-se de uma criação da Lei das XII Tábuas que resguardava situações jurídicas de cunho religioso, militar e relativa a impostos (OLIVEIRA, M., 2002, p. 157).

O *imperium* autorizava o pretor a lançar mão dos *interdicta* “que são considerados uma primeira manifestação da cautelaridade em Roma” (OLIVEIRA, M., 2002, p. 157) e “resultavam em ordens do pretor, de prestação de fazer ou não fazer, mas não possuíam características de definitividade, posto que presumiam um processo per formulas ordinário” (OLIVEIRA, M., 2002, p. 157).

Fazendo um rápido avanço na história, já na doutrina alemã, por meio de Adolf Wach¹⁴, entendeu-se pela necessidade de definir os provimentos cautelares como uma espécie diferente das existentes, visto que não se enquadravam ao perfil dos processos de conhecimento e de execução. Mas foi a doutrina italiana, em especial através de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, que acabou por estudar e categorizar as medidas cautelares (SCARPELLI, 2016, p. 16).

¹³ “O processo romano é dividido em três períodos: *legis actiones*, *per formulas* e *extra ordinem cognitio*. O primeiro período se estende do século VIII a II AC e é caracterizado pela existência de um rol de ações (*legis actio sacramentum*, *legis actio iudicis arbitrive postulationis*, *legis actio per condictionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem*) que deveria ser manejado de acordo com a natureza do provimento pretendido. O pretor não julgava, apenas exercia as atribuições da chamada fase *in jure*, deixando para o árbitro por ele escolhido o dever de exercer a direção da fase *in iudicio*. Na segunda fase as provas eram produzidas e obtinha-se o provimento final.” (OLIVEIRA, M., 2002, p. 156).

¹⁴ Segundo Nelson Nery Junior, Adolf Wach foi o autor do primeiro estudo científico que se tem notícia acerca do processo cautelar, datado de 1868, discorrendo sobre o arresto previsto no código processual civil italiano de 1865. (NERY JUNIOR, 1998, p. 191).

Chiovenda, o primeiro autor a formular uma teoria sobre o poder geral de cautela (NERY JUNIOR, 1998, p. 191), entendia que a provisoriedade era a principal característica da medida cautelar:

A medida provisória correspondente à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; se, pois, na realidade esse dano é ou não eminente, apurar-se-á na verificação definitiva. [...] A medida provisória atua uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade da lei: se, em seguida, v.g., se demonstra a inexistência de outra vontade, a vontade que se atuou com a medida provisória manifesta-se igualmente como uma vontade que não teria devido existir. A ação assecuratória é, por consequência, ela própria, uma ação provisória. (CHIOVENDA, 1998, p. 333- 334).

Entretanto, a ideia de Chiovenda vai de encontro à ideia de que toda medida cautelar existente era provisória, mas nem toda medida provisória apresentava traço de cautelaridade. Nesse sentido foi acrítica de Piero Calamandrei:

Mas nem mesmo essa provisoriedade, entendida como expressão dessa relação cronológica comum entre dois procedimentos, parece suficiente para proporcionar a diferença específica dos procedimentos cautelares: essa provisoriedade, de fato, não é um caráter exclusivo dos procedimentos cautelares, enquanto o próprio caráter provisório se confronta com um grupo de procedimentos não cautelares, isto é, aquele grupo que CHIOVENDA denomina no seu sistema “declarações com dominante função executiva”. (CALAMANDREI, 2000, p. 27).

Para Calamandrei, a característica principal da medida cautelar é o seu caráter instrumental, portanto, não poderia ser considerada uma modalidade autônoma de processo, eis que ele

[...] não adotou a tese das cautelares como *tertium genus* porque sustentou que o processo que conduz a um provimento cautelar não tem característica e constante estrutura exterior que permita considerá-lo formalmente como um tipo a parte. Não se estaria no mesmo plano lógico para contrapor cautelares, conhecimento e execução. [...] Marca a noção cautelar a ideia que o provimento cautelar é constituído para ser exaurido no momento em que for prolatado o provimento de mérito, quando sua finalidade será alcançada. Em suma, Calamandrei caracterizou os provimentos cautelares, tendo em conta a decisão proferida e, não, o processo no qual essa decisão era prolatada. [...] Tais provimentos caracterizavam-se pela provisoriedade e instrumentalidade em face do processo principal, para os fins de salvaguardá-lo de possível ineficácia. (SCARPARO, 2015, p. 108).

Contraopondo-se a essa ideia, Carnelutti afirmou que o processo cautelar seria uma terceira espécie de processo, no qual se pleiteia tutela de segurança ao resultado de um processo de conhecimento ou execução, o seja, por ele não se obtém a composição definitiva da lide, mas apenas um assentamento provisório. Conforme Eduardo Scarparo:

A função mediata atribuída as cautelares por Carnelutti implica a existência de dois processos a respeito da mesma lide ou do mesmo assunto. O processo cautelar não é dotado de autonomia, visto que pressupõe o processo definitivo, podendo ser instrumental quando garante os meios do processo definitivo (como as medidas de instrução preventiva) ou final quando servem para garantir a praticidade do processo definitivo (como as medidas de conservação de bens para ulterior expropriação). O ponto decisivo para o desenvolvimento de seu pensamento está na distinção entre as atividades de cognição e execução¹⁸ daquelas que se realizam para os fins cautelares. Essas divergências são justificadas não apenas pelo procedimento, mas

sim em razão do próprio processo, que constituiria um gênero próprio. O reconhecimento de ser o processo cautelar um *tertium genus* destacou sua autonomia do processo principal e também o distinguiu dos procedimentos especiais, próprios do processo de cognição. (SCARPARO, 2015, p. 114-115).

Enrico Túlio Liebman, também como Carnelutti, tratou a medida cautelar como uma espécie de ação autônoma, que juntamente com a ação de cognição e a ação de execução, completa o ciclo das funções principais da atividade jurisdicional (LIEBMAN, 2003, p. 187). Nas suas palavras:

Chama-se de ação cautelar aquela dirigida a fazer atuar uma cautela, ou seja, um provimento que tem escopo e efeitos ora descritos. A ação cautelar é sempre ligada por uma relação de complementaridade a uma ação principal, já proposta ou que se pretende propor em seguida. Esta relação advém do fato que a cautela pedida tem o escopo de garantir o profícuo resultado da ação principal. Não obstante a isso a cautelar é autônoma e pode ser acolhida ou rejeitada conforme se apresente por si mesma fundada; na verdade as condições a que é subordinado o seu acolhimento são diversas para cada medida cautelar, e foi a doutrina que se esforçou por extrair das disposições legais um conceito unitário das condições eu se exigem para seu acolhimento. (LIEBMAN, 2003, p. 187-188).

Para a concessão da tutela cautelar, de acordo com Liebman, deveriam estar presentes as seguintes condições: “a) provável existência de um direito, de que se pese a tutela no processo principal (*fumus boni iuris*); b) fundado temor de que, enquanto se espera aquela tutela, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis a ela (*periculum in mora*)” (LIEBMAN, 2003, p. 189).

O autor também sustentou que, conforme as circunstâncias, a ação cautelar será proposta de forma autônoma ou de forma incidental no processo principal ao qual for ligada, no caso em que esse já tenha sido proposto (LIEBMAN, 2003, p. 189).

Registra-se que Enrico Tullio Liebman, por meio da Escola Instrumentalista do Processo, exerceu enorme influência no Direito Processual Civil brasileiro, especialmente no tratamento e desenvolvimento do processo cautelar.

4.3 TUTELAS PROVISÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

Proclamada a Independência do Brasil no ano de 1822, não foi instantâneo o surgimento de um ordenamento jurídico nacional. As leis foram surgindo paulatinamente, com o decorrer do tempo, sendo que as Ordenações Filipinas ainda foram mantidas durante vários anos (OLIVEIRA, A., 2002, p. 159).

Somente em 1850 foi promulgado o Código Comercial (BRASIL, 1850b) e seu Regulamento 737 (BRASIL, 1850a), que regulava o processo em demandas atinentes a Direito Comercial, sendo que as demandas cíveis continuaram regidas pelas Ordenações e por

inúmeras legislações esparsas posteriormente editadas, que em 1876 foram reunidas numa Consolidação das Leis de Processo Civil (BRASIL, 1879), denominada Consolidação Ribas (SANTOS, 1999, p. 52).

Tempos depois, a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), autorizou os Estados a legislarem sobre Direito Processual e até o advento dos Códigos Estaduais, a Consolidação Ribas (BRASIL, 1879) e o Regulamento 737 (BRASIL, 1850a) continuaram a sendo aplicados no processo (OLIVEIRA, A., 2002, p. 159).

Sob a vigência dos códigos de processo estaduais, o processo cautelar não tinha unidade sistemática e as demandas nas quais se formulavam pretensões ligadas à cautelaridade eram tratadas como processos preparatórios, preventivos e incidentes. Ou seja, existiam medidas de caráter preventivo, mas sem sistematização que permitisse chegar à conclusão de que algo mais havia do que a atividade desenvolvida para resolver o conflito (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015, p. 600).

Somente no Código de Processo Civil de 1939 – CPC/1939 (BRASIL, 1939), em seu livro V, no título “Dos processos acessórios”, que foram introduzidas medidas preventivas de natureza cautelar (artigo 675), especificadas em seu artigo 676 (BRASIL, 1939). O referido código continuou tratando do então denominado processo acessório, que possui natureza flagrantemente acautelatória, ainda que muitas de suas medidas adiantassem a fruição da tutela pretendida.

Condensando o ensinamento de vários autores, Allan Helber de Oliveira assim resume as medidas cautelares previstas no CPC/1939 (BRASIL, 1939):

No Código de 1939 eram enumeradas várias ações típicas e também as chamadas “medidas preventivas”, que equivalem hoje às ações cautelares típicas. As medidas preventivas eram chamadas de “acauteladoras” por De Plácido e Silva. Para Hugo Simas, o que chamava atenção nas medidas preventivas era o poder conferido ao juiz para agir de ofício. João Bonumá demonstra afinidade com a doutrina mais atual de processo quando assevera que o juiz nas “medidas acautelares”, não tem integral conhecimento sobre o “fundo do litígio”, mas exerce uma “cognição sumária”. (OLIVEIRA, A., 2002, p. 160).

Com a evolução do Direito Processual no Brasil, causada principalmente pela chegada de Liebman, o posicionamento de parte da doutrina italiana, notadamente de Carnelutti, que entendia o procedimento cautelar como um terceiro gênero de processo (*tertium genus*)¹⁵, fez com que Alfredo Buzaid, jurista responsável por liderar o projeto do então novo código¹⁶,

¹⁵ A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 deixa isso claro ao consignar expressamente que “o processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução” (BRASIL, 1973).

¹⁶ Por esta razão o Código de 1973 também era conhecido como “Código Buzaid” (BRASIL, 1973).

destinasse livro próprio ao instituto no Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973) (SCARPELLI, 2016, p. 22).

Veja-se, então, o destaque dado ao processo cautelar, eis que alçado ao mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução, o que confirmaria a autonomia reconhecida à cautela como uma das espécies de função jurisdicional.

Tal autonomia, contudo, não significava independência teleológica, como se no processo cautelar houvesse uma finalidade própria. Ela decorreria da natureza diversa da prestação requerida ao juiz. Enquanto no processo de conhecimento se pediria a declaração do direito e eventual condenação ou constituição e no processo de execução se pretende a efetivação do direito reconhecido, na função cautelar a prestação jurisdicional se caracterizaria concessão de medidas acautelatórias com vistas a garantir o resultado útil do processo de cognição e de execução (LACERDA, 1998, p. 3).

Fato é que o CPC/1973 (BRASIL, 1973) demonstrou importante avanço no tema eis que, como já frisado, conferiu tratamento bem mais amplo e sistematizado em relação às tutelas provisórias de urgência, reservando o Livro III exclusivamente para tratar do procedimento cautelar.

Na parte geral, os arts. 798 e 799 do CPC/73 (BRASIL, 1973) consagram o poder geral de cautela do magistrado, por meio do qual “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, inclusive “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”(BRASIL, 1973).

Segundo Mariana de Souza Cabezas,

Trata-se de poder de natureza “discricionária” para ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pela parte contrária. Discricião essa, contudo, que não significa arbítrio, mas liberdade para agir dentro dos limites traçados pelo legislador. Assim, o poder cautelar inominado está sujeito aos mesmos pressupostos e condições das cautelares jurisdicionais. (CABEZAS, 2016, p. 81).

