

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG
CURSO DE DIREITO
NILVÂNIA DE CÁSSIA DA SILVA PEREIRA

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA
EM CARÁTER ANTECEDENTE FRENTE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.**

FORMIGA - MG
2020

NILVÂNIA DE CÁSSIA DA SILVA PEREIRA

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA
EM CARÁTER ANTECEDENTE FRENTE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Direito do Centro
Universitário de Formiga – UNIFOR-MG,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Juliano Vitor Lima

FORMIGA – MG

2020

Nilvânia De Cássia Da Silva Pereira

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA
EM CARÁTER ANTECEDENTE FRENTE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro Universitário de
Formiga – UNIFOR-MG, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Juliano Vitor Lima
Orientador

Prof.
UNIFOR – MG

Prof.
UNIFOR – MG

AGRADECIMENTOS

Foram cinco anos de luta, muitos obstáculos foram vencidos e em momento algum me fizeram arrepender do sonho que busquei viver. Expressando meus agradecimentos dirijo-os primeiramente a Deus, minha principal fonte de força e que sempre esteve comigo em todos estes anos de estudos, especialmente nos momentos mais difíceis quando o cansaço dominava. Não deixo de agradecer também a minha família, pessoas que sempre estiveram ao meu lado e não deixaram de empreender esforços para que este sonho se tornasse realidade. Agradeço também ao corpo docente do Curso de Direito, em especial ao meu orientador Juliano Vitor Lima na pessoa de quem estendo minhas homenagens a todos os meus professores da matéria de direito processual, pessoas para as quais sou grata pela oportunidade de convívio e aprendizado. Do mais, não poderia deixar de agradecer também a todas as pessoas que compõe o campus universitário do UNIFOR-MG e que dele fazem parte, todos os dias trabalhando, zelando pela segurança e bem-estar de todos os alunos, principalmente a toda a equipe da biblioteca, lugar onde muito frequentei nesses anos de ensino. Para todos vocês, que contribuíram diretamente ou indiretamente para a realização deste trabalho e, principalmente, concretização deste sonho, expresso minha eterna gratidão!

RESUMO

A presente pesquisa irá tratar sobre o novo instituto inaugurado pelo Código de Processo Civil vigente desde o ano de 2016, qual seja a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que trouxe consigo diversas discussões e quem tem sido questionada pela doutrina. Nesse sentido, a pesquisa fará uma abordagem sobre o instituto das tutelas provisórias de um modo geral, discorrendo posteriormente sobre o princípio do devido processo legal atentando para sua releitura sofrida no atual paradigma de Estado e, por fim, adentrará especificamente na discussão da pesquisa em que será tratado sobre a constitucionalidade da tutela frente ao princípio citado. A pesquisa abordará situações específicas e tratará sobre a estabilização, impedimento de sua ocorrência e suposta violação à segurança jurídica, haja vista que o procedimento citado não é alcançado pela coisa julgada. Para isso, a pesquisa exporá os posicionamentos doutrinários que versam sobre as controvérsias citadas com a finalidade de fomentar a discussão e apresentar uma solução mais coerente para os questionamentos aventados.

Palavras-chave: Tutelas provisórias. Tutela Provisória requerida em caráter antecedente. Devido processo legal.

ABSTRACT

The present research will deal with the new institute inaugurated by the Civil Procedure Code in force since 2016, which is the advance protection required in the past, which brought with it several discussions and who has been questioned by the doctrine. In this sense, the research will approach the institute of provisional tutelage in general, discussing later the principle of due legal process, paying attention to its reinterpretation suffered in the current State paradigm and finally entering specifically in the discussion of the research where it will be treated on the constitutionality of guardianship in view of the aforementioned principle. The research will address specific situations and will deal with stabilization, preventing its occurrence and alleged violation of legal security, given that the aforementioned procedure is not achieved by *res judicata*. For this, the research will expose the doctrinal positions that deal with the controversies cited in order to encourage the discussion and present a more coherent solution to the questions raised.

