



Thiago Rosa Soares

Tema: A estabilização da decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente – análise do procedimento à luz dos princípios do contraditório e da efetividade da prestação jurisdicional.

Trabalho apresentado como requisito à obtenção de aprovação na disciplina Monografia no âmbito da pós-graduação em Direito Processual Civil da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília – DF
2016

Dedico este trabalho aos meus pais, Jackson Rosa Santos e Dinair Soares de Castro, pelo constante incentivo à atividade acadêmica e apoio nesta específica empreitada. Dedico ainda o trabalho ao professor João Ferreira Braga, pelas preciosas indicações bibliográficas e discussões a respeito do tema, e à tia Selma, pela ajuda com a obtenção de alguns dos textos indispensáveis à conclusão desta monografia.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, inovação legislativa trazida nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil brasileiro, a fim de aferir se o novo instituto é compatível com os princípios constitucionais do processo, sobretudo o devido processo legal e o contraditório, bem como a aptidão da estabilização (nos moldes em que foi introduzida no ordenamento) para o incremento da efetividade da jurisdição. Para tanto, no primeiro capítulo, abordam-se os princípios constitucionais do processo – devido processo legal, contraditório, ampla defesa e motivação das decisões judiciais – e seu tratamento legislativo na nova legislação processual, bem como na revogada. O segundo capítulo trata da necessidade de ser o processo voltado aos resultados sociais que produz, é dizer, à efetividade, e a importância das tutelas de urgência nesse cenário, assim como seu desenvolvimento legislativo e doutrinário na vigência do CPC/73. No capítulo final, é estudada mais pormenorizadamente a relação entre a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de um lado, e princípios constitucionais e efetividade, do outro, além das alternativas existentes ao modelo positivado.

Palavras-chave: estabilização dos efeitos da tutela antecipada, antecipação da tutela requerida em caráter antecedente, art. 303, art. 304, efetividade, devido processo legal, contraditório, liminar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O TRATAMENTO DISPENSADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	8
1.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	8
1.1.1. <i>Princípio do devido processo legal. Tentativas de delimitação conceitual, à luz dos preceitos constitucionais</i>	8
1.1.2. <i>Princípio do contraditório</i>	14
1.1.3. <i>Princípio da ampla defesa</i>	19
1.1.4. <i>Princípio da motivação das decisões judiciais</i>	21
1.2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: INTERFACE COM A LEGISLAÇÃO DE 1973	25
1.2.1. <i>O Código de Processo Civil de 1973 e o princípio do contraditório</i>	25
1.2.2. <i>Normas fundamentais no Código de Processo Civil de 2015: o contraditório como expressão de cooperação entre as partes e magistrado</i>	32
1.2.3. <i>O contraditório, a fundamentação das decisões judiciais e o diálogo processual</i>	35
CAPÍTULO II – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E TUTELAS DE URGÊNCIA	38
2.1. EFETIVIDADE, MOROSIDADE E O PAPEL DA TÉCNICA NO PROCESSO CIVIL MODERNO	38
2.1.1. <i>Técnica e efetividade na ciência do processo</i>	38
2.1.2. <i>Cognição e processo – técnica processual a serviço da efetividade da prestação jurisdicional</i>	45
2.1.3. <i>A eterna luta do sistema processual contra o tempo</i>	47
2.2. TUTELAS DE URGÊNCIA – ADEQUAÇÃO DO TEMPO DO PROCESSO À NECESSIDADE DO JURISDICIONADO	51
2.2.1. <i>Efetividade e a insuficiência do procedimento ordinário e neutro</i>	51
2.2.2. <i>Tutela antecipada e tutela cautelar</i>	55
2.2.3. <i>A tutela antecipada e a reforma processual de 1994</i>	62
CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE NO NOVO CPC	71
3.1. A UNIFICAÇÃO DE REQUISITOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA	71
3.1.1. <i>CPC/73 e o caminho aberto pela jurisprudência</i>	71
3.1.2. <i>A disciplina da matéria no CPC/15</i>	75
3.2. TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE	77
3.2.1. <i>Propostas legislativas anteriores à vigência do novo Código</i>	77
3.2.2. <i>Référé francês</i>	82
3.2.3. <i>Procedimento adotado no CPC/15</i>	86
3.3. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	91
3.3.1. <i>Monitorização do procedimento: a estabilização de decisões liminares</i>	91
3.3.2. <i>A adequação do procedimento ao princípio do devido processo legal</i>	98
3.3.3. <i>Flexibilização procedimental como alternativa à supressão do contraditório</i>	103
CONCLUSÕES	106
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

O processo é caracterizado pela instrumentalidade em relação às normas de direito material. Constitui método de exercício da função jurisdicional, tendo por fundamento promover a resolução de conflitos pela aplicação da lei, visando à paz social.

Confere-se ao Estado-juiz o poder de garantir a autoridade do ordenamento jurídico, pacificando o conflito de interesses. Considerando a necessidade do processo para a atuação coercitiva das normas de direito material, deve o Estado garantir tutela jurisdicional efetiva, fazendo valer o interesse de quem se encontra em situação de vantagem, quando não houver sido cumprido voluntariamente seu direito subjetivo. A efetividade consiste em garantir ao titular do direito a mesma situação que o cumprimento voluntário da norma lhe conferiria, ou, o quanto possível, resultado mais próximo a esse.

A tutela jurisdicional efetiva demanda a adoção de procedimentos adequados a cada situação material distinta. Assim, o processo não pode funcionar como mera garantia formal de ser ouvido em juízo, mas dispor de mecanismos capazes de atuar o comando das normas substanciais.

Dentre os fatores que impactam a efetividade da tutela jurisdicional, deve-se mencionar o tempo necessário para, observado o princípio do devido processo legal – e seus corolários –, resolver a crise de certeza e declarar qual das partes tem determinado direito. Nota-se que o tempo pode ser fator a contribuir para a inefetividade da atividade jurisdicional, uma vez que, em determinados casos, da demora pode decorrer o perecimento do direito que se pretende ver tutelado. Importante mencionar a verdadeira crise do Poder Judiciário brasileiro, que apresenta quadro de demora excessiva para a entrega da prestação jurisdicional.

O direito positivo institui tutelas de urgência a fim de evitar que a duração do processo acarrete dano à parte que tem situação jurídica protegida pelo direito material. A doutrina – e posteriormente a legislação – consagrou a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada. A primeira destinada a proteger a utilidade do processo, aparelhando-o de meios adequados e suficientes para que possa desenvolver-se regularmente e a segunda, a realizar provisoriamente a pretensão contida no processo.

O novo Código de Processo Civil (CPC/15) – instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – reservou o Livro V de sua Parte Geral para a disciplina das tutelas provisórias. Entre elas, incluem-se as tutelas de urgência e a tutela da evidência, nos Títulos II e III, respectivamente. A organização das tutelas provisórias no novo diploma legal, apresenta vantagens quanto à sistematização, deixando mais claros os requisitos de concessão das medidas.

O presente trabalho tem por objeto o estudo da *estabilização da tutela antecipada* de que cuidam os artigos 303 e 304 do novo Código de Processo Civil (CPC/15). Trata-se de técnica de sumarização do processo, cuja finalidade é a de promover economia processual, permitindo a estabilização de decisão independentemente da resolução de mérito proferida após processo de cognição exauriente.

O procedimento adotado pelo Código é analisado à luz dos princípios que regem o processo civil brasileiro a fim de verificar se o novo instituto aperfeiçoa a prestação da tutela jurisdicional – em respeito ao devido processo legal, realizando o direito à cognição adequada –, bem como se possui aptidão para atingir os objetivos a que se propõe.

Para tanto, o primeiro capítulo cuida análise dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais. Especial atenção é dirigida aos dispositivos do CPC/15 atinentes ao contraditório e à motivação, bem como os avanços de que se pode falar em relação ao diploma revogado.

O segundo capítulo, trata da necessidade de efetividade que dominou o centro da preocupação do processualista, sobretudo a partir de meados do século XX. O processo voltado a resultados denuncia a insuficiência do procedimento ordinário tradicional para a resolução de crises de certeza e de adimplemento, bem como os danos que advêm da ideia de neutralidade procedimental. Prossegue-se realçando a importância das tutelas de urgência nesse cenário e seu desenvolvimento legislativo e doutrinário na vigência do CPC/73.

O terceiro e último capítulo é destinado à tutela de urgência (requerida ou concedida) em caráter antecedente. Parte-se da ideia de duplo sentido vetorial entre cautelares e tutelas antecipadas, prevalecente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – mas alvo de algumas dificuldades quanto à aplicação por juízes e tribunais, sobretudo em razão da diferença

procedimental. Analisam-se as alternativas propostas durante a vigência do diploma processual revogado, o modelo de *référé* francês, que inspirou a legislação finalmente adotada, bem como a proposta constante do anteprojeto do CPC/15 e suas alterações quando de sua tramitação nas casas do Congresso Nacional.

Por fim, ainda no terceiro capítulo, analisa-se a compatibilidade do modelo de tutela antecipada em caráter antecedente ao programa processual estabelecido pela Constituição, além da possibilidade de se alcançarem os fins pretendidos com a inovação procedimental. Nesse ponto, leva-se em conta a nova feição do princípio do contraditório consagrada no CPC/15, a qual não se limita à mera resistência, cuidando-se de instrumento essencial para a influência na convicção do magistrado. Estuda-se em que medida a efetividade pode comprometer esse direito à influência na decisão futura e se o modelo adotado pelo legislador tem êxito na conciliação de tais princípios.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O TRATAMENTO DISPENSADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

1.1. Princípios constitucionais do processo

1.1.1. Princípio do devido processo legal. Tentativas de delimitação conceitual, à luz dos preceitos constitucionais

O direito processual tem suas linhas gerais traçadas pelo direito constitucional. O processo, que é influenciado por diversos fatores – sociológicos, históricos e políticos –, tem na Constituição (síntese do equilíbrio de forças políticas e sociais) o instrumento do qual se extraem seus fundamentos. Não apenas pelo fato de o texto constitucional estruturar os órgãos judiciários e sua competência, mas também por impor a observância de princípios processuais.

Os instrumentos processuais são essenciais para que o Estado de direito atinja seus objetivos – entre eles, garantir a tutela dos direitos fundamentais. A estrutura do processo é de tão grande relevância para tal desiderato que diversos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal direta ou indiretamente enunciam princípios incidentes sobre o processo.¹ Diante da inegável supremacia normativa da Constituição, a análise de tais princípios é de essencial importância para a adequada compreensão e interpretação das disposições infraconstitucionais.²

¹ Nesse sentido, aduz Grinover: “[...] Trata-se, na expressão de COUTURE, de fazer com que o direito não fique à mercê do processo, nem que venha a sucumbir por ausência ou insuficiência deste: porque não há liberdades públicas senão quando se disponha de meios jurídicos que impeçam seu desrespeito; e esses meios se exercem através da função jurisdicional, primacialmente.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushasky, 1975. p. 6).

² Sobre o tema, confira-se o que afirma Luís Roberto Barroso: “[...] A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema é, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. [...]” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 84).

O mais significativo deles – e do qual decorrem inúmeros outros – é o princípio do devido processo legal, inscrito no inciso LIV do artigo 5º da Constituição, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por estar encartado no rol de direitos fundamentais – e considerada a força normativa da Constituição –, o princípio se impõe como norma de hierarquia superior no ordenamento jurídico pátrio, devendo a legislação ordinária a ele se conformar. Ademais, funciona como parâmetro interpretativo em relação ao texto normativo infraconstitucional, o qual deve ser compreendido em função de seu comando.³

O princípio teria constado pela primeira vez na *Magna Carta* de João Sem Terra, de 1215, contido na expressão *law of the land*.⁴ Posteriormente expresso na *Statute of Westminster of the Liberties of London*,⁵ de 1354, e hoje consagrado nos ordenamentos jurídicos em geral (como, por exemplo, na Constituição dos Estados Unidos da América).

No direito inglês, constituía o *due process of law* princípio de justiça processual. De outra parte, no direito estadunidense surgiu importante distinção entre *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) e *procedural due process of law* (devido processo legal processual ou formal). Entende a Suprema Corte dos Estados Unidos que o *due process of law* não

³ De acordo com Barroso, os princípios constitucionais possuem eficácia direta, interpretativa e negativa. A eficácia direta implica o enquadramento de fato relevante da proposição nele contida. A eficácia interpretativa consiste no fato de que o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados levando em consideração os valores e os fins abrigados nos princípios constitucionais. Por fim, a eficácia negativa implica a paralisação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional. (BARROSO, *op. cit.*, p. 318)

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 92. O dispositivo constava do artigo (ou cláusula) 39 da Magna Carta: “No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, EXCEPT BY THE LEGAL JUDGEMENT OF HIS PEERS OR BY THE LAW OF THE LAND”. Apesar de haver tomado a forma de outorga de direitos, o documento era, na verdade, um acordo de vontades entre o monarca e os súditos (GRINOVER, 1975. p. 9). De acordo com Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, as expressões *law of the land* e *due process of law* eram intercambiáveis: “A propósito, Sir Edward Coke pontificou, em 1628, que ‘*per legem terrae*’ significava ‘*by the law of the land (that is, to speak it once and for all) by the due course, and process of law*’. Destarte, *law of the land* e *due process of law* eram expressões intercambiáveis, que foram concebidas no direito inglês, com conotação exclusivamente processual. *Due process of law*, no direito inglês, constitui *princípio fundamental de justiça processual*.” (MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18.)

⁵ “None shall be condemned without trial. Also that no Man, of what State or Condition that he be, shall be put out of the Land of Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to Answer by the DUE PROCESS OF LAW” (GRINOVER, *op. cit.*, *loc. cit.*).

deve ser entendido meramente como cláusula de caráter processual, mas também como disposição limitadora dos poderes do governo.⁶

O *substantive due process* é um princípio de garantia contra arbitrariedades do Estado. Cuida-se de disposição constitucional aberta que proíbe o prejuízo a determinados direitos, exceto por motivo especialmente irresistível. Seu âmbito de aplicação abrange direitos fundamentais e liberdades econômicas. Assim, o princípio impõe limitações aos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.⁷

Considerando a feição substantiva, o alcance do termo foi alargado, abarcando inúmeros ramos do direito: no direito administrativo, o princípio da legalidade; no direito privado, o princípio da autonomia da vontade (liberdade de contratar e de realizar negócios).⁸ Essa dimensão, contudo, não é isenta de críticas na doutrina estadunidense.⁹ Não obstante, foi incorporada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Segundo Fredie Didier Jr., a feição substantiva do devido processo legal tem sido entendida no direito brasileiro como o fundamento constitucional dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹¹ Ao julgar a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 8.713/93, que disciplinava a participação dos partidos políticos nas eleições (ADI 855), o Supremo Tribunal Federal declarou a norma inconstitucional, em virtude de sua desproporcionalidade em face do disposto no inciso LIV do art. 5º da Constituição – sede material do devido processo legal.¹²

⁶ Assevera Grinover (1975) que o *due process of law* no direito estadunidense vinculava todos os poderes do Estado (o que não ocorria na Inglaterra, em razão do princípio da supremacia do Parlamento) e com maior extensão, no sentido de proteção das liberdades e garantia da legalidade.

⁷ MATTOS, *op. cit.*, p. 31.

⁸ NERY JR., *op. cit.*, p. 97.

⁹ “[...] No entanto, a própria ideia de *substantive due process* é, ali, bastante criticada. Nesse sentido, apregoa-se, por exemplo, que ‘não há simplesmente como evitar o fato de que a palavra que segue *due é process*’, de modo que *substantive due process* ‘é uma contradição em termos – algo como *green pastel redness*’. Daí dizer-se que o *substantive due process* ‘é de longe a categoria mais problemática do direito constitucional.’” (MATTOS, *op. cit.*, p. 19)

¹⁰ MATOS, *op. cit.*, p. 20, 31.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 68-69

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327-329.

Como se nota, é a dimensão processual do devido processo legal que interessa a este trabalho. Da forma como enunciado no inciso LIV do artigo 5º da Constituição, é possível analisá-lo sob dois aspectos. Por consagrá-lo como condição *sine qua non* para a privação de liberdade ou de bens, pode ser analisado na perspectiva de direito de defesa, no sentido de que impõe limites ao poder estatal, como os direitos fundamentais de primeira geração, de forma geral. Assim, a mencionada ação invasiva do Estado sobre a vida privada do cidadão só pode ser levada a efeito se observado o procedimento legalmente instituído.

Contudo, não parece a Constituição conferir ao legislador ordinário discricionariedade absoluta para a definição de procedimentos.¹³ Aí se vislumbra a outra face do princípio: o adjetivo *devido* indica a necessidade de procedimento adequado (ou justo). Em outras palavras, há direito à instituição de normas procedimentais que permitam efetivar o direito material. O princípio, portanto, vincula também o legislador, a quem se impõe o dever de elaborar enunciados normativos que concretizem o conteúdo abstrato ali contido.¹⁴ Nesse aspecto, exigem-se do Estado ações positivas (prestações). Mattos registra a expressão *direito à organização do procedimento*.

O comando constitucional impõe-se também ao julgador, sendo parâmetro relevante tanto para a integração do ordenamento, quando a ausência de regra inviabilize a observância do devido processo, bem como na hipótese de a regra positivada ser com ele incompatível – eficácia negativa. Como exemplo da primeira hipótese, pode-se citar a necessidade de intimação da parte embargada quando interpostos embargos de declaração com efeitos modificativos, malgrado tal previsão não constasse do Código de Processo Civil de 1973.¹⁵ No que concerne a disposições legais contrárias ao princípio, cite-se a decisão proferida pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 278.389/SP, na qual a Corte reformou decisão do tribunal *a quo*, por entender dispensável

¹³ Nesse sentido, importa consignar o posicionamento de J. J. Gomes Canotilho: “[...] os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo” (CANOTILHO *apud* MATTOS, *op. cit.*, p. 194).

¹⁴ A propósito, reconhece Mattos haver certa dificuldade para que se reconheça o direito a normas procedimentais como direito subjetivo. Haveria uma *tendência objetivista*. Critica tal posicionamento, ao argumento de que estando os direitos fundamentais materiais associados a direitos procedimentais, sendo aqueles direitos subjetivos, estes também haveriam de sê-lo (MATTOS, *op. cit.*, p. 154-155)

¹⁵ Tal previsão consta do § 2º do artigo 1.023 do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

para o conhecimento do agravo de instrumento sua instrução com cópia da certidão de intimação da decisão agravada – peça obrigatória¹⁶ – quando fosse possível, por outros meios, aferir a tempestividade do recurso. Na ocasião, declarou o relator, Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira: “As formalidades processuais somente se justificam quando essenciais ao devido processo legal. Quando dispensáveis, devem ser desprezadas”.¹⁷

Mencione-se, ainda, como decorrência do devido processo legal a adequação procedimental, que impõe a adaptação do rito às exigências do caso concreto.

O princípio abrange inúmeras garantias ao cidadão que precisa se valer do processo a fim de ver seu direito reconhecido. Informa Ada Pellegrini Grinover que desta dimensão do *due process* e do direito à tutela jurisdicional decorrem postulados como a instrução probatória, o direito de defesa, a assistência judiciária, o duplo grau de jurisdição, a publicidade das audiências e outros.

A questão é pacífica na doutrina. De acordo com Nery, são corolários do princípio do devido processo legal, por exemplo:

[...] *a)* o direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; *b)* direito a julgamento rápido e público; *c)* direito ao arrolamento de testemunhas e à sua notificação para comparecimento perante os tribunais; *d)* direito ao procedimento contraditório; *e)* direito de não ser processado, julgado ou condenado pela alegada infração às leis *ex post facto*; *f)* direito à plena igualdade entre acusação e defesa; *g)* direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; *h)* direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; *i)* direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; *j)* privilégio contra a autoincriminação.¹⁸

Verifica-se que diversos dos direitos decorrentes do devido processo legal encontram-se positivados na Constituição Federal.¹⁹ A coexistência com subprincípios que são arrolados em

¹⁶ Nos termos do inciso I do artigo 525 do Código de Processo Civil revogado.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 278.389/SP. PROCESSO CIVIL. LEI 9.756/98. RECURSO ESPECIAL RETIDO. INAPLICABILIDADE AO CASO AGRAVO DE INSTRUMENTO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CPC, ART. 525-I. DISPENSA DA CERTIDÃO. PRECEDENTES. RECURSO ACOLHIDO. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrida: Indústria e Comércio de Móveis Conforto LTDA – Falida. Relator: Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 7 nov. 2000. Diário da Justiça de 11 dez. 2000.

¹⁸ NERY JR., 2013. p. 100.

¹⁹ No artigo 5º, são elencados: o princípio do juiz natural (LIII), o contraditório e a ampla defesa (LV), vedação da prova obtida por meios ilícitos (LVI), a publicidade dos atos processuais (LX), a prestação de assistência jurídica

diploma de mesma hierarquia normativa dificulta sua delimitação. Não parece haver elementos que permitam elaborar conceito jurídico de devido processo legal apartado do contraditório e da ampla defesa – que constam de inciso distinto –, ou do princípio do juiz natural ou mesmo da vedação da prova ilícita.

Diante de tal fato, há quem afirme haver o legislador incorrido em redundância.²⁰ Nery Jr. assevera que bastaria que o constituinte enunciasse o devido processo legal, que garantiria aos litigantes todos os demais direitos dele decorrentes, garantindo aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.²¹ De outra parte, não se pode negar que a enumeração mais insistente do constituinte confere ao jurisdicionado maior garantia de concretização de direitos processuais, evitando arbítrios por parte das autoridades estatais.

Interessante é a observação feita por Mattos,²² para quem, diante da pluralidade de direitos abrangidos pelo princípio do devido processo legal e de sua sobreposição na própria constituição, cuida-se de *direito fundamental como um todo*, por ser um conjunto de posições jurídicas fundamentais – regras e princípios – que se relacionam entre si e podem ser reconduzidas ao disposto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição. Considerando sua abrangência, fala-se também em situação de *superafetação*, que torna o devido processo legal uma garantia de caráter subsidiário e geral.²³

Em obra dedicada à definição e aplicação dos princípios jurídicos, Humberto Ávila²⁴ classifica o devido processo legal como um *sobreprincípio*, norma de caráter mais abrangente cuja aplicação é intermediada por *subprincípios*, os quais delimitam, com maior especificação, seu comando. Entende o autor que os sobreprincípios exercem função interpretativa – que permite uma

gratuita aos necessitados (LXXIV), razoável duração do processo (LXXVIII). O artigo 93 determina a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade (inciso IX).

²⁰ Rogério Lauria Tucci, José Rogério Cruz e Tucci. *Constituição de 1988 e processo*. apud MATTOS, *op. cit.*, p. 156.

²¹ Contudo, pondera o autor, que a explicitação das garantias decorrentes do *procedural due process* é uma forma de enfatizar sua importância e permitir sua aplicação pelos poderes da República sem maiores questionamentos (NERY JR., *op. cit.*, p. 100).

²² MATTOS, *op. cit.*, p. 156-157.

²³ MENDES; BRANCO; COELHO; *op. cit.*, p. 639.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

releitura ou uma interpretação dos subprincípios de acordo com o seu comando – e função bloqueadora – que afasta elementos que não promovam o estado ideal de coisas a ser promovido. Aduz expressamente que, a despeito da maior especificidade do comando dos subprincípios que nele estão contidos, a enunciação do sobreprincípio do devido processo legal não é despicienda²⁵ pois, como visto, possui relevante função na compreensão e na aplicação das normas jurídicas.

Por fim, parece lícito concluir ser o princípio do devido processo legal (processual ou formal) o direito a um processo adequado, que garanta de maneira eficaz a atuação das normas de direito material, em observância aos direitos fundamentais, exigindo-se das partes comportamento conforme a boa-fé.

Sua observância é imperiosa para que se possa obter o acesso efetivo à justiça. Malgrado não seja o único princípio de obediência necessária para tanto – não se pode tudo reduzir ao procedimento ou rito –, é essencial para a prolação de decisões justas, que atuem as normas de direito material.

1.1.2. Princípio do contraditório

Corolário do devido processo legal, o princípio do contraditório também encontra guarida no texto constitucional, que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV). O procedimento em contraditório legitima o exercício do poder jurisdicional – Dinamarco fala em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal.²⁶

²⁵ “[...] Embora vários dos subelementos do princípio do devido processo legal já estejam previstos pelo próprio ordenamento jurídico, o princípio do devido processo legal não é supérfluo, pois permite que cada um deles seja ‘relido’ ou interpretado conforme ele. [...] Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, exercem importantes funções, mesmo na hipótese – bastante comum – de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos no ordenamento jurídico”. (*Ibidem*, p. 123, 124)

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno – tomo I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 517.

O referido princípio é classicamente definido como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”.²⁷ Nesse sentido, o contraditório impede o Poder Judiciário de encurtar, diminuir ou restringir o direito de o litigante se manifestar nos autos.²⁸

O direito à prova é também decorrência do contraditório no processo. Afinal, careceria de utilidade prática a possibilidade de a parte alegar as razões pelas quais entende que o ordenamento jurídico confere proteção ao seu direito se não lhe fosse permitido provar os fatos em que elas se sustentam. O contraditório abrange, portanto, o direito de fazer a contraprova do que houver sido alegado pela parte adversária. Por esta razão, diz-se resolver o contraditório na dinâmica do pedir-alegar-provar.²⁹

Mister destacar que o princípio do contraditório incide de formas distintas sobre o processo penal e sobre o processo civil. Naquele, deve ser efetivo, real, substancial (sendo imperiosa a defesa técnica, ainda que se verifique a revelia). Neste, sua amplitude é menor, sendo suficiente que se dê aos litigantes a oportunidade de influírem nos rumos do processo. Em causas nas quais se controverte sobre direito disponível, verificada a revelia, prossegue o processo mesmo sem a defesa técnica do réu até a prolação de decisão final.³⁰ Admite, assim, o processo civil, o contraditório formal.³¹

Presente o direito à informação, pelo princípio é vedada a existência de processo ou investigação secretos. O segredo de justiça, quando decretado, restringe o acesso dos autos a terceiros, mas jamais às partes.

²⁷ Canuto Mendes de ALMEIDA *apud* GRINOVER, 1975, p. 93.

²⁸ NERY JR., 2013, p. 223.

²⁹ DINAMARCO, 2010, p. 520.

³⁰ NERY JR., 2013, p. 224.

³¹ Segundo GRINOVER (1975, p. 93), “[...] tal conceito só foi atingido mediante um longo desenvolvimento: o direito romano carecia de meios para processar o réu que se negasse a comparecer, até que o pretor instituiu o ‘missio in bona’ como medida para forçar ao comparecimento. Dificuldades semelhantes encontrou o processo germânico. A idéia que o tribunal pode julgar em ausência do réu, se este for regularmente citado, tem sua origem no procedimento em contumácia do direito romano pós-clássico, que só conseguiu sustentar-se após penosa luta, para sobrepor-se à persistência da idéia primitiva”.

Contudo, essa compreensão tradicional do contraditório o limitava ao binômio informação-manifestação – à reação contra decisões desfavoráveis ou contra as alegações da parte contrária, razão pela qual também se fala em informação-reação³².

Em virtude do princípio da isonomia, a perspectiva formal importa a participação qualificada das partes, com ênfase na igualdade de oportunidades, como regra.³³ Cuida-se, portanto, em uma garantia de simetria de posições subjetivas.

Tal concepção, contudo, foi, aos poucos, complementada, sendo compreendida de forma mais ampla. Hodiernamente, o princípio é entendido também no sentido de permitir às partes influenciar em todos os elementos que digam respeito à causa – fáticos, probatórios ou jurídicos.³⁴ A tônica deixa de ser a reação e passa a ser a influência, é dizer, a possibilidade efetiva de as partes influenciarem o convencimento do magistrado e, conseqüentemente, o próprio conteúdo da decisão judicial a ser proferida.

Assim, o princípio, além de direito das partes, impõe ao magistrado o dever de “participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele mesmo o contraditório”.³⁵ Ele deve garantir que as alegações e provas produzidas pelas partes serão efetivamente consideradas pelo órgão jurisdicional quando da prolação de decisão.³⁶ Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Mattos:

De conseguinte, o objetivo principal do *contraditório* não é a *defesa*, no sentido negativo de resistência ou oposição à atuação da parte contrária, mas, isto sim, a *influência*, no sentido positivo de direito de influir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo. O *contraditório* garante, assim, a possibilidade efetiva de influenciar o convencimento do juiz e o próprio conteúdo da decisão judicial.³⁷

³² DINAMARCO, 2010, p. 520.

³³ FRANCO, Marcelo Veiga. **Devido processo legal x indevido processo sentimental: o controle da função jurisdicional e o modelo participativo de processo.** In: Ver. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 39-62, jan./jun. 2013. p. 45.

³⁴ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 41.

³⁵ DINAMARCO, 2010, p. 517.

³⁶ FRANCO, *op. cit.*, p. 47.

³⁷ MATTOS, *op. cit.*, p. 207.

De acordo com Nery Jr., houve uma evolução do direito processual no que concerne à participação do juiz no processo. Abandonando-se a passividade como característica de sua atuação, o juiz deve ser sujeito ativo, valendo-se do processo como instrumento de efetivação do direito material.

No entanto, malgrado seu papel mais ativo no processo, a doutrina³⁸ questionava a prolação de decisões-surpresa, ou seja, aquelas que envolvem aspectos não previamente discutidos pelas partes como seu fundamento. Nery Jr. fala em sentenças de “terceira via”. Esse tipo de decisão concentra-se, no processo civil, sobre as chamadas *questões de ordem pública*, a respeito das quais pode o magistrado decidir *ex officio*, ou seja, ainda que não haja alegação das partes a seu respeito.

Ordenamentos estrangeiros conheciam regras que vedavam tal espécie de decisão. O *Nouveau Code de Procédure Civile* francês³⁹ dispõe (art. 16) que o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório, o que é compreendido pela doutrina daquele país como o debate das questões de fato e de direito pelas partes.⁴⁰ O direito alemão protege as questões de fato e de direito contra as decisões-surpresa (*ZPO* § 139, 2).⁴¹ Além disso, o Código de Processo Civil português também prevê regra semelhante (art. 3º, 3)⁴².