Logo, era necessário para a concessão de medida cautelar denominada pela doutrina como inominada ou atípicas (SILVA, 2001, p. 125) a aparência do bom direito – o *fumus boni iuris* – e o *periculum in mora*– o fundado receio de lesão grave e de difícil reparação. A despeito de inúmeras dúvidas sobre diferença de grau ou qualidade dessas expressões, muito difíceis de serem medidas, na sua análise deveria o considerar, em qualquer hipótese, o risco de tornar-se inútil, no todo ou em parte, a sentença definitiva, caso não concedida a medida (CABEZAS, 2016, p. 81).

Por outro lado, os procedimentos cautelares específicos ou nominados possuíam regramentos próprios e requisitos específicos. Entre eles, destacam-se o arresto, sequestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação do penhor legal, posse em nome de nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos, além de outras medidas provisionais, todos com previsão expressa nos arts. 813 a 889 do CPC/73 (BRASIL, 1973).

Contudo, anos após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), cresceram as cogitações doutrinárias sobre a utilização das medidas cautelares com forma diversa da sua real finalidade, principalmente como meio de obtenção de antecipação dos efeitos da tutela final. Em razão disso, o referido código passou por importante alteração inserida pela Lei nº 8.952/94 (BRASIL, 1994), que definitivamente implementou no ordenamento jurídico processual brasileiro a antecipação da tutela de mérito no processo de cognição, que juntamente com a tutela cautelar, passou a ser espécie do gênero tutelas provisórias de urgência (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 48).

Com a positivação da antecipação de tutela no procedimento comum, que seguiu uma tendência do direito europeu (SCARPELLI, 2016, p. 28), o processo cautelar voltou a ser utilizado apenas nos casos em que havia a necessidade de tutela de garantia, assecuratória, sendo reservada à tutela antecipada as hipóteses de medidas com efeito satisfativo.

Ao analisar a novidade inserida no processo civil brasileiro, Humberto Theodoro Júnior asseverou:

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou. Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte. Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva. Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 45).

Tempos depois, com o advento da Lei nº 10.444/2002 (BRASIL, 2002), o artigo 273 do Código de 1973 (BRASIL, 1973) sofreu algumas alterações, sendo a mais importante

ainclusão do § 7º¹⁷, por meio do qual passou a ser prevista expressamente a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelares e as antecipatórias.

Há que se ressaltar que a tutela antecipada não se tratou de absoluta inovação trazida pela modificação do artigo 273 do CPC/1973 (BRASIL, 1973), por meio da Lei nº 8.952 (BRASIL, 1994), eis que já existia a previsão no ordenamento jurídico brasileiro, e no próprio Código, de concessão de liminares em procedimentos especiais que tinham efeitos flagrantemente antecipatórios.

Entre essas medidas, citam-se as liminares nas ações possessórias (art. 920 a 933 do CPC/1973) (BRASIL, 1973) e na ação de nunciação de obra nova (art. 934 a 940 do CPC/1973)(BRASIL, 1973), a liminar prevista no § 1º do artigo 59 da Lei nº 8.245/1991(BRASIL, 1991), que disciplina as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas referentes e, ainda, liminar em mandado de segurança, prevista art. 7º, II, da então vigente Lei nº 1.533/51 (BRASIL, 1951) que em muitos casos apresentava evidente efeito satisfativo.

De qualquer forma, a inovação introduzida no artigo 273 do Código de 1973 (BRASIL, 1973) foi de grande importância ao Direito Processual brasileiro, eis que passou a possibilitar a antecipação da tutela de modo genérico, em qualquer demanda ordinária, independente de uma previsão legal específica para tanto (SCARPELLI, 2016, p. 30).

Na visão de Teori Zavascki:

O que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu a sua finalidade clássica – a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituíam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos raros, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade. (ZAVASCKI, 2007. p. 46).

Nessa esteira, o CPC/73 (BRASIL, 1973) passou a regular como institutos distintos as medidas conservativas ou cautelares, tendo como requisitos basicamente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e as medidas satisfativas de antecipação dos efeitos da tutela final, que exigiam o risco de dano irreversível e prova inequívoca da verossimilhança dos fatos alegados pela parte.

¹⁷ Cf Brasil, 1973: “Art. 273. [...] § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

5 TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Na data de 16/03/2015 a então Presidente da República sancionou a Lei nº 13.015/2015 (BRASIL, 2015), que instituiu o Código de Processo Civil, que segundo sua exposição de motivos, teve como grande objetivo assegurar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos de forma rápida, efetiva e em harmonia com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2010b).

Sobre as tutelas de urgência, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) “visa sistematizar os referidos institutos no sentido de alcançar maior efetividade, celeridade, e credibilidade na prestação da atividade jurisdicional, objetivos que servem como base para a criação de um “novo” Código de Processo Civil brasileiro” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 50).

O instituto das tutelas provisórias recebeu importante atenção dos juristas e legisladores ainda na tramitação e discussão, no Congresso Nacional, dos Projetos de Lei que deram origem ao CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Originalmente, no Projeto de Lei nº 166/2010 (BRASIL, 2010c) do Senado Federal, o artigo 277 apresentava a seguinte redação: “a tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa”. A princípio, o objetivo era acabar com as diferenças até então existentes entre as medidas de cunha antecipatórios e as cautelares, de discussão apenas de cunho acadêmico e que não deveria influenciar na efetivação da prestação jurisdicional (BODART, 2015. p. 111).

Posteriormente, no projeto substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 8.046/2010 (BRASIL, 2010a) – o artigo 295 passou a ter a seguinte redação: “a tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência”.

Sobre essa nova redação, Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves esclarecem que o projeto substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados pretendia atribuir à tutela antecipada nova roupagem, o que importaria, inclusive, em reformulação do seu sentido firmada no CPC/1973 (CAMBI; NEVES, 2016, p. 118).

Os referidos autores explicam que a tutela antecipada

Deixaria de consistir em antecipação dos efeitos do provimento final esperado e requerido e que, portanto, dispunha de natureza satisfativa, para ser gênero, integrado por espécies distintas (tutela de urgência e da evidência), que abarcaria tanto medidas cautelares/preventivas como satisfativas e podendo, ainda, ser antecedentes ou incidentais. [...] Assim, vislumbrava-se superar a dicotomia existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, sobre a qual a doutrina

debruçou-se ora para estabelecer distinções, ora para identificar os pontos de contato. A superação da dicotomia, contudo, restringia-se ao aspecto técnico, já que, em razão da redação do artigo 295, do Projeto Substitutivo (PLC 8.046/2010), não se podia inferir que se tivesse extirpado do ordenamento a tutela cautelar, mas tão-somente, unificado a técnica disponibilizada para sua obtenção. (CAMBI; NEVES, 2016, p. 118).

Ocorre que texto do projeto substitutivo foi alterado, passando a constar no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) um livro específico, o Livro V, para dispor sobre “tutela provisória”, gênero, das quais são espécies as “tutelas de urgência”, de natureza cautelar ou antecipada, e a “tutela da evidência”.

Fixada a denominação legal, indispensável verificar a definição de tutela provisória segundo alguns autores nacionais.

Cássio Scarpinella Bueno afirma:

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da urgência ou da evidência, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor. (BUENO, 2016, p. 246).

Para Alexandre Freitas Câmara, as tutelas provisórias são definidas como “tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária, isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza” (CÂMARA, 2015, p. 157).

Conforme Leonardo Greco:

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva. (GRECO, 2016, p. 186).

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior, a tutela provisória é uma “técnica de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 635).

Ester Camila Gomes Norato Rezende assim define tutela provisória:

A análise dos dispositivos legais revela que a chamada tutela provisória versa sobre provimentos jurisdicionais, destinados a salvaguardar provisoriamente o direito ou o próprio processo em vista de uma situação de urgência ou mesmo dos males do transcurso natural do tempo necessário ao tramite processual, dependendo, em regra, de provimento jurisdicional definitivo (sentença judicial transitada em julgado) para por fim à demanda judicial. (REZENDE, 2015, p. 179-180).

Em síntese, pode-se afirmar que a tutela provisória é tutela jurisdicional fundada em juízo de probabilidade, ou seja, quando ainda não há certeza da existência do direito pleiteado pela parte, mas apenas indícios de que esse direito de fato exista. Trata-se de

consequêncianatural de qualquer cognição sumária, eis que se todos os elementos de convicção ainda não estão disponíveis ao julgador, o que só ocorrerá após a cognição exauriente.

Sobre as disposições gerais das tutelas provisórias, previstas nos artigos 294 a 299 do CPC/2015(BRASIL 2015), Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, muito bem sintetizaram suas três características principais:

a) a sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade; b) a precariedade. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentidocontrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, caput, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela. c) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 582).

Por fim, registre-se que conforme estabelecido no art. 294, *caput*, do CPC/2015 (BRASIL, 2015), existem duas espécies de tutela provisória, a de urgência e de evidencia, que serão objeto de análise a seguir.

5.1 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

As tutelas provisórias de urgência estão positivadas no Título II do Livro V do CPC/2015, título este subdividido em três capítulos: “I – Disposições Gerais”, “II - Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente” e “III - Do Procedimento da Tutela Cautelar Requerida em Caráter Antecedente” (BRASIL, 2015).

A tutela provisória de urgência é aquela que visa resolver uma crise do perigo do tempo, em outras palavras, trata-se de tutela que somente poderá ser concedida mediante situação na qual o tempo de espera pela tutela definitiva tornará a própria tutela ineficaz ou levará ao perecimento do direito.

Ainda sobre a urgência, Leonardo Greco afirma tratar-se de “situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado” (GRECO, 2016, p. 198), fazendo com que se mostre necessária a concessão de tutela cautelar ou antecipada, “tendo em vista a impossibilidade concreta de evitá-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva” (GRECO, 2016, p. 198).

A tutela provisória de urgência é dividida em tutela cautelar e tutela antecipada. A tutela antecipada tem efeito satisfativo do direito da parte e a tutela cautelar possui efeito garantidor do resultado útil e eficaz do processo.

Conforme Alexandre Freitas Câmara, “chama-se tutela cautelar à tutela de urgência no processo, isto é à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade” (CÂMARA, 2015, p. 158).

Por outro lado, o mesmo autor define tutela antecipada de urgência como aquela que “se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada nos casos nos quais se afigura presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial” (CÂMARA, 2015, p. 158).

Por fim, assim sintetiza a diferença entre as tutelas de urgência:

O que distingue os casos de cabimento da tutela de urgência cautelar daqueles em que cabível a tutela de urgência satisfativa é o tipo de situação de perigo existente: havendo risco de que a demora do processo produza dano ao direito material, será cabível a tutela de urgência satisfativa; existindo risco de que a demora do processo produza dano para sua efetividade, caberá tutela de urgência cautelar. (CÂMARA, 2015, p.159).

Legislativamente, o novo diploma processual inova ao reconhecer a proximidade entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, ao contrário do que aconteceu quando da originária posituação da tutela antecipada pela Lei nº 8.952/94 (BRASIL, 1994), ocasião na qual os estudos deram destaque às diferenças existentes entre ambas (REZENDE, 2016, p. 183).

Tanto é que no seu artigo 300, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) elenca os mesmos requisitos positivos para concessão de qualquer tutela de urgência, seja ela de natureza antecipada ou cautelar, quais sejam, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira assim analisam o requisito da probabilidade do direito:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC). Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 608-609).

Já o requisito de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, característico dessa espécie de provisória e que justifica a denominação tutela de urgência, José Miguel Garcia Medina explica que ele restará configurado diante de uma situação de risco que importe em um dano iminente, seja ele ao próprio direito ou à efetividade do processo eis que “a tutela de urgência a que se refere o CPC/2015 é ampla, para abarcar tanto o perigo de dano quando o perigo da demora” (MEDINA, 2015, p. 470).

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

Ambas as modalidades de tutela de urgência, portanto, têm como requisito essencial de sua concessão a existência de uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*). Este perigo pode ter por alvo a própria existência do Direito Material (caso em que será adequada a tutela de urgência satisfativa) ou a efetividade do processo (hipótese na qual adequada será a tutela cautelar). (CÂMARA, 2015, 158).

Contudo, cumpre salientar que a despeito da identidade de requisitos, as medidas continuam, teoricamente, distintas. Nesse sentido, a advertência de Ester Camila Gomes Norato Rezende deve ser destacada:

O novo Código de Processo Civil não iguala teoricamente as medidas cautelares e a tutela antecipada, preservando a satisfatividade como critério teórico distintivo de ambas, tanto que não se refere a uma única espécie de tutela de urgência, mas a duas, conforme se verifica já na primeira parte do parágrafo único do art. 294, primeiro do livro V: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada...” (REZENDE, 2016, p. 183).