Keywords: Provisional guardianships. Provisional Guardianship previously required. Due legal process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	PREMISSAS CONCEITUAIS ACERCA DO TEMA	9
2.1	Evolução História do Instituto	9
2.1.1	Introito	9
2.1.2	Evolução das tutelas provisórias no direito brasileiro	9
2.2	Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil de 2015	13
2.3	Conceito de tutela provisória	15
3	DEVIDO PROCESSO LEGAL	24
3.1	Evolução Histórica	24
3.2	Devido Processo Legal no direito brasileiro	26
3.3	Conceito de devido processo legal	28
3.4	Superação da dicotomia entre devido processo legal substantivo e procedimental	31
3.5	Devido processo legal como um sobreprincípio ou superprincípio	32
3.6	Devido processo legal como sinônimo de “Devido Processo Constitucional”	34
4	ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	36
4.1	A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente	37
4.2	O impedimento à estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente	41
4.3	Estabilização dos efeitos da tutela antecipada deferida em caráter antecedente e a segurança jurídica	45
5	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa vem no intuito de discutir a constitucionalidade da tutela antecipada antecedente frente ao devido processo legal, para tanto, a pesquisa se desenvolverá, inicialmente, tratando sobre as tutelas, abordando a parte histórica do instituto, evolução no direito brasileiro e sua conceituação, de forma específica sobre as espécies de tutela previstas pelo ordenamento jurídico, antecipada e cautelar, bem como os momentos onde nos quais estas podem ser requerida, se antecedente ou incidental.

Posteriormente, considerando que o objeto da pesquisa é abordar sobre a constitucionalidade comparada frente ao princípio do devido processo legal, será destinado um tópico específico para tratar sobre o princípio citado, apresentando-o sob o ponto de vista histórico, sua concepção no direito brasileiro, superação da dicotomia entre devido processo legal substantivo e procedimental, nova concepção do princípio como um superprincípio bem como sua releitura em consonância com o atual Paradigma de Estado tido, não somente, como princípio do devido processo legal, mas princípio do devido processo constitucional, haja vista que aglutina todos os outros princípios processuais presentes na constituição.

Por fim, a pesquisa abordará especificamente as críticas feitas sobre o instituto da tutela antecipada antecedente frente ao princípio citado. Tratará sobre a estabilização, impedimento à ocorrência desta e suposta violação do instituto à segurança jurídica. Essa crítica se desenvolve porque é a partir do devido processo constitucional que tem-se a validade do processo, no qual devem ser respeitados o contraditório, a ampla defesa e outras garantias. Assim é relevante que cada questionamento sobre o qual recairá a crítica seja conceituado em seu respectivo capítulo para melhor desenvolvimento do tema.

2 PREMISSAS CONCEITUAIS ACERCA DO TEMA

2.1 Evolução histórica das tutelas provisórias

2.1.1 Introito

A legislação processual Brasileira, sobre as “tutelas provisórias”, de forma breve e precária, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, trazia apenas a previsão da “tutela cautelar”, era uma medida de urgência incidental e destinava-se a salvaguardar o interessado do risco de dano sobre seu direito que era pleiteado em uma ação de conhecimento. Contudo, o que importa ressaltar é que, (MARINONI, 2017) em primeiro momento, não foi um instituto bem aceito tanto pelos Tribunais quanto pela doutrina, que era resistente em admitir a “tutela cautelar” para possibilitar a satisfação de um direito, ainda que se levasse em conta o direito fundamental de ação por parte do indivíduo, que via seu direito em risco de lesão. obsta que, não era um mero capricho por parte do legislador incluir está técnica no Direito Processual, mas sim, uma necessidade.

Tal espécie de tutela, portanto, não é algo recente tendo em vista a evolução das relações sociais, o que exigiu que os estudos acerca do processo fossem empreendidos com mais eficiência a fim possibilitar a todos que a ele recorriam uma técnica apta a assegurar direitos sem o risco de prejuízo causado pelos efeitos do tempo na duração do procedimento. Era uma necessidade empreendida pela própria sociedade de possuir mecanismos que garantissem a eficácia da decisão de mérito obtida por meio do “procedimento cognitivo”¹.

Isso representou um embrião do que seriam as “tutelas de urgência”, e a grande crítica que se faz é que somente reinava a ideia de que a “tutela cautelar” teria a finalidade somente de assegurar a eficácia da decisão de mérito, não tutelava o plano do direito material, que é a finalidade da tutela antecipada.

2.1.2 Evolução das tutelas provisórias no direito brasileiro

¹ O procedimento cognitivo trata-se da sequência de atos interdependentes, exercidos com fundamento no princípio do contraditório, e que devem ser observadas por todos os sujeitos processuais até o provimento final que é proferido pelo julgador. E, com base na Teoria do processo como procedimento em contraditório, (LEAL 2009) a sentença (provimento final) seria o reflexo de todos os atos do procedimento realizados em contraditório pelas partes.