Questionava-se, quando da vigência do diploma processual de 1973, acerca da necessidade de intimar previamente as partes de decisões como a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267), a aplicação da teoria da causa madura (art. 515, § 3º), a distribuição do ônus da prova, a oitiva das partes após manifestação do Ministério Público que trouxesse aos autos matéria não

³⁸ NERY JR., *op. cit.*, p. 237; OLIVEIRA *apud* MATTOS, *op. cit.*, p. 208; NUNES, 2016. p. 39; Artur Thompsen Carpes *apud* DIDIER JR., 2013, p. 226.

³⁹ A respeito do Código francês, Barbosa Moreira (**Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês**. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 150, ano 32, 2007) nota o curioso e persistente uso da palavra *novo* para designar o diploma legal de 1975.

⁴⁰ MATTOS, *op. cit.*, p. 204-205; NERY JR., 2013, p. 244.

⁴¹ NERY, 2013, p. 243.

⁴² “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” (PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 14 mai. 2016.)

discutida previamente, e segundo Nery Jr., até mesmo a aplicação de cláusulas gerais.⁴³ Assim, a vedação às decisões-surpresa consiste numa limitação à atividade do juiz, uma vez que lhe impõe como condição para a prolação de decisão – ainda que fundamentada em matéria de ordem pública – a oitiva das partes.

Por se tratar de direito fundamental constante do rol do artigo 5º e considerando a eficácia direta dos direitos fundamentais, seu comando não exige a positivação de regras infraconstitucionais para produzir efeitos no ordenamento jurídico. Desse modo, era – e é – possível sua concretização ainda que ausente norma específica que ordene ao juiz a oitiva das partes antes de decidir com fundamento em matéria que não foi objeto de debate nos autos.

A inobservância do princípio e a prolação de decisões-surpresa implicam cerceamento de defesa. De acordo com Nery Jr., o juiz que age dessa forma profere decisão nula.⁴⁴

Por fim, a vedação à decisão-surpresa não prejudica o princípio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz conhece e determina a norma jurídica aplicável ao caso concreto.⁴⁵ Apenas se impõe ao juiz que faculte às partes debater o tema, a fim de que a decisão que resolve a questão de direito material entre elas leve em consideração seus argumentos. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,⁴⁶ a parte não pode ser surpreendida por enfoque jurídico que seja a razão de ser de determinada decisão. Preserva-se, assim, tanto o interesse das partes como o interesse da sociedade na prestação jurisdicional, que deve ser antecedida de informações suficientes.

⁴³ NERY JR., 2013, p. 237-241. O mesmo entendimento é compartilhado por Humberto Theodoro Jr. e Dierle José Coelho Nunes (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. 2009. v. 28. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume28/10.pdf>>. Acesso em 1º mai. 2016.)

⁴⁴ NERY JR., 2013, p. 240.

⁴⁵ NERY JR. parece justificar o entendimento com o argumento de que o princípio *iura novit curia* é aplicável somente às questões de direito, mas não às questões de fato (2013, p. 242). No entanto, tal afirmação não fundamenta adequadamente o fato de que a vedação da decisão-surpresa não prejudica o brocardo: as questões de ordem pública são questões tipicamente de direito – e não de fato. Aliás, do que se deduz da vedação da sentença de “terceira via”, não só as questões de fato – como as de direito – devem estar sujeitas ao contraditório das partes, o que torna ainda mais frágil o argumento utilizado.

⁴⁶ OLIVEIRA *apud* MATTOS, *op. cit.*, p. 208.

Há, no entanto, decisões que podem ser tomadas ainda que não tenha sido ouvida a parte adversa. Tanto no Código de Processo Civil como algumas leis processuais preveem essa possibilidade, que será analisada mais detidamente adiante. Por ora, cumpre salientar que a doutrina consolidou o termo *contraditório diferido* para se referir a situações em que, malgrado a decisão tenha sido tomada sem contraditório, este continua sendo possível em momento posterior.⁴⁷

1.1.3. *Princípio da ampla defesa*

A proximidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa dificulta sua distinção em termos claros. Há inclusive quem defenda que ambos se teriam fundido, representando um amálgama, em razão, segundo Didier, do desenvolvimento do aspecto substancial do contraditório.⁴⁸

Talvez, por esta razão, alguns autores optem por tratá-los sob o mesmo título, sem a devida distinção.⁴⁹ Ou, quando tratados sob títulos distintos, não se verifica sua conceituação precisa. De acordo com Nery Jr., a ampla defesa

significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial [...], com a conseqüente possibilidade de fazer prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas.⁵⁰

O conceito dificilmente se aparta daquele utilizado para o contraditório que, conforme o mesmo autor, consiste na informação e na possibilidade de manifestação das partes, incluído o direito à produção de provas.⁵¹ Entendendo-se que o direito à ampla defesa é aplicável tanto ao autor quanto ao réu, a separação conceitual parece difícil.

⁴⁷ NERY JR., p. 253; MEDINA, *op. cit.*, p. 43; DIDIER JR., 2015, p. 83.

⁴⁸ DIDIER JR., 2015, p. 86.

⁴⁹ P. ex., MATTOS, p. 204 e ss.

⁵⁰ NERY JR., 2013, p. 259.

⁵¹ Com efeito, aduz o autor ao tratar do **princípio do contraditório**: “O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraporva do que tiver sido alegado pela parte contrária. [...] Na hipótese de o juiz, netas circunstâncias, indeferir a prova, haverá

Por outro lado, há quem vislumbre distinção suficiente entre eles. Marinoni afirma não se confundirem os conceitos. O contraditório, segundo ele, é expressão técnico-jurídica do princípio da participação, de modo que não diz respeito somente ao réu, mas também ao autor – o direito de ação também requer o contraditório. A ampla defesa, por outro lado, seria “o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor ao pedido de tutela jurisdicional do direito (ao pedido de sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso”.⁵² É dizer, o princípio é o equivalente ao direito de ação para o réu – o acesso à tutela jurisdicional, no sentido de demonstrar a improcedência do pedido.

De qualquer modo, as figuras são de tal modo conexas que se diz não haver uma sem a outra. “[...] Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório.”⁵³

Importante ressalva quanto ao conteúdo da ampla defesa consiste em esclarecer o sentido do vocábulo *recursos* de que trata o inciso LV do artigo 5º da Constituição. Há considerável divergência doutrinária acerca do significado do termo. Há quem o interprete em sentido comum, não técnico, referindo-se a instrumentos e não aos meios de impugnação das decisões judiciais – de modo que o duplo grau de jurisdição não seria garantia fundamental disciplinada pela Constituição. De outra parte, parcela da doutrina considera o termo a consagração do princípio na Carta da República.⁵⁴

Também aqui há distinção relevante em relação ao processo penal, seara na qual se distingue entre *autodefesa* e *defesa técnica*.⁵⁵ No processo civil, o depoimento pessoal da parte não é de rigor. Ademais, a defesa técnica é, em casos excepcionais, dispensada – como nos juizados

cerceamento de defesa, com a nulidade da decisão e dos atos processuais que se seguirem. [grifo nosso] (NERY JR., 2013, p. 223). Contudo, mais à frente, quando cuida do **princípio da ampla defesa**, afirma: “Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com u’a mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbrincado com a ampla defesa e dela é indissociável” (NERY JR., 2013, p. 260).

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil – volume 1: Teoria do processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 353-355.

⁵³ MENDONÇA JR. *apud* DIDIER JR., 2015, p. 85.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 20-22.

⁵⁵ NERY JR., 2013, p. 262, 266.

especiais cíveis, em primeiro grau, nas causas que não ultrapassem a vinte salários mínimos (Lei nº 9.099/95, art. 9º); nas reclamações trabalhistas (CLT, art. 791); nas ações de alimentos (até o exame da concessão da liminar – Lei nº 5.478/68, art. 2º, *caput* e § 2º) e para a concessão de medidas protetivas de urgência pela mulher que alega ser vítima de violência doméstica e familiar (Lei nº 11.340/2006, art. 19).

Importante elemento da ampla defesa consiste na garantia de assistência judiciária integral aos necessitados. É inegável que tal assistência encontra fundamento também no devido processo legal e na garantia de acesso aos tribunais. Contudo, por meio do acesso aos serviços jurídicos, permite-se à parte obter defesa adequada ao seu direito, colocando à sua disposição defesa técnica que lhe permita, com paridade de armas, afirmar seu direito em juízo.⁵⁶

1.1.4. Princípio da motivação das decisões judiciais

A motivação das decisões judiciais quer dizer justificação. O magistrado deve apontar as premissas de fato e de direito que o conduziram a prolatar a decisão em determinado sentido.⁵⁷ Cuida-se de princípio essencial da atividade jurisdicional e que complementa o princípio da publicidade. É por meio da motivação que se permite à comunidade jurídica e aos cidadãos aferir se as decisões são tomadas estão em conformidade com a lei e se era imparcial quem as proferiu, isto é, submetem-se as razões à opinião pública. É o que defende Barbosa Moreira:

[...] É preciso [...] que o pronunciamento da Justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; e é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado.⁵⁸

⁵⁶ Ressalte-se, contudo, que a garantia da assistência jurídica gratuita é mais ampla do que a defesa em juízo, abrangendo igualmente a assessoria extrajudicial (NERY JR., 2013, p. 260).

⁵⁷ MATTOS, *op. cit.*, p. 232; NERY JR., 2013, p. 301.

⁵⁸ MOREIRA *apud* MEDINA, *op. cit.*, p. 47.

Ademais, é necessário que as partes conheçam as razões que conduziram o magistrado a uma conclusão, o que tende a conferir aceitação ao julgamento proferido e, ainda, a permitir que a parte tenha condições de interpor recurso caso se insurja contra os fundamentos ali aduzidos.

Marinoni observa a necessidade de as decisões apresentarem justificação *interna e externa*. A justificação interna diz respeito à correlação lógica e à completude da motivação da decisão, ou seja, responde à necessidade de não contradição entre os pressupostos adotados e o resultado a que se chegou. A justificação externa leva em consideração a adequação das premissas adotadas.⁵⁹

Além de consagrado na legislação ordinária – como o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Lei nº 9.099/95 –, o princípio da motivação das decisões judiciais está consagrado como norma constitucional (CF, art. 93, IX). Tamanha é sua importância que a desobediência ao preceito é sancionada com a nulidade da decisão proferida.

No entanto, o dever de fundamentação não é detalhado no ordenamento jurídico: nem a Constituição nem a legislação ordinária (anterior à Lei nº 13.105/2015) apontavam elementos que permitissem aferir com precisão se determinada decisão, apesar de conter fundamento débil ou manifestamente insuficiente, seria considerada válida. Assim, diante de determinadas práticas jurisdicionais, a doutrina começou uma tentativa de esclarecer que tipo de decisão seria inválida e, portanto, nula.

Seriam inválidas, de acordo com Nery Jr., as decisões que concediam a antecipação de tutela ou a tutela cautelar com a seguinte fórmula: “presentes os requisitos legais, defiro a medida cautelar/ a tutela antecipada”.⁶⁰ Apesar da obviedade, alguns magistrados não vislumbravam violação à disposição constitucional pertinente. Confira-se, a propósito, o que afirma Alexandre Freitas Câmara:

[...] O juiz que se limita a repetir fórmulas e textos legais, achando que assim fundamenta suas decisões, é um mau juiz, que com toda certeza proferiu tal decisão com parcialidade, sendo tal decisão tão flagrantemente inconstitucional que se torna adequado repetir aqui a frase dita por *Calmon de Passos*: “Há certas decisões que são tão manifestamente prevaricadoras que autorizam a prisão em flagrante”. A decisão mal fundamentada é equiparável à não-fundamentada no que se refere à sua legitimidade constitucional, sendo assim tão eivada de nulidade quanto esta. Isto porque, tanto quanto a decisão não

⁵⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁰ NERY JR., 2013, p. 308.

fundamentada, a decisão mal fundamentada impede a adequada fundamentação do recurso que a parte eventualmente queira interpor, além de ser inadequada para permitir a verificação da legitimidade da atuação do juiz, tornando impossível o controle difuso da atividade jurisdicional. Assim sendo, tais decisões devem também ser consideradas nulas.⁶¹

Outra questão relevante diz respeito à motivação *per relationem*, aquela que se reporta a parecer do ministério público ou a argumentos de alguma das partes como razão de decidir. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, inadmissível a motivação quando é exclusivamente *per relationem*, o que significaria renúncia integral do juiz a justificar sua decisão de forma autônoma.⁶² De acordo com Nery Jr., tal fundamentação é adequada, desde que haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz.⁶³ De outra parte, Medina equipara tal forma de motivação à ausência de fundamentação, apoiando-se em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁶⁴ Mencione-se, ainda, a posição de Mattos, que, apesar da crítica à adoção de tal expediente – afirma ser pernicioso à função político-democrática da motivação –, o admite excepcionalmente, sob a condição de que tenha nexos quanto ao objeto da deliberação e se verifique identidade quanto à profundidade da cognição realizada aos provimentos que se integram.

⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume I**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 57.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 243. Interessante decorrência de tal modo de fundamentar é apontado pela autora: o Enunciado nº 317 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão”. Afirma a autora que havia decisões que interpretavam a súmula no sentido de que, proferida sentença cuja fundamentação foi acatada *per relationem* no acórdão, não poderiam ser interpostos embargos contra o acórdão caso não o houvessem sido da sentença. Critica tal posicionamento ao argumento de que o julgamento do recurso tem efeito substitutivo, o que demonstraria a equivocidade de tal interpretação (*Ibidem*, p. 245).

⁶³ NERY JR., 2013, p. 301.

⁶⁴ MEDINA, *op. cit.*, p. 47.

De toda forma, essa modalidade de fundamentação encontrou amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁵ e do Supremo Tribunal Federal.⁶⁶ De outra parte, tem se reconhecido que a decisão sucinta não está eivada de vício que implique sua nulidade. Se expostas adequadamente as razões de decidir do órgão julgador, é hígida a decisão.⁶⁷

Também reconhecida pelos tribunais superiores era a desnecessidade de resposta analítica a todos os argumentos trazidos pelas partes.⁶⁸

Verifica-se, assim, que a ausência de delimitação legal do princípio gerou certa controvérsia acerca de seu teor, ensejando dúvidas a respeito da nulidade de determinados atos processuais. Malgrado certo consenso a respeito das conclusões dos tribunais pátrios acerca da possibilidade de

⁶⁵ Vide a decisão proferida no AgRg no REsp 1.376.468: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MENÇÃO À SENTENÇA E AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO PER *RELATIONEM*. CABIMENTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Admite-se a adoção da fundamentação per relationem, hipótese em que o colegiado adota como razão de decidir sentença anteriormente prolatada, ou mesmo parecer do Ministério Público, sem que se possa cogitar de ausência de fundamentação. 2. O entendimento aplicado pela instância de origem coaduna-se com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "não importa nulidade do acórdão a utilização, pelo julgador, de fundamentação per relationem" (AgRg no REsp 1.220.823/PR, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 21/10/2013). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1376468/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 22/02/2016)

⁶⁶ Confira-se, a propósito, o seguinte julgado: "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA “ANTIDUMPING” – LIQUIDEZ DOS FATOS – NÃO COMPROVAÇÃO – PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – AUSÊNCIA – INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.” (RMS 30461 AgR-segundo, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016)

⁶⁷ MEDINA, *op. cit.*, p. 48. Esse é também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se, a propósito, as decisões proferidas nos seguintes julgados. Do Superior Tribunal de Justiça: 1. Nos termos da orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal, tendo a instância de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como no caso concreto, não há falar em omissão no acórdão estadual, não se devendo confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 28/11/05). No Supremo Tribunal Federal: “[...] 2. Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico, ressaltando, inclusive, que ‘o modus operandi dos envolvidos’ ‘difícilmente’ poderia ‘ser esclarecido por outros meios’ (HC 94.028, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). [...]’ (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (HC 120203 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015).

⁶⁸ MATTOS, *op. cit.*, p. 232 (o autor ressalta, todavia, que a fundamentação do magistrado não pode desconsiderar a valoração das provas, que deve sempre ser exposta nas decisões).

fundamentação sucinta, não se pode dizer isenta de controvérsia a necessidade de o magistrado responder aos argumentos trazidos pelas partes.

A centralidade do princípio no ordenamento jurídico-processual, especialmente no que concerne à legitimação do exercício do poder jurisdicional reclamava atuação mais direta do legislador, o que, havendo sido objeto de discussão no Congresso Nacional, foi incorporado ao texto do Novo Código de Processo Civil, como se verá adiante. Interessante destacar que a sanção de nulidade é extremamente grave, especialmente diante de um sistema judicial moroso. A repetição de atos processuais atua em prejuízo das próprias partes e, em maior escala, aos demais jurisdicionados. Assim, além da referida sanção, importava – como foi feito – traçarem-se parâmetros mais seguros que orientassem a elaboração da fundamentação.

1.2. O princípio do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: interface com a legislação de 1973

Diante da indeterminação do princípio constitucional, naturalmente, o legislador ordinário possui grande poder de conformação para atribuir sentido à norma que veicula direito fundamental. Este item dedica-se à análise do tratamento legislativo dispensado ao contraditório nos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015.

1.2.1. O Código de Processo Civil de 1973 e o princípio do contraditório.

Considerada a perspectiva tradicional do princípio do contraditório, a saber, a dinâmica *pedir-alegar-provar*, do ponto de vista do binômio informação-manifestação, o Código de Processo Civil de 1973 continha elementos importantes para sua concretização.

Na fase postulatória, o primeiro ato de informação consiste na citação do réu para integrar a relação jurídico-processual, tomar conhecimento das alegações e documentos apresentados pelo autor e defender-se (CPC/73, art. 219). De forma sintética, podem ser mencionadas a contestação

(art. 300), a réplica do autor (arts. 326 e 327) – na hipótese de o réu trazer novos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor ou, ainda, questões preliminares constantes do art. 301 em suas alegações –, além das exceções de incompetência, suspeição e impedimento (art. 304). No que concerne às matérias de ordem pública, decretáveis de ofício pelo magistrado, determina o Código que, em havendo vício processual insanável, pode a parte, a qualquer momento, alegá-lo (art. 245, parágrafo único).

Merece destaque o disposto no art. 9º do CPC/73, em que o legislador se preocupa em garantir defesa efetiva ao réu. A presunção de conhecimento do processo decorrente da citação por edital ou com hora certa e a do incapaz sem representante legal (ou quando os interesses deste colidirem com os seus) impõem ao juiz a designação de curador especial.

Ainda nesta fase, podia o magistrado extinguir o processo sem resolução do mérito (art. 329), julgar antecipadamente o mérito (art. 330) ou sanear o processo e designar audiência de instrução e julgamento (art. 331). Theodoro Jr. e Dierle Nunes⁶⁹ lembram que, nos termos do art. 327, apontado vício de ordem pública (constante do art. 301), impunha-se ao magistrado o dever de abrir prazo para a manifestação do autor, o que lhe possibilitaria influir na decisão acerca de eventual extinção do processo sem resolução de mérito. Fora desta hipótese e da prevista no § 4º do art. 515, não se vislumbrava qualquer outra norma que determinasse ao juiz o dever de intimar as partes para se manifestarem previamente a determinada decisão sobre matéria de ordem pública. Não havia, portanto, neste ponto, qualquer comando que impedisse a prolação de decisão-surpresa.

Digno de nota é o sistema de nulidades, cuja finalidade é a de salvar o processo, mediante cooperação entre o juiz e as partes. No sistema do Código de Processo Civil revogado, pode-se mencionar a possibilidade de saneamento de vício em fase de apelação (art. 515, § 4º), com oitiva prévia das partes.⁷⁰

No que concerne à fase instrutória, consigne-se que o art. 333 do Código revogado estabelecia a chamada *distribuição estática do ônus da prova*, é dizer, preestabelecia o ônus probatório como regra genérica a ser aplicada, independentemente das circunstâncias específicas

⁶⁹ NUNES; THEODORO JR., 2009, p. 202.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 192.

do caso concreto objeto do processo. Contudo, nas ações sobre os direitos do consumidor, podia (e pode) o juiz, ante a verossimilhança das alegações ou quando hipossuficiente o consumidor, inverter, em seu favor, o ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

Doutrina e jurisprudência divergiam sobre o caráter da inversão, se regra de julgamento ou de procedimento.⁷¹ Em outras palavras, seria possível que o juiz, após a fase instrutória e ao proferir a sentença, declarasse invertido o ônus? Ou deveria fazê-lo sempre na fase de saneamento, possibilitando à parte adversária o conhecimento da necessidade de produzir determinada prova? Prevaleceu, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que se cuidava de regra de procedimento.⁷² Assim, na fase de saneamento, deve o juiz cientificar as partes acerca da inversão do ônus probatório.

A decisão da Corte prestigia inegavelmente o princípio do contraditório, em sua dimensão formal: possibilita à parte o conhecimento do ônus probatório que lhe caberá na fase instrutória e a consequente manifestação de acordo com essa informação. Além disso, permite que os atos probatórios praticados influenciem de forma efetiva a decisão de mérito a ser proferida (dimensão substancial).

Na fase de execução, ainda que de forma mais restrita, o contraditório está presente.⁷³ A limitação decorre do fato de já haver título executivo, que certifica o direito do exequente. Admite-se a manifestação do executado contra o credor por meio de *ação* ou por *defesa* nos autos da execução. Por meio da ação, pode o executado ajuizar ação de anulação do título ou ação incidental de embargos do devedor (CPC, arts. 736 e 745).⁷⁴ Por defesa, pode valer-se da chamada *exceção*

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: volume 2 – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 90-94.

⁷² A tese se consolidou com o julgamento dos EREsp 422.778/SP, Segunda Seção. Relatora para o Acórdão, Min. Maria Isabel Gallotti, Julgado em 29/2/2012, Diário de Justiça Eletrônico de 21/6/2012.

⁷³ NERY JR., 2013, p. 247.

⁷⁴ NERY JR. (2013, p. 247) classifica a impugnação ao cumprimento de sentença como ação incidental no curso do processo de execução. Contudo, parece-nos que o incidente não instaura nova relação processual, sendo considerado como defesa. Nesse sentido: BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: volume 3 – Execução**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 370.

de pré-executividade ou da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-J, § 1º, e 475-L). Saliente-se, ainda, que há matérias passíveis de discussão em decorrência de atos praticados no próprio processo executivo, como a ordem de preferência na penhora, a atualização de cálculo no curso da execução,⁷⁵ a inobservância da execução pelo meio menos gravoso para o devedor (art. 620).

De qualquer modo, o contraditório exercido na fase de execução é limitado, ou seja, apenas determinadas matérias podem ser objeto das alegações das partes, não se admitindo ao executado reproduzir defesa que foi – ou deveria ter sido – oposta na fase de conhecimento. Assim, a matéria objeto da impugnação ao cumprimento de sentença e dos embargos do devedor estão delimitadas no Código (arts. 475-L, 741 e 745). Nesse sentido, afirma Grinover:

Note-se, mais uma vez, que o autor do projeto é coerente [...] quando, expressamente, afirmou que “o processo de conhecimento se desenvolve no sistema de igualdade entre as partes, segundo o qual ambas procuram alcançar uma sentença de mérito. Na execução, ao contrário, há desigualdade entre exequente e executado. O exequente tem posição de preeminência; o executado, estado de sujeição”.⁷⁶

Alguns dispositivos presentes na redação original do Código de 1973 eram, de fato, violadores do princípio do contraditório. Na fase de conhecimento, o rito sumário previsto pela redação original do Código revogado determinava a citação do réu para comparecer à audiência – que seria agendada com o prazo de até dez dias da citação – na qual deveria apresentar a defesa e produzir prova (art. 278). Ademais, deveria depositar em quarenta e oito horas antes da audiência o rol de testemunhas (art. 278, § 2º). Grinover criticava os dispositivos por atentatórios ao princípio do contraditório. Na primeira hipótese, por não se conferir ao réu tempo suficiente para a produção de provas e, na segunda, por dificultar a contradita de testemunhas pelo autor.⁷⁷ A redação do artigo foi alterada em 1995, pela Lei nº 9.245.

Interessa destacar, ainda, o disposto no art. 601, em sua redação original:

Art. 601. Se, advertido, o devedor perseverar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa

⁷⁵ NERY JR., 2013, p. 249.

⁷⁶ GRINOVER, 1975, p. 118-120.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 110-114.

esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.⁷⁸

A pena prevista para a prática de ato atentatório à dignidade da justiça era a impossibilidade de falar nos autos. Grinover considerava a severidade da medida uma inconstitucionalidade, por violação simultânea aos princípios da igualdade das partes e do contraditório.⁷⁹ Nova redação foi conferida ao dispositivo pela Lei nº 8.593/94, que previu pena distinta: a multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução.

Na fase instrutória, o art. 131 da lei revogada afirma competir ao juiz “apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias, *ainda que não alegados pelas partes*”. O dispositivo autorizava que da motivação da decisão judicial constassem fatos e circunstâncias não submetidos ao contraditório das partes, impedindo-as de influenciar ativamente nos rumos do processo. A admissão da dimensão substancial (ou dinâmica) do contraditório implica a inobservância do princípio constitucional pelo legislador ordinário.

Outros dispositivos do diploma revogado, contudo, apenas aparentemente implicavam exceções ao princípio do contraditório. Podem ser referidos a previsão de arresto do art. 653, quando o oficial de justiça não encontrasse o devedor; o julgamento antecipado da lide quando verificada a revelia (art. 330, II, e 897); a ausência de intimação dos atos processuais do réu revel (art. 322); a proibição de falar nos autos até a purgação do atentado (art. 881); além da concessão de medidas liminares *inaudita altera parte*.

A constrição de bens sem a citação prévia do devedor no processo de execução – prevista no art. 653 – visava a reservar o bem para execução futura. O arresto, assim, não implica violação ao princípio do contraditório. Encontrado o devedor, flui normalmente o prazo para efetuar o pagamento e para oferecer embargos. De qualquer modo, defende Dinamarco que o cumprimento

⁷⁸ A redação transcrita, a rigor, não é a originalmente promulgada pelo Presidente da República, mas a já alterada pela Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973. De qualquer modo, esta Lei entrou em vigor na mesma data em que entrou em vigor o Código (1º de janeiro de 1974), assim a redação anterior que, em vez de *devedor* falava em *executado*, não chegou sequer a vigorar.

⁷⁹ GRINOVER, 1975, p. 124.

dos princípios do contraditório e do devido processo legal exige que o devedor seja procurado em sua residência habitual, nos horários em que for razoável encontrá-lo. Ainda segundo o processualista, o disposto no art. 653 deve ser temperado em certas circunstâncias, por exemplo, quando o obrigado não for encontrado nos lugares habituais porque hospitalizado ou em viagem ao exterior.⁸⁰

Quanto ao julgamento antecipado em decorrência da revelia, a feição do princípio do contraditório no processo civil, consoante já se advertiu, consiste em possibilitar às partes a influência nas decisões a serem proferidas pelo órgão judicial. Dessa forma, a despeito de ter corrido o processo sem a participação do réu, em razão da revelia, havendo ele sido citado e tomando conhecimento da possibilidade de se defender e das consequências da revelia, observado está o princípio.⁸¹

Após a citação, se não constituído patrono nos autos, os prazos correm com a publicação dos atos decisórios, independentemente de intimação pessoal. Assim, o revel assume a responsabilidade de acompanhar o andamento do processo e, se decidir dele participar, recebê-lo-á no estado em que se encontrar. Não trazia o Código qualquer exceção, nem mesmo quanto à prolação da sentença, o que, não se pode negar, dificulta a interposição de recurso. A propósito, dizia Grinover:

Como observa CALMON DE PASSOS, o código parece negar ao revel aquilo que os países mais exigentes não negam ao contumaz: a intimação pessoal da sentença transitada em julgado.

Mas apesar da omissão do código, a interpretação correta do art. 322 não pode ser tão rigorosa, sob pena de se infringir o contraditório: a fim de que possa ser restaurado,

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: Volume IV. 3. ed.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 585.

⁸¹ Ademais, os efeitos da revelia (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor) não são sempre aplicáveis. Além das hipóteses expressas, não se admitia a produção de efeitos quando as alegações do autor estivessem em contradição com as provas produzidas nos autos. Nesse sentido: “A jurisprudência do STJ encontra-se consolidada no sentido de que a revelia, decorrente da não apresentação de contestação, enseja apenas presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na inicial pelo autor da ação, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, motivo pelo qual não acarreta a procedência automática dos pedidos iniciais” (DIDIER JR., 2015, p. 667).

possibilitando-se ao revel os recursos cabíveis, é imprescindível que ele seja pessoalmente intimado da sentença proferida.⁸²

Verificava-se, no Código de 1973, o atentado se a parte, no curso do processo, (1) violasse penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse; (2) prosseguisse em obra embargada ou (3) praticasse qualquer outra inovação no estado de fato (art. 879). Proibia-se então o réu de se manifestar nos autos até sua purgação. Esta vedação abrangia inclusive a interposição de recursos e a produção de provas.⁸³ A despeito do rigor da sanção, por considerá-la facilmente contornável,⁸⁴ não se vislumbrava a inobservância ao princípio do contraditório. Trata-se de meio coercitivo cuja finalidade é fazer cessar a ilegalidade cometida por uma das partes.

A concessão de liminares sem a oitiva da parte adversa era possível na antecipação de tutela (art. 461, § 3º), na ação cautelar (arts. 797, 804, 816, 841, 854, parágrafo único, e 889, parágrafo único), nas ações possessórias de força nova (arts. 928 e 929) e na ação de nunciação de obra nova (art. 937).⁸⁵ O que justificava a possibilidade do deferimento de medidas sem a oitiva da parte contrária seria justamente a urgência – presumida em lei ou verificada no caso concreto – ou o risco de ineficácia do provimento caso se lhe desse ciência. Seria, portanto, a hipótese em que se verificava o já mencionado contraditório diferido.

Nos procedimentos de jurisdição voluntária, Nery Jr. defende que “não se trata de observar o contraditório em seu aspecto técnico-processual, de dar aos litigantes igualdade de chances, porque não existem partes em sentido técnico nesses procedimentos”,⁸⁶ além do fato de poder o juiz decidir por equidade. Não nos parecem procedentes tais ponderações. Do ponto de vista formal, o contraditório deve permitir às partes a ciência dos atos processuais e sua manifestação. Do ponto de vista substancial, o poder de efetiva influência na decisão a ser tomada. Partindo dessas definições, não parece possível que o magistrado deixe de observar o contraditório nos

⁸² GRINOVER, 1975, p. 105.

⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: Volume III**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 254.

⁸⁴ GRINOVER (1975, p. 125) afirma ser suficiente a purgação a fim de que cesse a proibição, o que é meio relativamente simples de contornar a situação - especialmente porque a autora compara o rigor da pena e a possibilidade de ela ser relevada com o procedimento do art. 601 (em sua redação original, ou seja, antes de reforma de 1994).

⁸⁵ GRINOVER, 1975, p. 75.

⁸⁶ NERY JR., 2013, p. 249.

procedimentos de jurisdição voluntária, ainda que, a rigor, não haja partes ou litígio. Ademais, a decisão por equidade, não tem o condão de vulnerar direitos processuais fundamentais.

1.2.2. Normas fundamentais no Código de Processo Civil de 2015: o contraditório como expressão de cooperação entre as partes e magistrado

O novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, à semelhança do Código Civil, é estruturado em duas partes – geral e especial. A primeira é constituída por dispositivos que se aplicam tanto ao processo de conhecimento (procedimento comum e procedimentos especiais) quanto ao processo de execução.

A parte geral é aberta por dispositivos que demonstram notável mudança na amplitude conferida ao princípio do contraditório, incorporando sua dimensão substancial (ou dinâmica).

Com efeito, o art. 9º do novo diploma processual preceitua que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Tal dispositivo evita a prolação de decisões-surpresa (ou decisões de terceira via, como prefere Nery Jr.). O dispositivo vai ao encontro das lições doutrinárias que começavam a ganhar força quando da vigência do Código revogado, no que concerne à necessidade de participação das partes na tomada de decisão, ainda quando a matéria possa ser decidida de ofício pelo magistrado.

Consoante mencionado no capítulo antecedente, à exceção do disposto nos arts. 327 e 515, § 4º, do CPC/73, não havia quanto a matérias de ordem pública qualquer referência legal à obrigatoriedade de o juiz ouvir as partes antes de decidir – por exemplo, pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Assim, o ordenamento jurídico processual evoluiu da timidez à plena incidência do contraditório substancial, que deve preceder todas as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais. As únicas exceções à sua aplicação constam do parágrafo único do mencionado artigo, a saber: a tutela provisória de urgência; as hipóteses de tutela de evidência previstas do art.

311, II⁸⁷ e III,⁸⁸ e a decisão prevista do art. 701.⁸⁹ Embora não elencada no rol das exceções, o julgamento liminar do pedido (art. 332) parece não se sujeitar à oitiva prévia do autor, uma vez que, após a decisão de improcedência e interposta a apelação, o juiz poderá reconsiderar a decisão. A estrutura procedimental conduz o intérprete à compreensão de que não haverá sinalização prévia quanto à aplicação do dispositivo.

Ademais, impõe o art. 7º do no diploma processual que o juiz deve zelar pelo *efetivo* contraditório. Marcante, portanto, a diferença em relação ao Código revogado, cujo artigo 125, I, preceituava que competia ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, mas nada dizia no que concerne ao contraditório efetivo.

Destaque-se, ainda o que determina o art. 10 da novel legislação processual:

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

Além do reforço à vedação de decisões-surpresa, verifica-se verdadeira revolução no que concerne à disposição do Código revogado, cujo art. 131, conforme já afirmado, conferia ao órgão jurisdicional a possibilidade de fundamentar as decisões em fatos ou circunstâncias não previamente submetidas ao contraditório das partes. A propósito do tema, não convém que o juiz solitariamente imponha normas sobre as partes quando não lhes for dada a oportunidade de discutilas:

Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em '*solitária onipotência*' aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto decisório corresponda a matéria apreciável de ofício.

⁸⁷ Quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos”.

⁸⁸ Quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob pena de multa”.

⁸⁹ O art. 701 cuida da expedição de mandado de pagamento em ação monitória.

Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório.⁹⁰

Nessa senda, também o art. 6º determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A atividade colaborativa das partes podia ser dessumida do art. 14 do diploma revogado. É inovadora a imposição do dever de cooperação do magistrado para com as partes. Reforça-se, assim, a compreensão do contraditório de forma ampla, sendo indubitável, portanto, a adoção pelo novo Código de Processo Civil de sua dimensão substancial (ou dinâmica).

Digno de nota é o preceito contido no § 1º do art. 77. O *caput* do artigo elenca os deveres das partes e de seus procuradores. Na hipótese de a parte ou seu procurador descumprir as decisões jurisdicionais de natureza provisória ou final, criar embaraços à sua efetivação ou praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, deve o juiz advertir que a conduta pode ser punida como ato atentatório da justiça.

Além dos mencionados dispositivos que, por se situarem na parte geral do diploma legal, se aplicam a todas as fases do processo, concretizaram-se regras específicas, atinentes a etapas específicas do *iter* procedimental.

O § 1º do art. 357, por exemplo, dispõe que, saneado o processo, podem as partes pedir esclarecimentos ou ajustes no prazo comum de cinco dias.

No que concerne à fase recursal, antes de declarar inadmissível o recurso, o relator deve conceder prazo de cinco dias para que seja sanado o vício ou complementada a documentação (art. 932, parágrafo único). A regra é reproduzida no capítulo que cuida do agravo de instrumento (art. 1.017, § 3º).

⁹⁰ NUNES; THEODORO JR., *op. cit.*, p. 190.

1.2.3. *O contraditório, a fundamentação das decisões judiciais e o diálogo processual*

Dierle Nunes⁹¹ noticia a existência de movimentos reformistas do sistema processual no fim do século XIX que permitiam vislumbrar um movimento de transição de um modelo liberal de processo para um modelo autoritário. O primeiro caracterizava-se por ser escrito e dominado pelas partes (*Sache der Parteien*). O segundo, pela oralidade e por maior ativismo judicial no trâmite processual.

A nova concepção conduziu à acentuação dos poderes judiciais no processo. O juiz era visto como terceiro com acesso privilegiado à ideia de bem comum, alcançado por meio de sua sensibilidade em processo interpretativo solitário, uma espécie de canal da carga axiológica da sociedade.⁹²

As críticas que se formularam a esse modelo apontavam “o equívoco da credulidade na existência de um ethos concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea”⁹³, especialmente diante do cenário de pluralismo de concepções de mundo.

Assim, seria necessário que o processo fosse visto como local de problematização das questões, para a adequada formação de juízos e a tomada de decisões. Superou-se, assim, o ideal monológico, bem como a visão do magistrado como terceiro detentor de privilégio cognitivo. Afirma Nunes que a adoção da visão publicística de processo contribuiu para um processo construído em função do poder do juiz, “como se um hospital antes de ser construído em função dos doentes, fosse construído para os médicos”.⁹⁴

Nesse sentido, o contraditório substancial (dinâmico), imposto pelo novo Código de Processo Civil (arts. 7º, 9º e 10), funda no direito brasileiro um modelo *comparticipativo* de

⁹¹ NUNES. Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais do modelo constitucional de processo civil brasileiro: Da concepção procedimental Participativa de Aplicação da tutela – Da Leitura das Cláusulas Gerais no Novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas**. 2004. v.2. Número 1. Disponível em: <http://www.unifemm.edu.br/publicacoes/arquivos/Revista%20Direito.pdf>.

⁹² NUNES, 2004, p. 41-43.

⁹³ NUNES, 2004, p. 43.

⁹⁴ NUNES, 2004, p. 50.

processo, no qual as partes e o juiz cooperam na gestão da atividade processual. Passa a ser possível falar-se em *policentrismo processual*: em virtude da cooperação processual, o magistrado torna-se um interlocutor que dialoga com as partes, fazendo do processo uma verdadeira *comunidade de trabalho*.⁹⁵ A cooperação entre os sujeitos do processo foi positivada, como visto, no art. 6º – além de consagrada em outros dispositivos, como os arts. 76, 321 e 339. Confiram-se a respeito, as ponderações de Humberto Theodoro Jr. e Dierle Nunes:

Ocorre que a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz não é absoluto, em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais relevantes da demanda. Haverá, assim, a garantia de que mesmo os aspectos passaram despercebidos pelas partes serão submetidos ao debate.⁹⁶

Não mais se admite, portanto, a compreensão do princípio do contraditório exclusivamente pelo viés formal (ou estático), em que as partes se limitam a falar sem a garantia de que, de fato, serão ouvidas. O modelo participativo valoriza o diálogo entre todos os participantes do processo, proporcionando uma prestação jurisdicional democrática, na qual as partes efetivamente contribuem para a formação da decisão a ser proferida (*fair hearing*).⁹⁷

Além dos dispositivos já mencionados no que concerne ao contraditório dinâmico, o novo diploma legal apresenta regra interpretativa do princípio da motivação das decisões judiciais, a fim de garantir o mencionado *fair hearing*. Acerca da fundamentação das decisões judiciais, esclarece o art. 489:

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;

⁹⁵ FRANCO, *op. cit.*, p. 57. Humberto Theodoro Jr. e Dierle Nunes afirmam que se cria uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis (NUNES; THEODORO JR., *op. cit.* p. 202).

⁹⁶ NUNES; THEODORO JR., *op. cit.*, p. 191.

⁹⁷ FRANCO, *op. cit.*, p. 57.

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 suspensão do entendimento.

Lamentável a revogação do § 2º do art. 1.029 do novo Código pela Lei nº 13.256/16 (art. 3º, II). O dispositivo vedava ao tribunal inadmitir recurso fundando em dissídio jurisprudencial com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção. A revogação não se coaduna ao novo modelo participativo inaugurado. Não parece possível interpretar que a revogação autorize os tribunais superiores a inadmitir recurso com fundamento genérico, uma vez faleceria a tal decisão o requisito da fundamentação (CF, art. 93), por não se adequar ao comando do § 1º do art. 489.

O magistrado, portanto, não está isolado na formulação do provimento jurisdicional. A participação de todos os sujeitos evita decisões fundadas no subjetivismo do julgador, atuando como verdadeiro obstáculo ao arbítrio judicial. Assim, o princípio do contraditório – com a extensão que lhe foi conferida pelo novo Código – e a fundamentação das decisões judiciais estruturam um devido processo legal adequado ao Estado Democrático de Direito.⁹⁸

Observa-se que o legislador processual de 2015 foi, de certo modo, revolucionário na disciplina do princípio do contraditório. Reviu práticas consolidadas (como a de prolação de sentença extintiva sem resolução de mérito sem oitiva das partes) e converteu em regra geral a participação das partes previamente à tomada de decisão, o que só se vislumbrava no texto do Código revogado em poucas ocasiões.

Inegável, portanto, a superação da ideia de que o juiz é dotado de conhecimentos superiores, podendo, isoladamente, interferir nas situações da vida do indivíduo sem ouvi-los previamente a respeito. O novo edifício processual, se comparado a um hospital, como na analogia formulada por Dierle Nunes, foi efetivamente pensado nos doentes e não nos médicos.

⁹⁸ FRANCO, *op. cit.*, p. 52.

CAPÍTULO II – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1. Efetividade, morosidade e o papel da técnica no processo civil moderno

2.1.1. Técnica e efetividade na ciência do processo

Atribui-se o surgimento da ciência processual à publicação do trabalho de Oskar von Bülow, em 1868, sobre exceções e pressupostos processuais.⁹⁹ Até então, em virtude do conceito de ação atrelado ao direito material – o que se passou a denominar posteriormente de teoria imanentista da ação – não se vislumbrava a autonomia do direito processual.

A ação permaneceu até o século XIX como uma categoria do direito privado. Segundo Savigny, consistia num direito novo, nascido da violação do direito subjetivo. Afirmava-se ser o *direito encouraçado e armado para a guerra*¹⁰⁰. O ideal liberal então prevalecente fazia com que o processo fosse pensado como o campo de batalha entre os particulares, na proteção de seus interesses substanciais.¹⁰¹

Onze anos antes da publicação de Bülow, encerrava-se célebre controvérsia travada entre os alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther acerca da natureza da *actio* romana.¹⁰² Embora

⁹⁹ Intitulado *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 259.

¹⁰¹ A concisão com que sintetiza o pensamento da época faz oportuna a transcrição de trecho da obra de Cândido Rangel Dinamarco: “Dada essa mentalidade, a ação era considerada como o próprio direito subjetivo material em estado de defesa, ou como um direito novo (sempre de sabor privado) que nasceria da violação do direito subjetivo, ou ainda como o direito em atitude bélica. Em suma, o espírito individualista e antiestatal conduzia à incontrastada supremacia do direito privado sobre o público. A ação seria um direito contra o adversário, não contra o juiz ou em face do Estado. Com o seu exercício, prosseguiria entre as partes a mesma relação privada antecedente e tudo se fazia para evitar a presença e a interferência indesejável do Estado no campo desse *duelo*, que era o processo. Este, então, não era visto senão como mero procedimento, isto é, como uma série de atos ligados entre si, como os passos que se sucedem na caminhada a um destino. [...] Em poucas palavras, o esplendor do direito privado impedia a visão sistemática dos fenômenos do processo, os quais ainda eram encarados como mero apêndice daquele” (DINAMARCO, 2010, p. 98-99).

¹⁰² Inicialmente, Windscheid escreveu livro acerca da *actio*, afirmando serem diversos o sistema romano e o de sua época. O primeiro não era um sistema de *jura*, mas de *actiones*, de modo que não se chegava ao direito senão por meio

tivessem concepções semelhantes acerca do conceito de ação da época – seria direito novo decorrente da violação de um direito subjetivo –, a disputa teórica foi o primeiro passo para a desvinculação da ação do âmago do direito substantivo, lançando as bases para sua autonomia, e para a deflagração, na doutrina, do debate acerca da distinção entre os planos substancial e processual.¹⁰³

Malgrado o início de discussões a ela anteriores, foi a obra de Bülow considerada revolucionária por apontar distinções entre a relação jurídica substancial e a relação jurídica processual, em razão de distintos (1) sujeitos (por ser dela integrante também o juiz), (2) objeto (provimentos jurisdicionais) e (3) pressupostos (processuais e não substanciais). Além de apresentar de forma sistemática categorias processuais, como os pressupostos do processo, de modo a permitir começar a se falar em autonomia científica do direito processual. A partir de então, inúmeras reflexões acerca de categorias processuais ganharam fôlego:

[...] Essas ideias fundamentais abriram caminho para um fecundíssimo florescer de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos, e inicialmente voltadas a um dos conceitos fundamentais da ciência processual, a ação. Construíram-se ricas e variadas teorias, todas convergindo à afirmação de sua autonomia em face do direito subjetivo substancial. Tomou-se consciência dos elementos identificadores da demanda (partes, causa de pedir, pedido), elaboraram-se as teorias das *condições da ação* e dos *pressupostos processuais*, formularam-se *princípios*. Os alemães dedicaram-se com particular interesse ao árduo tema do *objeto do processo*, seja em obras gerais ou monografias, chegando a soluções mais ou menos estabilizadas.¹⁰⁴

Encerrava-se, assim, a fase do processo como capítulo do direito privado (fase de sincretismo), iniciando-se a fase de autonomia, com a descoberta de conceitos próprios – como a

da *actio*. Defendia que a *actio* não corresponderia à ação moderna (*Klagerecht*), mas à *pretensão* (*Anspruch*), que seria a faculdade de impor a própria vontade por via judiciária. Muther, de sua parte, respondeu aos escritos de Windscheid afirmando uma reaproximação entre os conceitos moderno e romano de ação, sendo a *actio* o direito à prestação da tutela jurídica (direito à emissão da fórmula), que teria por titular passivo o magistrado. A controvérsia encerrou-se com uma réplica de Windscheid. Pode-se dizer que a tese deste se sagrou vencedora. Dinamarco aponta que alguns fatores como a maior experiência e idade de Windscheid, o tom sarcástico de que se valeu Muther – que, em seguida, abandonou o estudo do direito romano – podem ter contribuído para o maior prestígio da tese do primeiro (DINAMARCO, *op. cit.*, p. 67-69).

¹⁰³ DINAMARCO, 2010, p. 69.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 125.

jurisdição, a ação e o próprio processo (visto agora como relação jurídica) – e estruturas bem ordenadas.

A autonomia do direito processual, do fim do século XIX até meados do século XX, caracterizou-se por grande valorização dos conceitos, estrutura e em seu método, é dizer, pôs especial atenção à técnica, em detrimento dos objetivos do processo: realizar o direito material e promover a pacificação social. A construção científica do processo se construiu durante a fase autonomista. A necessidade de afirmação da independência do processo levou à valorização excessiva da técnica.¹⁰⁵ Esta chegou a, não raras vezes, ver a técnica ganhar ares mais importantes que o próprio direito material a ser aplicado ao caso.¹⁰⁶

Tal apego ao formalismo deveu-se à tentativa de construção de ciência jurídica dotada de lógica exata e demonstrável, à semelhança do que se verificava nas ciências da natureza. Cuida-se de reflexo do paradigma racionalista, impulsionado pelos ideais do Iluminismo.¹⁰⁷

Não se tratava, certamente, de mero apego à ideia de ciência. Os grandes códigos – sobretudo os de direito civil – tinham por finalidade esgotar, de forma sistemática, toda e qualquer solução jurídica passível de controvérsia nos tribunais. Cria-se que a produção do direito deveria ser obra exclusiva do legislador, “que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”¹⁰⁸.

Não se pode negar que, antes mesmo da segunda metade do século XX, observaram-se avanços importantes atinentes à relevância do formalismo no processo. A gradual superação do

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 18.

¹⁰⁶ Bedaque cita o posicionamento de José Renato Nalini, juiz e doutrinador: “O processo brasileiro, mercê da consistente elaboração da chamada ‘Escola Paulista do Processo’, chegou a se tornar mais importante do que o direito substancial. É preciso retomar a linha da instrumentalidade, pois processo é ferramenta de fazer justiça e não pode ser convertido em finalidade” (NALINI *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 25).

¹⁰⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 24, 58.

¹⁰⁸ SILVA, 2006. p. 24. Segundo o mesmo autor, as raízes da abstração e do formalismo têm origem nas filosofias liberais do século XVII ou no Direito romano do período imperial. Seria dispensável a eloquência argumentativa, proscrevendo-se a retórica forense. A verdade surgiria ante a evidência própria dos silogismos. Tal qual uma equação algébrica, seria dispensável qualquer interpretação. Esperava-se do direito uma ciência tão exata quanto a matemática.

ideal liberal prevalecente no século XIX já anunciava potenciais mudanças na compreensão da estrutura do processo. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o liberalismo impunha a visão do processo como coisa das partes (*Sache der Parteien*) de modo a impedir o aumento do poder do juiz na resolução de conflitos: este deveria permanecer como um estranho ao processo.¹⁰⁹

A partir da segunda metade do século XX, os processualistas conscientizaram-se da necessidade de que a aplicação do processo e o uso de seus métodos e técnicas deveria estar aberto a considerações éticas e deontológicas consagradas no ordenamento jurídico. O processo não poderia estar desvinculado dos valores da justiça, da paz social e da efetividade. Com efeito, a partir da publicação de obras de estudiosos, dentre os quais se destacam Mauro Capelletti e Vittorio Denti, vislumbrou-se um método processual que privilegia os resultados produzidos na vida daqueles afetados pelo serviço jurisdicional.¹¹⁰ A ligação aos escopos social e político lançaram as bases para a terceira fase da ciência processual: a fase do instrumentalismo.

A principal tarefa do processo é a de oferecer tutela adequada do direito substancial, garantindo sua satisfação. Deixou de ter interesse uma ciência do processo conceitualmente perfeita se seus objetivos não fossem alcançados. Fala-se, pois, em efetividade do processo que consiste na maior coincidência possível entre o que deveria ocorrer no plano substancial e a eficácia da tutela jurisdicional.¹¹¹

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 41-43. Sobre os reflexos da ideologia liberal no procedimento, afirma o autor: “[...]Todo o processo prosseguia circunscrito apenas às exigências de defesa dos direitos dos litigantes, a que paralelamente devem corresponder a passividade e a neutralidade do juiz, dando azo a lentidão e abuso. Na ausência de uma intervenção direta e, portanto, de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores tornam-se seus árbitros praticamente absolutos. A fixação abstrata pela lei de prazos de preclusão, insuficientemente delimitados, faz ainda com que não só o objeto material do processo seja determinado pelas partes, mas também seu desenvolvimento interno, a tornar-se este coisa exclusiva das partes” (*Ibidem*, p. 41).

¹¹⁰ “[...] Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Capelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos *resultados* da experiência processual na vida dos *consumidores* do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do *acesso à justiça* e, numa palavra, à *instrumentalidade do processo*” (DINAMARCO, 2010, p. 126-127).

¹¹¹ BEDAQUE, 2011, p. 23-24.

Tal período foi marcado por importantes reformas legislativas, destinadas a aproximar o processo dos valores justificadores de sua existência. Com essa finalidade, mencionem-se a Lei da Ação Civil Pública (LACP, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), o Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) – que cuidam da tutela coletiva de direitos.

Importante destacar a concessão da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer prevista no ECA (art. 213). A inovação foi reproduzida, ainda no ano de 1990, no CDC, cujo art. 84 tem redação semelhante. Os diplomas legais romperam com a tradicional reparação por perdas e danos como via quase exclusiva de tutela de direitos obrigacionais, o que era – e continua sendo – reforçado pelo § 1º do apontado dispositivo do CDC, que permite a conversão da obrigação em perdas e danos somente quando assim optar o autor ou se impossível a tutela específica.¹¹²

O instrumentalismo influenciou as reformas do Código de Processo Civil de 1973, entre as quais podem ser mencionadas: (1) a que instituiu tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer (Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994), na esteira do caminho precursor aberto pelo ECA e pelo CDC, posteriormente estendida às obrigações de entrega de coisa certa (Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002); (2) o cumprimento de sentença que, juntamente com as modificações supramencionadas, tonaram a execução fase do processo de conhecimento (Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005); (3) a possibilidade de execução de sentença declaratória que reconheça a existência de obrigação (conforme preceitua o art. 475-N, I,¹¹³ inserido no Código pela Lei nº 11.232/05); (4) o óbice à execução de sentença fundada em dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; (5) a fixação de teses pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela sistemática do julgamento de recursos repetitivos (Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008).

¹¹² Pela clareza da exposição, cumpre transcrever trecho do artigo de Fábio Victor da Fonte Monnerat acerca do modelo processual tradicional de tutela das obrigações de fazer e de não fazer: “Isso porque, o modelo processual à época vigente, na esteira da doutrina e legislação civilista, determinava que as obrigações específicas deveriam ser convertidas em perdas e danos estando o juiz, na maioria das vezes, impedido de praticar atos executivos voltados a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

Por esse motivo, nesta época em caso de não cumprimento voluntário da obrigação de fazer e não fazer o máximo que o detentor do direito poderia obter através do processo seria a reparação pecuniária, pelo equivalente monetário, de obrigação inadimplida” (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução específica das obrigações de fazer e não fazer. In: ALVIM, Arruda; *et al.* **Execução civil e temas afins do CPC/73 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 336).

¹¹³ Correspondente ao inciso I do art. 515 do CPC/15.

O que se observa nessa reforma do diploma processual é que o apego à técnica cede lugar à efetividade da tutela jurisdicional. Assim, abandonou-se a rígida separação entre processo de conhecimento e processo de execução, para a adoção do que se passou a chamar de *processo sincrético* (1 e 2); deixou-se de lado o fato de a sentença declaratória poder ser título executivo judicial, o que antes era autorizado apenas à sentença condenatória (3); deixou-se de atribuir valor absoluto à coisa julgada (4) e flexibilizou-se o mecanismo de julgamento, permitindo que os tribunais de segundo grau, uma vez fixada a tese pelo STJ, reapreciem a matéria objeto do recurso de acordo com o entendimento adotado (CPC/73, art. 543-C, § 7º)¹¹⁴.

Importante mencionar, ainda, o abandono a formas processuais burocráticas que retardavam de maneira desarrazoada a prestação jurisdicional, tal como a exigência antes contida no art. 38 do CPC/73¹¹⁵ de que a procuração *ad judicium* tivesse firma reconhecida do outorgante, que foi superada graças à nova redação conferida ao dispositivo pela já mencionada Lei nº 9.852/94. O mesmo se diga acerca da resistência por parte de alguns juízes em se valer do convênio BACEN/JUD, que possibilitava a penhora *on line* de ativos financeiros depositados em instituições bancárias: vários magistrados entendiam ser mera faculdade o uso do sistema disponibilizado pelo convênio.¹¹⁶ A dúvida veio a ser espancada definitivamente com a publicação da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que, além de incluir entre as preferências para a penhora o dinheiro *em depósito ou em instituição financeira* no primeiro inciso do art. 655,¹¹⁷ dispôs expressamente que

¹¹⁴ Correspondente ao art. 1.040 do CPC/15.

¹¹⁵ Correspondente ao art. 105 do CPC/15.

¹¹⁶ “Entre juízes, principalmente, surgiram resistência à penhora *on line* ao argumento de que sua rapidez e unilateralidade ofenderiam o princípio do contraditório, privando o devedor de oportunidade de defesa preventiva contra sua efetivação. [...]

[...]

O entendimento inicial de que a penhora *on line* era *medida excepcional*, representativa de simples *faculdade* do juiz e só utilizável depois de *esgotada a busca de outros bens a penhorar*, hoje parece estar superado na jurisprudência.

[...]

Esse último princípio levou alguns a defenderem a tese de que, em nome da menor onerosidade assegurada ao executado, a penhora dos saldos bancários só deveria acontecer depois de esgotada a busca de outros bens livres para garantir a execução. Foi, aliás, a orientação que chegou a prevalecer no STJ, antes da Lei 11.382/2006.

Depois, entretanto, que o inc. I do art. 655 do CPC passou a equiparar, expressamente, o depósito e a aplicação financeira ao dinheiro, para efeito da penhora, o STJ, de maneira correta, passou a entender que a prioridade da penhora sobre o saldo da conta corrente bancária não importa, por si só, ‘ofensa ao princípio da menor onerosidade do devedor’” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A penhora *on line* e alguns problemas gerados pela sua prática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. Ano 34, n. 176. out. 2009, p. 21, 25, 30).

¹¹⁷ Correspondente ao art. 835 do CPC/15.

o juiz requisitará informações a autoridade supervisora do sistema bancário preferencialmente por meio eletrônico, a requerimento da parte (art. 655-A)¹¹⁸.

Importantes alterações no ordenamento processual civil resultaram da Emenda à Constituição nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que promoveu reforma na estrutura do Poder Judiciário, bem como alterações no direito processual. Instituíram-se nesta ocasião as súmulas vinculantes, que podem ser adotadas pelo STF e devem obrigatoriamente ser observadas pelos órgãos jurisdicionais inferiores e pela Administração Pública (CF, art. 103-A). Outra inovação consistiu na inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. A finalidade era a de que a Corte Suprema cuidasse apenas de processos de relevância nacional, o que, de outra parte, permite o trânsito em julgado das decisões de mérito, uma vez que não é qualquer caso sujeito ao apelo extremo. A mesma emenda à Constituição consagrou a razoável duração do processo como direito fundamental do jurisdicionado (CF, art. 5º, LXXVIII).

Em comum, as reformas processuais se caracterizaram pelo “repúdio ao formalismo que retarda de modo irracional e pouco inteligente a tutela jurisdicional”¹¹⁹.

O instrumentalismo do direito processual o reaproxima do direito material. Embora não se confunda com ele, seus institutos são pensados em função da realização do direito material. Nesta fase, o processualista preocupa-se com os resultados a serem alcançados pelo processo, a fim de que ele seja “meio efetivo de resolução de conflitos e não fonte de problemas”¹²⁰.

A síntese desse momento da ciência processual, que vê o processo como método de trabalho¹²¹ a coordenar a atividade do juiz e das partes, é bem sintetizada por José Roberto dos Santos Bedaque:

Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir

¹¹⁸ Correspondente ao art. 854 do CPC/15.

¹¹⁹ DINAMARCO, 2010, p. 43.

¹²⁰ BEDAQUE, 2011, p. 22.

¹²¹ A ideia de processo como método de trabalho é defendida também por Dinamarco (2010, p. 297).

tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.

Na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos. Sua razão de ser consiste no objetivo a ser alcançado, que é assegurar a integridade da ordem jurídica, possibilitando às pessoas os meios adequados para a defesa de seus interesses.¹²²

Parece lícito concluir que a técnica processual deixou de ser o elemento central de preocupação da ciência do processo – cuja pureza conceitual deixa de ser o centro das atenções – sendo instrumentalizada em função da efetividade da tutela jurisdicional.¹²³ Como instrumento destinado a tornar efetivo o direito material, não se admite que o processo mantenha uma ideia de neutralidade, que decorria da ideia de que o procedimento em si justificava os – inadequados – resultados do processo.

2.1.2. Cognição e processo – técnica processual a serviço da efetividade da prestação jurisdicional

Constitui consenso entre os estudiosos do processo a disponibilização de diferentes tipos de procedimento a fim de se conferir efetividade à tutela jurisdicional de direitos. É útil, nessa seara, valer-se do conceito de *cognição*. Kazuo Watanabe, em obra dedicada ao tema, apresenta o instituto nos seguintes termos:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium* do julgamento do objeto litigioso do processo.¹²⁴

¹²² BEDAQUE, 2011. p. 17.

¹²³ Sempre válido atentar-se à advertência formulada por Ovídio A. Baptista da Silva, para quem a ideologia racionalista no processo não foi definitivamente sepultada, ao contrário, apesar de não mais constar do discurso, está presente na realidade: “A ‘astúcia da razão conservadora’ está, precisamente, na ideologia que somos levados a reproduzir da velha e conhecida separação entre o *dictum* e o *factum*. Dizemos alegremente que o racionalismo, que supunha ser o Direito uma ciência tão exata quanto a matemática, está definitivamente morto e sepultado. É o *dictum*. É o discurso. No mundo real, no entanto, não apenas preservamos zelosamente as instituições formadas para realizar essa quimera, como encantamo-nos com suas virtudes milagrosas. É o *factum*. É o discurso invertido que, ao mesmo tempo em que impede a evolução do sistema, mantém-nos confiantes em seus prodígios” (SILVA, *op. cit.*, p. 55).

¹²⁴ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 58-59.