Além dos dois requisitos acima consignados, a tutela de urgência antecipada exige outro requisito negativo para ser concedida: não se admite a tutela de urgência satisfativa que seja capaz de produzir efeitos irreversíveis, nos termos do art. 300, §3º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015). Fato é que não se releva compatível com qualquer medida provisória a produção de efeitos irreversíveis, ou seja, definitivos.

Ocorre que tal regra não é absoluta¹⁸, razão pela qual em determinados casos será possível a concessão de tutela provisória satisfativa irreversível. Essas hipóteses excepcionais são aquelas nas quais se afiguram a chamada irreversibilidade recíproca, ou seja, situação na qual a não concessão da tutela também ensejaria em resultados ou efeitos irreversíveis (CÂMARA, 2015, p. 159).

Por fim, é sobremodo importante assinalar que a tutela de urgência pode ser deferida antes da oitiva da parte contrária, liminarmente ou após a realização de uma audiência de justificação, em que se permita ao demandante produzir prova oral destinada à demonstração dos requisitos necessários a sua concessão.

¹⁸ Enunciado nº 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis.” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015).

5.2 TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA REQUERIDAS EM CARÁTER ANTECEDENTE

A tutela de urgência pode ser requerida em caráter incidental ou antecedente, nos termos do art. 294, parágrafo único, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

O requerimento incidental não se submete a nenhuma formalidade, podendo ser deduzido na própria petição inicial ou na contestação, em caso de demanda reconvenicional, ou em qualquer outra petição que venha a ser formalizada nos autos.

O requerimento de tutela de urgência antecedente, entretanto, submete-se a procedimento específico, vez que formulado em momento anterior à dedução da demanda principal. Por esse motivo, há no CPC/2015 disposições específicas sobre o procedimento para o requerimento de tutela de urgência em caráter antecedente, o que se verá a seguir.

5.2.1 Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

De acordo com a escola de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, a tutela provisória antecedente “é requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 586).

O procedimento para o requerimento de tutela provisória de urgência, de natureza antecipada, em caráter antecedente tem previsão expressa nos artigos 303 e 304 do CPC/2015 (BRASIL, 2015). O art. 303(BRASIL, 2015) apresenta as questões procedimentais iniciais e o art. 304(BRASIL, 2015) trata especificamente da estabilização da tutela, tema-problema deste estudo, que será analisado posteriormente.

Conforme previsto no art. 303, *caput*, do CPC/2015 (BRASIL, 2015), quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo ou do risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015). Trata-se de uma inovação em relação ao Código anterior que apenas previa expressamente a dedução e pretensão urgente antecipatória concomitante ao pedido principal ou quando este já havia sido anteriormente formulado.

No CPC/1973 (BRASIL, 1973), a formulação de requerimento antecedente ou preparatório somente era permitido para as tutelas de natureza cautelar, em processo autônomo, conforme previsto nos artigos 800 e seguintes, inexistindo no texto processual previsão para o requerimento de uma tutela antecedente de natureza antecipada (REDONDO, 2015, p. 168-169).

Cumprе salientar que processualistas brasileiros¹⁹ já vinham defendendo a possibilidade da tutela antecipada também ser concedida em caráter antecedente ao ajuizamento da demanda principal. Athos Gusmão Carneiro propôs essa ideia em trabalho publicado no ano de 2006, quando sugeriu a reformulação da sistemática legal então vigente: “De outra parte impende sublimar a premente necessidade de dispor sobre as medidas antecipatórias de tutela que necessitem ser requeridas antes da propositura da demanda, ou seja, como medidas antecedentes”(CARNEIRO, 2006, p. 73).

Nos dizeres de Ester Camila Gomes Norato Rezende, o “novo Código de Processo Civil aproxima o procedimento da tutela antecipada daquele empregado para a medida cautelar, permitindo que ambas, como integrantes do gênero tutela de urgência, possa ser requeridas antes de se deduzir em juízo o pedido principal”(REZENDE, 2015, p. 202).

Dispõe a lei processual que a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e a mera indicação do pedido que será posteriormente formulado em momento oportuno. Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves:

Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente a tutela de urgência pretendida, ainda eu o §4º exija indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. (NEVES, 2016a, p. 303).

Além de indicar o valor da causa, também deverá constar expressamente na exordial que o autor pretende valer-se do benefício do requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, conforme determina o art. 303, § 5º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015). Alexandre de Freitas Câmara, ao examinar o referido dispositivo, esclarece que essa exigência tem como finalidade deixar claro que a petição inicial está incompleta por conta da extrema urgência e não por equívoco do subscritor (CÂMARA, 2015, p. 162).

Nesse mesmo sentido conclui Cassio Scarpinella Bueno ao afirmar que a exigência legal possui duas razões de existir:

¹⁹Cf. Dinamarco, 2003, p. 73: “Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corra direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) a disposição dos juízes a conceder antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre eu haja necessidade e estejam presentes os requisitos da lei (art. 273, inc I)”.

A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo caput do art. 303 não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela antecipada vir a estabilizar-se na hipótese do art. 304. (BUENO, 2016, p. 259).

Recebida a petição inicial simplificada, estando presentes todos os seus requisitos legais e não sendo o caso de nenhuma das hipóteses de improcedência liminar, como por exemplo reconhecimento de decadência ou prescrição, o magistrado deverá apreciar o requerimento de tutela antecipada, podendo se valer, antes de decidir, da realização de audiência de justificação.

Na hipótese de o juiz entender pela não existência dos elementos necessários ao deferimento da tutela antecipada antecedente, deve determinar a emenda da inicial em até cinco dias, sob pena de indeferimento da peça vestibular e extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 303, § 6º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Conforme bem asseverado por Bruno Garcia Redondo, o prazo para a emenda, nessa hipótese, é mais reduzido do que o geral, ao passo que o artigo 321 dispõe ser de 15 dias o prazo geral para a emenda da exordial (REDONDO, 2015, p. 170). Contudo, conforme defendido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade, esse prazo pode ser excepcionalmente dilatado pelo magistrado, com fundamento no artigo 139, inciso VI do CPC/2015 (NERY JUNIOR; ANDRADE, 2015, p. 862).

Por outro lado, uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de acordo com o inciso I do § 1º do artigo 303 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), deverá o autor, no prazo de quinze dias ou outro prazo maior determinado pelo juiz, “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final”, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, § 2º, CPC/2015) (BRASIL, 2015).

Esse prazo para aditamento tem seu termo inicial a partir do momento em que o autor é intimado da concessão da antecipação dos efeitos da tutela ou dela toma inequívoca ciência (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015, p. 644).

Sobre quais documentos podem ser juntados com o aditamento, Leonardo Feres da Silva Ribeiro esclarece:

[...] a norma refere-se a “novos documentos” e não a “documentos novos”, abrindo-se, portanto, ampla possibilidade ao autor para juntar documentos que comprovem suas alegações, mesmo aqueles existentes ao tempo do ajuizamento, que ainda não tenham sido juntados quando da propositura da ação. Não há, pois, necessidade de se juntar todos os documentos necessários à comprovação dos fatos e do direito com a “petição inicial”, em clara exceção ao art. 320, pois a norma abriu expressamente a possibilidade de juntá-los a posteriori. (RIBEIRO, L., 2015, p. 216-217).

Questão controversa diz respeito a como deverá ser o aditamento em relação ao pedido principal, ou seja, se o autor deverá se limitar tão somente a confirmar o pedido principal indicado quando da propositura da ação ou se é possível a modificação desse pedido, ampliando-o ou reduzindo-o (BERNARDINI, 2016, p. 133).

Segundo entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, a lei exige que a petição inicial da tutela antecipada formulada em caráter antecedente indique, obrigatoriamente, o pedido de tutela final, sendo essa indicação limitadora e vinculante, ficando vedado ao autor modificar o pedido anteriormente indicado (WAMBIER, 2015, p. 508). No mesmo sentido, Bruno Garcia Redondo sustenta que:

Sobre o pedido formulado na petição de aditamento, cabe indagar: deve o autor, na petição aditiva, limitar-se a confirmar o pedido principal, ou é possível a modificação ou ampliação do pedido antes indicado na petição de requerimento de tutela antecedente? Viu-se que a lei exige que a petição de requerimento de tutela antecedente indique qual será o pedido de tutela final (caput do art. 303). Essa indicação, a nosso ver, é limitadora e vinculante, sendo vedado ao autor, na petição de aditamento que apresenta o pedido de tutela final, modificar (ampliar ou reduzir) o pleito que havia sido indicado na petição que requereu a tutela antecedente. (REDONDO, 2015, p. 171).

Em sentido contrário, permitindo que o aditamento seja amplo, José Miguel Garcia Medina defende a confirmação do pedido de tutela final não implica que os pedidos formulados na petição inicial e no aditamento sejam absolutamente idênticos. Alerta, contudo, que ambos estejam em sintonia e sejam no mesmo sentido, sendo vedado pedir algo diferente daquilo que se antecipou (MEDINA, 2015, p. 478).

Na mesma linha, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira defendem a possibilidade da ampliação do pedido pelo autor:

Também deverá juntar os documentos que não acompanharam a inicial e que podem ser necessários ao julgamento do feito, bem como confirmar o pedido de tutela final. Isso porque até mesmo o pedido poderá ser ampliado após a obtenção da medida liminar, momento em que o autor é permitido cumular ao pedido antes indicado outros que não indicou quando da opção e utilização da petição simplificada. (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015, p. 644).

Efetuada o aditamento o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, conforme art. 334 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) e, não havendo composição, o prazo para a apresentação de contestação fluirá de acordo com o disposto no art. 335 (BRASIL, 2015). Caso o autor não adite a petição inicial, o processo será extinto, sem resolução do mérito, sendo que tutela antecipada antecedente concedida perderá sua eficácia.

5.2.2 Tutela cautelar requerida em caráter antecedente

A tutela cautelar antecedente, tal como a tutela antecipada antecedente, é deduzida por petição inicial que inaugura a relação processual, sendo que posteriormente, por meio de petição de aditamento, a pretensão principal será formulada.

O procedimento para o requerimento da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente encontra-se previsto nos arts. 305 a 310 do CPC/2015 (BRASIL 2015).

A tutela provisória cautelar antecedente é aquela requerida no bojo do mesmo processo em que a pretensão de tutela final será futuramente formulada e seus objetivos são adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar e assegurar a eficácia da tutela definitiva satisfativa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 626-627).

Sobre a denominação do instituto, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira aplaudem a alteração efetivada no CPC/2015 (BRASIL, 2015), que passou a usar o termo antecedente ao invés de preparatória:

Como uma medida de natureza cautelar não é requisito para que seja formulado o pedido principal, então não é possível denomina-la preparatória. Daí o acerto da denominação cautelar antecedente, indicando que a classificação se refere a critério meramente cronológico, isto é, trata-se de uma medida antecedente porque foi pleiteada antes do momento em que se formulou o pedido principal. (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015. p. 650).

Conforme art. 305, *caput* (BRASIL, 2015), a petição inicial da ação que visa a concessão de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que visa a assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo em razão da demora da prestação jurisdicional. Ao tratar desses requisitos, Daniel Amorim Assumpção Neves assevera:

Por “lide e seu fundamento” entende-se a indicação do objeto da demanda principal o que se exige em razão da instrumentalidade da ação cautelar. Cabe ao requerente, portanto, indicar do que tratará o futuro pedido principal, o que permitirá ao juiz analisar se a cautelar efetivamente cumpre sua missão de acautelamento. A “exposição sumária do direito ameaçado” é sinônimo de *fumus boni iuris*, enquanto receio de lesão é o *periculum in mora*. Trata-se do mérito do pedido cautelar. (NEVES, 2016b, p. 495).

Assim como já apontado nas disposições gerais sobre as tutelas de urgência, também é possível a concessão da medida cautelar antecedente liminarmente ou após audiência de justificação prévia, ambas em caráter excepcional, eis que o réu ainda não foi citado.

O parágrafo único do art. 305 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), determina que tendo sido requerida providência de natureza antecipatória com a denominação de tutela cautelar, deverá o magistrado adequar o procedimento previsto àquela tutela de urgência antecedente, ou seja, trata-se de fungibilidade entre as medidas, justificada pelas dificuldades que podem

surgir, em determinados casos, na diferenciação da tutela antecipada e da tutela cautelar (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 629).

Nos dizeres de Ester Camila Norato de Rezende:

Como não poderia deixar de ser, o novo Código de Processo Civil – que positiva o reconhecimento de semelhanças entre essas espécies de tutela de urgência, aproximando-as – segue observando a fungibilidade entre essas medidas emergenciais, já consagrada no Código de Processo Civil de 1973, no §7º do art. 273, acrescentado pela Lei nº 10.444/2002. (REZENDE, 2015, p. 209).