O Código de Processo Civil de 1939 já trazia um regramento discreto sobre as “tutelas inominadas”, mas, foi somente com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, sobre forte influência do direito Italiano que se consolidou o Instituto do “Processo Cautelar”. Contudo, nessa época tal ordenamento processual ainda era atrelado à ideia de formalismo, ou seja, o processo era pensado como algo autônomo, desvinculado do direito material e da realidade social o que o fez se afastar de seu caráter instrumental efetivador desses direitos. Grande parte da doutrina ainda era resistente com a possibilidade da existência “das técnicas de sumarização da decisão de mérito” (LAMY, 2018), somente restando a “tutela cautelar” a finalidade exclusivamente assecuratória.

Entretanto, o processo não poderia ser pensado como uma ciência autônoma e protegida das necessidades sociais, afinal, o direito é uma ciência dinâmica e moldada por essas necessidades.

Como sugere Luiz Guilherme Marinoni:

O mais grave é que a pretendida indiferença do processo em relação ao direito material faz com que o sistema jurídico, que obviamente depende do processo para que as normas sejam atuadas e os direitos sejam efetivados, não tenha a possibilidade de atender às necessidades reveladas pelo direito material. Ora, os institutos do processo dependem da estrutura não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhes confere (MARINONI, 2017, pag. 7).

Em que pese a finalidade fosse garantir uma justiça efetiva às partes e lidando com a prática jurídica, o tempo se tornou um grande inimigo “do processo” e a própria efetivação dos direitos reclamava uma proteção imediata do Estado. Por essa razão, em certas situações, havia a necessidade “de algumas medidas que não se limitassem a assegurar o resultado prático do processo ou, tampouco, a realizar o direito afirmado pelo autor, mas que concedessem, de forma antecipada, os efeitos do provimento jurisdicional” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018). É nesse cenário que surge a possibilidade do caráter satisfativo da “técnica cautelar” (LAMY, 2018), com a finalidade de lidar com situações relevantes em razão de sua urgência e antecipar os efeitos do direito pretendido, afinal, do ponto de vista executivo as tutelas sempre teriam a mesma finalidade:

A difusão da possibilidade de se obter uma decisão com força executiva antes de esgotada a cognição plena, inclusive sem instalação do contraditório (*audiatur altera pars*), baseada nos argumentos de dano iminente e perigo de demora somado ao crescente movimento em prol da agilidade e rapidez na emissão das decisões judiciais, resultaram na introdução no ordenamento jurídico brasileiro de vários dispositivos legais em prol das urgências de tutela. (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018, pag. 201).

De acordo com Pontes de Miranda² apud Mateus Costa Pereira:

Dum ponto de vista moderno, a construção e o desenvolvimento da tutela cautelar e da tutela inibitória – espécies de tutelas preventivas – resultaram da assunção de que o Estado deveria atuar para prevenir um ilícito ou dano, e não apenas reprimir quando ilícito e/ou dano já tivessem se perpetrado ou consumado; que os direitos não devem ser protegidos depois, senão antes de qualquer violação. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 461).

De modo geral, a legislação processual de 1973 tratava, em termos abrangentes, acerca da “tutela cautelar”, abordada no Livro III e tinha como finalidade específica a prevenção, ressaltando-se a previsão normativa de possibilidade de concessão de “liminares”³ nos procedimentos especiais.

O fator tempo justificava a existência da “técnica cautelar”, que como dito acima, era, e ainda é, um dos maiores inimigos do processo. O procedimento possuía uma sistemática de proteger e assegurar a oportuna fruição de um direito pendente de conhecimento. “Porém, na prática forense, muitas vezes era deturpada a finalidade cautelar, que acabava requerida com caráter satisfatório” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018). Visando sanar essa problemática, a Lei nº 8.952/98 inseriu a figura da “tutela antecipada” no ordenamento jurídico brasileiro, consagrando, assim, uma medida de caráter satisfatório, reservando o processo cautelar para a finalidade específica para a qual foi criado.

Como descrito por Matheus Costa Pereira:

A divisão do CPC/1973 era de tutela antecipada, concedida no bojo do processo, em que se objetivava o reconhecimento, ao

² MIRANDA, Pontes; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1976.

³ O conceito de liminar é utilizado para denominar algo que vem no início, “primeira luz”, e no que toca a este instituto, significa a concessão de uma tutela antes da citação do requerido. (NEVES, 2020).

final, do direito total ou parcialmente requerido de fruição a título de tutela antecipada, e de tutela cautelar, antecedente/preparatória, ou, ainda, incidente, distinção prevista nos artigos 800 e 801, parágrafo único, do CPC/1973. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 32).