Segundo o processualista, a cognição pode ser utilizada como técnica para a concepção de diferentes tipos de procedimento. A cognição pode ser vista em dois planos: o horizontal (extensão e amplitude) e no vertical (profundidade).¹²⁵

No plano horizontal, tem por limite os elementos objetivos do processo – questões processuais, condições da ação e mérito. Nesse plano, a cognição classifica-se em plena ou limitada (ou parcial).

No plano vertical, a cognição classifica-se em exauriente (completa) ou sumária (incompleta). A cognição exauriente permite ao juiz a perquirição acerca de toda a matéria fática delimitada no plano horizontal.

A cognição plena e exauriente é a observada no procedimento comum, em que não há limitação da matéria a ser discutida no processo e tampouco quanto à profundidade da análise do juiz quanto à matéria posta. É o procedimento que garante maior segurança quanto à certeza sobre o direito controvertido.

De acordo com a classificação proposta, adotada no presente trabalho, são possíveis as seguintes classificações, além do procedimento de cognição plena e exauriente supramencionado: (1) cognição parcial e exauriente, como a observada nas ações possessórias e nas cambiárias,¹²⁶ nos embargos de terceiro, nos embargos ao executado e no processo de desapropriação, em que há limitação da matéria a ser discutida em juízo, mas não da cognição do juiz; (2) cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, sem restrição quanto à extensão da matéria, mas “com condicionamento da profundidade da execução à existência de elementos probatórios suficientes”, como ocorre no processo de inventário (acerca da qualidade de herdeiro, que pode ser considerada matéria de alta indagação a ser resolvida em processo distinto), no processo de mandado de segurança (em que a denegação não faz coisa julgada contra o impetrante); (3) cognição eventual, plena ou limitada e exauriente, em que o contraditório é eventual, sendo possível a supressão de uma fase do processo pelo comportamento do réu, independentemente de sentença, como ocorre na ação de prestação de contas e no processo monitório e (4) a cognição sumária ou superficial, em

¹²⁵ *Ibidem*, p. 111-121.

¹²⁶ Exemplos de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 31).

que se verifica a limitação no plano vertical, observada em ações sumárias cautelares e não cautelares e por ocasião de pedido de medidas liminares.

A limitação da cognição no plano vertical (cognição sumária) está ligada à necessidade de rapidez, utiliza-se, portanto, de técnica apta a permitir a tutela adequada e eficaz dos direitos objeto do processo. A doutrina cita como exemplo típico a tutela monitoria, em que o juiz defere de plano a expedição de mandado de pagamento ou entrega da coisa (CPC/73, art. 1.102-B), invertendo o contraditório.¹²⁷

2.1.3. A eterna luta do sistema processual contra o tempo

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, o fato de a demora da prestação jurisdicional comprometer sua efetividade caracteriza a *eterna luta do sistema processual contra o tempo*.¹²⁸

Com efeito, a observância do método padrão para a solução de conflitos, o procedimento comum ordinário (ou simplesmente procedimento comum, no CPC/15), demanda tempo para a observância do princípio do devido processo legal. São naturais as delongas que permitem ao juiz ouvir os argumentos das partes, permitir a estas a produção de provas e ouvir sua manifestação a respeito delas, formar sua convicção a respeito do conflito posto para sua solução, garantir o duplo grau de jurisdição etc. A propósito do tema, aduz Athos Gusmão Carneiro:

No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).¹²⁹

¹²⁷ Sobre a inversão do contraditório, WATANABE, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 123.

¹²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.

A este período de duração do processo, acrescenta-se a demora decorrente de falhas do sistema processual ou judiciário, a que se pode chamar de *demora patológica* do processo.

Inúmeras críticas se dirigem à qualidade da prestação jurisdicional, sobretudo no que concerne à lentidão para a composição das controvérsias. Tal quadro, segundo informa Humberto Theodoro Júnior, é observado mesmo nas nações mais ricas da Europa.¹³⁰

Francisco José Cahali, ao tratar do imperioso olhar do poder público na direção de alternativas adequadas de resolução de controvérsias, aponta a verdadeira crise em que se encontra mergulhada a justiça brasileira, sobretudo no que concerne à grande quantidade de demandas pendentes de julgamento:

Pesquisas recentes promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram, por exemplo, uma “Taxa de Congestionamento” de 71%; ainda, registram a estimativa do valor médio de cada processo na Justiça Comum é de R\$ 1.848,00 por processo julgado, mas pode chegar a R\$ 6.839,00 [...] E tudo isso sem falar no extraordinário número de processos em andamento. Por exemplo, na Justiça Estadual de São Paulo, supera-se 20 milhões de feitos, e no Brasil, entre todas as esferas (Federal, Estadual e Distrital), estima-se aproximadamente 100 milhões de ações em curso.¹³¹

Inúmeros fatores contribuem para sua existência, tanto de ordem legal como de ordem administrativa ou mesmo financeira. É, portanto, indiscutível que as reformas processuais, isoladamente, não têm o condão de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, pela gravidade das outras causas que se ajuntam para comprometê-la.¹³²

Cândido Rangel Dinamarco aponta como uma das causas da excessiva demora da tramitação de processos judiciais a quantidade de magistrados existentes no país. Segundo ele, verifica-se uma proporção de um juiz para cada vinte e cinco mil cidadãos, média bastante inferior

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. In: **Revista de Processo**. vol. 125, p. 61-78, jul. 2005. Segundo Gico, cuida-se de fenômeno observado no mundo inteiro (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**, 2012. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 146 p. p. 18).

¹³¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 27-28.

¹³² Nesse sentido, Dinamarco (2010, p. 154): “Não se trata somente de técnicas puramente processuais a serem atuadas pelo juiz em prol dos objetivos do sistema, mas ainda de absorção dos recursos técnicos modernos, especialmente para eficiência da prova e para a boa movimentação do processo e documentação dos seus atos”.

à de outros países, como a Alemanha (um juiz para cada quatro mil cidadãos) ou o Uruguai (um para cada cinco mil).¹³³

O contraponto, contudo, é necessário. Em estudo destinado a analisar o custo da justiça no Brasil, Luciano Da Ros esclarece que, de acordo com informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há no país cerca de 8,2 magistrados por cem mil habitantes.¹³⁴ Em conclusão diametralmente oposta à de Dinamarca, afirma que a proporção é superior à verificada em alguns países, como Inglaterra (3,8), Chile (5) e Venezuela (6,8); ligeiramente inferior à de diversos países, como Colômbia (10,4), Itália (10,6), Estados Unidos (10,8), Espanha (11,2), Argentina (11,4) e bastante inferior à de poucos outros, como Portugal (19,2) e Alemanha (24,7).¹³⁵

Tais dados servem ao menos para colocar em perspectiva a relação de causalidade entre morosidade e número de juízes. Não se pode descartar, de forma peremptória, tal relação pela simples observação de que a lentidão do Judiciário não é um problema exclusivamente brasileiro.¹³⁶

Interessante ponderação apresentada por Barbosa Moreira em relação à lentidão do processo consiste no fato de talvez não se poder atribuir inteiramente a falta ao reduzido número de juízes, mas à má distribuição de competências.¹³⁷

Outra importante questão é de natureza cultural. Segundo aponta Ivo Gico, há poucos incentivos para o incremento do capital jurídico. Assim, vige como regra a insegurança jurídica resultante, em geral, da ausência da produção de jurisprudência unificada – que, em último caso, dificulta a resolução de controvérsias extrajudicialmente, por não se poder calcular com precisão os custos do processo judicial. Afirma que há resistência natural dos juízes brasileiros em seguir obrigatoriamente determinada interpretação jurisprudencial, em virtude de sua independência

¹³³ DINAMARCO, 2010, p. 154.

¹³⁴ O que equivale 2,05 juizes para cada 25 mil habitantes na proporção utilizada por Dinamarca. Parece-nos que os dados utilizados pelo ilustre processualista são anteriores à edição consultada de sua obra (2010), uma vez que a quantidade de magistrados apresentaria, em 2014 duas vezes mais juízes que o ali apontado.

¹³⁵ ROS, Luciano Das. **O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória**. In: The Observatory of Social and Political Elites of Brazil – newsletter. V. 2. N. 9. Jul. 2015. Disponível em: < <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em 30.6.2016.

¹³⁶ GICO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁷ BEDAQUE, 2007, p. 23.

funcional, que lhes faz serem refratários à aplicação de regras jurídicas com as quais não concordem.¹³⁸

A insegurança jurídica decorrente da falta de investimento em capital jurídico acaba por gerar, assim, maior litigiosidade, o que é demonstrado pelo fato de o próprio poder público ser campeão de litigiosidade, persistindo mesmo em teses jurídicas sobre as quais o entendimento dos tribunais já se consolidou em sentido contrário.¹³⁹ A litigiosidade, por sua vez, é fator que contribui para a morosidade da prestação jurisdicional. De certa forma, portanto, não há como excluir importante parcela da responsabilidade pela lentidão da justiça os próprios magistrados.

Dinamarco aponta, ainda, limitações orçamentárias, importantes a serem consideradas diante da magnitude das despesas necessárias para o funcionamento do Poder Judiciário. Mais uma vez, importa temperar a crítica. De acordo com o mencionado estudo de Luciano Da Ros, o Brasil é um dos países cujo orçamento destinado ao Poder Judiciário “é muito provavelmente o mais alto por habitante dentre todos países federais do hemisfério ocidental”¹⁴⁰. Segundo o autor, o Brasil destina cerca de 1,3% de seu Produto Interno Bruto ao Poder Judiciário, valor muito superior ao dos outros países pesquisados: Espanha (0,12%), Argentina (0,13%), Estados Unidos (0,14%), Inglaterra (0,14%), Itália (0,19%), Colômbia (0,21%), Chile (0,22%) e Venezuela (0,34%). Não há como esconder certa perplexidade diante do fato de que Portugal e Alemanha, malgrado contem com uma proporção de juízes bastante superior à brasileira por cem mil habitantes, destinam percentuais de seu PIB significativamente inferiores ao Judiciário, a saber 0,28% e 0,32%, respectivamente.

A despeito disso, não seria racional que legislador e aplicador da lei processual, aguardando soluções práticas (financeiras, administrativas ou mesmo comportamentais) virassem as costas aos problemas que podem – e devem – ser combatidos na medida de sua competência constitucional. Consoante já afirmado no capítulo anterior, a imperatividade das normas constitucionais (regras e princípios) impõe ao legislador o dever de conformar as leis aos comandos genéricos contidos no

¹³⁸ GICO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 127

¹³⁹ “Certo é que, especialmente no âmbito Federal, o maior número de processos envolve o próprio Poder Público (Governo Federal, Autarquias etc.), porém, o impacto deste congestionamento é sentido por toda a sociedade” (CAHALI, *op. cit.*, p. 28).

¹⁴⁰ ROS, 2015, p. 4.

diploma maior: o princípio do devido processo legal o obriga a disponibilizar procedimentos legais adequados e convenientes para a tutela de direitos. O processo, na atual quadra, legitima-se pelos resultados que produz e não pela perfeição técnico-conceitual que eventualmente apresentem seus textos.

Não se pode negar o valor que os princípios do contraditório e da ampla defesa exercem em favor da prolação de decisões judiciais justas. Contudo, aguardar o tempo do processo pode implicar na quase total insignificância da tutela jurisdicional após decorrido o arco procedimental.

O desafio do processo civil é compor o ideal de entregar aos cidadãos decisões justas, por meio de processo que observe as garantias fundamentais do devido processo legal e seus corolários em tempo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII). Balancear tempo e justiça, evitando que a tutela jurisdicional, ao fim e ao cabo, tenha valor desprezível.

Ademais, importa consignar que há determinadas situações da vida cuja urgência não se compatibiliza sequer com o processo realizado em prazo razoável. Seria o caso da necessidade de cirurgia ou de medicamento imediato, com o risco de morte do paciente.

As técnicas de cognição – destinadas a aferir a situação de fato e eliminar crises de certeza – têm por desiderato oferecer tutela aos direitos dos jurisdicionados. A seguir, analisar-se-ão as técnicas para evitar que situações de urgência inibam a efetividade da tutela jurisdicional.

2.2. Tutelas de urgência – adequação do tempo do processo à necessidade do jurisdicionado

2.2.1. Efetividade e a insuficiência do procedimento ordinário e neutro

A sujeição do jurisdicionado à inexorável duração do procedimento ordinário para a obtenção da tutela jurisdicional provoca resultados a estarrecer não apenas observadores externos, mas o próprio processualista, que deixou de fixar sua atenção para a pureza conceitual e passou a repousar os olhos sobre os resultados sociais decorrentes da atuação das normas processuais.

Indefensável o sistema que obriga o autor de determinada ação, com o amparo das provas mais eloquentes e com a invocação de jurisprudência pacífica em favor de sua tese, a se sujeitar a longo e tormentoso caminho para que obtenha a tutela almejada,¹⁴¹ ao passo que a parte contrária, a quem o direito não socorre, se mantenha, indevidamente beneficiada durante todo esse tempo.

O mencionado apego ao paradigma racionalista – observado na segunda fase de desenvolvimento da ciência processual –, impunha a ordinarização¹⁴² do procedimento. Cuida-se, como afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva uma decorrência da observância inafastável do contraditório prévio:

É bom ter presente que esse *tropismo* pelo contraditório prévio (*auditor et altera parte*), é apenas uma extensão ideológica da matriz racionalista, que reduz a jurisdição à mecânica descoberta da “vontade da lei”.

Está é a razão pela qual o sistema expurgou todas as formas de tutela *sumárias*, optando pela generalização do *procedimento ordinário*. A partir desta premissa, a doutrina eliminou de seu horizonte conceitual as formas de contraditório *diferido* e, especialmente, de *contraditório eventual*, para consagrar o contraditório *prévio*, como única forma legítima de contraditório.¹⁴³

A imperiosa observância do contraditório prévio decorria da necessidade de, antes de qualquer medida executiva, o juiz conhecer todas as circunstâncias do caso concreto para só então atuar a vontade concreta da lei. Era a consagração da regra *nulla executio sine titulo*, proclamada por Calamandrei.¹⁴⁴

¹⁴¹ Tal é a realidade observada no sistema tradicional, obediente a demanda ao rito do procedimento comum, ordinário ou sumário, afirma Athos Gusmão Carneiro (*op. cit.*, p. 9). Maior perplexidade decorria ainda do fato de, após obtido o título executivo, ser necessária nova demanda em processo de execução, aberta a possibilidade de embargos, sentença e novas impugnações (*ibidem, loc. cit.*).

¹⁴² Acerca do ímpeto ordinarizante, procede o autor a comparação do CPC/73 com o CPC/39: “Contudo, é bom lembrar que o ímpeto ‘ordinarizante’ tornou *plenárias* ações que foram tradicionalmente *sumárias* no antigo direito luso-brasileiro, como se deu com a ação de depósito e com a própria ação de consignação em pagamento, sem falar na mais eminente de todas, existente desde o processo interdital romano, que é a ação de imissão de posse, cuja sumariedade foi destruída pela doutrina e pelos tribunais que não assimilaram sua natureza *sumária* e *executiva*, na disciplina que lhe dera o CPC de 1939, como mostramos em obra anterior” (SILVA, *op. cit.*, p. 161).

¹⁴³ SILVA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁴ Confira-se, a propósito, o que escreveu Ovídio Araújo Baptista da Silva: “Calamandrei, como vimos, proclamou a vigência do princípio da precedência da cognição sobre a execução (*nulla executio sine titulo*) que, para ele, seria o princípio supremo dos sistemas processuais modernos, de tal magnitude que não admitiria exceção alguma.

3. Na verdade, nosso Código, cedendo às pressões da prática forense, absorveu uma forma de tutela que poderia quebrar a *ordinariedade*, introduzindo no sistema as ‘antecipações de tutela’, que têm natureza executiva, posto que de índole

Conforme assevera Ovídio da Silva, acompanhado de Luiz Guilherme Marinoni, cuida-se de opção ideológica. Segundo afirmam, transparece essa assertiva ao se verificar que o poder (político ou econômico), em regra, era contemplado com processos privilegiados, nos quais não se observava o procedimento ordinário. Confira-se trecho da obra de Marinoni, quando cuida da tutela antecipada:

Curiosamente, porém, o procedimento ordinário clássico (sem liminar ou tutela antecipatória) jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta, patrocinando o *lobby*, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para a tutela dos seus interesses. Basta lembrar o ainda considerado constitucional (apesar de sua gritante inconstitucionalidade) Decreto-lei 70/66, que permite a execução privada, em verdadeira justiça de mão própria, à medida que autoriza o leilão do bem dado em garantia à instituição financeira, pelo próprio agente fiduciário, sem a prévia autorização do Poder Judiciário.¹⁴⁵

No mesmo sentido, Ovídio da Silva:

Como a enorme constelação de procedimentos especiais, existente fora do Código, é preservada, não obstante a consagração do princípio da ‘ampla defesa’, o resultado é a formação de dois sistemas processuais, um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiado, o outro, destinado a tutelar as várias estruturas de Poder, visível e invisível. Em última análise, o produtor do sistema não o consome. Ele é produzido para consumo das massas.

O Estado, como autor, continua utilizando-se de procedimentos *sem defesa*, como na execução fiscal; ou de procedimentos em que a defesa permitida ao demandado torna-se raquítica, como na ação de desapropriação. Assim como o poder formal, também as estruturas de poder econômico gozam de instrumentos que os livram do Processo de Conhecimento. A ‘ação de busca e apreensão’ do bem fiduciariamente alienado é um pequeno exemplo de uma demanda radicalmente sumária concebida para proteção de uma classe de empresários. Porém, tanto o elogio ao sistema quanto as lamúrias contra sua inoperância conservam-se inalterados.¹⁴⁶

Assim, malgrado a regra fosse o procedimento comum ordinário, diversos procedimentos dispensavam o contraditório prévio necessário. A tutela sumária (cautelar e não cautelar, como alerta Watanabe) já era adotada mesmo quando o processo estava sob a égide do tecnicismo. Ovídio da Silva afirma que essas exceções demonstram a ausência de fidelidade total ao paradigma

interdital. Porém, entre infirmar os pressupostos da *ordinariedade* e permanecer intransigente na defesa de seus princípios, a doutrina prefere manter-se fiel ao *paradigma*, sustentando que as medidas antecipatórias serão essencialmente cautelares” (SILVA, *op. cit.*, p. 153).

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 22.

¹⁴⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 162.

racionalista, uma vez que, no sistema, verifica-se “a existência de pequenas, porém constantes, irracionalidades de que ele se nutre para preservar-se”¹⁴⁷.

Diversos são os exemplos, dentre os quais colacionam-se os seguintes (no CPC/73): a liminar na ação possessória (art. 924), apreensão de coisa vendida com reserva de domínio (art. 1.071), liminar em embargos de terceiro (art. 1.051), os títulos executivos extrajudiciais (art. 585 – que eliminam o processo de conhecimento, invertendo o contraditório) e o próprio processo cautelar (art. 796 e seguintes).¹⁴⁸

Fora do Código, merecem destaque as seguintes referências: alimentos provisórios (art. 4º da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968), liminar para a desocupação de imóvel (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991), imissão na posse em desapropriação (art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941), liminar em usucapião especial (art. 5º da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981) etc.

A presença de tais instrumentos no Código de 1973 e na legislação esparsa testemunham a insuficiência do procedimento ordinário para tutelar determinados direitos. Percebia-se, portanto, que a mencionada neutralidade do procedimento poderia ser danosa em determinadas circunstâncias.

As tutelas de urgência – ao lado das outras técnicas anteriormente mencionadas, como a cognição parcial e outras modalidades de cognição sumária – são o instrumento técnico de que se vale o processualista na luta que trava contra os efeitos deletérios do tempo sobre o direito a ser tutelado. Duas modalidades de tutela sumária de urgência são conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro: a tutela cautelar e a tutela antecipada. Mister, portanto, delimitar o conteúdo e o âmbito de aplicação de cada uma, tal como traçadas no Código de Processo Civil de 1973, bem como apresentar as principais controvérsias a respeito do tema que exsurgiram quando de sua vigência,

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 153.

¹⁴⁸ Os dispositivos correspondentes no CPC/15 são: art. 558 (liminar em ação possessória), art. 678 (embargos de terceiro – não há previsão de liminar específica no procedimento, aplicando-se o Livro V da Parte Geral), art. 300, § 2º (liminar em tutela de urgência). O CPC/15 não previu o procedimento de vendas a crédito com reserva de domínio.

a fim de apresentar o caminho trilhado até a adoção do texto em vigor por ocasião da promulgação do Código de 2015.

2.2.2. Tutela antecipada e tutela cautelar

Tratar da tutela antecipada torna imprescindível a abordagem prévia da tutela cautelar. Ambas as formas de se reagir ao tempo do processo constam do ordenamento jurídico, embora a primeira tenha tido consagração legal para sua aplicação em qualquer hipótese de urgência apenas com a reforma promovida pela Lei nº 9.852/1994, que alterou a redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Até então, o único mecanismo processual (genérico)¹⁴⁹ disponível para se combater os danos decorrentes da demora era a medida cautelar.

A diferença essencial construída doutrinariamente entre essas modalidades de tutela de urgência diz respeito à satisfatividade da tutela antecipada e a garantia da eficiência prática da futura provável sentença da tutela cautelar. A tutela antecipada se caracteriza, portanto, por satisfazer, é dizer, realizar desde logo a pretensão contida na demanda principal enquanto a cautelar protege o resultado útil do processo.¹⁵⁰ Cândido Rangel Dinamarco esclarecia a diferente natureza das medidas:

[...] a grande diferença conceitual entre as medidas cautelares e as antecipatórias reside em que a) as primeiras visam a *aparelhar o processo* de meios adequados e suficientes para que possa desenvolver-se regularmente e com utilidade, caracterizando-se como processo justo, enquanto b) as antecipações se propõem a oferecer *a um sujeito*, em sua vida exterior ao processo, o mesmo resultado que ele espera obter ao fim do procedimento, ou parte desse resultado. As cautelas dão apoio ao processo e as antecipações às pessoas [...]¹⁵¹

Contudo, até que fosse dada nova redação ao art. 273 do CPC, em 1994, era comum que o jurisdicionado, a fim de obter providência de natureza antecipatória, se valesse do processo cautelar, disciplinado no art. 796 e seguintes – a chamada utilização anômala do processo cautelar.

¹⁴⁹ Havia liminares antecipatórias para situações específicas, conforme indicado linhas acima.

¹⁵⁰ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵¹ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 7.

Tal fato levou parte da doutrina a considerar a existência de *cautelares satisfativas*¹⁵², que restou combatida por outros, para quem a expressão era uma contradição em termos.¹⁵³

O CPC/73 foi estruturado de maneira a contemplar o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. A classificação das medidas cautelares como *tertium genus*, contudo, foi realizada sem a observância de critério uniforme, conforme bem explicitam Bedaque¹⁵⁴ e Carneiro¹⁵⁵. Enquanto a distinção entre processo de conhecimento e de execução se funda em sua diferente estrutura – no processo de conhecimento põe-se termo à crise de certeza e no de execução, à crise de satisfação –, o cautelar, é assim caracterizado pelo Código em razão de sua função – de acautelar, assegurar, garantir o resultado útil¹⁵⁶ das outras modalidades de processo (de conhecimento ou execução).

A tutela cautelar tem como característica a instrumentalidade em relação a outro processo, a fim de assegurar que este produza resultados úteis. Considerada a instrumentalidade do processo

¹⁵² “Entre nós, embora vozes abalizadas tenham se erguido em prol da admissão das medidas cautelares satisfativas, a opinião que no passado prevaleceu, principalmente na jurisprudência, foi no sentido de que o poder geral de cautela não comportaria tal ampliação, devendo restringir-se às providências meramente conservativas. Antecipação de tutela satisfativa somente haveria nos casos em que a lei expressamente previsse, em procedimentos especiais, a concessão liminar” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 619).

¹⁵³ Athos Gusmão Carneiro cita, a título de exemplo, o posicionamento de Nelson Nery Jr., já em 1997, três anos, portanto, após a reforma da lei processual de 1994: “Falar em ‘cautelares satisfativas’ implica, na expressão de Nelson Nery Jr., uma ‘*contradictio in terminis*’, pois as cautelares não satisfazem: ‘se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar [...]’”

¹⁵⁴ BEDAQUE, 2009, p. 194.

¹⁵⁵ “[...] o CPC de 1973 destacou o *processo cautelar* e o enquadrado (embora impropriamente) como um “*tertium genus*”, a par do processo de conhecimento e do processo de execução” (CARNEIRO, *op. cit.*, p. 6).

¹⁵⁶ Importante ressaltar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável, e não com a ‘seriedade da jurisdição’.

A doutrina clássica, ao supor a tutela cautelar como dirigida a assegurar a efetividade do processo, frisou o seu caráter provisório, isto é, a circunstância de que nasceria para morrer quando da prolação da sentença que decidisse o litígio, pondo fim ao processo. *A falta de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não sendo, portanto, uma simples decisão marcada pela cognição sumária (provisoriedade)*, levou a doutrina a incidir no grave equívoco de subordinar o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória” (MARINONI, 2008, p. 24).

de forma genérica, pode-se falar em uma instrumentalidade de segundo grau, por atuar como instrumento de outro instrumento.¹⁵⁷

Dessa forma, vinculada que está ao proveito que se pode extrair de outra relação processual, a medida cautelar eventualmente concedida será *provisória*. Além da tutela destinada a resolver definitivamente determinada crise no plano das relações da vida pela não observância do direito material, as tutelas de urgência (aí incluída também a antecipatória), têm por finalidade possibilitar soluções ágeis e provisórias que possam servir como instrumento para a efetiva aplicação das regras substanciais.¹⁵⁸ Importante registrar o entendimento divergente de Marinoni, para quem a tutela cautelar não é substituída necessariamente por ocasião da sentença de mérito do *processo* principal, razão pela qual convém falar-se em temporariedade (conceito que não se liga inexoravelmente a outro provimento que o substituirá, mas à duração do perigo de dano).¹⁵⁹

Se, no processo dito principal, verificar-se que aquele que se beneficiou da tutela cautelar não faz jus ao direito alegado, perde a medida os seus efeitos. Assim, se alguém ajuizasse ação cautelar de arresto na vigência do CPC/73 com a finalidade de assegurar futura execução, caso demonstrado, nos embargos à execução, por exemplo, o pagamento anterior da dívida, extinguir-se-ia a medida (CPC/73, art. 820). Da mesma forma, sendo o embargante vencido e prosseguindo a execução, os bens arrestados seriam penhorados para a satisfação do exequente, cessando igualmente a medida cautelar, que converter-se-ia em penhora (CPC/73, art. 817).

Da instrumentalidade, pode-se extrair a referibilidade da tutela cautelar: a medida concedida se refere ao suposto direito alegado, que corre o risco de dano caso se aguarde a solução definitiva no processo de procedimento ordinário.¹⁶⁰

A tutela cautelar caracteriza-se, ainda, pela sumariedade da cognição, o que se verifica pelos requisitos para a sua concessão, tradicionalmente conhecidos como *fumus boni juris* e *periculum*

¹⁵⁷ Tal ideia é expressamente rechaçada por Marinoni, para quem a cautelar “é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada” e não do processo (MARINONI, 2008, p. 35-36).

¹⁵⁸ BEDAQUE, 2009, p. 256.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, v. 4: processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31. O termo *provisoriedade* foi expressamente adotado no CPC/15.

¹⁶⁰ BEDAQUE, 2009, p. 217.

in mora. A urgência do provimento justifica a possibilidade de sua concessão quando verificada apenas a probabilidade do direito.

A fumaça do bom direito consiste na plausibilidade do direito alegado, ou seja, sua verossimilhança. Assim, para a concessão da medida cautelar é necessário que haja elementos mínimos que permitam ao magistrado aferir que o direito alegado é provável. Consigne-se que a cognição para se aferir tal probabilidade é sumária, verificando-se limitação no plano vertical.¹⁶¹ Não pode o magistrado exigir mais do que prova do que o necessário para aferir a mera verossimilhança, uma vez que a evidência do direito deve ser objeto de prova em processo com cognição exauriente no qual se definirá se, de fato, há situação jurídica protegida pelo ordenamento, mas não para a definição de medida assecuratória.

A providência cautelar será deferida se demonstrada a urgência necessária para resguardar o resultado útil do processo principal. O perigo não é aquele que pode ser causado por outrem futuramente, que constitui objeto da tutela preventiva, mas o decorrente da demora da prestação jurisdicional definitiva.

Luiz Guilherme Marinoni entende não serem intercambiáveis os termos *periculum in mora* e perigo de dano. Para o autor, a concessão da tutela antecipada requer o perigo de dano, consistente no fato de a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material estar exposta a perigo. Este deve ser fundado em elementos objetivos e não em meras conjecturas, além de fazer surgir uma situação de urgência tal que a demora do processo torne insuportável aguardar seu termo. Arremata o autor: “o perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isso mesmo para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar o *periculum in mora* [...]”¹⁶².

Além das disposições gerais, que permitem a aplicação de forma genérica a qualquer situação da vida, existem cautelares específicas, como o arresto, o sequestro, a busca e apreensão

¹⁶¹ MARINONI, 2008, p. 29.

¹⁶² MARINONI, 2008. p. 28.

etc.¹⁶³ Havia, no CPC/73, algumas medidas bastante questionáveis em relação à natureza realmente cautelar. Podem ser mencionadas, nesse sentido, a produção antecipada de provas (arts. 846 a 851)¹⁶⁴ e a homologação do penhor legal¹⁶⁵ (arts. 874 a 876).

Outra característica marcante é a sua revogabilidade. Não apenas em virtude da decisão definitiva cessará a medida cautelar eventualmente deferida. Verificando o magistrado elementos distintos que não haviam sido objeto de sua atenção tem autorização legal para revogar a medida ou modificá-la (CPC/73, art. 807)¹⁶⁶.

No que concerne à tutela antecipada, compartilha ela elementos característicos da cautelar. Bedaque enuncia que ambas têm em comum o fato de serem instrumentais, provisórias, fundadas em cognição sumária e destinadas a evitar danos em razão da demora. Assim, são válidos os comentários tecidos linhas acima a respeito das cautelares.