Ponto omissis na legislação e discutido na doutrina é se a fungibilidade também poderia ser aplicada de modo inverso, ou seja: se o demandante formular tutela antecipada em caráter antecedente poderá o juiz converter para o rito da cautelar, caso repute que a medida tenha essa natureza?

Alexandre Freitas Câmara entende ser possível a aplicação inversa dessa regra²⁰:

Este dispositivo, registre-se, deve ser entendido de forma ampla, capaz de englobar também a situação inversa [...]. Há, pois, uma convertibilidade entre essas duas técnicas processuais, sendo possível que o demandante tenha optado por uma e, por decisão judicial, a via eleita seja convertida na outra. (CÂMARA, 2015, p. 167).

Recebida a petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente, o réu será citado para, no prazo de cinco dias, oferecer contestação e indicar as provas que pretende produzir (art. 306)(BRASIL, 2015). Decorrido o prazo sem apresentação da contestação, serão presumidos como verdadeiros os fatos narrados pelo autor na petição inicial, cabendo o juiz decidir no prazo de cinco dias (art. 307) (BRASIL, 2015). Se o oferecida a contestação, observar-se-á o procedimento comum (art. 307, parágrafo único) (BRASIL, 2015).

Se deferida a medida cautelar, correrá da data da efetivação o prazo de trinta dias para que o autor formule o pedido principal, o qual deverá ser apresentado nos mesmos autos, independentemente de recolhimento de novas custas (art. 308) (BRASIL, 2015). No momento da formulação do pedido principal, fica o demandante autorizado a aditar a causa de pedir (art. 308, §2º) (BRASIL, 2015).

Formulado o pedido de tutela final, as partes serão intimadas para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, sem a necessidade de nova citação (art. 308, § 3º) (BRASIL, 2015). Se eventualmente não houver autocomposição, o prazo para a apresentação de contestação ao pedido principal será contado na forma preceituada pelo artigo 335 (art. 308, § 4º) (BRASIL, 2015), sendo, a partir daí, observado o procedimento comum até que seja proferida sentença.

²⁰ No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, que afirma que “sempre me pareceu claro que a fungibilidade é um fenômeno de mão-dupla, não tendo qualquer sentido lógico que A se pareça com B, mas B não se pareça com A.” (NEVES, 2016a, p. 306).

Nos termos do art. 309 do CPC/2015, a tutela cautelar concedida em caráter antecedente perderá a sua eficácia se: “I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito” (BRASIL, 2015). Nesses casos, fica vedada a repetição do pedido, a não ser que baseado em novo fundamento.

Nesse ponto, insta consignar que a não efetivação da tutela cautelar no prazo de trinta dias, conforme previsto no inciso II do dispositivo acima mencionado (BRASIL, 2015), somente ensejará a perda da eficácia se a culpa da não efetivação couber exclusivamente ao autor. Nesse sentido:

Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente busque a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que falar em cessação da sua eficácia. Decorrido o prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não mais deseja a medida cautelar. (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 627).

Não se pode olvidar que a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, ao contrário da tutela antecipada, não está sujeita à estabilização. Ester Camila Gomes Norato Rezende esclarece:

Tendo em vista que a tutela conservativa é inábil a compor o conflito trazido à solução judicial, inexistente hipótese de estabilização da tutela cautelar antecedente pelo que é sempre imprescindível a dedução do pedido principal, para que o processo se extinga com provimento definitivo, lastreado em cognição exauriente. (REZENDE, 2015, p. 209).

Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que o legislador agiu com acerto:

Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma acessória meramente conservativa. Afinal, com a concessão da medida cautelar, o direito da parte não está satisfeito, não havendo sentido falar-se em estabilização. (NEVES, 2016b, p. 488).

Cumprido assinalar, finalmente, que a pretensão cautelar pode ser também deduzida simultaneamente ao pedido principal ou de forma incidente na demanda já instaurada, hipóteses nas quais se observará o procedimento comum.

5.3 TUTELA DA EVIDÊNCIA

A tutela da evidência, prevista no art. 311 do CPC/2015(BRASIL, 2015), é modalidade de tutela provisória pautada em cognição sumária, que se difere da tutela de urgência justamente porque nela não há o elemento de urgência como traço característico de sua natureza e dispensa o perigo de dano, mas tem como fundamento o elevado grau de probabilidade do direito invocado (REZENDE, 2015, p. 212).

Este instituto foi inserido no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) por influência de Luiz Fux, ministro do Supremo Tribunal Federal e presidente da Comissão de Juristas que foi encarregada de elaborar o anteprojeto da nova legislação (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 52).

Contudo, conforme bem ressaltado por Carlos Eduardo Jorge Bernardini, “isso não significa que a tutela da evidência, como espécie de tutela provisória, não estivesse contemplada, ainda que de forma singela, no Código de Processo Civil de 1973”. Segundo o referido autor²¹, a hipótese de concessão de tutela antecipada prevista no art. 273, incisos II, § 6º do CPC/1973(BRASIL, 1973) se tratava de tutela de evidência, eis que não exigia urgência. (BERNARDINI, 2016, p. 79).

Da mesma forma, também se tratava de tutela de evidência, ainda que não tenha recebido essa denominação, a previsão de liminar em ações possessórias então previstas no art. 928 do CPC/1973 (BRASIL, 1973), na qual se exigia do autor a demonstração da fundada probabilidade do direito, dispensando completamente a demonstração da existência de risco pela demora (REZENDE, 2015, p. 212-213).

Alexandre Freitas Câmara assim define tutela provisória da evidência:

Denomina-se tutela da evidência à tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de periculum in mora. Está-se aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material. (CÂMARA, 2015, p.169).

A tutela da evidência tem, portanto, o objetivo de conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, naqueles casos em que o direito do autor é evidente e existe probabilidade máxima de procedência do pedido de tutela final (CÂMARA, 2015, p. 171). Para Cássio Scarpinella Bueno, a expressão evidência “deve ser compreendida no sentido de

²¹ No mesmo sentido Ester Camila Gomes Norato Rezende (REZENDE, 2015, p. 213).

que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é o merecedor da tutela jurisdicional”(BUENO, 2016, p. 267)

Nas palavras de Luiz Fux:

[...] empreendendo função de tamanha relevância social, exprime-se como um postulado natural à exigência de uma prestação de justiça em prazo razoável que não sacrifique os interesses das partes. A justiça tardia não é justiça, é de negação de função soberana insubstituível e monopolizada, o que revela grave infração aos ditames constitucionais. O acesso à justiça significa não só a disposição de o Estado intervir como também a presteza e a segurança dessa intervenção. Ora, se o particular, caso autorizado, faria justiça incontinenti, o seu substitutivo constitucionalizado deve fazer o mesmo. Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e “adequado processo legal”. É indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o “devido processo legal” com fases estanques é observá-lo com as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor, que, em regra, motivado por flagrante necessidade de acesso à jurisdição reclama por justiça tão imediata quanto aquela que ele empreenderia não fosse à vedação a autotutela. (FUX, 2000, p. 23-43).

A tutela da evidência, como toda tutela provisória, revela-se como via de transferir ao réu parte do peso representado pela natural demora da tutela jurisdicional definitiva, ou seja, cumpre com o mister de repassar ao réu parte do ônus do tempo, eis que seu direito aparenta ser improvável.

Foi essa a conclusão de Alexandre Freitas Câmara:

Impende, então, ter claro que a concessão inaudita altera parte da tutela da evidência é um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, que tem por objetivo evitar que toda a carga resultante da duração do processo recaia sobre um demandante, que muito provavelmente tem razão (afinal, seu direito, mais do que meramente provável é evidente). (CÂMARA, 2015, 172).

As hipóteses de concessão de tutela provisória da evidência estão previstas nos incisos do art. 311 do CPC/2015: (i) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte; (ii) apresentar alegações de fato passíveis de comprovação apenas documental desde que haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumula vinculante; (iii) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado e (iv) petição inicial instruída com prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável(BRASIL, 2015).

A hipótese prevista no inciso I do art. 311 do CPC/2015 (BRASIL 2015) trata de “tutela provisória sancionatória” eis que prevê a aceleração ou antecipação dos efeitos do processo como uma sanção imposta ao réu que exerce seu direito de defesa de forma abusiva, com o único propósito de atrasar a prestação da atividade jurisdicional (CÂMARA, 2015, 169).

José Miguel Garcia Medina sustenta que a hipótese disciplinada pelo legislador de modo incompleto²². No seu entendimento, o uso abusivo do direito de defesa ou o flagrante propósito protelatório, por si, só não tornam evidente o direito do autor, sendo também necessária a probabilidade do direito (MEDINA, 2015, p. 493).

A outra hipótese de tutela da evidência prevista no inciso II do art. 311 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) exige a presença cumulativa de dois elementos: prova documental pré-constituída e suficiente, além de tese firmada em súmula vinculante ou precedente firmado em julgamento de casos repetitivos. Cumpre registrar que, em interpretação extensiva, há quem defenda que a hipótese também alcança teses firmadas em assunção de incompetência e súmulas que não possuem efeito vinculante²³. Trata-se, pois, de hipótese que coaduna com o contexto de valorização do precedente judicial adotado pelo CPC/2015 (REZENDE, 2015, p. 2013).

A terceira hipótese de tutela da evidência prevista no inciso III do CPC/2015 (BRASIL, 2015), é destinada especificamente ao contrato de depósito, tratando-se “de mecanismo que, em certa medida, faz as vezes da ação de depósito, antes prevista no art. 901 e ss. do CPC/1973” (MEDINA, 2015, p. 494).

Havendo prova suficiente do contrato de depósito²⁴, prevê o dispositivo legal que o autor fará jus à tutela provisória da evidência, devendo ser determinado ao réu que entregue a coisa depositada em certo prazo, sob pena de multa pelo não cumprimento da ordem.

A última hipótese, prevista no inciso IV do art. 301 (BRASIL, 2015) refere-se aos casos em que, fundando-se a pretensão do autor em fatos devidamente comprovados por prova documental pré-constituída, não se desincumbe o réu de apresentar provas capazes de gerar dúvida razoável a respeito.

Na visão de Alexandre Freitas Câmara, “nesse caso, da soma dos elementos probatórios trazidos pelo autor e da falta de elementos convincentes trazidos pelo réu, extrai-se a probabilidade máxima (evidência) da existência do direito substancial alegado pelo demandante”(CÂMARA, 2015, p. 171).

²² Cássio Scarpinella Bueno também leciona nesse mesmo sentido: “A situação do inciso I do art. 311 merece ser compreendida levando em conta a exigência genérica do caput do art. 300 no sentido de haver elementos que evidenciem a probabilidade – sempre entendida no sentido de maior juridicidade do direito” (BUENO 2016, p. 268).

²³ Por exemplo, José Miguel Garcia Medina (MEDINA, 2015, p. 494).

²⁴ De acordo com o art. 627 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), através do contrato de depósito “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclama.”.

Vale ratificar que a tutela da evidência será sempre incidental ao processo em que se tenha formulado o pedido principal, ou final, e nos casos previstos nos incisos II e III do art. 311 (BRASIL, 2015), a lei processual permite a concessão liminar, antes de ouvir a parte contrária (art. 9º, parágrafo único, II, e art. 311, parágrafo único, ambos do CPC/2015) (BRASIL, 2015).

6 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O tema-problema da presente pesquisa é analisar o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, além da sua simples instrumentalidade. Contudo, é indispensável traçar os seus contornos legais e pressupostos, inclusive pela sua relativa novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

6.1 NOÇÕES GERAIS

Não é raro verificar na rotina forense determinadas demandas nas quais, após a concessão e efetivação da antecipação, as partes se desinteressam pela instrução e prosseguimento do processo. Um exemplo apresentado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira ilustra bem esta situação:

O motorista de taxi, por exemplo, que tinha seu veículo abalroado e que por isso se viu obrigado a propor uma ação contra o causador do dano, queria apenas obter a reparação do seu veículo e o ressarcimento dos valores que iria receber caso estivesse trabalhando. Obtidos esses proveitos, o processo passava a ser um fardo para as partes, que já tinham solucionadas as suas pendências de ordem prática, mas ainda precisavam continuar a litigar, isso em busca da segurança da coisa julgada, fenômeno que desconheciam por completo e não sabiam para o que se prestava. Afinal, na prática, o que significa a coisa julgada para um leigo, quando já recebeu tudo aquilo que lhe era devido? (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015, p. 639-640).