E ainda segundo Mariana Melo de Carvalho Pavoni:

Facilmente se nota, portanto, que a característica de destaque da Lei nº. 8.952/94, em relação à antecipação da tutela, não é a inovação, mas sim sua força abrangente, porquanto possibilitou ao Juízo proferir decisões, mediante cognição sumária, fora das ações tidas especiais, bastando, apenas, localizar, no caso concreto, os requisitos pontuados pelos arts. 273 e 461, § 3º. (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018, pag. 213/214).

Tais procedimentos já eram tratados pela doutrina como procedimento em “cognição sumária”, em contraponto à “cognição exauriente” que tocava ao conhecimento do direito material e pressuposto da obediência ao princípio do devido processo legal⁴.

Contudo, em que pese tenha-se pensado em um avanço, a previsão desses dois procedimentos trouxe uma série de contradições em sua aplicação prática devido ao fato de que, não havia “fungibilidade”⁵ entre as “tutelas de urgência”. Portanto, “a simples confusão quanto à natureza da tutela pretendida colocava tudo a perder, haja vista a impossibilidade de obtenção da “tutela de urgência”.” (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018). Em razão dessa problemática, no ano de 2002 foi promulgada a Lei nº 10.444 que estabeleceu a “fungibilidade” entre a “tutela cautelar” e a “tutela antecipada”, apaziguando grande porcentagem das críticas levantadas pela doutrina até então.

Candido Rangel Dinamarco⁶ apud Mariana Pavoni cita que:

Os operadores do direito, ainda pouco familiarizados com o instituto da antecipação, relutam muito em transpor a ele os preceitos explícitos que o Livro III do Código de Processo Civil contém, sem se aperceberem de que ali está uma verdadeira

⁴ O conceito de devido processo legal será oportunamente definido.

⁵ A fungibilidade diz respeito a previsão contida no Artigo 305 do Código de Processo Civil, feito o pedido de tutela cautelar antecedente, se o juiz entender que tem natureza antecipada, para análise do pedido, observará o procedimento contido no Artigo 303 do Código de Processo Civil. “[...] é um permissivo ao juiz para adequar o pedido de urgência formulado à tutela indicada”. (NEVES, 2020)

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4ª.ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

disciplina geral da tutela jurisdicional de urgência e não, particularmente, da tutela cautelar. Esse é o ponto mais frágil da disciplina da antecipação tutelar, em seu modelo brasileiro. (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018, pag. 215).

Mas, o que se discute é que, em que pese todo o esforço legislativo tenha considerado como finalidade minimizar os impactos do tempo do processo e garantir a efetividade processual, diante de um Código que, a todo momento, passava por mudanças visando adequar suas disposições à realidade, as sucessivas alterações que o atingiram comprometeram muito a unicidade da legislação. Assim, o instituto ainda não havia revelado seu verdadeiro potencial, tendo adquirido a força e autonomia com a superveniência da nova legislação processual promulgada no ano de 2015 pela Lei nº 13.105.

2.2 Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil de 2015

O novo Código aborda a “tutela provisória” em seu Livro V, Títulos I; II e III, em um tratamento totalmente diferente da legislação pretérita. Hoje tem-se a “tutela provisória” como gênero, dela decorrendo a “tutela de urgência” e a “tutela de evidência” como espécies. A tutela de urgência subdivide-se em “cautelar” e “antecipada”, as quais podem ser requeridas de forma “antecedente” ou “incidental”. Já a tutela de evidência “somente pode ser requerida em caráter incidental”.

Trata-se de um instituto aperfeiçoado e específico para as necessidades pontuais e urgentes de quem tenha seu direito violado ou em perigo de violação. Em que pese, agora, as críticas tenham tomado novos rumos sobre o instituto, acredita-se que foi uma merecida evolução diante dos regramentos contraditórios do Código antigo.

O novo Código de Processo Civil é uma legislação construída, a partir dos princípios que fundamentam a própria Constituição, tais como: isonomia⁷,

⁷ A isonomia consiste em propor a todos um tratamento de forma igual na medida de suas desigualdades, a fim de coibir qualquer abuso discriminatório. Em âmbito processual, esse princípio tem relação com a “paridade de armas”, que significa proporcionar aos litigantes os meios necessários para que litiguem em igualdade de condições, fato que ressalta a própria imparcialidade do juiz.

contraditório⁸, ampla defesa⁹, devido processo legal e inafastabilidade da jurisdição¹⁰, “tratando-se de representação clara do chamado “modelo constitucional do processo”, demandando a interpretação dos seus dispositivos à luz dos princípios constitucionais” (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018).