Importa esclarecer a existência de duas modalidades de antecipação de tutela. A primeira (tutela de urgência) destina-se a resguardar o resultado útil do processo¹⁶⁷ no sentido de que, se aguardado o arco do procedimento ordinário, pode tornar-se de nenhum valor o pronunciamento judicial ou produzir-se dano de difícil reparação – é uma forma de tutela de urgência, que se assemelha à cautelar. A segunda (tutela da evidência) tem por finalidade reduzir os danos sofridos por aquele a quem o direito provavelmente socorre – em vez de impingir ao autor o ônus de suportar o tempo do processo, inverte-se essa ordem, suportando os prejuízos o réu, que provavelmente não tem seu interesse resguardado pelo direito substancial. Em razão de o procedimento diferenciado disciplinado no CPC/15 destinar-se exclusivamente a esta modalidade, descabe tratar com igual

¹⁶³ O CPC/15, embora mencione essas modalidades de medidas cautelares, não previu procedimento específico para qualquer delas, como fazia o CPC/73.

¹⁶⁴ Contra a natureza cautelar, Marinoni (2008, p. 258). O entendimento tornou-se de tal modo pacífico que o CPC/15, ao cuidar da produção antecipada de provas, não a disciplinou no Livro V da Parte Geral (das tutelas provisórias), mas no Livro I da Parte Especial (processo de conhecimento), arts. 381 a 383.

¹⁶⁵ “A ausência do caráter cautelar na medida em estudo é facilmente verificável, quando se nota, da leitura dos arts. 874 a 876, que não há análise de *fumus boni iuris* ou de *periculum in mora* para o deferimento dessa homologação” (MARINONI, 2008, p. 309). No CPC/15, a disciplina da homologação do penhor legal foi tratada como procedimento especial, no Título II do Livro I da Parte Especial do Código (arts. 703 a 706).

¹⁶⁶ Correspondente ao art. 296 do CPC/15.

¹⁶⁷ Consoante já mencionado, para Marinoni, não se resguarda o resultado útil do processo, mas à tutela do direito desejada (MARINONI, 2011, p. 35). Sua tese, contudo, não foi albergada no CPC/15, cujo art. 300 dispõe: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

atenção da antecipação em tutela da evidência, até mesmo porque, consoante explicita o art. 311 do CPC/15, não se exige demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo nesta hipótese.

Inúmeras são as controvérsias doutrinárias em relação à tutela antecipada. A ausência de previsão legal para sua concessão fora das estritas hipóteses previstas em lei conduziu alguns ao entendimento de serem modalidades de cautelares. A questão, contudo, não fora tratada desta forma somente por razões pragmáticas. Bedaque defende que, sendo o objetivo tanto das cautelares (*stricto sensu*) como das antecipações, resguardar a efetividade do processo em situações de urgência e compartilhando inúmeras características, poderiam elas ser classificadas como cautelares em sentido amplo. Segundo o autor, não haveria qualquer problema em se admitir a existência de cautelares antecipatórias (expressão condenada por outros processualistas).¹⁶⁸

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, não há sentido em se dizer ser resguardado outro processo. A instrumentalidade ao quadrado seria ideia que só teria algum sentido caso adotada a teoria concretista da ação, segundo a qual esta só é exercida quando, ao fim do procedimento, verifica-se que o autor efetivamente era amparado pelo direito.¹⁶⁹

Apesar das controvérsias acerca da provisoriedade das tutelas cautelares (afirmam alguns tratar-se, em verdade, de temporariedade)¹⁷⁰ ou da garantia que proporciona à efetividade do

¹⁶⁸ "A função instrumental da tutela cautelar não se descaracteriza pelo fato de, em determinados casos, verificar-se, por meio dessa via, a antecipação dos efeitos da tutela cuja utilidade é por ela assegurada. Basta seja essa função antecipatória da tutela informada pelas características estruturais da cautelar, isto é, a sumariedade, a provisoriedade e a instrumentalidade. [...] Muito mais relevante do que saber se a cautelar pode ou não ser antecipatória, o que apresenta pouca ou nenhuma repercussão de ordem prática, é identificar a existência de tutelas cuja finalidade é a atuação do direito material, eliminação definitiva do litígio e pacificação social, bem como de tutela estrutural e funcionalmente diversas, pois destinadas a servir como instrumento daquelas, tornando possível que o resultado a ser produzido no plano material seja útil e efetivo" (BEDAQUE, 2009, p. 148).

¹⁶⁹ Confirmam-se, especialmente, os seguintes trechos: "Há quem diga, nos dias de hoje, que a tutela antecipatória assegura o resultado útil do processo e, por esta razão, caracteriza-se pela instrumentalidade. [...] Na verdade, quem supõe que a tutela antecipatória assegura o resultado útil do processo somente pode estar pensando na tutela urgente que não confere ao autor a integral satisfação do direito material, isto é, em uma tutela que não se confunde com a que antecipa soma em dinheiro, por exemplo. Em outros termos, aquele que pensa a tutela antecipatória como mero instrumento do instrumento não pode admitir a execução completa da tutela antecipatória de soma em dinheiro. Como escreve Edoardo Ricci, um dos maiores especialistas em tutelas de cognição sumária na Itália, 'só pode ser instrumental em relação à tutela de mérito uma tutela que não coincida com esta'" (MARINONI, 2011, p. 125).

¹⁷⁰ Segundo Marinoni, a ideia de provisoriedade vincularia a tutela de urgência a outra coisa, a decisão após a cognição definitiva, o que tornaria incompatível a manutenção de cautelar após a sentença. Assim, as medidas cautelares seriam

processo,¹⁷¹ essas características foram expressamente adotadas no CPC/15, cujo Livro V da Parte Geral cuida das Tutelas Provisórias, que abrangem as tutelas de evidência e as tutelas de urgência. Estas classificam-se em cautelares e antecipatórias, cujos requisitos são agora unificados. Parece permanecer a controvérsia acerca de sua referibilidade.¹⁷²

Consideradas as semelhanças, importa relevar as diferenças. A tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil que pode ser obtido com o direito provável a ser reconhecido no processo. A tutela antecipada, por sua vez, visa a conceder, em momento anterior, aquilo que se pede no processo: mais precisamente, antecipam-se os efeitos da tutela final. A diferença estampa-se no fato de a providência cautelar ser de natureza diferente daquela a ser obtida quando do julgamento do processo, ao fim do arco procedimental.

Não se pode dizer que a modificação do disposto no art. 273, em 1994, introduziu no direito pátrio instituto novo. A novidade decorreu da autorização *legal* genérica para a concessão de antecipações de tutela. A ênfase posta sobre o adjetivo *legal*, se deve ao fato de que a ausência de previsão legislativa específica não impedia as partes de pleitearem – e os juízes de deferirem –

temporárias e não provisórias. Confirma-se a explicação: “É oportuno pinçar, na obra de Lopes da Costa, passagem bastante didática para a compreensão da questão: ‘O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa que se sub-rogue. Os andaimes da construção são temporários. Ficam apenas *até que se acabe* o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que *nada virá a substituí-los*. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, *até melhor habitação*, não é apenas temporária, é provisória também’ (Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação*, p. 10)” (MARINONI, 2008, p. 31). No mesmo sentido, Araken de Assis: “Admissível antes mesmo da violação do direito, a tutela cautelar autônoma, no alvitre que, progressivamente, se converteu em dominante, é ‘provisória’ (*rectius*: temporária) em duplo sentido: ela durará enquanto persistir a situação de perigo que desencadeia, e seu resultado jamais se tornará indiscutível [...]” (ASSIS, Araken. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 100, p. 33-60, out.-dez. 2000).

¹⁷¹ Valem aqui as referências às críticas à ideia de instrumentalidade e de salvaguarda do resultado útil do processo, constante de notas anteriores.

¹⁷² Ressalva precisa ser feita quanto à referibilidade. Marinoni e Ovídio Silva entendem ser a referibilidade característica apenas da tutela cautelar: “A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa” (MARINONI, 2011, p. 111). Em sentido diametralmente oposto, Bedaque entende ser a referibilidade característica tanto da tutela antecipada como da cautelar. Confirma-se: “Para que a eficácia se torne definitiva faz-se necessário o reconhecimento do respectivo direito, o que somente ocorrerá com a tutela final. Aí, sim, declarado definitivamente o direito a que os efeitos concedidos antecipadamente se referem (referibilidade), estes assumem também o caráter definitivo. [...] A referibilidade está tão presente aqui quanto nas chamadas cautelares conservativas. Tanto a cautelar de arresto se refere a suposto direito de crédito quanto os alimentos provisionais têm como referência eventual direito a alimentos” (BEDAQUE, 2009, p. 217).

medidas antecipatórias em processo cautelar – no já mencionado uso anômalo.¹⁷³ Marinoni afirma tratar-se de fenômeno compreensível ante a crise da justiça:

A neutralidade do procedimento ordinário e a completa insensibilidade para a necessidade de instrumentos de tutela adequados às novas necessidades de uma sociedade em constante evolução também são responsáveis pela chamada crise da justiça civil. A lentidão da justiça, a gerar graves injustiças concretas, transformou a tutela cautelar em técnica de sumarização, ou, em outros termos, em verdadeiro remédio contra a solene falta de efetividade do procedimento ordinário. Referindo-se à expansão da tutela cautelar, Tarzia alertou para o fato de que a doutrina colocou-se de frente ao “fenomeno piu impressionante di evoluzione e trasformazione di uno strumento processuale”, **o que demonstra que a tutela cautelar, pela ausência de instrumentos jurisdicionais adequados, foi ocupar um espaço necessário e fundamental para a prestação da tutela jurisdicional efetiva.**

Na verdade, o art. 798 do nosso Código foi, por muito tempo, o responsável pela prestação da tutela sumária satisfativa. **Mas não pensem os espíritos menos avisados que a prestação da tutela sumária satisfativa sob o manto protetor da tutela cautelar constituiu um abuso, pois, não fosse tal norma, em muitos casos concretos o princípio chiovendiano de que a “durara del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione” não teria sido observado.**¹⁷⁴

Ademais, havia antes da reforma medidas antecipatórias previstas para circunstâncias específicas. Citem-se a liminar em ação possessória (CPC/73, art. 928), os alimentos provisórios (Lei nº 5.478/1968, art. 4º), liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/1951, art. 7º, II), liminar em ação de despejo (Lei nº 8.245/1991, art. 59, § 1º), liminar em embargos de terceiro (CPC/73, art. 1.051) e liminar na ação de nunciação de obra nova (CPC/73, art. 937).

2.2.3. A tutela antecipada e a reforma processual de 1994

Em 1994, por ocasião da publicação da Lei nº 9.852, nova redação foi dada ao art. 273¹⁷⁵ do Código de Processo então em vigor, pondo fim a discussões doutrinárias relativas à

¹⁷³ “Reclamavam-se, contudo, diante das modernas concepções de instrumentalidade e efetividade do processo, medidas que representassem atenção maior e tutela mais pronta e imediata do direito subjetivo sob risco de frustração, pela demora da tutela jurisdicional. Assim, aos poucos a jurisprudência foi, lentamente, ampliando o uso do poder geral de cautela para fazer produzir resultados satisfativos, sempre que o direito material em jogo estivesse sob risco de inutilizar-se caso não executado desde logo. Surgiram, não sem grandes contestações, medidas cautelares satisfativas, por criação pretoriana” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 650).

¹⁷⁴ MARINONI, 2011, p. 118-119 (grifo nosso).

¹⁷⁵ O dispositivo, originariamente, tinha a seguinte redação: “O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”. Essa passagem foi transferida para o parágrafo único do art. 272, destinando-se o art. 273 integralmente à antecipação de tutela.

possibilidade de se concederem cautelares satisfativas, uma vez que a medida tendente a satisfazer provisoriamente estava agora consagrada em lei.

Merece atenção o requisito negativo da irreversibilidade da medida. O § 2º do art. 273 dispunha sobre a impossibilidade de concessão da tutela antecipada quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. A disposição é reproduzida no § 3º do art. 300 do CPC/15. Cuidando-se de medida provisória, fundada na aparência do direito, requer o legislador que, diante da cognição exauriente, seja possível retornar ao *statu quo ante*. Duas observações pertinentes são feitas por Carneiro: (1) não se trata propriamente da irreversibilidade do provimento, que pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo (art. 273, § 4º, do CPC/73 e 296 do CPC/15), mas dos efeitos do provimento, e (2) o requisito negativo é eminentemente relativo, não podendo ser aplicado sempre e indiscriminadamente.¹⁷⁶

Imprescindível que se tempere a regra em determinadas circunstâncias. Menciona o mesmo autor que não poderia o juiz negar a antecipação se o direito afirmado correr o risco de perecer. Exemplifica a hipótese com os pedidos de saque de cruzados bloqueados por ocasião do Plano Collor, quando o autor o requeria para a realização de procedimento cirúrgico urgente ou pedidos para a autorização de transfusão de sangue de menor (quando recusada pelos responsáveis a sua realização, apontando-se motivos religiosos). Embora irreversíveis os efeitos, a não concessão da medida pode ensejar a perda do direito. Lembra, ademais, da possibilidade de se verificar *irreversibilidade recíproca*, ou seja, quando concedida (e efetivada) a antecipação cria-se situação

¹⁷⁶ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 81-84.

irreversível em favor do autor, denegada a irreversibilidade beneficia o réu.¹⁷⁷ No mesmo sentido, Bedaque¹⁷⁸ e Marinoni¹⁷⁹.

O indeferimento de tutelas antecipadas não equivale à ausência de prejuízo. Conforme consignou-se linhas acima, o retardo da eliminação da crise de certeza ou de adimplemento pode ser fonte de danos tanto para o autor como para o réu. Segundo Ovídio da Silva, o juiz sob o paradigma racionalista do processo imaginava que a ausência de previsão legal para a tutela de direitos de forma antecipada permitir-lhe-ia ser irresponsável, no sentido de imputar ao requerente da medida o ônus de suportar a demora do processo – a injustiça, nesse caso, teria sido perpetrada pelo legislador.¹⁸⁰ Pondera Marinoni que “não pode haver efetividade, em muitas hipóteses, sem riscos”, de modo que não só a ação como também a omissão do magistrado pode causar prejuízo.¹⁸¹

Inicialmente, houve alguma resistência quanto à antecipação de provimentos constitutivos ou declaratórios, ao argumento de que não se poderia antecipar uma situação de fato ou uma declaração. Inviável seria declarar a nulidade de determinado ato jurídico e, posteriormente, declará-lo válido. Contudo, tal questão foi esclarecida com a prevalência da doutrina segundo a qual o que se antecipam são os efeitos da tutela final, e não a tutela em si. Por esta razão, a sustação de protesto, por exemplo, não constituiria medida cautelar (por ser distinta de sua anulação, pedida

¹⁷⁷ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 86-87. Cita o autor caso de duas associações automobilísticas que pretendem realizar competição em um mesmo autódromo e na mesma data: se à requerente da antecipação for concedida a tutela, haverá situação de irreversibilidade danosa à outra no plano dos fatos; contudo, sendo indeferida a medida antecipatória, a irreversibilidade se operará em prejuízo da primeira.

¹⁷⁸ “Por isso a reversibilidade, como requisito da cautelar, não pode ser levada às últimas consequências. Por isso, a reversibilidade, como requisito da cautelar, não pode ser levada às últimas consequências. Impossível ignorar situações em que, não obstante irreversíveis os efeitos, a antecipação é providência adequada, toda vez que os valores a serem preservados com sua adoção sejam superiores àqueles inerentes aos interesses da parte oposta. Nesses casos, o problema se resolve à luz do valor mais relevante e da probabilidade do direito acautelando” (BEDAQUE, 2009, p. 275).

¹⁷⁹ “É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. [...] o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior (MARINONI, 2011, p. 200, grifos no original).

¹⁸⁰ Em suas palavras: “No direito processual, esta ‘naturalização’ da realidade tem uma extraordinária significação. Diríamos que ela é um dos pilares do sistema. É através dela que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo, modifique o *status quo*, imaginará que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *status quo* é o modo de não ser ideológico. O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma ‘liminar’ idêntica ao demandado, apenas com o sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do *status quo* a custo zero [...]” (SILVA, *op. cit.*, p. 16).

¹⁸¹ MARINONI, 2011, p. 23.

em caráter principal), mas antecipatória, por produzir os efeitos da declaração de inexistência da obrigação.¹⁸²

A nova redação do dispositivo, ao tempo em que resolveu essa contenda doutrinária – a respeito da autorização do ordenamento jurídico para a concessão de antecipações em circunstâncias a serem aferidas pelo magistrado (não seria mais preciso recorrer às controversas cautelares antecipatórias –, terminou por gerar alguns outros problemas. Confira-se o que dispunha o artigo¹⁸³:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. [...]

Embora não tenha sido objeto de relevante celeuma, causou certo espanto o uso do termo *prova inequívoca* pelo legislador. Afinal, prova conducente a alto grau de certeza quanto ao direito autorizaria o julgamento antecipado do mérito e não mera antecipação (CPC/73, art. 330). Aliás, como bem acentua Athos Gusmão Carneiro, a rigor, nenhuma prova será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável – até mesmo a escritura pública é passível de impugnação em ação anulatória.¹⁸⁴

Assim, a expressão prova inequívoca, malgrado não pudesse ser interpretada literalmente, significava ao menos um alto grau de convencimento, que fosse hábil a afastar qualquer dúvida razoável.¹⁸⁵ Os problemas que daí advieram consistiram basicamente na distinção entre prova

¹⁸² Nesse sentido, confira-se o que escreveu Bedaque: "Não se antecipa em sede cautelar o efeito declaratório da sentença, mas eventuais efeitos práticos inerentes à declaração da existência ou inexistência do direito. A sustação de protesto constitui típico exemplo dessa antecipação, pois impede-se provisoriamente a prática de um ato fundado em título cambial enquanto não se concluir pela efetiva existência da relação cambiária" (BEDAQUE, 2009, p. 203) e "Aliás, algumas vezes são antecipados efeitos mediatos da tutela principal, como, por exemplo, a sustação do protesto antes do reconhecimento da nulidade do título. Evidentemente que se compreende na eficácia natural desse provimento declaratório o cancelamento do protesto, ainda que se possa entender essa consequência como efeito indireto ou mediato. Somente pode ser encaminhado a protesto título existente. Declarada sua invalidade, evidentemente não pode prevalecer medida destinada a comprovar impontualidade no cumprimento da obrigação" (*ibidem*, p. 389).

¹⁸³ A reprodução é parcial. Aos parágrafos omissos faz-se remissão à medida em que sejam analisados.

¹⁸⁴ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁵ CARNEIRO, *op. cit.*, p. 23.

inequívoca da verossimilhança constante do dispositivo em apreço e o *fumus boni juris* necessário para a concessão da medida cautelar. Cumpre transcrever, a respeito, lições de Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, colacionadas por Carneiro:

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, a aparente contradição entre as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, conjugadas no art. 273, resolvem-se pela adoção de um juízo de *probabilidade*, menos do que certeza, mais do que um de simples credibilidade: “a exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a *verossimilhança* exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a cautela tutelar (*A Reforma do CPC*, 4ª ed., Ed. Malheiros, nº 106, p. 145). Segundo Calmon de Passos, “prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado” (*in Reforma do CPC, cit.*, p. 195).

A necessidade de resguardar os *possíveis direitos do réu* foi bem acentuada por Kazuo Watanabe, ao ensinar que um ponto precisaria ficar sublinhado:

“... *prova inequívoca não é a mesma coisa que ‘fumus boni juris’ do processo cautelar*. O juízo de verossimilhança, ou de *probabilidade*, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso ao mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, em prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de mera silhueta ou contorno sombreado de um direito. Está, nesse requisito uma *medida de salvaguarda*, que se contrapõe à aplicação da tutela antecipatória para todo e qualquer processo de conhecimento” (*in Reforma do CPC, cit.*, pp. 33-34).¹⁸⁶

Apesar de restar tecnicamente delineada a tutela antecipada no ordenamento, a utilização da chamada *cautelar antecipatória* anteriormente à inovação legislativa (1994) gerou considerável confusão prática. Afinal, determinados pedidos que sempre haviam sido concedidos pela via cautelar deveriam agora observar o procedimento estabelecido no art. 273.

Vislumbravam-se duas ordens de problema no que concerne ao pedido de urgência. O primeiro diz respeito à verossimilhança necessária para a concessão de medida cautelar e de medida antecipatória. Diante das lições doutrinárias supramencionadas, concluía-se que a concessão da tutela antecipada deveria ser acompanhada de elementos mais robustos que pudessem formar a convicção do magistrado em grau mais elevado que aquele de que se deveria desincumbir aquele que requeresse medida cautelar.

O segundo problema considerado era de ordem procedimental. A medida cautelar podia ser concedida tanto em processo cautelar (chamado de preparatório) como ser requerida

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 23-24.

incidentemente no processo principal (CPC/73, art. 800). De outra parte, o procedimento previsto para a tutela antecipada não previa sua concessão por meio de ação preparatória.

Assim, o pedido de tutela antecipada realizado por meio do processo cautelar encontrou resistência. Se antes tal possibilidade era admitida por parte da doutrina e pelos tribunais (havia quem falasse em cautelares satisfativas, como visto), após a nova redação do art. 273, não havia mais razão para utilizar tal artifício interpretativo. Havia agora procedimento específico para que a antecipação de tutela em razão de urgência fosse atendida, não mais se podendo conferi-la por meio do processo cautelar, que aliás exigiria verossimilhança em menor grau do que o necessário para se obter antecipação.

A confusão era então natural, não se podendo atribuí-la necessariamente ao intérprete – notadamente os causídicos responsáveis por elaborar tais pedidos. Observa-se que o próprio legislador, não raras vezes, usa uma expressão em vez da outra. É o que se observa, por exemplo na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que cuida do processo da ação direta e inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade perante o STF, cujo art. 10 dispõe que “a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal”.

A incorreção da lei não passou incólume entre processualistas. Nesse sentido, Teori Zavaski, afirma ter a medida caráter antecipatório, uma vez que seus efeitos coincidem com os que podem decorrer da futura e eventual procedência da ação.¹⁸⁷

O mesmo se diga a respeito dos chamados *alimentos provisionais*, previstos na Seção VII, constante do Capítulo II (dos procedimentos cautelares específicos) do Livro III do CPC/73.

¹⁸⁷ Segundo ele, “[h]á, como se percebe íntima relação de pertinência entre o conteúdo da medida liminar e o da futura sentença final. Os efeitos daquela – que resultam, conforme se tratar de ação direta ou de ação declaratória, em **suspensão** ou em **imposição** da eficácia do preceito normativo objeto da demanda – coincidem com os que decorrerão da futura e eventual procedência da ação. Trata-se, destarte, de provimento de natureza antecipatória. Acentuou-se na jurisprudência do Supremo que, na ação direta, a ‘concessão da medida cautelar importa um adiantamento provisório da prestação jurisdicional definitiva, cujos limites são os desta’; ela ‘antecipa os efeitos da futura declaração de inconstitucionalidade aparente ao primeiro exame’” (ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 78).

Malgrado o reconhecimento da antecipação de tutela de forma genérica na reforma de 1994, o procedimento de natureza evidentemente antecipatória continuava tratado como se cautelar fosse.¹⁸⁸

Em virtude de compreensíveis equívocos, foi inserida regra atinente à fungibilidade entre as medidas no texto legal, por ocasião da promulgação da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, que, entre outras coisas,¹⁸⁹ acrescentou o § 7º ao art. 273, que dispunha: “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”.

A consagração legislativa da fungibilidade espancou quaisquer dúvidas acerca da viabilidade da concessão de medida cautelar quando requerida antecipatória, malgrado a existência de alguns elementos distintivos entre ambas.

Contudo, se bem observada a redação, a fungibilidade foi autorizada em caráter unidirecional, ou seja, nada mencionou acerca da possibilidade de concessão de medida antecipatória em vez de medida cautelar. Talvez em razão da suposta verossimilhança mais provável necessária na primeira modalidade. Assim, a despeito de importante passo legislativo ter

¹⁸⁸ A natureza antecipatória dos alimentos provisionais é admitida pela doutrina majoritária: “Apesar da colocação dos alimentos provisionais no rol dos processos cautelares típicos, concordo com a parcela majoritária da doutrina que entende **não ser cautelar** a natureza dos alimentos provisionais. É até possível manter a estrutura procedimental cautelar, até mesmo no tocante à necessidade de comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, mas é inegável a natureza de satisfação fática do direito, com a antecipação dos efeitos práticos do futuro e definitivo reconhecimento do direito a alimentos e a consequente condenação a sua prestação” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1294).

¹⁸⁹ A lei deu nova redação ao § 3º do art. 273, para determinar serem aplicáveis à efetivação da tutela antecipada o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 461 e no art. 461-A. Quando, em virtude da concessão da tutela antecipada o réu tiver de fazer ou deixar de fazer algo, pode-se o juiz valer-se da imposição de multa ou determinar outras medidas necessárias, como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva. Nesse sentido, Marinoni afirma não ser necessário valer-se do expediente quando se pedir a antecipação de provimento final em que se pretende obter um fazer ou não fazer do réu (pois se a procedência do pedido principal o autoriza, também o autorizaria a concessão da medida antecipatória), mas é de grande relevância quando a antecipação for requerida em tutela final pretendida tenha natureza declaratória ou constitutiva. Confira-se: “O art. 461 permite ao juiz, no caso em que se pretende obter um fazer ou um não fazer, ordenar sob pena de multa (§ 4º) ou determinar outra medida necessária, nos moldes daquelas exemplificativamente previstas no seu § 5º. Como os §§ 4º e 5º do art. 461 são plenamente aplicáveis à efetivação da tutela antecipatória do art. 273, tais ‘meios de execução’ podem ser utilizados nos casos em que se objetiva, por intermédio da tutela antecipatória, obter um fazer ou um não fazer nas ações declaratórias e constitutivas” (MARINONI, 2011, p. 210).

sido levado a efeito em 2002, este ponto permaneceu em uma penumbra interpretativa: não vedado, mas não disciplinado. Carneiro colaciona o posicionamento de Arruda Alvim e William Santos Teixeira em sentido contrário à fungibilidade no sentido inverso ao expressamente autorizado em lei:

Conforme Arruda Alvim, cuida-se de uma *fungibilidade em uma só direção*, e isto porque os requisitos para a AT, ainda que em substância possam ser coincidentes, expressam exigência em maior em confronto com os da medida cautelar; ou seja, pedindo-se *o mais* o juiz poderá vir a conceder *o menos*, mas não inversamente. Admite exceção “em casos absolutamente extremos, em que poderia haver irremessivelmente perda do direito” (art. em *INCLJUR*, nº 55-fev. 2004). Assim também William Santos Ferreira, pela não-conversibilidade da cautelar em antecipatória, salvo “se a urgência for agônica” (*Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil*, Forense, 2003, p. 213).¹⁹⁰

Em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco e Eduardo Talamini, para quem, preenchidos os requisitos da tutela antecipada, poderia o juiz concedê-la ainda que houvesse sido requerida como medida cautelar, não havendo que se falar em fungibilidade de sentido único.¹⁹¹

Advertia Carneiro que, solicitada a medida satisfativa em caráter preparatório, não haveria outra opção ao advogado que requerê-la no processo cautelar inominado, ante a ausência de previsão legal de antecipação de tutela antes do ajuizamento da demanda.¹⁹²

Observa-se, assim, um caminho de idas e vindas no que concerne à tutela antecipada no direito brasileiro. Inicialmente ligada à tutela cautelar, chegando-se a falar em *cautelares satisfativas* e, posteriormente, com autonomia procedimental e de requisitos para sua concessão. Inicialmente, parece assistir razão a quem, como Bedaque, defendia que diante do mesmo objetivo funcional – de socorrer o jurisdicionado em caso de urgência – ambas seriam espécie de um mesmo gênero (que Bedaque define como *cautelares lato sensu* ou tutelas de urgência).¹⁹³

A autonomia procedimental da tutela antecipada, levada a efeito por razões de ordem técnica, gerou celeuma interpretativa, culminando, não raras vezes na negativa de concessão da medida pleiteada em razão do equívoco da forma escolhida. Essa maneira de ver o processo, há muito abandonada, não pode ser repetida. Não convém que, no processo de resultados, em que se

¹⁹⁰ CARNEIRO, 2003, p. 42.

¹⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹² *Ibidem*, p. 42-43.

¹⁹³ BEDAQUE, 2009, p. 185. Defendendo o agrupamento sob o gênero tutelas de urgência, ASSIS (2000, p. 6).

valoriza a efetividade da tutela sobre a técnica, que o processo se sobreponha ao direito substancial, prejudicando àquele que deveria proteger.

Atento a essa realidade e com a finalidade de evitar a reprodução de polêmicas desse jaez, o novo Código de Processo Civil unificou os requisitos para a obtenção de ambas as tutelas, criando capítulo destinado às disposições gerais. A análise das inovações no novo diploma legal será realizada no capítulo seguinte.

Verifica-se, portanto, a preocupação tanto do legislador quanto da doutrina e da jurisprudência em, superando rigores conceituais, pautar-se por medidas que garantam a efetividade dos direitos, evitando que prejuízos sejam gerados por razões estritamente processuais – entre eles, o tempo para a tomada de decisão.

Os tribunais, por já permitirem a concessão de cautelares antecipatórias antes mesmo da alteração do art. 273 o demonstram. No Poder Legislativo, tal providência se vislumbra com as reformas promovidas na década de 1990 e nos anos 2000, destacando-se as relativas à fungibilidade entre as medidas de urgência e acerca de sua efetivação (art. 273, § 3º). Em sede doutrinária, cita-se, por exemplo, o mencionado entendimento acerca da relatividade do requisito da irreversibilidade e do duplo sentido vetorial da fungibilidade.

CAPÍTULO III – TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE NO NOVO CPC

3.1. A unificação de requisitos das tutelas de urgência

3.1.1. CPC/73 e o caminho aberto pela jurisprudência

As dificuldades iniciais causadas pela distinção entre tutelas antecipada e cautelar, conforme esmiuçado no capítulo anterior, foram parcialmente superadas por ocasião das reformas processuais de 1994 e de 2002. Contudo, como visto, remanesceram algumas questões relativas à utilização prática de cada uma dessas modalidades de tutela de urgência.

Em primeiro lugar, os requisitos permaneceram distintos. Enquanto para a concessão da tutela cautelar bastava a fumaça do bom direito, para o deferimento de medida antecipatória exigia o CPC/73 prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que representaria, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, uma probabilidade mais intensa.