No CPC/2015 (BRASIL, 2015), o legislador inovou²⁵ ao criar um procedimento autônomo de cognição sumária que possibilita a concessão de tutela de urgência “antecipada requerida em caráter antecedente”. Assim estabelece o art. 303 do CPC/2015 (BRASIL, 2015):

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. (BRASIL, 2015).

Essa novidade procedimental possibilitou a introdução do instituto da estabilização da tutela antecipada no processo civil brasileiro. E assim o fez no art. 304 do Código Processual: “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (BRASIL, 2015).

²⁵ Registre-se ter havido tentativa de alteração do Código de 1973 para a introdução do regime de estabilização – por meio do Projeto de Lei nº 186/2005, proposta esta arquivada com o término da legislatura e não reeleição, em 2006, do seu autor, o Senador Antero Paes de Barros (CAVALCANTI, 2016, p. 204).

Mesmo antes da introdução da estabilização da tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, Teori Zavascki já admitia, de maneira excepcional, a possibilidade de decisão fundada em cognição sumária ter caráter definitivo em virtude da urgência da situação e da irreversibilidade fática da medida implementada (ZAVASCKI, 2007, p. 33-34).

Por estabilização da tutela antecipada entende-se a situação jurídica que torna possível a conservação da eficácia da tutela antecipada pleiteada e concedida pelo juiz, sem a necessidade de prolação de decisão posterior de mérito ao final do processo que a confirme. Trata-se de decisão proferida em demanda procedimentalmente autônoma, eis que não sujeita, necessariamente, a posterior e decisão final que analise o mérito (CABEZAS, 2015, p. 166).

Ester Camila Gomes Norato Rezende sintetiza a estabilização como sendo uma técnica que consiste “na submissão da provisoriedade, característica da tutela antecipada, ao princípio dispositivo, de modo que em caso de inércia do sucumbente em relação à tutela de urgência em questão, opera-se a estabilização, isto é, a conservação da sua eficácia”, mesmo após a extinção do processo (REZENDE, 2015, p. 205).

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que os objetivos da estabilização são: “i) afastar o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 616-618), considerando-a uma técnica de monitorização do processo civil, visto que o legislador, no CPC/2015, generalizou a técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 616-618).

Registre-se que essa opção do CPC/2015 (BRASIL, 2015) sofreu críticas por parte da doutrina. Eduardo Talamini assevera:

A estabilização da tutela urgente implica a reunião de institutos e técnicas que têm finalidades distintas. Pretende-se conjugar a função de afastar perigo de danos (tutela urgente) com a função de propiciar a rapidamente resultados práticos em caso de inércia do réu (tutela monitoria). O risco daí advindo é o de enfraquecimento da tutela antecipada antecedente como mecanismo de tutela urgente, ao se lhe acoplar a técnica monitoria. (TALAMINI, 2015, p. 141).

É de se reconhecer, contudo, que grande parte dos autores aplaudiu a inovação, entendendo que a possibilidade de estabilização foi um grande avanço na nova legislação. Foi o caso de Dierle Nunes e Érico Andrade que afirmam que

O novo CPC trilhou enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada. Assim, o CPC-2015, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, passou a admitir a estabilização e sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e

sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente. (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 174).

Em suma, os autores que festejaram a opção do legislador entendem que a estabilização da tutela antecipada buscou promover maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional.

6.2 SISTEMÁTICA LEGAL

Estabeleceu o Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) a possibilidade da estabilização da tutela de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente.

O seu art. 303 (BRASIL, 2015) autoriza que o autor formule a petição inicial apenas com o requerimento da tutela antecipada, com a indicação do pedido de tutela final ou principal, exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos, se for o caso, e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 301, § 1º, I) (BRASIL, 2015).

O aditamento da petição ocorrerá nos mesmos autos, sem a necessidade de pagamento ou complementação de custas processuais (art. 301, § 3º) (BRASIL, 2015). Se o autor deixar de realizar o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 301, § 2º) (BRASIL, 2015).

Efetivado o aditamento, se a demanda envolver direito que admite transação, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 301, § 1º, II) (BRASIL, 2015) e, não havendo acordo, começará a fluir o prazo para contestação (art. 301, § 1º, III) (BRASIL, 2015).

Caso o juiz não verifique a presença dos elementos necessários para a concessão da antecipação de tutela, indeferirá a medida de urgência e intimará o autor para que emende a petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de seu indeferimento, com consequente extinção do processo sem resolução do mérito (art. 301, § 6º) (BRASIL, 2015).

Nesse ponto, uma observação é importante. A escolha do legislador pela palavra “emenda” parece que não foi a mais correta, visto que tal expressão nos leva a imaginar correção de um erro, equívoco ou falha na exordial, o que não é o caso. Há, na verdade,

necessidade de serem acrescentados alguns elementos para o prosseguimento da demanda nos moldes do art. in. I do §1º do art. 303 (MEDINA, 2015, p. 479).

Concedida a tutela em caráter antecedente, será cientificado o réu dessa decisão. Caso o réu apresente recurso, e desde que aditada a inicial pelo autor, o processo prosseguirá. Caso contrário, ou seja, se não for interposto recurso, a tutela antecipada estabilizará (art. 304, *caput*) (BRASIL, 2015), e o processo será extinto (§1º do art. 304) (BRASIL, 2015).

As linhas acima consignadas, que fazem uma rápida descrição legal da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a possibilidade de sua estabilização, são suficientes para uma razoável compreensão de sua sistemática.

6.3 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para a estabilização da tutela antecipada antecedente não se encontram presentes na lei processual de forma clara, sendo necessário interpretar as disposições do *caput* e do § 1º do artigo 304 (BRASIL, 2015). Portanto, coube à doutrina esclarecer quais são pressupostos para a ocorrência da estabilização da tutela antecipada.

Em pesquisa sobre o mesmo tema-problema, Natália Cançado Scarpelli, após analisar diversas posições doutrinárias, concluiu que são quatro os requisitos para a tutela antecipada tornar-se estável:

- (i) o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente; (ii) a concessão integral ou parcial desta tutela antecipada antecedente; (iii) a inércia do Réu consistente na não interposição do “respectivo recurso” – no caso de decisão proferida em 1ª instância, o Agravo de Instrumento –; e (iv) a ausência de aditamento (ou emenda) da petição inicial ou, se já aditada (ou emendada), o pronunciamento do Autor quanto ao desinteresse no prosseguimento do feito. (SCARPELLI, 2016, p. 152)

O primeiro pressuposto é o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, que deve constar de forma expressa na petição inicial, de acordo com o preceituado no § 5º do artigo 303 (BRASIL, 2015). Tal requerimento é necessário para que o réu possa se posicionar adequadamente a respeito da tutela antecipada, principalmente caso haja o seu deferimento, tendo em vista possibilidade de estabilizar-se.

Em uma interpretação restritiva do art. 304 (BRASIL, 2015), conclui-se que a tutela antecipada requerida em caráter incidental não é passível de estabilização, eis que sobre ela o dispositivo não faz qualquer menção.

O segundo pressuposto decorre do mesmo do art. 304 (BRASIL, 2015), pois exige, em interpretação restritiva, além do requerimento, a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Há na doutrina pequena divergência acerca da exigência ou não de concessão integral da tutela antecipada para viabilizar a sua estabilização. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam ser possível a estabilização dos efeitos da decisão que concede, ainda que parcialmente, a tutela antecipada:

Questão interessante é saber se a decisão que concede a tutela antecipada apenas parcialmente tem aptidão para a estabilização. Parece-nos que sim: ela tem aptidão para a estabilização justamente na parte em que atendeu ao pedido provisório do autor. Neste caso, sobrevindo a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos apenas desse capítulo decisório, prosseguindo-se a discussão quanto a restante. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 620-621).

Nesse mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica sustenta que “não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente” (SICA, 2015, p. 95).

O terceiro pressuposto consiste na inércia do réu em deixar de apresentar o respectivo recurso após devidamente intimado sobre a concessão da tutela de urgência antecipada antecedente. Nesse pressuposto, a despeito de todos concordarem com a existência, há importante divergência na doutrina sobre a interpretação do termo “recurso”, previsto no art. 304 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Há vozes que defendem que qualquer impugnação apresentada pelo réu será suficiente para impedir estabilização; outros sustentam que a interpretação deva ser restritiva, ou seja, apenas a interposição de agravo²⁶ de instrumento, se a tutela for concedida na primeira instância. Já na segunda instância, seria capaz de obstar a estabilização o agravo interno, contra a decisão monocrática (art. 1.021) (BRASIL, 2015) ou o recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada.

Tal divergência será posteriormente analisada de forma mais profunda, o que dispensa, por ora, maiores dilações.

O último pressuposto consiste, em síntese, na demonstração do autor que possui interesse na estabilização da tutela e conseqüente extinção do feito. A despeito do silêncio do dispositivo legal que trata do assunto, para que a estabilização da tutela se efetive deverá o

²⁶ De acordo com Sérgio Henriques Zandona Freitas, “o vocábulo ‘agravo’ deriva do verbo latino *aggravare*, que tem vários significados, conforme o sentido de sua própria origem etimológica, dentre eles injúria, afronta, injustiça, mas em Direito Processual designa recurso contra decisão interlocutória.” (FREITAS, S., 2008, p. 37).

autor deixar de aditar a petição inicial com o pedido principal ou, caso já tenha feito, que manifeste expresso desinteresse no prosseguimento do feito até decisão de mérito.

Ocorrendo a dupla omissão (não apresentação de recurso pelo réu e não aditamento da inicial pelo autor) é claro que a tutela antecipada deverá ser declarada estabilizada e o processo extinto, eis que essa será a única opção do magistrado, diante a impossibilidade de prosseguimento do feito sem pedido de tutela final.

É o que defende Alexandre Freitas Câmara:

[...] pode acontecer de o autor não emendar a inicial e o réu não interpor recurso. Deve-se considerar, neste caso, que ao autor se revelou suficiente a tutela de urgência já deferida, não tendo ele interesse em prosseguir com o processo em direção a um julgamento final fundado em cognição exauriente, e que ao réu não interessou praticar o ato necessário para impedir a estabilização da tutela antecipada. Nesta hipótese, então a tutela de urgência satisfativa antecedente se estabilizará. (CÂMARA, 2015, p. 166).

Contudo, considerando que na maioria dos casos o prazo para aditamento se encerrará antes do término do prazo do réu para interpor o recurso, o autor se verá obrigado a aditar a petição inicial após a concessão da tutela antecipada antecedente, mesmo sem ter interesse no prosseguimento do feito.

Nessa hipótese, posteriormente verificada a não interposição de recurso pelo réu em face da decisão concessiva, entende-se que deverá o juiz oportunizar ao autor que se manifeste pela estabilização da tutela antecipada e extinção do processo ou pelo prosseguimento do feito, até a análise do mérito.

Mais uma vez, as lições de Freitas Câmara:

Pode acontecer de o autor emendar a petição inicial e o réu não interpor agravo. Neste caso, terá havido uma manifestação de vontade do autor de prosseguir com o processo. Não se pode, porém, excluir a possibilidade de que o autor o tenha feito simplesmente porque não sabia se o réu iria ou não agravar, tendo então receado a extinção do processo sem resolução do mérito. Nessa hipótese, não tendo o réu interposto o recurso, só não terá havido a estabilização da tutela antecipada por ter o autor emendado a inicial, mas é possível imaginar que a ele interesse a estabilização. A solução adequada para este caso, pois, será exigir do juiz que profira despacho advertindo o autor do fato de que, por não ter o réu recorrido, pode acontecer a estabilização da tutela antecipada.[...] Caso o autor não desista da ação, porém, o processo seguirá em direção a uma decisão fundada em cognição exauriente, não se cogitando de estabilização da tutela de urgência satisfativa antecedente. (CÂMARA, 2015, p. 165).

Entende-se que esse posicionamento é o correto, afinal, em um processo democrático é garantido ao autor, como efetivo exercício do seu direito de ação, a análise do mérito de suas pretensões, o que somente poderá ser dispensado mediante sua expressa manifestação nesse sentido.

6.4 A INTERPRETAÇÃO DO TERMO “RECURSO” DO CAPUT DO ART. 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As considerações acima consignadas sobre a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a possibilidade de sua estabilização, são suficientes para uma razoável compreensão de sua sistemática e seus pressupostos.

As dúvidas e divergências procedimentais sobre o instituto são inúmeras²⁷, contudo uma delas tem sido objeto de importante debate entre estudiosos do Direito Processual: qual o sentido que deve ser atribuído ao vocábulo recurso, previsto no caput do art. 304²⁸ do CPC/2015 (BRASIL, 2015)?