Segundo o especialista Cássio Scarpinella Bueno:

Evidentemente, face sua importância ao texto constitucional, que o princípio do devido processo legal não foi mitigado pelo legislador na elaboração do ordenamento da Tutela Provisória. Todavia, os demais princípios que dele se originaram foram sim analisados, valorados ou diferidos quando se pretendeu conceder provisoriamente o bem da vida. (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018, pag. 216).

Por ser uma exceção ao artigo 12¹¹ do mesmo Código, o qual estabelece acerca da ordem cronológica dos processos, as “tutelas provisórias” se tratam de uma

⁸ “O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem.” (LEAL, 2009).

⁹ “O princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e isonomia [...]. A amplitude de defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente.” (LEAL, 2009).

¹⁰ O princípio da inafastabilidade da jurisdição confere ao indivíduo o direito de buscar o judiciário em caso de lesão ou perigo de lesão a direito, em regra, sem a necessidade de previamente, estar condicionado a esgotar os mecanismos administrativos de solução de conflito.

¹¹ Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - As sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - O julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - O julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932 ;

V - O julgamento de embargos de declaração;

VI - O julgamento de agravo interno;

VII - As preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - Os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - A causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

resposta aos anseios jurídicos que buscavam por um regramento único e que fosse mais claro e detalhado, e que, apesar de recente, não se exime da possibilidade de eventuais mudanças que sejam necessárias para garantir a efetividade do direito material.

2.3 Conceito de tutela provisória

De antemão, é necessário estabelecer a diferenciação entre “tutela definitiva” e “provisória”. O que já se esclarece é que ambas são concedidas pelo Estado objetivando oferecer decisões com urgência.

Acerca de tal diferenciação, Eduardo Lamy (2018) expressa a diferenciação que havia no Código de Processo Civil de 1973, que não era somente entre “tutela provisória” e “definitiva”, mas que também era estabelecida entre “tutela provisória” e “tutela temporária”.

Nesse contexto, a “tutela provisória” era estabelecida como a tutela proferida em caráter satisfativo ou antecipatório, e que poderia se confirmar, tornando-se definitiva na decisão de mérito proferida pelo Juiz. Enquanto a tutela temporária se referia à tutela cautelar, a qual seria substituída por um provimento final “de modo que sua eficácia não poderia se tornar definitiva” (Tutela provisória, Ed. Atlas, Eduardo LAMY, 2018).

Contudo, em que pese tenha havido essa diferenciação, ela foi superada com a superveniência do novo Código.

Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira definem a tutela definitiva como:

Aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, pag. 575).

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - Tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - Se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II. (BRASIL, 2015)

O modelo de tutela jurisdicional definitiva é propriamente a concedida pelo procedimento comum, o qual abarca o próprio “processo de conhecimento” e “procedimento especiais” (que de certa forma, sempre desaguam naquele), é, justamente, nesse procedimento em que se assegura uma ampla participação das partes para a construção do provimento final.

Já a tutela provisória é tratada no Livro V do Código de Processo Civil tratando-se de uma técnica processual, proferida pelo juiz em cognição sumária, e que fundada nos pressupostos de urgência ou evidência visam salvaguardar o direito de outrem de lesão ou perigo de lesão, ressaltando-se que se tratam de decisões que podem conservar seus efeitos ao longo do procedimento, e, via de regra, são deferidas sem a oitiva da parte contrária, justamente por seu caráter urgente.

Trata-se de uma decisão fundada em mero “juízo de probabilidade”, e que, ao contrário do procedimento cognitivo, não há certeza sobre a existência do direito da parte, havendo tão somente uma aparência, pelo fato de que, pode ser que o juiz ainda não tenha tido acesso aos elementos probatórios que corroboram para a formação do seu convencimento. E isso faz com que o instituto esteja ligado à própria ideia de segurança e direito de acesso a uma ordem jurídica justa, proporcionando a quem lhe recorra a proteção de seu direito, livrando-o de danos que possam ser irreversíveis.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno:

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu. (BUENO, 2018, pag. 389).

De acordo com Humberto Theodoro Júnior:

As tutelas provisórias [...] representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (*fumus boni iuris*). (THEODORO JÚNIOR, 2018, pag. 647).