Em segundo lugar, a fungibilidade prevista pelo § 7º do art. 273, se interpretado estritamente, conduziria à conclusão de que a concessão de uma medida quando outra teria sentido unidirecional, não se admitindo a concessão da tutela antecipada quando requerida a cautelar, especialmente diante do maior rigor probatório exigido por aquela.¹⁹⁴

Por fim, a diferença procedimental resultante do fato de que não havia, para a tutela antecipada, a previsão de procedimento equivalente à cautelar preparatória, deu azo à interpretação pela impossibilidade de se conceder a tutela antecipada em sede de processo cautelar preparatório, exceto em situações excepcionalíssimas.

Malgrado a redação do dispositivo legal, não foi adotada a interpretação literal (e restritiva) pelos tribunais. O Superior Tribunal de Justiça vinha reconhecendo a possibilidade de se conceder

¹⁹⁴ A opinião divergente de Dinamarco foi consignada no capítulo antecedente.

medida antecipatória, ainda que requerida em ação cautelar, desde que presentes os requisitos para a sua concessão.

Foi o que ficou consignado, por exemplo, no julgamento do REsp nº 889.886/RJ¹⁹⁵. No caso, militar reformado ajuizou ação cautelar inominada com pedido de liminar, em que pleiteava o recebimento de proventos com base no soldo do posto superior ao que tinha, bem como a concessão de adicional de invalidez, por ser portador de moléstia grave. Entre outras coisas, a União alegava a violação ao art. 1º da Lei nº 9.494/97¹⁹⁶ e a impossibilidade de concessão de medida antecipatória em ação cautelar, em razão da impropriedade do meio.

A Corte Superior, reforçando o entendimento de que era possível a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias, asseverou ser possível a aplicação do princípio mesmo diante da ausência de previsão legal de antecipação de tutela em processo preparatório. O mesmo entendimento foi proclamado pela Terceira Turma, órgão integrante da Segunda Seção do Tribunal, no julgamento do REsp nº 653.381/RJ¹⁹⁷.

Pode-se dizer, portanto, que o caminho para a unificação de requisitos – que veio a ser consagrada no CPC/15 – e de procedimentos já havia sido (parcialmente) aberto pela jurisprudência dos tribunais, merecendo destaque o expresso posicionamento do STJ em favor do chamado duplo sentido vetorial da fungibilidade.

Contudo, o fato de já haver se manifestado o Superior Tribunal de Justiça não afastou por completo decisões que, em desconsideração ao novo paradigma da efetividade do processo, passassem a técnica à frente da necessidade de atendimento ao direito material. Interessante

¹⁹⁵ Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/8/2007, DJ de 17/8/2007.

¹⁹⁶ "Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.201, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992".

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Emanta: "Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido" (Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 21/2/2006, DJ de 20/3/2006).

acórdão¹⁹⁸ do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) permite apontar a importância de a legislação processual apresentar procedimento adequado à tutela de direitos. Em ação monitória, o réu apresentou reconvenção, na qual pediu a concessão liminar da sustação dos efeitos do protesto de duplicata mercantil. O juiz de primeiro grau a indeferiu sob o argumento de que a sustação de protesto teria procedimento próprio – a ação cautelar inominada. A decisão foi anulada pelo Tribunal.

Caso semelhante foi apreciado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Requerida a sustação de protesto como antecipação dos efeitos da tutela, o juiz *a quo* entendeu pela impossibilidade de sua concessão por cuidar-se de medida cautelar, que deveria ser requerida em processo autônomo. Ante o princípio da fungibilidade – consagrado desde 2002 – a Quarta Turma Cível deu provimento ao agravo, reformando a decisão de piso.¹⁹⁹

Observa-se que, no caso mencionado, nem mesmo o disposto no § 7º do art. 273 foi suficiente para animar o magistrado a analisar o mérito do pedido de liminar, apesar de, como visto, a sustação de protesto ser um dos casos em que se controverte a doutrina em definir a natureza antecipatória ou cautelar.

¹⁹⁸ RECONVENÇÃO. Pedido cautelar incidental. Sustação dos efeitos do protesto. Possibilidade. Inteligência do art. 273, § 7º, do CPC. Fungibilidade das tutelas de urgência. Desnecessidade de ajuizamento de ação cautelar incidental autônoma. Determinação de reapreciação do pedido liminar pelo juízo a quo. Recurso parcialmente provido, com determinação. (Relator: Tasso Duarte de Melo; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/04/2016; Data de registro: 11/04/2016)

¹⁹⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA. ART. 273, §7º, DO CPC. CONVERSÃO EM CAUTELAR INCIDENTAL. RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR.

1. O art. 273, §7º, do CPC, permite que o magistrado converta em pedido de cautelar incidental o requerimento erroneamente formulado pelo autor como antecipação de tutela, e o defira, independentemente da propositura de ação cautelar autônoma. Dessa forma, embora o agravante tenha pedido incorretamente a antecipação de tutela para que se sustasse o protesto da duplicata, caberia ao magistrado admitir a postulação como pedido de cautelar incidental, ao invés de indeferi-la sob o argumento de que a via eleita era inadequada. 2. Presentes o periculum in mora - consubstanciado no risco de dano à honra objetiva do agravante - e a relevância da fundamentação - evidenciada pela fundada controvérsia acerca da existência da dívida objeto da duplicata levada a protesto -, cabível a sustação cautelar do protesto. 3. Agravo provido. (Acórdão n.603575, 20120020084495AGI, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/06/2012, Publicado no DJE: 23/07/2012. Pág.: 125)

Confira-se, ainda, o seguinte acórdão do TJSP, julgado em março de 2016, a respeito da sustação de protesto de Certidão de Dívida Ativa:

Assim, a suspensão cautelar do protesto requerida só poderia ser concedida, a título de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, conforme o artigo 273, § 7º, do CPC, no bojo da ação principal.

A via eleita se mostra mesmo inadequada, eis que a ação cautelar inominada preparatória para sustação de protesto, não possui, de fato, caráter preparatório no sentido de se buscar a preservação, ou evitar o perecimento de direito ou objeto de uma futura ação principal de cunho declaratório ou anulatório de débito, mas, sim, justamente obter imediatamente a sustação de protesto a ser buscada na ação principal.

Outrossim, como bem ressaltado na r. sentença, o autor não procedeu ao aditamento da petição inicial, optando pelo prosseguimento da cautelar inominada, ainda que tenha constado da decisão de fls. 72 que a via eleita era inadequada para a obtenção da prestação jurisdicional requerida na inicial.²⁰⁰

Outro interessante caso pode ser colhido na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Acre. O Estado do Acre havia ajuizado ação cautelar preparatória em face da Confederação Brasileira de Futebol – CBF para obrigar a instituição liberar o Estádio Arena da Floresta para sediar os jogos cujo mando de campo fosse de equipes acrianas. O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, autorizando a realização de jogos. O Ministério Público apelou e a Primeira Câmara Cível da Corte deu provimento à apelação ao argumento de que, em regra, não é possível a concessão de medida antecipatória dos efeitos da tutela em sede cautelar e que, no caso, para que isso fosse possível, o juiz de primeiro grau deveria ter determinado a emenda da petição inicial, para que dela constasse o pedido principal. Confirmam-se os seguintes trechos da decisão, elucidativos do entendimento do órgão fracionário do Tribunal:

Nesse diapasão, esta Relatora entende que a ação que deu início ao presente processo carece de condição da ação, notadamente o interesse de agir adequação, pois que um processo cautelar não pode ser instrumento para o deferimento para uma antecipação dos efeitos de uma tutela de mérito satisfativa genérica.

Ainda, esta Relatora rechaça a aplicação do princípio da fungibilidade processual, uma vez que é bastante controvertida a aplicação do § 7º do artigo 273 do CPC ao presente processo **no estágio em que se encontra.**

[...]

Controverte a doutrina que a aplicação do § 7º do artigo 273 é uma via de mão dupla, ou seja, quando o autor ajuizar ação cautelar requerendo, substancialmente, a antecipação dos efeitos de uma tutela satisfativa genérica.

²⁰⁰ AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. Pretensão à sustação de protesto de CDA pela Fazenda Pública. Inadequação da via eleita. Ocorrência. Ausência de caráter preparatório. Sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, IV, do CPC. Manutenção. Recurso não provido (Relator: Paulo Galizia; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/03/2016; Data de registro: 09/03/2016).

Isso porque os requisitos para a concessão da liminar em processo cautelar são diferentes dos requisitos para a antecipação dos efeitos da tutela. **Além de que os prazos para o exercício do contraditório também são diferentes.**

Dessa forma, em respeito à técnica processual e a praticidade para lidar com a questão, esta Relatora entende que seria o caso de extinguir sem mérito o presente processo “cautelar”, deixando somente o processo principal tramitando, onde a parte poderia requerer a antecipação dos efeitos da tutela satisfativa pretendida [...].²⁰¹

Nota-se, portanto, que, malgrado a promulgação da Lei nº 10.444/2002, que autorizou a fungibilidade entre as tutelas, e a jurisprudência do STJ, a diversidade de procedimentos causava problemas práticos que culminaram na extinção de processos por inadequação da via eleita e não pela ausência de requisitos para a concessão da tutela de urgência (mesmo em data recente, conforme se verifica na data de julgamento dos acórdãos colacionados).

3.1.2. A disciplina da matéria no CPC/15

O novo Código de Processo Civil – instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – reservou o Livro V de sua Parte Geral para a disciplina das tutelas provisórias. Entre elas, incluem-se as tutelas de urgência e a tutela da evidência, nos Títulos II e III, respectivamente. A organização das tutelas provisórias no novo diploma legal apresenta vantagens quanto à sistematização.

O Capítulo I do Título II cuida das disposições gerais relativas à tutela de urgência, cautelar ou satisfativa. O art. 300 preceitua que a tutela de urgência será concedida “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. O procedimento requerido em caráter antecedente à demanda reproduz a redação, tanto quando cuida da tutela antecipada (art. 303) quanto ao tratar da tutela cautelar (art. 305).

²⁰¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE ADEQUAÇÃO. PROCESSO CAUTELAR PARA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE TUTELA DE MÉRITO SATISFATIVA GENÉRICA. VIA ELEITA IMPRÓPRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. À ausência de previsão legal, descabe o ajuizamento de ação cautelar absolutamente satisfativa com o escopo de obter uma antecipação dos efeitos e tutela de mérito satisfativa genérica. 2. Extinção do processo sem resolução de mérito. (Primeira Câmara Cível. Rel. Desª. Cezarinete Angelim; Comarca: Rio Branco; Data do julgamento: 02/12/2014; Data de registro: 06/12/2014)

A unificação dos requisitos põe fim à discussão acerca do grau de probabilidade necessário para a concessão de uma ou outra medida, além de resolver a questão atinente à possibilidade de antecipação de tutela quando requerida medida de natureza cautelar, hipótese não expressamente prevista no § 7º do art. 273 do CPC/73.

Ademais, a previsão de medida cautelar incidental no processo (CPC/15, art. 294) elimina os problemas decorrentes do ajuizamento de ação própria, que muitos entendiam impossibilitar a viabilidade da aplicação do princípio da fungibilidade. Dessa maneira, iniciado o processo e sendo a medida cautelar requerida nos autos, o fato de se tratar de medida satisfativa não encontra nenhum óbice de natureza procedimental.

Consoante já dispunha o Código revogado (arts. 273, § 3º, e 798), o juiz pode determinar as medidas que reputar pertinentes para a efetivação da tutela provisória, como a imposição de multa, a busca e a apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras etc. (CPC/15, art. 297, parágrafo único, c/c art. 536, *caput* e § 1º).

O novo Código não cria procedimentos especiais de arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer das demais previstas no diploma processual anterior, devendo valer-se o autor do procedimento genérico previsto para ambas as tutelas de urgência.

Não foi o fim da tutela antecedente (antes chamada de preparatória). Consoante se mencionou, remanesce a possibilidade de se pleitear medida cautelar – e agora também antecipatória – antes da apresentação da demanda principal. Contudo, o procedimento unificado observado para a medida requerida em caráter incidental não foi reproduzido nesta oportunidade. Criaram-se procedimentos distintos conforme o autor pretenda obter a tutela antecipada ou a cautelar.

3.2. Tutela em caráter antecedente

3.2.1. *Propostas legislativas anteriores à vigência do novo Código*

A chamada tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no Capítulo II do Título II, constitui uma das grandes novidades do CPC/15. O novo diploma processual permite que se demande apenas a tutela antecipada sem a necessidade de, desde logo, apresentar a demanda principal.

A ideia de se requerer a tutela antecipada em processo antecedente à demanda principal não surgiu com o anteprojeto do novo Código. Ada Pellegrini Grinover relata que proposta legislativa nesse sentido já havia sido sugerida em 1997 ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, que, no entanto, não a acolheu à época.²⁰² Asseverou a autora nessa oportunidade, na linha do que afirmava Ovídio da Silva acerca da ordinarização do procedimento, que:

Agora é hora de desmistificar, sempre que necessário, os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não podem mais ser considerados como a única técnica processual para a solução jurisdicional das controvérsias.²⁰³

Posteriormente, o Instituto criou grupo de trabalho, integrado por Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni. O grupo apresentou a seguinte proposta:

PROPOSTA PARA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Dê-se ao art. 273 do CPC a seguinte redação:

Art. 273 – (...)

I – (...)

II – (...)

§ 1.º (...)

§ 2.º (...)

§ 3.º (...)

²⁰² Expõe a autora: “Ainda em 1997, tivemos a oportunidade de apresentar uma proposta legislativa ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, visando à estabilização da tutela antecipada e à execução provisória. No entanto, à época o Instituto só levou adiante a proposta no tocante à execução provisória, já transformada em lei pela modificação dos arts. 520 e 588 do CPC. Em relação à estabilização da antecipação da tutela, preferiu-se deixar o assunto para época mais oportuna” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A antecipação da tutela e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 230).

²⁰³ GRINOVER, 2005, p. 230. Não é sem surpresa que se recebe o comentário da processualista, uma vez que ao mesmo tempo que afirma a necessidade de se superarem as tradicionais soluções do procedimento ordinário, como a coisa julgada, propõe precisamente a sumarização do procedimento com a formação da coisa julgada.

§ 4.º “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (arts. 273-B e 273-C)”.

§ 5.º “Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torna-la ineficaz”.

Art. 273-A. “A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art. 273-B. “Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título Único, Capítulo I, deste Código”.

§ 1.º “Preclusa a decisão que deferiu a tutela antecipada, é facultado a qualquer das partes propor ação de conhecimento, no prazo de 60 (sessenta) dias”.

§ 2.º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-C. “Preclusa a decisão que deferiu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado a qualquer das partes requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir do trânsito em julgado, objetivando o julgamento de mérito”.

Parágrafo único. “Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-D. “Proposta a ação de conhecimento, ou retomado seu curso, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, não determina a ineficácia da medida antecipatória”.²⁰⁴

A proposta foi justificada pelos autores ao argumento de que se deve deixar às próprias partes a decisão acerca da conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com a cognição plena e exauriente do juiz. Defendiam serem os provimentos antecipatórios substancialmente monitorios. Ponderaram que a instauração ou o prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandante e do demandado, sendo a conduta omissiva indício suficiente de que não há necessidade de pronunciamento de mérito. Apontaram que a proposta se afasta de soluções semelhantes adotadas por ordenamentos estrangeiros, como o belga, o francês e o italiano, onde o provimento antecipatório não se reveste da autoridade da coisa julgada.²⁰⁵

A proposição foi subscrita pelo Senador Antero Paes de Barros e protocolada no Senado Federal em 24/5/2005, havendo sido autuada como Projeto de Lei nº 186, de 2005. Em outubro do mesmo ano, a proposição legislativa foi distribuída à Senadora Ideli Salvatti para emitir relatório na Comissão de Constituição e Justiça. O projeto foi devolvido pela relatora em 21/12/2006 e

²⁰⁴ GRINOVER, 2005, p. 231.

²⁰⁵ Em defesa da proposta, afirmam: “[...] Preferimos a solução da coisa julgada, nos limites da decisão antecipatória, por várias razões: (a) por sua maior estabilidade; (b) porque a eficácia executiva pode ser interpretada como adequada apenas à antecipação dos efeitos da sentença condenatória; e (c) para que se guarde simetria com o já tradicional instituto do julgamento antecipado da lide, cabível em caso de revelia (art. 330, II, CPC)” (GRINOVER, 2005, p. 232).

arquivado em 7/3/2007 em razão do fim da 52ª Legislatura. A proposição, portanto, sequer chegou a ser apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Como o autor do projeto não permaneceu no exercício do mandato nem foi reeleito, não havia outra alternativa que o arquivamento.²⁰⁶

A proposta inicial do anteprojeto do novo CPC previa a estabilização tanto dos provimentos satisfativos (incluídos aí os resultantes da tutela de evidência) como dos acautelatórios. Eis o teor do PLS nº 166, de 2010:

CAPÍTULO II
DO PROCEDIMENTO
Seção I

Das medidas requeridas em caráter antecedente

Art. 286. A petição inicial da medida requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.

Art. 287. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

§ 2º Conta-se o prazo a partir da juntada dos autos do mandado:

I – de citação devidamente cumprido;

II – de intimação do requerido de haver-se efetivado a medida, quando concedida liminarmente ou após justificação prévia.

Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo juiz requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 1º Contestada a medida no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, caso haja prova a ser nela produzida.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

²⁰⁶ Dispõe o art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal: “**Art. 332.** Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

I - as originárias da Câmara ou por ela revisadas;

II - as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;

III - as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;

IV - as com parecer favorável das comissões;

V - as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);

VI - as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);

VII - pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC nº 35/2001).

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do *caput*, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

§ 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente”.

Art. 289. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento de medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais.

§ 2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Art. 290. As medidas conservam a sua eficácia na pendência do processo em que esteja veiculado o pedido principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, em decisão fundamentada, exceto quando um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva.

§ 1º Salvo decisão judicial em contrário, a medida de urgência conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

§ 2º Nas hipóteses previstas no art. 289, §§ 2º e 3º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Art. 291. Cessa a eficácia da medida concedida em caráter antecedente, se:

I – tendo o requerido impugnado a medida liminar, o requerente não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II – não for efetivada dentro de um mês;

III – o juiz julgar improcedente o pedido apresentado pelo requerente ou extinguir o processo em que esse pedido tenha sido veiculado sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da medida, é vedado à parte repetir o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 292. O indeferimento da medida não obsta a que a parte deduza o pedido principal, nem influi no julgamento deste, salvo se o motivo do indeferimento for a declaração de decadência ou de prescrição.

Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes.

Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no *caput*.

Diferentemente do que faz o CPC/15 (como se verá adiante), o PLS nº 166/2010 previa procedimento único para a tutela requerida em caráter antecedente para qualquer das modalidades de tutela provisória.²⁰⁷

²⁰⁷ O Ministro Luiz Fux, ao comentar o anteprojeto, esclarecia o idêntico regime a que estavam sujeitas as tutelas de urgência: “A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do *periculum in mora*, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia à instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, **submete-se ao mesmo regime quando antecedente**” (LUX, Luiz. O novo processo civil. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, n. 4, p. 264-290, out./dez., 2014. p. 283). No mesmo sentido, Teresa Alvim: “Ambas estas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas *antes* ou *no curso* do procedimento em que se pleiteia a providência principal” (WAMBIER *apud* FUX, *op. cit.*, *loc. cit.*).

A inovação foi rechaçada já na versão aprovada pelo Senado Federal em 2010 (e encaminhada à Câmara dos Deputados), cujos arts. 279 e seguintes disciplinavam apenas a medida cautelar requerida em caráter antecedente, mantendo, portanto, a tradição do CPC/73.²⁰⁸ Criou-se a curiosa situação na qual a medida cautelar poderia ser requerida em caráter antecedente e estabilizar-se, embora o provimento acautelatório tenha por finalidade apenas assegurar direito a ser reconhecido em processo de cognição exauriente, ao tempo em que era excluída a tutela antecipada, malgrado seja inegável que, em determinadas circunstâncias, seja conveniente concedê-la. Conforme visto nos itens anteriores deste trabalho, a doutrina e a jurisprudência admitiam o uso do processo cautelar para a obtenção de efeitos antecipatórios em razão da ausência de procedimento específico.

A Câmara dos Deputados, por considerar não haver sentido em se estabilizarem provimentos cautelares, dispôs que a disciplina da estabilização deveria referir-se exclusivamente às medidas antecipatórias, invertendo-se totalmente o entendimento firmado no Senado Federal. A Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o PL nº 8.046/2010²⁰⁹ previa a distinção procedimental entre as tutelas antecipada e cautelar em caráter antecedente, embora se recusasse a aceitar o uso da expressão *em caráter antecedente* para se referir à primeira.²¹⁰ A tutela cautelar, apesar da previsão de que o pedido principal seja aduzido nos mesmos autos do preparatório, manteve a tradição iniciada no CPC/73 segundo a qual a ausência de apresentação de pedido principal no prazo legal implica a cessação da eficácia da medida.

Em suma, a proposição original apresentada no Senado Federal continha procedimento idêntico para as tutelas requeridas em caráter antecedente – fossem elas de urgência (satisfativas ou cautelares) ou de evidência –, permitindo, em qualquer caso a estabilização. A versão aprovada

²⁰⁸ Por equívoco, na redação final da versão encaminhada pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados, o Capítulo II (relativo à medida requerida em caráter antecedente) foi intitulada “Das medidas urgentes requeridas em caráter antecedente”, quando o texto dos artigos cuidava apenas nas medidas cautelares, mas não das satisfativas. A redação final praticamente trocou o termo *medidas* que se referia a qualquer das modalidades de tutela provisória por *medidas cautelares*, mantendo incólume as demais partes do dispositivo.

²⁰⁹ Número que o PLS nº 166/2010 recebeu por ocasião de sua autuação na Câmara dos Deputados.

²¹⁰ No relatório, o Deputado Paulo Teixeira afirma que “[a] rigor, a tutela jurisdicional antecedente – de caráter preparatório – só pode ser a de natureza cautelar. O pedido autônomo de tutela antecipada satisfativa não deve ser chamado de antecedente, pois tem a mesma natureza do pedido de tutela final. Essa a razão da distinção entre os regramentos” (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, p. 49).

pela Câmara Alta, contudo, suprimiu o procedimento antecedente em relação à tutela antecipada (de urgência e de evidência), e, conseqüentemente, a estabilização, mantendo-se a possibilidade apenas para as cautelares. A Câmara dos Deputados, por fim, manteve o procedimento antecedente para as cautelares e criou procedimento antecedente distinto para as tutelas antecipadas de urgência, mantendo a exclusão da tutela de evidência, permitindo a estabilização apenas das tutelas antecipadas de urgência.

3.2.2. *Référé* francês

Havendo o legislador brasileiro encontrado inspiração parcialmente no modelo de *référé* francês (além do *provvedimenti d'urgenza* do direito italiano),²¹¹ convém analisar brevemente o funcionamento do instituto estrangeiro. A característica do *référé* naquele país é justamente o fato de ser um procedimento em contraditório (não diferido ou eventual).²¹² Nesse sentido, confira-se o que afirmam Vuitton e Vuitton, em obra dedicada exclusivamente ao tema:

O procedimento do *référé* é marcado pela necessidade de uma intervenção rápida do juiz e, portanto, por uma flexibilização dos métodos e regras procedimentais tradicionais. Procedimento simples e rápido, se adapta facilmente às exigências, notadamente de urgência, dos autos. Mas o desenvolvimento e o êxito do *référé* só foi possível porque, malgrado as necessidades da urgência, este procedimento apresenta garantias procedimentais suficientes em razão, notadamente, de seu caráter contraditório. Ele preserva os direitos da defesa e os princípios processuais mais fundamentais [...].²¹³ (tradução livre)

²¹¹ Daniel Mitidiero afirma: “A disciplina do direito brasileiro encontra ao que tudo indica inspiração nos procedimentos ‘de référé’ (arts. 485 a 492) e “sur requête” (arts. 493 a 495) do direito francês e nos ‘provvedimenti d’urgenza’ com ‘strumentalità attenuata’ do direito italiano (art. 669-octies, *Codice di Procedura Civile*). Do ‘procédure sur requête’ o direito brasileiro importou a ausência do contraditório (**nem o ‘procédure de référé, nem os ‘provvedimenti d’urgenza’ prescindem do contraditório prévio**). A eficácia que procurou outorgar à decisão estável, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano” (MITIDIERO, *op. cit.*, p. 27).

²¹² Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland asseveram: “645. **Regime ordinário.** O procedimento de *référé* é um procedimento em contraditório, o que o distingue do procedimento *sur requête*. A instância é então introduzida por uma intimação para uma audiência realizada para esse efeito nos dia e hora habituais dos *référés* (art. 485, al. 1^a) [...]” (tradução livre). A versão original dispõe: “645. **Régime ordinaire.** La procédure de référé est une procédure contradictoire, ce que la distingue de la procédure sur requête. L’instance est donc introduire par voie d’assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés (art. 485, al. 1^{er}) (...)” (CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé.** 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013. p. 513).

²¹³ Na versão original: “La procédure du référé est marquée par la nécessité d’une intervention rapide du juge et donc par un assouplissement des méthodes et règles procédurales traditionnelles. Procédure simple et rapide, elle s’adapte facilement aux exigences, notamment d’urgence, de chaque dossier. Mais le développement et le succès du référé n’ont été possibles que parce que, malgré les nécessités de l’urgence, cette procédure présente des garanties procédurales suffisantes, en raison, notamment, de son caractère contradictoire. Elle préserve les droits de la défense et les principes

Aliás, ressalta-se a atribuição do êxito e expansão do procedimento em *référé* na França ao caráter contraditório:

Uma das razões pelas quais a Corte de cassação, que assegura firmemente o respeito ao princípio do contraditório, beneficiou o *juge des référés*, consagrando sua expansão, se funda, sem nenhuma dúvida, no fato de que o procedimento e as decisões observam o contraditório.²¹⁴ (tradução livre)

Com a finalidade de responder às exigências de rapidez procedimental, o *référé* foi instituído pelo procedimento e jurisprudência do Chatelêt de Paris e ratificada por um Editto de 22 de janeiro de 1685. Contudo, sua consagração veio com a disciplina no Código de Processo Civil de 1806, que o estendeu a toda a França.²¹⁵ No vetusto diploma processual, o instituto era reservado ao presidente do tribunal civil, havendo sido generalizado ao longo do século XX.²¹⁶ A disciplina dada pelo *nouveau Code de procédure civile*, de 1975, será vista, em linhas gerais, adiante.

Uma das características marcantes do *référé* é a competência de determinados magistrados para processá-los. A decisão provisória proferida pelo *juge des référés* não afeta o mérito da controvérsia, analisada, em regra, por outro magistrado, com competência para conhecer do processo principal.²¹⁷

Os poderes de que dispõe o *juge des référés* constam dos artigos 808 e 809 do Código de Processo Civil francês.²¹⁸ A medida pode ser concedida em caso de urgência, em não havendo

procéduraux les plus fondamentaux. (...)” (VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale**. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2012. p. 153).

²¹⁴ Na versão original: “L’une des raisons pour lesquelles la Cour de cassation, qui assure fermement le respect du principe du contradictoire, a fait bénéficier le juge des référés de ses faveurs en consacrant son expansion tien sans aucun doute dans le fait que sa procédure et ses décisions sont contradictoires” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 184). A atribuição do êxito do procedimento é repetida em diversos trechos da mesma obra pelos autores (p. 186 e 188).

²¹⁵ VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 1.

²¹⁶ CADIET e JEULAND, *op. cit.* p. 508.

²¹⁷ “[...] Aucun conflit de compétence ne peut ainsi survenir entre le juge des référés, juge provisoire, et le juge du fond” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 9).

²¹⁸ “Article 808. Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Article 809. Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.”

contestação séria ou que justifique a existência de um *différend* (litígio); mesmo na presença de contestação séria, para evitar dano iminente ou para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita; e, não sendo a obrigação contestável, determinar uma provisão ao credor (*référé-provision*) ou a execução de obrigação de fazer (*référé-injonction*). Autoriza-se ao *juge des référés* a prolação de medidas conservativas, preventivas e antecipatórias.²¹⁹

A medida provisória, de caráter executório, deve ser cumprida de imediato (*Code*, art. 484), embora esteja sujeita a recurso. A decisão ali proferida não faz coisa julgada (*Code*, art. 488).²²⁰ Sua modificação, além das vias recursais autorizadas, depende da modificação da situação fática (pela via do *référé*) ou por ocasião do julgamento de mérito pelo *juge du fond*.

Além do procedimento geral, há procedimentos de *référé* para situações específicas, como para a proteção da concorrência ou da vida privada e da intimidade ou mesmo para a produção antecipada de provas em razão do risco de seu perecimento (*référé in futurum*).²²¹

O item que mais interessa a este trabalho diz respeito ao procedimento. A legislação processual francesa tenta conciliar o contraditório *prévio* à necessária celeridade do provimento de urgência, relegando a utilização de decisões *inaudita altera parte* a situações excepcionais (*procédure sur requête*, que com o *référé* não se confunde).²²²

O requerente apresenta petição, que é seguida da intimação do requerido pelo oficial de justiça para o comparecimento em audiência em dia e hora preestabelecidos e indicados no instrumento a ele endereçado. Não há prazo legal estabelecido entre a intimação e a data da audiência, devendo o juiz assegurar que o prazo seja suficiente para que o requerido possa preparar sua defesa (*Code*, art. 486).²²³ Vuitton e Vuitton ressaltam que a ausência de prazo fixo é indispensável ao funcionamento do *référé*. O prazo judicial é impositivo uma vez que o tempo

(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=1AFD439AAAF5F2C81A9811015A75EFCE.tpdlila22v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149697&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20160716)

²¹⁹ VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 6, 13.

²²⁰ “Les principales spécificités propres de l’ordonnance de référé sont son caractère provisoire et son corollaire, l’absence d’autorité de chose jugée au principal, ainsi que son caractère exécutoire par nature” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 209-210).

²²¹ *Ibidem*, p. 69, 81.

²²² *Ibidem*, p. 185.

²²³ *Ibidem*, p. 166-167.

necessário para a preparação da defesa depende da natureza do litígio, das pretensões e dos meios à disposição das partes.