Existem vozes que defendem que “recurso” deve ser entendido como recurso *stricto sensu*, ou seja, meio processual por meio do qual a parte pode obter o reexame e eventual reforma de uma decisão judicial (CÂMARA, 2016, p. 165). Outras, porém, afirmam que recurso deve ter interpretação ampla, devendo ser entendido como qualquer meio de impugnação da decisão provisória (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 608).

Outros autores vão ainda mais além, ao consignarem a possibilidade de entendimento de que qualquer modo de demonstração de insatisfação com os termos da tutela provisória seria suficiente para evitar a estabilização (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 75).

Etimologicamente, a palavra recurso originou-se do latim *recursus* e designa ato de alguém voltar para o lugar onde saiu (JORGE, 2015, p. 37) ou pode também representar a ideia de repetição de um caminho já utilizado (NERY JUNIOR, 2014, p. 204).

Ovídio Araújo Baptista da Silva ressalta que o vocábulo tem sua origem no verbo *recursare* que segundo ele, em latim, significa correr para trás ou para o lugar de onde se veio (SILVA, O., 1991).

No português, o significado da palavra recurso está relacionado ao sentido de auxílio, ajuda, meio para se resolver um problema, remédio e até mesmo de fundo ou reserva pecuniária (FERREIRA, 1993, p. 466).

²⁷ Muito se discute, por exemplo, sobre a natureza da “extinção do processo” prevista no §1º do art. 304 (BRASIL, 2015); sobre a distribuição dos ônus sucumbenciais no caso dessa extinção; sobre a possibilidade de, a despeito de ausência de previsão legal, operar-se a estabilidade em tutelas antecipadas concedidas incidentalmente bem como nas outras espécies de tutelas provisórias; se a estabilização é possível nas ações coletivas e nas ações rescisórias, entre outras.

²⁸ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. (BRASIL, 2015).

Bernardo Pimentel Souza assevera que podem ser múltiplas as acepções do termo recurso no idioma português. Segundo o referido professor, “ele pode ser empregado como sinônimo de dinheiro, numerário, pecúnia. Também pode significar ajuda, assistência, auxílio, proteção, socorro. Pode ser utilizado, ainda, como sinônimo de dote, faculdade, habilidade, aptidão” (SOUZA, 2006, p. 28).

No emprego jurídico do vocábulo recurso, notadamente na área processual, tal palavra pode ter dois significados: um, amplo e outro, estrito. Em sentido amplo, recurso é todo remédio jurídico-processual que pode ser utilizado para proteger eventual direito. Nesse sentido de aplicação do termo, até institutos como a ação rescisória, o mandado de segurança, a suspensão de segurança, a reclamação, podem ser designados como recurso (SOUZA, 2006, p.28).

Portanto, em sentido amplo ou lato, recurso pode ser entendido como qualquer meio de impugnação de uma decisão judicial, impugnação esta que foi assim conceituada por Flávio Cheim Jorge:

Os meios de impugnação são as formas existentes nos sistemas processuais que possibilitam que as partes prossigam na perseguição desse objetivo. Através deles é possível que os interessados continuem na defesa de seus interesses e direitos, questionando a forma e conteúdo da sentença, e, uma vez verificado que a lei não foi corretamente aplicada, obtenham a sua reforma ou nulidade. (JORGE, 2015, p. 35).

Por outro lado, em sentido estrito, “ou seja, em linguagem técnica, e à luz do direito brasileiro” (SOUZA, 2006, p. 28), o recurso pode ser definido como “remédio, dentro da mesma relação processual que dispõe as partes, o Ministério Público, e os terceiros prejudicados, para obter reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial” (JORGE, 2015, p. 41).

Para finalizar, destacam-se os ensinamentos de Misael Montenegro Filho que conceituando de forma estrita o termo recurso, afirmando ser “o instrumento processual e que se utiliza voluntariamente a parte que tenha sofrido gravame com a decisão judicial para obter a sua reforma, a sua invalidação, o seu esclarecimento ou sua integração, com a expressa solicitação de que seja proferida nova decisão judicial” (MONTENEGRO FILHO, 2006, p. 38).

Ultrapassadas as acepções, passa-se à controvérsia existente na doutrina.

6.4.1 A controvérsia doutrinária sobre o sentido do vocábulo recurso no art. 304 do CPC/2015

O sentido que deve ser atribuído à palavra recurso, previsto no caput do art. 304 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) tem gerado controvérsia entre os autores que já se manifestaram sobre o tema.

Alguns autores defendem que o termo recurso deva ser entendido de forma estrita, ou seja, “meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada” (NERY JUNIOR, 2014, p. 203) Outros, porém, afirmam que recurso deve ter interpretação ampla, devendo ser entendido como qualquer meio de impugnação.

Entre os autores que defendem a interpretação restritiva, Alexandre de Freitas Câmara afirma que

[...] é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. (CÂMARA, 2016, p.165).

Também adere a essa corrente Ester Camila Gomes Norato Resende, o que se conclui da leitura do seguinte trecho de sua obra:

O legislador no Novo Código estabelece que a conduta da parte sucumbente na tutela antecipada antecedente hábil a obstar a estabilização é o recurso interposto contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, isto é, o agravo de instrumento. Logo, nos termos positivados pelo Novo Código de Processo Civil, caso a parte sucumbente não recorra da decisão que concede a tutela antecipada, sua conduta será caracterizada como inerte, conduzindo à estabilização. (REZENDE, 2015, p. 205-206).

Na outra corrente, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria Oliveira e Paula Sarno Braga, que afirmam que a inércia necessária para a estabilização da tutela antecipada vai além da não interposição do recurso *stricto sensu*, mas também a ausência de apresentação de qualquer outro meio de impugnação da decisão, como, por exemplo, o pedido suspensão de segurança, ou o pedido de reconsideração (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 608).

Bruno Garcia Redondo, na esteira desse raciocínio, vai ainda mais além, ao afirmar que qualquer impugnação, até mesmo a simples apresentação da contestação seria meio suficiente para evitar a estabilização (REDONDO, 2015).

Heitor Vitor Mendonça Sica também afirma que outros meios de impugnação, além do recurso, são hábeis a impedir que a tutela antecipada seja estabilizada. Segundo o autor, a partir de uma interpretação sistemática e extensiva do art. 304 (BRASIL, 2015), deve-se entender que não apenas a interposição de recurso propriamente dito impediria a estabilização, mas também o manejo de outros meios de impugnação às decisões judiciais, especialmente a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e a reclamação (SICA, 2015, p. 91).

Por fim, destaque especial ao posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves(2016b), em obra na qual aponta comentários aos dispositivos do CPC/2015 (BRASIL, 2015). O autor lamenta a opção do legislador consignando que, em sua opinião, qualquer espécie de resistência do réu deveria ser suficiente para evitar a estabilização. Contudo afirma que a redação do *caput* do art. 304 (BRASIL, 2015) não permite interpretação do termo recurso senão a restritiva. Veja-se:

Segundo a previsão do art. 304, *caput*, do Novo CPC, a tutela antecipada concedida anteriormente só não se estabiliza na hipótese de interposição de recurso pelo réu, que, embora não esteja indicado expressamente no dispositivo legal, é o agravo de instrumento, previsto no art. 1.015, I do Novo CPC. A redação legal está longe de ser adequada. Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante juízo que concedeu a tutela antecipada. (NEVES, 2016b, p. 489).

A presente pesquisa filia-se a esse entendimento. Ainda que não tenha sido a melhor opção aquela escolhida pelo legislador, a norma deve ser respeitada e aplicada, sem qualquer ampliação interpretativa incabível na hipótese, pelas razões a seguir expostas.

6.4.2 A interpretação restritiva do termo recurso presente no art. 304 do CPC/2015

A controvérsia acima exposta já tem chegado aos órgãos jurisdicionais para apreciação e decisão. Assim sendo, a partir das diretrizes do processo constitucional, tem-se que a interpretação dada pelos juízes e tribunais ao *caput* do art 304 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) deverá ser a restritiva.

A perspectiva democrática não concebe que as decisões judiciais, sejam ela de mérito ou de natureza procedimental, estejam unicamente a cargo de uma autoridade, que de forma solipsista e baseada em sua própria consciência, resolve a sorte e o futuro daqueles que serão eventualmente atingidos pelos provimentos judiciais.

Nessa linha de raciocínio, a conclusão que se pode chegar não é outra: se num processo democrático não se concebe que o direito seja criado pela autoridade do juiz, muito

mais inadmissível que o magistrado crie um direito ou uma regra para uma hipótese legalmente prevista e que cujo texto legal, de tão singelo e claro, não permite método de interpretação além do literal, que resultará na interpretação restritiva do dispositivo legal.

Não podem os processualmente legitimados ficarem à mercê do entendimento solitário da autoridade judicial responsável por cada um dos procedimentos judiciais em curso, quando da aplicação de norma procedimental que, em razão de seu texto, não permite qualquer dose de subjetivismo.

Afinal de contas, a processualidade democrática “conjectura a hermenêutica isonômica, que assegura um direito igual de interpretação para todos (o que não deve ser confundido como um direito de igual interpretação)” (LEAL, R., 2013, p.10) e faz com que a legitimidade decisória “deixe de ser um ajuste da lei que atende à expectativa social dominante e passe a corresponder à fiscalidade” (GRESTA, 2014, p.192).

Como muito bem lecionado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, estudioso da ciência processual fundada na democraticidade:

[...] os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico. (DIAS, 2015, p. 158-159).

Logo, não caberá ao órgão jurisdicional inovar no ordenamento jurídico, aplicando interpretação extensiva quando a norma assim não permite, desconsiderado totalmente o sentido da norma e a sua verdadeira intenção.

É essa a opinião de opinião de Dierle Nunes e Érico Andrade:

Ademais, no caso da não interposição do agravo de instrumento, com a só apresentação da contestação, a falta de estabilização ainda poderia violar o sentido buscado pelo legislador, de permitir a eficácia da decisão, sem o trânsito em julgado, com a extinção do procedimento antecedente, reenviando-se as partes para o procedimento de cognição exauriente: se deixaria a cargo do réu convolar o próprio procedimento no principal, sem a estabilização da tutela, eliminando a linha de estabilização indicada no novo CPC, que passaria a depender não mais só da averiguação do recurso, mas de uma falta geral de impugnação do réu. (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 66).

Outro argumento que justifica a interpretação restritiva do vocábulo recurso é o fato de que Projeto de Lei nº 166/2010 (BRASIL, 2010c), previa em seu texto original que a “impugnação” do réu seria capaz de obstar a estabilização. Entretanto, após as modificações perpetradas pela Câmara dos Deputados, o texto final aprovado utilizou a terminologia “respectivo recurso”. Logo, só se pode concluir que a alteração foi realizada justamente para

restringir os meios de obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente (SCARPELLI, 2015, p. 133).

Ao determinar que a ausência de interposição do “respectivo recurso” possibilitaria a estabilização da tutela antecipada, o legislador não deu espaço para interpretação extensiva. Para garantia da segurança jurídica, fiel observância da legislação que foi democraticamente construída e sob pena de se reduzir a eficácia do instituto, o entendimento de que qualquer forma de impugnação é o suficiente para impedir a estabilização não deve prevalecer.

6.5 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

No atual paradigma constitucional, a atividade jurisdicional do Estado deve ser exercida por meio de um processo democratizado, de acordo com normas e princípios processuais vigentes, principalmente o da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, do juiz natural e da fundamentação das decisões.

A estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tem sido objeto de vários estudos e debates, conforme até já foi visto. Contudo, necessário analisar se o instituto é compatível com o Estado Democrático de Direito e com as diretrizes da processualidade democrática.

6.5.1 O instrumentalismo e a desprocessualização

A teoria do modelo constitucional do processo surge como oposição, no âmbito do Direito Processual, à teoria da natureza do processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu e, conseqüentemente, da escola instrumentalista, que defende que o processo é um mero instrumento da jurisdição, “a serviço da paz social” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 50).

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar Von Büllow, em 1868, que entendeu o processo como uma relação jurídica existente entre o Estado e as partes. No Brasil, essa teoria foi difundida por Enrico Tulio Liebman e disseminada pela denominada Escola Instrumentalista de Processo, principalmente por Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. (LEAL, 2008, p. 25 e LEAL, 2018, p. 134).

Durante o período de redemocratização do Brasil, Cândido Rangel Dinamarco, movido pelos ideais da igualdade material, da justiça social, da colaboração, da prevalência

do social sobre o individual, da solidariedade, lança em 1987 a obra “A instrumentalidade do processo”, infelizmente considerada por muitos²⁹ como a “bíblia” do processo moderno (CARVALHO FILHO, 2017).

A escola instrumentalista apregoa que os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais e políticos (escopos metajurídicos da jurisdição). Aroldo Plínio Gonçalves, ao discorrer sobre a jurisdição sob a ótica da escola instrumentalista, principalmente a partir dos ensinamentos de Candido Rangel Dinarmarco, esclareceu que para aquela escola

os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas, também, sociais, compreendendo a “pacificação com justiça e a educação”, e políticos, a participação, a “afirmação da autoridade do Estado e de seu Ordenamento”. O conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é a expressão do poder do Estado e, assim, “é a cavidade à realização dos fins próprios do Estado”. (GONÇALVES, 2013, p. 157).

A instrumentalidade do processo “surgiu como solução mágica através da mitificação do bom juiz, derivando outras respostas, também mágicas, como a efetividade, a celeridade, a deformalização, a plasticidade, a cooperação, o efficientismo” (CARVALHO FILHO, 2017).

Ao tratar o processo como mero instrumento da jurisdição, ou seja, meio para buscar a paz e a justiça, pela justiça, os adeptos do instrumentalismo defendem, ou no mínimo autorizam, que o magistrado se torne a figura soberana da relação processual, decidindo de forma discricionária e arbitrária, ignorando atuação das partes.

Antônio Carvalho Filho advertiu sobre os riscos dessa linha de pensamento:

Constrói-se, a partir daí, um modelo de juiz: um representante do povo, que possui legitimidade democrática tal qual um parlamentar (poder legislativo), que deve estar atento aos anseios e motivações da própria sociedade. É o juiz-antena (ou juiz formiga-atômica), capaz de receber, ler e decifrar os impulsos sociais e os clamores majoritários de justiça e moralidade. “*Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado*”. O juiz é, senão, o “*gerente nato do bem-comum*”, o jungido para ser “*a providência de seu povo*”. A justiça é para Dinarmarco o “*escopo-síntese*”, pois expressão do “*bem comum*” (*welfarestate*). A esperança depositada pela escola instrumentalista do processo é em um juiz onisciente, magnânimo e preparado. (CARVALHO FILHO, 2017).

Contudo, essa aposta no fortalecimento da figura e dos poderes do magistrado, que ignora a importância das partes e suas funções na participação do processo e na produção do provimento final, não obteve sucesso e falhou gravemente, principalmente porque o juiz instrumentalista extirpa as garantias processuais e viola Constituição da República (BRASIL, 2018).

²⁹ Cf. Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 440-441; Yarshell, 2014, p. 39-40; Neves, 2016a, p. 21-22.

Por essas e outras razões, André Cordeiro Leal já denunciou a crise do instrumentalismo, principalmente porque mantém intocada a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento típico do direito privado obrigacional, fonte das primeiras e equivocadas teorias da natureza jurídica do processo (LEAL, A., 2008).

Fato é que a escola instrumentalista, baseada na teoria do processo como relação jurídica, que formou e ainda forma gerações de bacharéis de direito e operadores do direito processual, inclusive professores (CARVALHO FILHO, 2017), tem como seguidores grande parte dos processualistas brasileiros, influenciando diretamente as normas processuais brasileiras, inclusive o CPC/2015 (BRASIL, 2015). André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau não tiveram dúvida em afirmar que

[...] o Novo CPC, longe de apresentar quaisquer inovações teóricas, apenas reproduz a violência estrutural que se oculta no pressuposto de que a jurisdição é atividade monopolística de dicção do sentido fático-normativo pelo juiz, com redução do cidadão à condição de mero destinatário do dizer judicial – ou, como quer a exposição de motivos da Lei nº 13.105/15, ao status de mero jurisdicionado. (LEAL; THIBAU, 2017, p. 37).

Ao colocar a jurisdição, e com ela os seus escopos metajurídicos, no centro na ciência processual, a escola instrumentalista eleva o Estado-juiz ao topo da relação jurídica processual, fazendo com que a atividade do julgador seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua iluminada sabedoria, em uma atividade solitária e solipsista, autorizando o magistrado inclusive a realizar determinações jurídicas não contidas no direito legislado (STRECK, 2010, p. 41).

Além de equivocadamente colocar o juiz como o sujeito mais importante do processo, na ânsia de “fazer justiça” e “garantir a paz social”, a legislação processual brasileira, com evidente influência da escola instrumentalista, vem desenvolvendo uma “metodologia” tendente a eliminar discussões e abreviar procedimentos, em flagrante ofensa ao espaço democrático que deve ser garantido pelo processo, mostrando-se um verdadeiro obstáculo ao debate sobre os fatos, questões e provas postas em juízo.

A ausência de efetiva implementação dos direitos fundamentais, muitas vezes em razão da omissão do Estado, resulta em forte apelo popular que, na esteira da instrumentalidade, culminana ideia de uma atividade jurisdicional célere como forma milagrosa de solução de todos os problemas sociais. E é nesse contexto que surgem inúmeras propostas de acesso rápido à atividade jurisdicional do Estado e de mecanismos para que as respostas sejam ainda mais céleres.

Antônio Carvalho Filho advertiu:

As garantias processuais – e o próprio processo tido por garantia – passaram a ser [re]lidas a partir da visão instrumental do publicismo processual. O processo é visto

como “um mal necessário” para a obtenção da “tutela jurisdicional” em “tempo adequado” e com “satisfação integral”, custe o que custar. Os princípios do devido processo legal, em sua perspectiva processual (*procedural dueprocess*), da imparcialidade, da imparcialidade e da ampla defesa são paulatinamente solapados a partir da perspectiva do processo como ferramenta nas mãos do juiz para o exercício do poder jurisdicional, para a pacificação social através da justiça. (CARVALHO FILHO, 2017)³⁰.

Contudo, conforme denunciado por Clênderson Rodrigues da Cruz, “o resultado obtido é descompassado com o Estado Democrático de Direito e representa a subvalorização das conquistas processuais pós-Constituição de 1988, em proveito de um famigerado discurso da imprensa” (CRUZ, 2016, p. 22).

Os seguidores da instrumentalidade “buscam dar sustentação à tese de que o que importa à sociedade contemporânea é a solução rápida dos conflitos por um juiz magnânimo e responsável”(LEAL, A., 2008, p. 25).

Essa chamada desprocessualização, foi assim definida por Francisco Rabelo Dourado de Andrade:

Entende-se por desprocessualização a supressão da democraticidade do discurso jurídico, mediante a eliminação de procedimentos, a supressão da fiscalidade, a imunização à crítica teórico-científica e a vedação ao exercício do contraditório, isonomia, e ampla defesa, que vale lembrar, são princípios instituintes da processualidade democrática. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 210).

No CPC/2015 (BRASIL, 2015), a despeito da propaganda tentativa de aproximar o processo da Constituição da República (BRASIL, 1988), é flagrante a influência da escola instrumentalista que, ao contrário, só tende a afastar o processo dos preceitos principiológicos do atual paradigma constitucional³¹.

Especificamente sobre a onda da desprocessualização, são vários os institutos no novel diploma processual que representam essa tendência altamente ofensiva ao Estado Democrático de Direito, entre eles, o julgamento liminar de improcedência do pedido, a tutela de evidência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recursos repetitivos e a estabilização da tutela antecipada, esta última objeto da presente pesquisa.

³⁰ Imparcialidade, segundo Antonio do Passo Cabral, é atributo de alguém que não é parte, ou seja, o juiz imparcial é aquele que não pratica funções típicas das partes (CABRAL, 2007, p. 351).

³¹ Segundo André Leal e Vinícius Thibau, “extraí-se do Novo CPC que, a pretexto de ofertar respostas às mudanças exigidas pela Constituição a que tanto apela, apenas coloniza a própria constitucionalidade com conceitos arraigados em um direito processual civil tradicional, os quais se apresentam absolutamente desalinhados ao projeto democrático brasileiro, que almeja superar os envelhecidos fundamentos ideológicos dos Estados Liberal e Social de Direito, conforme determina a norma prevista no art. 1º, da CB/88.” (LEAL; THIBAU, 2017, p. 43).

6.5.2 Estabilização da tutela antecipada: exercício da jurisdição sem o devido processo constitucional

OCPC/2015 (BRASIL, 2015) permite, diante da inércia do réu, a estabilização da decisão que antecipou a tutela, em caráter antecedente, mantendo-se seus efeitos mesmo depois da extinção do processo. Ousa-se dizer que a tutela estabilizada tem efeito de “coisa quase julgada”, podendo ser revista apenas por uma sentença proferida em outra demanda ajuizada com esse objetivo.

A estabilização da tutela antecipada é, sem dúvida, outra tentativa do instrumentalismo de reduzir o processo a simples instrumento da salvadora e milagrosa jurisdição, exercida por um juiz iluminado, com eliminação do processo que é, segunda essa escola, o grande empecilho à justiça justa, célere e eficaz. Como já disse André Cordeiro Leal, “é a supressão do tempo do pensar em prol da rapidez e ‘justiça’ olímpicas da decisão.” (LEAL, A., 2008, p. 30).

Conforme muito bem sintetizado por Francisco Rabelo Dourado de Andrade “para os instrumentalistas o tempo é hostil à justiça e a ordinariedade procedimental (o processo!) seria o grande embaraço da efetividade e celeridade da tutela jurisdicional” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 173-175), logo, “a pretexto das urgências se instala o fetiche da justiça rápida com o aumento dos poderes do juiz para livre interpretação, valoração e valorização sumária das alegações e provas” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 173-175).

Contudo, não se pode admitir no Estado Democrático de Direito abreviações do devido processo legal. A pretexto da urgência e da celeridade, e supostamente autorizada pelos princípios constitucionais do acesso à jurisdição e da efetividade do processo, a desprocessualização resulta no aumento de poderes do julgador para interpretar e valorar livremente as alegações e provas que lhe são apresentadas, inclusive de forma sumária.

Ainda que se tratasse de questão urgente, não se pode ignorar a exigência constitucional do devido processo e conseqüentemente, da cognição plena e exauriente. Da mesma forma, não se pode acreditar que medidas de abreviação do processo representem a salvação da atividade jurisdicional do Estado.

É o exercício da jurisdição sem o devido processo constitucional, o que não pode ser tolerado, conforme sustenta Rosemiro Pereira Leal:

Portanto, a jurisdição, em face do estágio da ciência processual e do direito processual, não tem qualquer valia sem o processo, hoje considerado, no plano do direito processual positivo, como complexonormativo constitucionalizado e

garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu suposto saber decisório. (LEAL, R., 2018, p. 50).

A exigência constitucional da duração razoável do processo não pode impor ao jurisdicionado a aceleração de procedimentos à custa de decotes das garantias processuais, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras, efetividade do processo não pode justificar o sacrifício do tempo da ampla defesa, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (LEAL, R., 2018, 156).

Como muito bem pontuado por Clênderson Rodrigues da Cruz, a falaciosa justificativa de que a estabilização da tutela antecipada prestigia a celeridade processual está em descompasso com o Estado Democrático de Direito, eis que este exige a cognição exauriente por apresentar maior segurança jurídica e maior grau de participação do sujeito processual na formação da decisão (CRUZ, 2016, p. 35).

Nessa esteira, a desprocessualização da atividade jurisdicional por meio da estabilização da tutela antecipada é técnica incompatível com as garantias constitucionais do processo e tende a reforçar o *déficit* de democraticidade já existente no processo civil brasileiro, fundado na instrumentalidade e na ideia de que o processo tem natureza de relação jurídica, eis que fortalece a figura do juiz e reforça a sua sobreposição em relação aos demais sujeitos do processo.

O exercício da jurisdição sem processo, como é o caso da tutela antecipada estabilizada, gera decisões e determinações judiciais totalmente desprovidas de legitimidade, eis que produzidas sem observância das garantias processuais constitucionais. Não há legitimidade em um provimento judicial que foi construído de forma não democrática, ou seja, sem efetiva participação das partes.

Conforme defende Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

O que garante a legitimidade das decisões são antes sãs garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e da ampla defesa além da necessidade da fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre as bases foram tomadas as decisões, dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes dos seus advogados. (OLIVEIRA, M., 2002, p. 78).

O processo baseado em matriz democrática representa a única forma de garantia dos direitos fundamentais e sua inobservância acarreta perda de legitimidade democrática das decisões e dos provimentos judiciais, que é o que se nota da decisão provisória estabilizada,

vez que ganha ares de uma quase definitividade, sem contar com a mínima participação dos sujeitos aos quais é dirigida, principalmente o réu.

Diferente não foi a análise de Regina Soares Quintão Leite, que em pesquisa sobre o tema concluiu pela impossibilidade de sustentar a existência de processualidade democrática na tutela provisória de urgência estabilizada eis que muito embora esteja previsto no modelo procedimental, nela não estão presentes os pressupostos constitucionais que legitimam o caráter processual que deveria lhe ser inerente (LEITE, 2018, p. 46).