A segunda hipótese é chamada de *référé d'heure à heure*, que permite ao requerente pedir a realização de audiência em determinada hora, mesmo em dias não úteis, que pode ocorrer no domicílio do magistrado. Cumpre a ele, ao determinar a hora da audiência, ponderar o tempo necessário para a produção da defesa e a urgência que o caso requer, geralmente mais reduzido que o anteriormente mencionado, por se destinar a casos de urgência extrema.²²⁴

A celeridade que deve ser observada no rito permite a flexibilização de determinadas formalidades processuais, como a legitimidade para estar em juízo (autorizando-se, em determinados casos que menores sejam reputados capazes para fins processuais)²²⁵ e a representação por advogado²²⁶. Não é vedado ao *juge des référés* determinar a produção de provas. Se assim reputar conveniente, é possível que o faça, inclusive chamando as partes a comparecer pessoalmente em audiência.²²⁷

A concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária é albergada no ordenamento processual francês sob o procedimento *sur requête*. Este pode ser utilizado em hipóteses em que o demandante tiver razões suficientes para afastar a oitiva da parte adversária. Exige-se, portanto, causa legítima para a exclusão do contraditório.²²⁸

O que se observa é que a lei processual francesa se utiliza de procedimento célere de contraditório em hipóteses mais restritas que o novo Código de Processo Civil brasileiro, que apostou suas fichas no procedimento monitorio. Assim, a semelhança do procedimento brasileiro com o *référé* francês parece ser produção de efeitos do provimento provisório mesmo com a

²²⁴ VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 169.

²²⁵ “Ainsi, quant à la capacité à agir, un certain assouplissement aurait été observé en pratique, mais de manière très limitée. Les mineurs ont toujours facilement été admis devant le juge des référés, dès lors qu’ils étaient doués de discernement” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 154).

²²⁶ “Par ailleurs, si les parties peuvent se faire représenter ou assister d’un avocat, rien ne les y oblige, ce que peut théoriquement faciliter l’accès au juge des référés. Quel que soit le juge des référés compétente en première instance, les parties peuvent se présenter en personne” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 157).

²²⁷ “[...] C’est dans cette optique de normalisation du référé, qu’il a été jugé que: ‘le juge des référés, auquel il incombe de vérifier que l’existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable, a le pouvoir d’ordonner, à cet effet, toute mesure d’instruction qu’il estime utile, et, notamment, la comparution personnelle des parties’” (VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 179).

²²⁸ VUITTON e VUITTON, *op. cit.*, p. 186)

extinção do processo, a ausência de coisa julgada, e a possibilidade de ajuizamento de ação sob o procedimento comum para a análise exauriente da matéria, conforme se verá a seguir.

Outro ponto interessante e, nesse sentido, coincidente com a proposta inicialmente contida no PLS nº 166/2010, submetido ao Senado Federal, consiste na identidade procedimental para distintas modalidades de tutela provisória – se urgência ou de evidência.

3.2.3. *Procedimento adotado no CPC/15*

O legislador processual inovou ao autonomizar a tutela de urgência satisfativa.²²⁹ A criação de modalidade antecedente evita que o autor tenha de se valer do processo cautelar (como era necessário na vigência do CPC/73), cuja fungibilidade nem sempre era aceita pelos tribunais, em razão da diferença procedimental.

A solução adotada pelo CPC/15 apresenta importantes peculiaridades – especialmente em virtude do procedimento diferenciado que propõe em relação ao cautelar. O juiz, ao receber a petição inicial, verificando que estão presentes os requisitos legais (probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), concede a tutela antecipada. Na inicial, deve o autor indicar expressamente que pretende se valer do procedimento contido no Capítulo II do Título II (art. 303, § 5º).

Verificando o magistrado a ausência de elementos para o deferimento para a concessão da medida, determinará a emenda²³⁰ da petição inicial em até cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º).

²²⁹ MITIDIERO, Daniel. Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 63, nov./dez. 2014. p. 24.

²³⁰ Daniel Mitidiero entende que a emenda à petição inicial mencionada no § 6º do art. 303 é idêntica ao aditamento a que se refere o inciso I do § 1º do mesmo artigo: “Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o *aditamento* da petição inicial em até cinco dias. não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 301, § 6º). O legislador fala em *emenda* à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente de emenda à petição inicial que se refere o art. 329: trata-se de *aditamento da petição inicial* a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 301, § 1º, inciso I” (MITIDIERO, *op. cit.*, p. 26).

Concedida a medida, (1) o autor deve aditar a petição inicial e (2) o réu é citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação (CPC/15, art. 303, § 1º). Não interpondo o réu recurso contra a decisão que concede a tutela, torna-se ela estável (art. 304, *caput*), hipótese em que o processo é extinto.

A decisão estável conserva seus efeitos após a extinção do processo, porém não faz coisa julgada (art. 304, § 6º). Pode ser revista, reformada ou invalidada no prazo de dois anos, por meio de ação própria (art. 304, §§ 3º e 4º). Vencido o prazo mencionado “extingue-se” o direito de rever, reformar ou alterar a decisão estável (art. 304, § 5º).

O procedimento observado quando a tutela cautelar for requerida em caráter antecedente recebeu disciplina diversa. A petição inicial não é necessariamente seguida do deferimento da medida (art. 305), embora a concessão de liminar seja possível, conforme preceitua o art. 300, § 2º, que consta do capítulo que cuida das disposições gerais das tutelas de urgência. Segue-se a abertura de prazo para que o réu conteste o pedido e indique as provas que pretende produzir (art. 306). A contestação tem o condão de ordinarizar o procedimento (art. 307, parágrafo único). Efetivada a tutela cautelar, tem o autor o prazo de trinta dias para apresentar o pedido principal (art. 308), sob pena de cessação da eficácia do provimento (art. 309, I).

A doutrina menciona a monitorização do procedimento em razão do fato de a ausência de defesa pôr termo ao processo, à semelhança do que ocorre com o processo monitorio, e aponta alguns aspectos problemáticos do novo procedimento.

Em primeiro lugar, controverte-se a respeito dos prazos para a interposição de agravo e o aditamento da petição inicial para a dedução da demanda principal. O Código aparentemente prevê a abertura simultânea dos prazos, o que certamente não ocorrerá. Isso porque do deferimento da medida, será o autor intimado com a publicação da decisão no Diário de Justiça Eletrônico, enquanto o prazo do réu iniciar-se-á quando da juntada aos autos do aviso de recebimento da citação ou do mandado cumprido (CPC/15, art. 231, incisos I e II).

Humberto Theodoro Jr.²³¹ defende que, como o aditamento só é compatível com a não estabilização da tutela, não faz sentido exigí-lo antes de ter ciência acerca da interposição do agravo pelo réu. Se este não o fizer, estabiliza-se a tutela concedida, ainda que não se tenha aditado a inicial, uma vez que seria desarrazoado exigir-se a complementação – cuja finalidade seria a de possibilitar a cognição plena no procedimento comum – se o processo sequer terá continuidade. Perfilha o mesmo entendimento Redondo.²³² Em sentido contrário, Daniel Mitidiero.²³³

Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira aduzem que, na hipótese de não haver sido interposto agravo, ausente o aditamento do pedido principal, o processo será extinto, mas manter-se-ão os efeitos do provimento antecipatório.²³⁴

Segundo Antônio de Moura Cavalcanti Neto, é necessário aguardar o transcurso de ambos os prazos para que o juiz possa extinguir o processo, sendo-lhe vedado extinguir o processo após

²³¹ O autor se manifesta nos seguintes termos: “Se não houver o aditamento, diz a lei que o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2º). A concomitância dos dois prazos (de aditamento e de recurso) que a lei aparentemente prevê oferece uma dificuldade de interpretação, já que as consequências de ambos devem ser sucessivas e prejudiciais entre si. Com efeito, é bom lembrar que, se intimado da liminar, o réu não houver interposto o recurso, o provimento provisório já terá se estabilizado (art. 304, *caput*). Nesse caso, não se poderá cogitar de aditamento da inicial, já que a sua função seria dar sequência ao processo no tocante à busca da solução final da pretensão de mérito. Exigir, nessa altura, do autor, a tomada de providência somente compatível com a não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu. Diante desse aparente impasse procedimental, a regra do inciso I, do § 1º do art. 303, deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer, prazo esse que no sistema da tutela antecipatória deve funcionar como uma oportunidade legal para ser apurada a sua aquiescência ou não ao pedido do autor.” (THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 660)

²³² “[...] Assim, poderá o autor, antes do início do curso de seu prazo para aditamento, verificar se o réu recorreu ou não. Inexistindo impugnação recursal pelo réu, o autor ficará dispensado do aditamento, a tutela será estabilizada e o processo será extinto (art. 304, *caput* e § 1º)” (REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: **Revista de processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 244, p. 167-192. jun./2015).

²³³ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 25.

²³⁴ Afirmam os autores: “Outra situação a ser considerada: se o autor não aditar a petição inicial (art. 303, § 1º, I), o § 2º do mesmo art. 303 determina a extinção do processo sem exame do mérito. Pode acontecer de a medida ser concedida, o autor não aditar e o réu não impugnar. O que acontecerá? Extingue-se o processo sem estabilização, por força do § 2º do art. 303? Extingue-se o processo, com a estabilização da tutela satisfativa antecedente, por força do art. 304? Deve prevalecer a estabilização da tutela antecipada – e isso em razão da abertura conferida às partes para rever, invalidar ou reformar por meio da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. In: DIDIER JR., Fredie. **Coleção grandes temas do novo CPC, v. 2: honorários advocatícios.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 152)

o escoamento *in albis* do prazo para a interposição de agravo.²³⁵ Mantém o autor a referida interpretação ao argumento de que o aditamento é ônus imposto ao autor, não se podendo daí extrair a renúncia à estabilização. Defende que, aditado o pedido e não havendo sido interposto agravo, compete ao magistrado intimar o autor para que se manifeste a respeito do prosseguimento do processo no rito comum, conforme determina o art. 10. Em suma, o aditamento do autor é irrelevante para a estabilização.

Em sentido oposto, Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira consideram que, diante da possibilidade de revisão do provimento em ação própria, o processo deve ser extinto, mas preservada a estabilização.²³⁶

Daniel Mitidiero assevera que a apresentação de defesa antecipadamente culminará na impossibilidade de estabilização da decisão, seguindo o processo, nessa hipótese, o procedimento comum. Defende que é a manifestação do réu que determina se o provimento será ou não estabilizado. Assim, a apresentação de contestação indica a intenção do demandado em sujeitar a controvérsia à apreciação do Poder Judiciário, segundo procedimento de cognição plena e exauriente.

Em sentido diametralmente oposto, Cavalcanti Neto afirma ser a apresentação de contestação erro grosseiro, uma vez que não há o que contestar.²³⁷ Segundo ele, o único meio apto a combater a estabilização do provimento é o recurso, consoante dispõe o art. 304.²³⁸

²³⁵ “É por isso que, diante da situação de concessão da tutela antecipada antecedente, não tendo sido interposto recurso pelo réu, o que já importaria na estabilização da decisão provisória, o juiz deve sempre aguardar o decurso do prazo do autor para aditamento, sendo vedado proferir decisão extintivo antes de terem expirado os dois prazos (de aditamento para o autor e de recurso para o réu). Com isso, o juiz decidirá uma única vez aplicando conjunta e harmonicamente os dois dispositivos legais. É a oportunidade, portanto, de compatibilizar a extinção do processo, uma só, eis que jamais haveria duas nos mesmos autos” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JR., Fredie. Grandes temas do Novo CPC, v. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 206).

²³⁶ DIDIER JR., *et. al.*, 2016, p. 152.

²³⁷ CAVALCANTI NETO, *op. cit.*, p. 209.

²³⁸ “[...] É por isso que sustentamos que quando o autor adita o pedido não está abrindo mão da estabilização da tutela concedida em caráter antecedente, uma vez que resta preservado o juízo provisório, o que ele busca é um juízo de mérito, localizado em plano diverso de cognição e de procedimento. Não há, portanto, necessidade de que o autor também fique inerte para que seja configurada a estabilização, basta a inércia do réu diante de decisão concessória de tutela antecipada (art. 304, § 1º, do CPC), antecedente ou incidente. O que o autor pode fazer, em um momento futuro,

Em caso de indeferimento, ressalta-se a dificuldade interpretativa decorrente da redação do § 6º do art. 303. A emenda à inicial significa que o autor deverá juntar documentos ou corrigir erros da petição para que o magistrado possa conceder a tutela antecipada ou implica ordem para o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º? Observa-se que o CPC/15 não indica o momento para a apresentação do aditamento caso seja indeferido pedido antecipatório.

Guilherme Lunelli²³⁹ defende, a nosso ver corretamente, que se cuida de prazo para a apresentação de emenda e não de aditamento. Caso contrário, o autor teria prazo menor para a apresentação de seu pedido em relação à hipótese de deferimento. Em sentido contrário, Daniel Mitidiero defende tratar-se, efetivamente, do aditamento do inciso I do § 1º do art. 303.²⁴⁰

Outra dificuldade do intérprete advém da natureza da *estabilização*. O § 6º do art. 304 expressamente afirma que a decisão estabilizada “não fará coisa julgada”, contudo não fornece elementos que permitam dizer, por exemplo, o que acontecerá após vencidos os dois anos dentro dos quais a tutela concedida pode ser revista, reformada ou invalidada. Se não pode ser alterada, torna-se imutável. Vencidos os dois anos seria possível o ajuizamento de ação rescisória?

Daniel Mitidiero assevera que, em vista da extrema sumarização do procedimento, a imutabilidade do provimento antecipatório violaria o princípio do processo justo, de modo que, vencido o prazo de dois anos, entende ser possível sua modificação em procedimento de cognição exauriente, pois “o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito a processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada”²⁴¹.

é abrir mão da estabilização, mas essa conduta é posterior e não tem qualquer relação com a configuração do instituto, que prescinde disso no seu suporte fático” (CAVALCANTI NETO, 2016, p. 208).

²³⁹ LUNELLI, Guilherme. Aspectos procedimentais das tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada concedida em caráter antecedente. In: ALVIM, Teresa Arruda *et. al.* **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 142.

²⁴⁰ “Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 301, § 6º). O legislador fala em *emenda* à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 329: trata-se de *aditamento da petição inicial* a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 301, § 1º, inciso I” (MITIDIERO, *op. cit.*, p. 25-26).

²⁴¹ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 29.

3.3. Tutela antecipada concedida em caráter antecedente e o devido processo legal

3.3.1. Monitorização do procedimento: a estabilização de decisões liminares

Sendo a tutela antecipada uma das formas de se garantir maior efetividade ao processo, importa analisar se a tutela antecipada requerida em caráter antecedente contribui para a maior efetividade do sistema processual e se responde adequadamente às necessidades do jurisdicionado. Não se pode negar que a estabilização do provimento antecipatório tem por finalidade estimular as partes a deixar de utilizar o procedimento comum – antes única alternativa viável para a resolução de qualquer lide – permitindo que a solução tomada em caráter provisório regule a situação da vida.

Norberto Bobbio²⁴² há muito alertava acerca da função promocional do direito. A tradição do Estado liberal havia concentrado os esforços para a observância das normas jurídicas em sanções negativas (o autor admite falar-se em sanções positivas). Contudo, afirma ter o direito também uma função promocional: pode estimular comportamentos, estabelecendo consequências desagradáveis ou agradáveis, a fim de influenciar por meios psíquicos a conduta do agente.

Assevera o autor que em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam medidas indiretas, enquanto em um ordenamento promocional, a técnica típica é a do encorajamento. Segundo ele, as medidas de desencorajamento têm uma função primordial de conservação e as de encorajamento, de mudança.

A mudança que se pretende obter com a estabilização consiste em de desafogar o Poder Judiciário, que se encontra assoberbado com a enorme quantidade de processos, sobretudo diante da possibilidade de o interesse no julgamento da causa, em determinados casos, ser reduzida após a concessão da medida de urgência. O meio de alcançá-la é a redução da litigiosidade, proporcionando às partes meio reputado suficiente para pacificar a controvérsia sem a necessidade de instauração do longo processo sob o rito comum.

A utilização da técnica da tutela antecipada em caráter antecedente tenta proporcionar vantagem decorrente do não prolongamento do procedimento judicial. Diante da impossibilidade

²⁴² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

de afastar do jurisdicionado o direito de acesso à prestação jurisdicional, observando-se o princípio do contraditório, corolário do devido processo legal, coloca o legislador à disposição das partes mecanismo pelo qual, caso se conformem com a decisão prolatada em juízo sumário e provisório, possam dispensar a cognição exauriente.

O modelo de procedimento sumário consiste em técnica jurídica que visa a estimular a pacificação precoce do conflito, desestimulando o desenvolvimento do procedimento comum, que proporcione às partes o mesmo resultado prático obtido com a antecipação. Transfere-se, tal qual o PLS nº 186/2005, às partes a decisão acerca da sujeição da questão ao procedimento em que se observe a cognição plena e exauriente.

Conveniente aqui o questionamento acerca da adequação do procedimento eleito para alcançar os objetivos a que se propõe. Seria a tutela antecipada em caráter antecedente realmente um instrumento revolucionário posto à disposição das partes ou apenas uma nova forma procedimental com débil aptidão para provocar uma mudança de comportamento nas opções do jurisdicionado? Haveria potencial para a realização da função promocional pretendida?

Para o esclarecimento da questão, interessa notar que a doutrina copiosamente assevera cuidar-se de monitorização da tutela antecipada: é dizer, valeu-se o legislador processual de técnica similar àquela utilizada na ação monitoria. Nesse sentido, confira-se o que afirmam Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira:

Os arts. 700-702 e segs. do CPC mantêm esse procedimento especial, com alguns ajustes. A ação monitoria é estendida, por exemplo, aos direitos a uma prestação de fazer e não fazer.

Sucede que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

Isso se dá mediante a previsão de estabilização da decisão concessiva de tutela satisfativa (antecipada) em caráter antecedente. Monitoriza-se a tutela de urgência no rito comum ao garantir-se a realização prática e célere do direito do autor, quando é provável e antecipadamente tutelado sem que tenha havido qualquer resistência do réu.²⁴³

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. In: DIDIER JR., Fredie. **Coleção grandes temas do novo CPC, v. 2: honorários advocatícios**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 154.

A Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentou ao CPC/73 os arts. 1.102-A a 1.102-C, que disciplinavam a ação monitória. A ação foi mantida nos arts. 700 a 702 do CPC/15. Pode manejá-la o autor que dispuser de prova escrita sem eficácia de título executivo. Verificado o cumprimento desse requisito, o magistrado expede mandado de pagamento, de entrega da coisa ou de execução de obrigação de fazer ou não fazer. A principal característica do procedimento consiste no fato de que, não apresentada a defesa – por meio da ação de embargos – é executado o título executivo judicial. A apresentação dos embargos suspende a eficácia da decisão que determina o cumprimento da obrigação (CPC/15, art. 702, § 4º).

O procedimento monitório foi introduzido no direito brasileiro com a finalidade de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional.²⁴⁴ Contudo o efeito prático da medida é questionável. O PLS nº 166/2010, apresentado no Senado Federal, deliberadamente havia excluído o procedimento especial da ação monitória, que foi reincorporada ao texto durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados (que funcionou, na ocasião, como casa revisora). Fato curioso a respeito da ação monitória consiste no fato de que mesmo os processualistas que, em audiências públicas, defendiam sua reinclusão no projeto, não apontavam as vantagens incorporadas ao processo brasileiro em termos de efetividade. É o que se verifica das exposições de Kazuo Watanabe,²⁴⁵ Fredie Didier Jr.,²⁴⁶ Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁴⁷ e Elpídio Donizetti²⁴⁸.

²⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. Considerações sobre a ação monitória. In: **Revista de Processo**. vol. 80, p. 155-158. out./dez. 1995. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior assinala que a década de 1990 assistiu uma série de reformas processuais cuja finalidade era conferir ao processo maior efetividade na realização da tutela jurisdicional. Entre as alterações relevantes, menciona a introdução da ação monitória, sobre a qual assim se manifesta: “Principalmente por meio da ação monitória e da antecipação de tutela, o perfil do processo civil brasileiro da atualidade sofreu profunda alteração, inspirada, sem sombra de dúvida nos propósitos da celeridade e efetividade na realização da justiça. A dicotomia que, pelas tradições romanísticas, separava o processo de conhecimento e o processo de execução, circunscrevendo-os a compartimentos distintos e autônomos, cedeu lugar a uma visão unitária da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 125, p. 61-78. jul. 2005).

²⁴⁵ Audiência pública realizada em 4 de dezembro de 2007. Nota taquigráfica, p. 40 (disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/controle-tramitacao-e-notas-taquigraficas/nt-04.07.12-cpc>. Acesso em 16/7/2016).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 43.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 35.

²⁴⁸ Relatório da Comissão destinada a proferir parecer ao PL nº 8.046/2010, p. 152 (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1104534&filename=PRL+5+PL602505+%3D%3E+PL+6025/2005).

Luiz Rogrigues Wambier, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 29 de novembro de 2011, declarou:

O segundo ponto que me permito trazer, Srs. Deputados, é o da ação monitória. Não vejo sinceramente razão para retirá-la do sistema: ela é inofensiva, não cria problemas e serve para pequenos credores, pessoas físicas e jurídicas do seu setor, meu caro amigo. Maneja-se muito a ação monitória, porque ela tem documentação muito frágil, não tem título executivo, não tem cheque, não tem promissória, não tem duplicata, mas tem... Dou o exemplo dos hospitais. Após um atendimento de emergência, o hospital só tem o prontuário, a guia de internação e mais alguns documentos; não tem título executivo extrajudicial. Por isso, lança mão da ação monitória para obter esse título. Parece-me que é um instrumento que não cria problemas no sistema.

Nota-se que apesar da defesa da manutenção do procedimento especial, não se mencionaram os ganhos por ele proporcionados em termos de celeridade e efetividade – passados cerca de dezesseis anos de sua introdução no direito brasileiro. Wambier, por exemplo, refere-se apenas à ausência de prejuízo ao sistema processual. A toda evidência, a ausência de elementos indicativos nesse sentido não seria, por si só, argumento suficiente para justificar sua exclusão do novo Código. Contudo, cuida-se de elemento importante a ser considerado quando da transposição de sua sistemática para a tutela de urgência.

Se não há elementos indicativos do êxito do procedimento – que é controverso, conforme testemunha o fato de a comissão de juristas e o Senado Federal haverem decidido por sua exclusão em um primeiro momento – é ao menos questionável sua incorporação para a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente.

Aliás, convém mencionar a existência de diferença crucial entre a ação monitória e a tutela antecipada requerida em caráter antecedente: no primeiro caso, apresentada a defesa (embargos), suspende-se a eficácia da decisão executiva proferida (CPC/15, art. 702, § 4º), no segundo, a interposição de recurso não impede a produção de efeitos. Não se sugere aqui uma suspensão genérica dos efeitos de uma medida antecipatória – o que poderia ter efeitos desastrosos –, apenas sublinha-se a diferença para permitir a visualização de que, no procedimento monitório, os efeitos práticos da decisão são produzidos somente após realizado o contraditório prévio.

Assim, o procedimento dos arts. 303 e 304 apresenta o seguinte problema: apesar de não ser qualquer situação de urgência que exige a decisão imediata do magistrado sem a oitiva da parte contrária, apenas o procedimento *inaudita altera pars* permite a estabilização. Verificando o juiz

que a urgência, embora contemporânea, comporta a oitiva da parte contrária, deve tomar que atitude? De acordo com o procedimento instituído, não poderá citar o réu para se manifestar sobre a petição inicial (que somente versa sobre a tutela antecipada), uma vez que, de acordo com o inciso II do §1º do art. 303, a citação ocorre apenas após o eventual deferimento da liminar. Então, diante de verossimilhança, mas de urgência que não requer atuação imediata – e que poderia aguardar o pronunciamento do réu – o juiz deveria extinguir o processo para que o autor ajuizasse a demanda principal em procedimento comum ou deferir a liminar, ao argumento de que o contraditório, nesta hipótese é diferido, competindo ao tribunal a análise da procedência dos argumentos do réu.

Observa-se que, diante de tal situação, nenhum ganho há em termos de efetividade. Se o magistrado acreditar ser conveniente a oitiva do réu e extinguir o processo, o autor será remetido ao procedimento comum. Caso defira a medida antecipatória, abre-se a via para a interposição de agravo e, ante o disposto no *caput* do art. 304, não se estabiliza o provimento.

Não se animou o legislador a proferir fórmulas mais maleáveis, que permitissem ao magistrado flexibilizar procedimentos, o que seria de grande valia para a estabilização da demanda, especialmente quando se aceita a premissa segundo a qual as decisões tomadas sem a oitiva da parte adversária devem ser excepcionais.

Casos interessantes ocorridos no Rio Grande do Sul, onde não raro se verificavam pedidos de liminares para a obtenção de dispositivos médicos implantáveis (órteses e próteses). A concessão de medidas antecipatórias sem a oitiva dos réus (operadoras de plano de saúde ou o Poder Executivo) implicavam a aquisição de dispositivos de elevado valor em prejuízo destes (por serem substituíveis por outros) ou mesmo a realização de cirurgia para a implantação de dispositivo desnecessário, o que chegou mesmo a comprometer a saúde de alguns pacientes naquele ente federativo. A questão foi objeto de investigação por Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados no ano de 2015.²⁴⁹

²⁴⁹ A procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul conseguiu identificar a manipulação do Poder Judiciário para a chancela de ilícitos, nos quais, por meio de uma estrutura de advogados e médicos, ludibriavam-se pessoas necessitadas, convencendo-as acerca da necessidade de tratamento nem sempre conveniente. Do relatório da CPI constam as seguintes notas da manifestação do Desembargador Ney Wiedemann Neto, do TJRS: “- Afirmou que essas

A concessão de medidas antecipatórias sem a oitiva do réu deveria se limitar a situações nas quais a ciência prévia deste pudesse implicar o risco de inefetividade da medida, não como regra geral. Interessa anotar aqui o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque sobre a questão:

Ante a expressa determinação do legislador, deve o juiz, ao examinar pedido de liminar, agir com rigor redobrado no exame do caso concreto, só atendendo à pretensão se absolutamente necessário para evitar prejuízo irreparável. Decisões de conteúdo antecipatório, proferidas sem audiência da parte contrária, devem constituir absoluta exceção no sistema, somente aceitas quando imprescindíveis à preservação de valor jurídico considerado de grande relevância. A proliferação de liminares implica verdadeira banalização desse importante mecanismo destinado a assegurar a efetividade do processo, transformando-o em fator de desequilíbrio entre as partes, muitas vezes com séria ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

A efetividade do processo não pode ser buscada a qualquer custo, com sacrifício de garantias fundamentais de uma das partes. Técnicas processuais desse tipo desconsideram a própria isonomia constitucional.

Por essa razão, decisões *inaudita altera parte*, especialmente as de conteúdo antecipatório, devem ser concedidas com bastante parcimônia.²⁵⁰

Neste ponto, o Código se contradiz. Por um lado, impõe ao juiz o dever de sempre ouvir as partes antes de decidir, mesmo quando se trate de questões de que podem ser decididas de ofício (art. 9º). Por outro, dificulta às partes a apresentação de argumentos para decisões que provocarão efeitos práticos e imediatos sobre suas vidas.

práticas estão lesando a todos nós, a sociedade. Lesam o SUS, o Orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, cujos recursos públicos são desviados. Recursos que poderiam ser destinados a curas de doenças, a medicamentos, a tratamentos, a criação de leitos hospitalares, a vacinação são desviados sem motivo algum, porque são demandas artificiais ou superfaturadas. Lesam os planos de saúde, que também perdem os recursos do seu orçamento para os tratamentos dos conveniados, muitas vezes precisando até mesmo, perante a ANS, solicitar o aumento da contribuição dos associados dos planos de saúde porque seus recursos foram drenados. Lesam os particulares – ainda há alguns que poderiam pagar com a sua poupança esse tipo de tratamento, quando ele é indevido – e podem lesar a saúde pública. - Relatou alguns casos em que a indicação era inadequada, que a indicação era desnecessária. Em um dos julgamentos, a perícia demonstrou que a pessoa se curaria com uma fisioterapia, que não tinha indicação cirúrgica alguma. Afirmou que o paciente foi enganado, foi induzido a erro, e que aquela perícia prévia à concessão da liminar desmascarou a fraude. - Alegou que o Judiciário precisa repensar a sua atuação no sentido de um esforço maior de investigação da pertinência, da necessidade, da adequação do que lhe é solicitado, e não aquela concessão pura e simples da liminar sem análise do caso concreto” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1363381).

²⁵⁰ BEDAQUE, 2009, p. 334.

Sendo a oitiva prévia das partes medida importante para a prolação de decisões adequadas – o que inclusive tende a reduzir o grau de litigiosidade – difícil acreditar que se verificará a estabilização de provimentos decididos sem a mínima participação de uma das partes.

Tal questão se torna ainda mais relevante diante de situações em que se observa o risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento. Conforme se mencionou no capítulo antecedente, há situações em que se verifica a irreversibilidade recíproca dos efeitos. Em situações desta natureza e, diante da urgência, seria prudente haver deixado o legislador ao intérprete mecanismo que permitisse a oitiva, ainda que em prazo exíguo, da parte contrária.²⁵¹

A mencionada inspiração brasileira no *référé* francês passou ao largo do argumento segundo o qual o êxito do procedimento estrangeiro se atribui a seu caráter contraditório, flexibilizando formas do procedimento comum, como ocorre com a fixação judicial de prazos (que observa a urgência e o tempo necessário para que o réu formule adequadamente sua defesa). Ao contrário, apostou as fichas no silêncio do réu, de quem se espera a omissão a fim de evitar as delongas do procedimento comum.

Sendo a finalidade do novo instituto garantir a estabilização da demanda, evitando o prosseguimento do procedimento ordinário, que consome mais tempo e recursos das partes e do Poder Judiciário, não há razão para, sendo possível, deixar de ouvir a parte contrária antes do provimento provisório. Tal possibilidade geraria maior probabilidade de conformação à decisão, uma vez que, apresentados os argumentos, o réu os veria rechaçados por órgão judicial e teria, assim, elementos adicionais para evitar a ordinarização. Em consequência, ampliar-se-ia a possibilidade de se estabilizarem os provimentos provisórios.