Na teoria jurídica da democracia o processo, e conseqüentemente os atos e decisões nele praticados e proferidas, somente serão legítimos quando garantidos pela instituição do devido processo constitucional na atuação, exercício e aplicação dos direitos, o que não ocorre na estabilização da tutela antecipada conforme prevista no CPC/2015 (BRASIL, 2015), vez se tratar de instituto desconectado do devido processo constitucional e, via de consequência, do próprio Estado Democrático de Direito. Em síntese, a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente trata-se de ato violento e discricionário do julgador, eis que desprocessualizado e contrários às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo geral estudar a estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, cuja possibilidade no processo civil brasileiro está agora prevista no art. 304 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Da primeira parte da pesquisa, que abrangeu o estudo do Estado Democrático de Direito e o modelo de processo compatível com a sua matriz disciplinar, conclui-se o seguinte:

1.1) O princípio do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), garante a primazia do ordenamento jurídico, inclusive como limitação ao Estado o que assegura o direito do povo de participar, fiscalizar e interferir em todas as decisões a serem construídas pelo Estado, seja na sua função executiva, legislativa ou jurisdicional;

1.2) É necessário que o Direito seja estudado, pensado e aplicado sob a ótica constitucional democrática, sendo que os preceitos e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) devem ser aplicados a todo o ordenamento jurídico e seus ramos, inclusive no Direito Processual Civil. Nessa perspectiva, é direito do cidadão e dever do Estado oferecer uma resposta adequada às pretensões, mediante garantia de ampla participação na construção dos provimentos, observado o devido processo;

1.3) No Estado Democrático de Direito o processo também deve ser, por óbvio, democrático, logo, a garantia constitucional do devido processo deve ser a base, o alicerce e o principal condutor do processo democratizado, nos termos estudados pela teoria do modelo constitucional do processo;

1.4) O principal resultado do processo constitucional democratizado é um provimento altamente legitimado, resultado do confronto de argumentos e de provas, num procedimento caracterizado pela observância do devido processo constitucional e pelo exercício da ampla defesa e contraditório;

1.5) Os princípios constitucionais do processo, entre eles o do devido processo constitucional, da isonomia, da ampla defesa, do contraditório, do juízo natural e da fundamentação das decisões, são garantias fundamentais à asseguaração de todos os demais direitos e liberdades também previstos constitucionalmente, logo, imprescindíveis ao processo democrático.

Da segunda parte da pesquisa, que abrangeu o estudo das tutelas provisórias e a forma como elas estão disciplinadas e sistematizadas no CPC/2015 (BRASIL, 2015), chegou-se às seguintes conclusões:

2.1) A determinação constitucional da eficiência jurisdicional justifica a existência das tutelas provisórias, que são técnicas sumárias criadas para tutelar aquelas situações nas quais o risco ao direito ou a efetividade do processo é flagrante, ou o direito é evidente, fundadas em um exame menos profundo da causa, baseadas em probabilidade e não em certeza, amenizando o efeito nocivo do tempo;

2.2) O CPC/2015 (BRASIL, 2015) implementou reformulação do instituto das tutelas provisórias no Direito Processual Brasileiro. Extinguiu o processo cautelar como figura processual autônoma e consolidou o modelo procedimental sincrético, a necessidade de um processo autônomo para a tutela de urgência. Além disso, dividiu a tutela provisória, gênero, em duas espécies: tutela de evidência e tutela de urgência, esta que pode ser de natureza antecipada (satisfativa) ou cautelar (assecuratória);

2.3) Também inovou na possibilidade das tutelas provisórias serem requerida em dois momentos processuais diferentes, denominados antecedente e incidental. A tutela provisória assumirá caráter incidental quando pleiteada, mediante petição simples, no bojo do processo já em curso ou na petição inicial, juntamente com o pedido principal;

2.4) Na hipótese da urgência anteceder a ação principal (ou o pedido principal), o CPC/2015 (BRASIL, 2015) prevê a possibilidade de requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente, criando, para tanto, dois procedimentos próprios: o procedimento antecedente para a tutela antecipada e o procedimento antecedente para a tutela cautelar. No procedimento previsto para a tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador criou a possibilidade de estabilização da medida eventualmente concedida e a consequente extinção do feito, na hipótese de não interposição de recurso em face da respectiva decisão.

Da terceira parte da pesquisa, que estudou as noções gerais da técnica da estabilização, sua sistemática legal, procedimento e pressupostos, foram alcançadas as seguintes conclusões:

3.1) Ao prever a estabilização da tutela antecipada antecedente, que é o objeto de estudo da pesquisa, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) rompeu com o paradigma adotado na ordem então vigente, de que uma decisão provisória baseada em cognição sumária necessariamente deveria ser substituída por outra decisão definitiva;

3.2) A estabilização da tutela antecipada pode ser entendida como situação jurídica que conserva a eficácia da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, mesmo após a

extinção do processo e sem a necessidade de posterior confirmação em sentença definitiva de mérito;

3.3) Não há previsão expressa na lei sobre os pressupostos necessários à estabilização da tutela antecipada antecedente. Mediante adequada interpretação das disposições do caput e do § 1º do artigo 304 (BRASIL, 2015), percebe-se que são quatro os pressupostos para a tutela antecipada tornar-se estável: (i) o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente; (ii) a concessão integral ou parcial desta tutela antecipada antecedente; (iii) a inércia do réu consistente na não interposição do “respectivo recurso” – no caso de decisão proferida em 1ª instância, o Agravo de Instrumento –; e (iv) a ausência de aditamento (ou emenda) da petição inicial ou, se já aditada (ou emendada), o pronunciamento do autor quanto ao desinteresse no prosseguimento do feito;

3.4) As dúvidas e divergências procedimentais sobre o instituto são inúmeras, justificadas pela sua novidade e pela omissão do legislador em relação a diversos pontos importantes. Entre os debates mais relevantes estão a interpretação do termo recurso, previsto no *caput* do art. 304 do CPC (BRASIL, 2015);

3.5) Em respeito à norma jurídica democraticamente instituída, deve ser dada interpretação restritiva ao termo recurso, definindo-se que a única forma de obstar a estabilização da tutela antecipada requerida e concedida em caráter antecedente será a interposição do meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada, ou seja, em caso de decisão proferida em 1ª instância o Agravo de Instrumento, previsto no art. 1.015 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Finalmente, na última fase da pesquisa, na qual foi realizada uma análise do instituto à luz da matriz curricular do Estado Democrático de Direito e das diretrizes do devido processo constitucional democrático, conclui-se que:

4.1) A legislação processual brasileira, influenciada pela escola instrumentalista, vem desenvolvendo uma “metodologia” tendente a eliminar discussões e abreviar procedimentos, a chamada desprocessualização, em flagrante ofensa ao espaço democrático que deve ser garantido pelo processo;

4.2) A estabilização da tutela antecipada é, sem dúvida, outra tentativa do instrumentalismo de reduzir o processo a simples instrumento da salvadora e milagrosa jurisdição, exercida por um juiz iluminado, com eliminação do procedimento (processo) que é, segunda essa escola, o grande empecilho à justiça justa, célere e eficaz;

4.3) Sob a ótica do atual paradigma democrático, o devido processo constitucional é uma garantia do cidadão, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas e princípios vigentes;

4.4) O devido processo constitucional não deve ser decotado, abreviado ou reduzido em virtude de pressões sociais ou de operadores empenhados na efetivação da jurisdição a qualquer custo e em tempo recorde. A estabilização representa uma afronta ao amplo direito de defesa, do contraditório com influência e, conseqüentemente, do devido processo constitucional, duramente conquistado pelo povo e em pleno vigor no Estado Democrático de Direito;

4.5) A estabilização dos efeitos da tutela provisória concedida em caráter antecedente é um instituto desconectado do paradigma processual democrático, conforme aventado na hipóteses da pesquisa, eis que representa o exercício da jurisdição sem devido processo constitucional, o que ocorre em razão da influência instrumentalista na legislação brasileira, gerando decisões desprovidas de legitimidade e desgarradas do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Trad. Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. *E-Book*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=MVpiCAAQBAJ>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A Legitimidade das decisões judiciais no Estado democrático de Direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 19-25, jan./jun. 2007.
- DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. **Compromissos teórico-paradigmáticos do contraditório dinâmico**: a fragilidade democrática do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa. 2018. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teria Geral do Processo Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1999.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de ElioFazzalari. *Virtuajus*. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, ano 2, p. 01-29, 2003.
- BERNARDINI, Carlos Eduardo Jorge. **Tutela jurisdicional que concede a tutela antecipada antecedente estabilizada e seus efeitos**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046, de 2010**. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 166, de 2010, ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 – Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116731>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2827, de 15 de março de 1879**. Consolidação das leis do processo civil. Brasília, DF: Senado Federal, [19--]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1533.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.444 de 07 de maio de 2002**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 166, de 2010**. Dispõe sobre reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, [2010]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABEZAS, Mariana de Souza. **Estabilização da tutela antecipada**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, p. 339-364, jul/2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4. p. 103-125.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência: medidas antecipatórias e cautelares – esboço de reformulação legislativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 140, p. 72-85, out. 2006.

CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo. **Empório do Direito**, São Paulo, 11 out. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>. Acesso em: 25 jun. 2019.

- CAVALCANTI, Lívio Coêlho. O Tempo no processo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 24 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51721&seo=1>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CONTIGLI, Flávia Couto de Oliveira. **Cooperativismo do Novo Código de Processo Civil no processo administrativo disciplinar do Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.
- COUTURE, Eduardo J. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**: com exposicion de motivos. Montevideo: Uruguay, 1945.
- CRUZ, Clênderson Rodrigues da. Uma análise crítica sobre a duração razoável do processo e a estabilização da tutela antecipada no novo CPC. **Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, n. 14, v. II, p. 21-40, jul./dez. de 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998,
- DEL NEGRI, André. **Teoria da constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciado nº 419**. Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. Vitória, maio 2015. Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, ago. 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15156. Acesso em: 25 jun. 2019.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 33-59, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/858>. Acesso em: 25 jun. 2019.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Revista de Jurisprudência do STJ**, Brasília, v. 2, p. 23-43, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/894>. Acesso em: 25 jun. 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (org.). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4. p. 185-207.

GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAYME, Fernando Gonzaga. O devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 63-75, 2. sem. 2000.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEAL, André Cordeiro Leal. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lotti. Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 36-52, jul./dez. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEITE, Regina Soares Quintão. **A ausência de processualidade democrática na estabilização da tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tocantins: Intelectos, 2003. v.1.

MALBERG, Raymond Carré de. **La Loi, expression de l'volonté générale**. Paris: Economica, coll. Classiques, 1984.

MARIA, Thaís Campos. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo e a (ir)racionalidade das decisões do processo administrativo disciplinar**. 2017. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. **O caráter interdital da tutela antecipada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Considerações práticas sobre o processo cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 53, p. 191-200, jan./mar. 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 56, abr./jun. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; SILVA, Natanael Lud Santos e (org.). **CPC Referenciado: Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Verbatim, 2015. v. I.

OLIVEIRA, Allan Helber de. Provimentos de urgência: aspectos históricos e doutrinários. *In*: FIUZA, César (coord.) **Direito Processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 155-176.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, 2000.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. O que é Processo Constitucional? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17298. Acesso em 25 jun. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. A impossibilidade de afirmar um livre convencimento motivado para os juízes: as críticas hermenêuticas de Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 10, mai./ago. 2018.

PEREIRA, Alexandre Ferrer Silva. **A efetividade da tutela antecipada de evidência no Estado Democrático de Direito**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 167-194, jun. 2015.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Provisória. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). **Primeiras lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 179-214.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 86, p. 56-75, abr./jun 1997.

RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. *In*: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (org.). **Estudos sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-132.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

SHIMURA, Sergio Seiji. **Arresto Cautelar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55, p. 86-102, jan./mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Curso de processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos e à ação rescisória**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 9-10.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *In*: DIDIER JR., Fredie. (coord.). **Novo CPC: doutrina Seleccionada**. Salvador. Juspodium, 2015. v. 4. p. 119-143.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 742, p. 40-56, ago.1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VALENTINO, Ângela Maria. **A processualização do procedimento de elaboração normativa legislativa como referencial de democraticidade: teoria da legitimidade legiferante**. Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2015.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A ordinaryidade reformada. **Boletim técnico** – Escola de Advocacia OAB-MG, Belo Horizonte, v. III, n. 2, dez. 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo CPC: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. I

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.