Outra questão interessante a analisar, ainda sob o foco da efetividade, diz respeito ao benefício que as partes obterão caso optem pelo novo procedimento. Em termos de economia financeira, o Código não traz respostas expressas que conduzam ao entendimento de que a melhor decisão é evitar o procedimento comum. Não há referência em relação às custas e honorários advocatícios sucumbenciais (em princípio, os honorários contratuais serão menores). De outra

²⁵¹ Apesar da vedação nos casos em que há risco de irreversibilidade (CPC/15, art. 300, § 3º), diante de determinadas situações, não poderá o juiz deixar vulnerável o direito que se pretende proteger em razão de norma processual. Maior importância seria conferida ao contraditório prévio, quando possível, em tais circunstâncias.

parte, a necessidade da produção de prova pericial ou testemunhal pode desestimular o réu que sabe não ter razão a prosseguir no feito.

Diferentemente da previsão expressa do procedimento monitorio (CPC/15, art. 701) de honorários em percentual inferior (na razão de 5% do valor da causa), não há no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente qualquer referência similar. Fredie Didier propõe a aplicação analógica do disposto no art. 701 nesta modalidade de tutela provisória.²⁵²

Sendo a matéria em discussão passível de decisão sem prova pericial, pouco incentivo haveria para que o réu se conformasse à decisão contra si proferida. Questionável, portanto, o modelo de estímulo à conformação ao provimento provisório e à estabilização da demanda.

3.3.2. A adequação do procedimento ao princípio do devido processo legal

Verificando-se no plano constitucional a consagração dos princípios do contraditório e da ampla defesa, importa analisar a questão acerca da adequação do novo procedimento instituído pelo legislador ao programa processual previsto na Constituição.

Consoante se mencionou no primeiro capítulo deste trabalho, o princípio do contraditório assistiu uma renovação no que concerne à perspectiva pela qual é analisado. Deixou de ser entendido sob o tradicional viés da resistência à pretensão do autor, para ser visto também – e principalmente – como a possibilidade de efetivamente influenciar o convencimento do magistrado e, conseqüentemente o conteúdo da decisão judicial.

O referido princípio não se aplica exclusivamente à decisão final de mérito, mas deve ser aplicado durante todo o arco do procedimento, consoante consagra o art. 10. A finalidade, também consignada no primeiro capítulo, é a de evitar decisões-surpresa.

A exclusão das tutelas provisórias de urgência, constante do inciso I do art. 9º, não pode ser tida como inconstitucional. A urgência do caso ou a natureza da providência pretendida pelo autor

²⁵² DIDIER JR., 2016, p. 154.

podem ser incompatíveis com a oitiva do réu previamente à decisão jurisdicional, sob pena de inefetividade do provimento.

Contudo, não se pode inferir do dispositivo legal supramencionado a liberdade generalizada para a concessão de medidas liminares. O dispositivo não autoriza o afastamento do contraditório prévio a qualquer decisão. Interpretação nesse sentido sujeitaria os normas constitucionais do processo (art. 5º, LV) à equivocada interpretação de dispositivos infraconstitucionais.

Não socorre o legislador processual o argumento de que o contraditório pode ser *prévio*, *diferido* ou *eventual*. O diferimento ou a eventualidade do contraditório não parece autorizar o legislador a presumir que se pode, em qualquer situação de urgência, dispensar a participação do réu sem comprometer o convencimento do magistrado, que privado estará das informações que ali seriam acrescidas. A privação do direito do réu de influenciar o magistrado previamente à tomada de decisão, ainda que provisória, deveria estar ligada a elementos do caso concreto e não ser regra geral de procedimento.

Há de ser ponderada a urgência e o contraditório no caso concreto. Deixe-se claro que, a realização de contraditório em momento posterior – conforme preconiza o art. 303 do CPC/15 –, não deixa ao desamparo o direito (substancial) do réu. O que se questiona é a efetividade do procedimento para pacificar sem o prolongamento do processo. Se o réu não é ouvido antes da decisão antecipatória, se fará ouvir em recurso. Mas, nesse caso, não haverá estabilização – que é o objetivo da norma inscrita nos arts. 303 e 304.

Aliás, a justificativa genérica para a ausência de contraditório prévio destoa dos argumentos que fundamentam o disposto nos arts. 9º e 10, que inseriram o modelo participativo de processo no novo diploma legal. A participação dos sujeitos evita decisões fundadas no subjetivismo exclusivo do julgador, afastando arbítrios. Nesse sentido, Gajardoni:

Não há mais, então, no processo civil moderno, espaço para a investigação solitária do órgão judicial em verdadeiro monólogo, pois “o diálogo recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” [Oliveira], tudo a contribuir para a mais adequada tutela do direito material.²⁵³

²⁵³ GAJARDONI, Fernando Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 92-93.

Garantido o contraditório antes de proferida a decisão provisória (à semelhança do que ocorre no procedimento de *référé* francês), mais inclinados estariam autor e especialmente o réu a se sujeitar à decisão do magistrado. Enfim, a previsão de instrumento liminar e inflexível para a estabilização da demanda tem o potencial de comprometer sua realização no procedimento antecedente – isto é, não pacificar, levando quase que seguramente as partes a deflagrar o procedimento comum.

A consagração da prestação jurisdicional em tempo razoável é também princípio constitucional a ser considerado na equação que analisa o procedimento instituído para a concessão da tutela requerida em caráter antecedente. O reforço à celeridade decorreria do estímulo à conformação com a decisão provisória que, a um só tempo, encerraria a controvérsia em questão (poupando tempo às partes) e desafogaria o Poder Judiciário (permitindo-lhe dedicar-se com mais a outras causas, gerando maior eficiência e, portanto, maior celeridade no processamento das demandas).

Contudo, a ineficácia do processo monitorio em alcançar tal desiderato torna altamente questionável o atingimento de tal finalidade – de economia processual e celeridade – por meio da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Assim, a novidade trazida pela estabilização apresenta dupla inadequação: primeiro, por não conciliar, em hipótese alguma, contraditório prévio e estabilização, pois impõe o contraditório diferido, e segundo, sendo questionável o alcance de economia e pacificação pretendidos, duvidoso o incremento da efetividade da prestação jurisdicional.

Lembre-se que a proposta constante do PLS nº 186/2005 previa a concessão de provimento sem a oitiva do réu apenas em caso de extrema urgência ou quando se verificasse que ele, citado, pudesse torná-la ineficaz (art. 273, § 5º), é dizer, previa-se a oitiva da parte para a prolação de provimento provisório, até mesmo porque a consequência do não ajuizamento da ação principal não implicaria a estabilização, mas a formação de coisa julgada (art. 273-B, § 2º).

A esses pontos fracos do novo instituto, acrescente-se a ruptura com a paulatina consolidação da fungibilidade das tutelas de urgência, construída pelas cortes brasileiras e pela doutrina processual. Em primeiro lugar, a regra da fungibilidade vai consagrada no parágrafo único

do art. 305 – que determina ao juiz que observe o disposto no art. 303 –, mas nenhuma regra contém a respeito da hipótese oposta (recriando as discussões a respeito do duplo sentido vetorial da fungibilidade).

Em segundo lugar, a criação de procedimentos distintos reacende as discussões acerca do caráter satisfativo ou acautelatório das medidas de urgência, que havia sido eliminado por ocasião do PLS nº 166/2010, que permitia a estabilização de qualquer das modalidades de tutela provisória, relegando a discussão ao plano puramente teórico.

Observa-se, no procedimento cautelar, que o juiz, em regra, antes de proferir a decisão, determina a citação do réu para a apresentação de defesa (art. 306), ao passo que, no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o magistrado só determina a citação após haver deferido liminarmente a medida (art. 303, § 1º, II). Ademais, a ausência de apresentação do pedido principal após a concessão da medida antecipatória implica a estabilização do provimento (art. 304), ao contrário da inércia em apresentar o pedido principal no procedimento cautelar, em que se verifica a cessação da eficácia da medida (art. 309, I).

Situação curiosa poderá ocorrer com o caso já mencionado da sustação de protesto. Malgrado o entendimento prevalecente nos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e de São Paulo no sentido de ter natureza cautelar, o Tribunal do Rio Grande do Sul a reputa satisfativa (como também fazem alguns autores, como José Roberto dos Santos Bedaque²⁵⁴). Confira-se a seguinte ementa de julgado da Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. SUSTAÇÃO DE PROTESTO JÁ EFETIVADO. INVIABILIDADE. MEDIDA APRECIADA COMO TUTELA ANTECIPADA PARA DEFERIR A SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO PROTESTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO.

Em nosso ordenamento jurídico, o *nomen iuris* atribuído pela parte é irrelevante se, da leitura da causa, puder ser extraída pretensão distinta. Na hipótese, inobstante ter nominado a demanda de cautelar, flagrante que a autora pretendia providência antecipatória. Outrossim, o poder geral de cautela, aliado ao princípio da fungibilidade, constantes dos arts. 273, § 7º, 798 e 805 do CPC, permitem ao magistrado flexibilizar o

²⁵⁴ Afirma o autor: "Não se antecipa em sede cautelar o efeito declaratório da sentença, mas eventuais efeitos práticos inerentes à declaração da existência ou inexistência do direito. A sustação de protesto constitui típico exemplo dessa antecipação, pois impede-se provisoriamente a prática de um ato fundado em título cambial enquanto não se concluir pela efetiva existência da relação cambiária" (BEDAQUE, 2009, p. 203).

procedimento cautelar em antecipatório e vice-versa, quando preenchidos os requisitos atinentes à espécie.

O protesto do título não impede que a medida cautelar de sustação buscada pela recorrente seja concedida como provimento antecipatório, a fim de suspender os efeitos do protesto se, presentes os requisitos elencados no art. 273 do CPC, houver oferecimento de caução idônea. Revisão de posicionamento para deferir a sustação dos efeitos do protesto.

APELO PROVIDO. UNÂNIME.²⁵⁵

Assim, diante da situação criada pelo legislador, sustação de protesto no Distrito Federal e em São Paulo impõe, em regra, a abertura de prazo para a oitiva do réu, no prazo de cinco dias, enquanto que, no Rio Grande do Sul, excluída esta hipótese, proceder-se-ia ao deferimento ou indeferimento do pedido e, no primeiro caso, à citação do réu.

Inúmeras inovações constam do novo Código de Processo Civil a fim de descongestionar a quantidade de processos em tramitação nos tribunais, valorizando a sua jurisprudência. Podem ser mencionados a improcedência liminar do pedido (art. 332, III e IV), o incidente de assunção de competência (art. 947 e seguintes) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes). Contudo, o diferimento do contraditório no tribunal, por meio do agravo de instrumento (art. 304) imporá às Cortes apreciar defesa (na forma de recurso), o que poderia ser realizado pelo juízo de piso em inúmeras hipóteses sem aumentar a carga de trabalho no segundo grau de jurisdição.²⁵⁶ O assoberbamento da carga de trabalho das Cortes vai na contramão das exigências de efetividade e celeridade processuais.

Considerada a forma como a estabilização da tutela antecipada foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, estreito o campo de sua aplicabilidade, razão pela qual parece impor-se a conclusão pela timidez da inovação procedimental em razão da dificuldade prática de que as partes abandonem o procedimento comum – seja por falta de estímulo suficiente seja pela crença do réu na reversibilidade do provimento.

Parece lícito concluir que o legislador processual não se desincumbiu adequadamente da tarefa de instituir procedimentos atinentes à tutela de urgência. À lentidão do procedimento comum

²⁵⁵ TJRS. Apelação Cível Nº 70065216277, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 08/07/2015.

²⁵⁶ O ônus imposto aos tribunais pode ser reduzido nas hipóteses em que o juiz, tomando conhecimento das alegações e documentos apresentados pelo réu, reformar sua decisão (CPC/15, art. 1.018, § 1º).

reagiu com alternativa sumária ao extremo, não cogitando de figura intermediária, que possibilitasse, de alguma forma, o contraditório.

De outra parte, não se pode negar que, apesar de não se verificar uma revolução procedimental, pode a tutela antecipada em caráter antecedente ser útil em algumas ocasiões em que o provimento seria, de qualquer modo, liminar. Por esta razão, não é oportuno inquinar o procedimento de inconstitucionalidade por violação ao princípio do devido processo legal, malgrado se possa falar em incompletude, por ser incompatível com outras hipóteses que comportariam a audiência do réu.

3.3.3. Flexibilização procedimental como alternativa à supressão do contraditório

Inegável que o procedimento é visto como matéria de ordem pública pela doutrina tradicional, além de indispensável elemento para a segurança jurídica esperada no trâmite do processo judicial. Tais fatos levam parte da doutrina a resistir às possibilidades de flexibilização procedimental, especialmente em razão do caráter legitimador do procedimento para o exercício do poder na sociedade contemporânea, sem o qual, correr-se-ia constantemente o risco de arbítrios.²⁵⁷

Esclarece Gajardoni que não se pode confundir o procedimento com a rigidez do procedimento. Certamente o primeiro legitima a ação de pessoas investidas de autoridade, contudo, isso não significa que sua flexibilização deslegitime automaticamente o processo decisório. Confira-se, por oportuno, o posicionamento de Gajardoni:

Engana-se, portanto, quem vincula o respeito ao devido processo legal à obediência de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas em lei. Além disso não constar de nenhum dispositivo constitucional, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com um procedimento que se adapte judicialmente à realidade.²⁵⁸

²⁵⁷ GAJARDONI, *op. cit.*

²⁵⁸ GAJARDONI, *op. cit.*, p. 102.

Pontua o autor que a flexibilização é possível, desde que observados alguns requisitos, a saber, a finalidade, o contraditório útil e a motivação. Quanto à finalidade, menciona a inaptidão do instrumento processual para a tutela do direito material, a possibilidade de dispensa de empecilhos formais irrelevantes e a proteção do hipossuficiente, de modo a garantir o equilíbrio entre os litigantes. No que concerne ao contraditório útil, afirma ser possível a flexibilização desde que ouvidas as partes a respeito, quando útil – ressalvada a possibilidade de a decisão ser manifestamente favorável a uma das partes, o que eliminaria a necessidade imperiosa de ouvi-la.

Parece-nos plausível que o magistrado flexibilize o procedimento a fim de garantir o contraditório prévio ao réu quando a urgência não impuser a concessão de antecipação *inaudita alter pars*. Diante da adequação ao direito material e à situação de urgência concreta, não parece haver óbice a que o juiz, superando a literalidade do art. 303, § 1º, e ouça previamente a parte contra quem se pede o provimento provisório, até mesmo porque a garantia do contraditório e da ampla defesa tem sede em norma constitucional e não apenas no próprio Código de processo.

Por força do art. 190 do CPC/15, as partes podem “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Assim, parece lícito que as partes convencionem acerca do procedimento de concessão de tutela antecipada em caráter antecedente, acordando que eventual decisão se tomará após garantido o contraditório prévio. Certamente, nesta hipótese, o magistrado verificando o grau de urgência e a natureza do direito poderá decidir contra a eficácia da cláusula ou cumpri-la. Nesta hipótese, poder-se-ia cogitar na estabilização de procedimento em contraditório. Diante desta possibilidade autorizada às partes, não é desarrazoado que ao juiz se confira poder semelhante.

Ainda no que concerne à flexibilização, pode-se argumentar que o tempo de citação do réu, bem como a necessidade de se aguardar a juntada do aviso de recebimento ou do mandado de citação cumprido aos autos para que se inicie a contagem de prazo poderia comprometer o direito objeto da demanda.

Contudo, nada impede que se fale em maleabilidade no que concerne a prazos. Intimando-se o réu para manifestar-se acerca do pedido, o juiz não estaria limitado a abrir prazo de cinco dias, em analogia ao procedimento cautelar (art. 307), mas poderia mesmo determinar o início dos prazos

a partir da data de intimação da parte, em virtude da urgência do caso. Estando o magistrado autorizado a proferir provimento de urgência mesmo sem a oitiva do réu, não se poderia impedi-lo de estabelecer termo inicial diferenciado de prazo para responder ao argumento de violação de norma de ordem pública.

A adaptação às características do caso concreto é adotada na *ordonnance en référé* francesa, em que a regra é a fixação judicial de prazo para a defesa, velando o magistrado pelo contraditório, assegurando à parte prazo compatível com a defesa a ser apresentada no caso.

A resistência à ideia de flexibilização é notada na tramitação do PLS nº 166/2010, cuja versão originalmente apresentada dispunha competir ao juiz “adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (art. 107, V). O dispositivo foi suprimido ainda no Senado Federal (casa iniciadora), dando lugar à fórmula consagrada no inciso VI do art. 139 do CPC/15, que autoriza o magistrado a dilatar prazos processuais e a alterar a ordem de produção de provas.

A ausência de previsão legal, contudo, não impede a flexibilização procedimental quando esta tenha por finalidade garantir o exercício do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, quando conveniente.

A flexibilização, nos termos aqui propostos, dependeria da adoção do entendimento segundo o qual é o procedimento relativamente independente do monitório, não constituindo mera subespécie. Para tanto, dever-se-ia interpretar o art. 304 no sentido estrito, segundo o qual apenas a interposição de recurso impede a estabilização dos efeitos da decisão. A apresentação de defesa anterior à decisão provisória não teria o efeito de ordinarizar o procedimento, como ocorre na ação monitória (CPC/15, art. 702, § 4º).

CONCLUSÕES

1. A realização do direito material por meio do processo requer uma atividade estatal sempre atenta às medidas pelas quais se pretende atender a esse objetivo essencial do Estado Democrático de Direito.

2. A efetividade que se espera da tutela jurisdicional nem sempre comporta a demora do processo de conhecimento sob o rito comum para que se declare e realize o direito pleiteado. Em primeiro lugar, pela própria deficiência do Estado em oferecer uma prestação jurisdicional em tempo adequado (embora o prometa no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição), em razão das mais diversas causas, conforme observado no segundo capítulo deste trabalho. Em segundo lugar, em virtude da própria situação na qual é requerida a atuação jurisdicional, que, em determinadas circunstâncias não comportaria sequer o mais célere dos procedimentos ordinários.

3. As alternativas consideradas pelo legislador levam em conta diferentes técnicas de cognição além da plena e exauriente. A técnica mais comum consiste na sumarização (corte vertical na cognição), o que se observava em procedimentos especiais, além da liminar em ação cautelar e mandado de segurança e que, mais tarde, tornou-se possível na antecipação de tutela.

4. Ao mesmo tempo em que se clama por presteza na realização dos direitos pela via judicial, importa sempre ter em mente que, em regra, a atuação jurisdicional se legitima em razão do princípio do devido processo legal (que encarta o contraditório), de *status* constitucional. Assim, importa salientar que a tarefa do processualista não consiste exclusivamente em lutar contra o tempo – decisões arbitrárias podem ser prestadas tempestivamente – mas, entregar aos cidadãos decisões justas por meio de processo que observe as garantias fundamentais do devido processo legal e seus corolários em tempo razoável – em síntese, equilibrar de forma adequada a tutela dos direitos e as garantias processuais.

5. Esta tarefa, conforme se consignou no fim do terceiro capítulo, não deve ser atribuída exclusivamente – embora caiba com primazia – ao legislador. Diante da imposição constitucional de princípios processuais, é lícito que o magistrado tempere determinadas formalidades legais, flexibilizando o procedimento, respeitando determinados parâmetros (entre os quais a preservação da ampla defesa e do contraditório, como se sugeria no anteprojeto do Código de Processo Civil, em parte que não se converteu em lei).

6. Tal flexibilização se observava quando, antes da modificação do art. 273 em 1994, concediam os juízes medidas de caráter antecipatório em processos cautelares. A tarefa do legislador processual no âmbito das tutelas de urgência se verificou de forma acentuada na mencionada reforma de 1994. Instituído a antecipação de tutela de forma genérica, demonstrou-se a preocupação do processo moderno com a efetividade e reconhecer que, em determinadas situações, o tempo do processo – cuja finalidade é justamente a de garantir a observância dos princípios que o legitimam – implicava injustiça manifesta.

7. Prosseguiu-se no caminho de eliminação de óbices de natureza processual, deixando clara no texto legal a fungibilidade entre as tutelas de urgência (§ 7º do art. 273). Doutrina e jurisprudência (inclusive do Superior Tribunal de Justiça) apontavam no sentido de ser duplo o sentido vetorial, malgrado a literalidade do dispositivo permitisse apenas a concessão de medida cautelar quando requerida a antecipatória.

8. Nesse caminho persistiu o Código de Processo Civil de 2015: unificou os requisitos das tutelas de urgência, evitando estéreis discussões acerca do grau de probabilidade para a concessão da antecipação de tutela, cuidando das medidas de urgência incidentais em capítulo com disposições comuns. Seguiu-se o caminho já trilhado pela legislação precedente e pela prática da Corte superior em matéria infraconstitucional.

9. Observa-se, claramente, nessa seara, a tendência de superação do paradigma racionalista apontado por Ovídio Araújo Baptista da Silva como um dos óbices à tutela adequada dos direitos. Para além do *dictum*, a tônica da efetividade tornou-se, paulatinamente, *factum*. A instrumentalidade do processo é inegavelmente observada no âmbito das tutelas de urgência.

10. Diante de todo esse avanço, não se pode negar que a diferença procedimental, em alguns casos representava óbice (nem sempre justificável) para a fungibilidade das medidas. A necessidade de instauração de processo cautelar muitas vezes limitava a aplicação da regra contida no § 7º do art. 273 do CPC/73, como se consignou no terceiro capítulo.

11. Importante mencionar a vantagem decorrente da sistematização da matéria no novo Código. A subdivisão do Livro V permite ao intérprete identificar com mais facilidade os elementos que aproximam e distanciam as tutelas de urgência e da evidência.

12. Houve o legislador por bem criar procedimento no qual o pedido de tutela de urgência pudesse ser requerido antes mesmo do pedido da tutela final. Sendo necessariamente incidente na vigência do Código revogado, impunha-se que seu requerimento fosse realizado ao

menos concomitantemente ao pedido principal. Em alguns casos, as partes insistiam no uso do processo cautelar alegando não dispor de elementos suficientes para apresentar a demanda principal justamente porque a urgência era incompatível com tal providência.

13. A solução para tal questão foi contemplada nos arts. 303 e 304 do CPC/15, na medida em que, havendo providência antecipatória urgente incompatível com a oitiva da parte contrária, pode o juiz deferir-lhe liminarmente, determinando, em seguida, a citação e a complementação da petição inicial (apresentação do pedido principal).

14. O objetivo do legislador com a chamada *tutela antecipada requerida em caráter antecedente* era, a um só tempo, (1) proporcionar ao autor a possibilidade de elaborar pedido de urgência sem ter de se preocupar em declinar todas as razões e documentos necessários para o ajuizamento da ação principal e, (2) a economia processual e a pacificação precoce do conflito pela criação da chamada estabilização dos efeitos da tutela antecipada. Se da decisão que concede a medida liminar o réu não recorrer, o processo é extinto, mantendo-se os efeitos da tutela antecipada fora do processo.

15. O novo fenômeno foi alcunhado por alguns de *monitorização da tutela antecipada*. Tal qual o procedimento monitorio, extraem-se efeitos específicos da inércia do réu, neste caso, a estabilização. A opção do legislador é questionável enquanto norma promocional (não parece induzir no jurisdicionado o comportamento que pretende) e não se adequa ao programa processual instituído pela Constituição.

16. Em primeiro lugar, o êxito do procedimento monitorio no que concerne à implementação de maior celeridade nos procedimentos é questionável. Ante tal fato, a proposta inicial do anteprojeto de novo código previa sua exclusão. O procedimento foi ressuscitado, contudo, com frágeis argumentos, ligados à inofensividade de sua manutenção no sistema.

17. Em segundo lugar, não compatibiliza adequadamente tempo e contraditório. Pretendendo prover celeridade, prevê a concessão de liminar, o que, a depender da urgência é adequado para a tutela de determinados direitos. Contudo, se a urgência não impede a oitiva da parte contrária, o juiz se depara com duas decisões possíveis: (1) deferir a liminar, afinal, o réu poderá, se desejar, manifestar-se posteriormente ou (2) indeferir a liminar, por considerar necessária a oitiva do réu. Essas alternativas aplicam a determinação literal dos dispositivos de não se abrir a possibilidade do contraditório previamente à decisão.

18. Na primeira hipótese, o juiz priva o réu influenciar sua decisão, impedindo o exercício do contraditório – nesse caso, decide necessariamente sem informações suficientes. Importante repisar que a atual compreensão do princípio do contraditório impõe sua tônica não sobre a reação ou resistência à pretensão do autor (alcançada por meio do contraditório eventual), mas sobre a influência no processo de tomada de decisão do magistrado. O método processual é voltado para os resultados produzidos na vida do jurisdicionado: a técnica não pode, exceto diante de razão ponderável verificada no caso concreto (e não como regra geral), causar prejuízo à parte.

19. Na segunda, pratica-se um ato processual inútil, impondo ao autor o ajuizamento da demanda principal com o pedido acessório de deferimento da liminar – perde-se em celeridade, não só no caso individualmente considerado, mas sistemicamente.

20. Ajunta-se a tais dificuldades o fato de o procedimento na tutela em caráter antecedente ser distinto conforme se trate de medida cautelar ou antecipada. Não anuiu o Parlamento à proposta inicialmente apresentada no PLS nº 166, de 2010, em que havia idêntico procedimento para as tutelas de urgência e de evidência, quando requeridas em caráter antecedente. Curioso notar que no procedimento cautelar antecedente, previsto no CPC/15, admite-se o deferimento liminar da medida ou após a oitiva do réu, o que não se admite na tutela antecipada, em razão de sua monitorização.

21. Malgrado não se possa afirmar haver incorrido legislador em violação ao princípio do devido processo legal – uma vez que há possibilidade de se elaborar pedido urgente sem declinar simultaneamente o principal – não se pode defender que o procedimento constante dos arts. 303 e 304 do CPC/15 se amolda perfeitamente a suas determinações. O novo procedimento constitui solução para determinados casos (em que se impõe a decisão liminar), mas é fonte de problemas em outros. Injustificável o afastamento do contraditório substancial como regra geral no processo decisório de tutela provisória – também nessa matéria parece essencial a observância do modelo participativo de processo.

22. Isso porque o grande trunfo do novo procedimento é a estabilização: a possibilidade de se pôr termo antecipadamente à controvérsia, pacificando sem impor a força de coisa julgada à decisão. Contudo, o mesmo efeito é perfeitamente compatível com o contraditório substancial. Testemunha tal fato a legislação francesa, cuja *ordonnance en référé* (medida de urgência também estabilizável) prevê o contraditório como regra, não exceção (esta fica por conta dos procedimentos

sur requête). Reforça o argumento o fato de notáveis autores franceses, ao descreverem o *référé*, afirmarem insistentemente ser o seu sucesso atribuível ao contraditório.

23. Mais factível supor que o réu se sujeite a decisão contra si proferida quando dela tenha participado. É o que justifica, a propósito, a regra do contraditório substancial no CPC/15, consagrada nos arts. 7º, 9º e 10. A participação prévia do réu não impediria eventual estabilização quando não fosse interposto recurso (regra de estabilização constante do art. 304).

24. Aponta-se como possibilidade de compatibilização do contraditório com a efetividade da tutela jurisdicional a flexibilização do procedimento pelo juiz, autorizando, quando entender necessário, a oitiva do réu (para permitir o contraditório, princípio constitucional de aplicação ainda na ausência de previsão legal). A estabilização não pode ser observada como mero conjunto de formalidades e prazos, mas interpretada de acordo com a finalidade que por meio dela se pretende atingir.

25. Além disso, parece recomendável a modificação legislativa do dispositivo, de modo a conciliar estabilização e contraditório, inclusive com regras próprias para a citação e contagem de prazos processuais – mantendo a possibilidade de deferimento liminar, quando a urgência do caso concreto não comportar a oitiva da parte adversária.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 100, p. 33-60, out.-dez. 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- _____. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil: volume I**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- _____. **Lições de direito processual civil: Volume III**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: DIDIER JR., Fredie. **Grandes temas do Novo CPC, v. 6: tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 3: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 20-22.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: volume 3 – Execução**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: volume 2 – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais. In: DIDIER JR., Fredie. **Coleção grandes temas do novo CPC, v. 2: honorários advocatícios**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: Volume IV**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno – tomo I**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Devido processo legal x indevido processo sentimental: o controle da função jurisdicional e o modelo participativo de processo**. In: Ver. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 39-62, jan./jun. 2013.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 80, n. 4, p. 264-290, out./dez., 2014.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**, 2012. Tese de Doutorado, publicação 002/2012, Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 146 p.

GRECO FILHO, Vicente. Considerações sobre a ação monitória. In: **Revista de Processo**. vol. 80, p. 155-158. out./dez. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushasky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A antecipação da tutela e sua estabilização. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUILLIEN, Raymond; VINCENT, Jean. **Lexique de termes juridiques**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1974.

LUNELLI, Guilherme. Aspectos procedimentais das tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada concedida em caráter antecedente. In: ALVIM, Teresa Arruda *et. al.* **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, v. 4: processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Novo curso de processo civil – volume 1: Teoria do processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 63, nov./dez. 2014.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Execução específica das obrigações da fazer e não fazer. *In*: ALVIM, Arruda; *et al.* **Execução civil e temas afins do CPC/73 ao novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês.** *In*: Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 150, ano 32, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais do modelo constitucional de processo civil brasileiro: Da concepção procedimental Comparticipada de Aplicação da tutela – Da Leitura das Cláusulas Gerais no Novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas.** 2004. v.2. Número 1. Disponível em: <<http://www.unifemm.edu.br/publicacoes/arquivos/Revista%20Direito.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *In*: **Revista de processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 244, p. 167-192. jun./2015.

ROS, Luciano Das. **O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória.** *In*: The Observatory of Social and Political Elites of Brazil – newsletter. V. 2. N. 9. Jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em 30.6.2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *In*: **Revista de Processo.** vol. 125, p. 61-78, jul. 2005.

_____. A penhora on line e alguns problemas gerados pela sua prática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. Ano 34, n. 176. out. 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. **Princípio do Contraditório: tendências de mudança da sua aplicação**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. 2009. v. 28. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume28/10.pdf>>. Acesso em 1º mai. 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. **Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale**. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2012.

ZAVASKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.