Fredie Didier Júnior define as tutelas provisórias como “tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016). E ainda estabelece que:

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo [...]. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 581).

Trata-se de um instituto que possui as características de “sumariedade da cognição¹²” e “precariedade¹³”, e, em razão desses dois primeiros, é inapto aos efeitos da coisa julgada.

Dentro do Livro V os regramentos sobre a tutela foram divididos em Títulos: o Título I trata das disposições gerais e os Títulos II e III tratam das espécies de “tutela provisória”: “tutela de urgência” e “tutela de evidência”, sobre as quais se passará a abordar.

Acerca dessa divisão trazida pelo Código considera-se a crítica de Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Gabriela Expósito Tenório Miranda:

A classificação das tutelas em de urgência e de evidência, tão em voga atualmente, muito por força do Novo CPC, cujo texto externa a segunda, só tem sentido se se estiver diante da técnica antecipatória. Na verdade, urgência e evidência são pressupostos, por vezes concorrentes, noutras vezes cumulativos, para o deferimento de tal técnica. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 109).

¹² Sumariedade advém de algo que é rápido. A sumariedade é uma característica das tutelas provisórias, permitem ao juiz decidir de forma rápida com base em um juízo de probabilidade formado pelos elementos de “convencimento” que até então foram demonstrados pela parte. A cognição sumária se difere da cognição exauriente a medida em que esta exige que sejam percorridos todos os atos do procedimento e que tenha sido permitido as partes a produção de todos os meios de prova necessários ao convencimento do juiz, que, com base em um juízo de certeza, apto a ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada, proferirá a sentença que colocará fim a demanda.

¹³ A precariedade das tutelas provisórias advém do fato de que tratam-se de decisões temporárias, deferidas para atender determinada situação específica e pontual, podendo ser revogada a qualquer momento processual e confirmada ou não na sentença, ocasião em que se tornará estável e passível de atrair os efeitos da coisa julgada, ou seja, a imutabilidade.

E isso traduz-se no seguinte ponto: a “tutela de urgência” representa a questão fática que se demanda, liga-se ao bem da vida que é buscado em juízo, ao passo que na “tutela de evidência” a urgência é tão somente processual, ligada propriamente ao tempo deste e que deve se ater ao princípio da duração razoável do processo, que obviamente resulta na efetividade processual.

A “tutela de urgência” possui seu regramento estabelecido dentre os artigos 300 a 310 do código de Processo Civil e trata-se de uma tutela que pode ser requerida tanto de forma antecipada ou cautelar de acordo com essa divisão descrita acima, a “tutela de urgência” possuirá natureza satisfativa ou instrumental, variando em razão da finalidade para a qual é requerida, é certo que a natureza satisfativa tem como característica a possibilidade de antecipar os efeitos do direito objeto do próprio litígio ou o próprio requerimento de tutela ao final. “Há, sem dúvida, uma antecipação no tempo daqueles que poderão ser os efeitos previsíveis da sentença de mérito”. (BUENO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA; LUCON, 2018).

Assim como descreve Humberto Theodoro Júnior:

Dessas técnicas também podem surgir provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais do direito disputado em juízo, motivo pelo qual as medidas provisórias que ostentem tal característica se denominam medidas satisfativas. (THEODORO JÚNIOR, 2018, pag. 647).

Conforme Fredie Didier, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira:

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolveu denominar de “tutela antecipada”, terminologia inadequada, mas que não será desconsiderada [...]. (BRAGA, FREDIE DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 582/583).

Já a “tutela de urgência cautelar” possui natureza instrumental, “se limitando a conservar bens ou direitos” (THEODORO JÚNIOR, 2018) e destinando-se assim, a resguardar a eficácia do provimento final. De acordo com Daniel Amorim (2019), sua função é garantidora, ao tempo que assegura a eficácia do resultado do processo de conhecimento.

Mas a fim de aclarar ainda mais a discussão, vale ressaltar os dizeres de Cássio Scarpinella Bueno:

Mesmo para quem aceitar esta proposta de distinção entre as duas figuras, importa alertar que nem sempre é simples distinguir até aonde vai o “assegurar” e aonde começa o “satisfazer” (e vice-versa). Até porque, a distinção repousa, quando bem compreendida, na preponderância ou na ênfase de uma característica sobre a outra, não na sua exclusividade, é dizer: assegurar pode também (ou é também) satisfazer, ainda que em menor intensidade; satisfazer pode também (ou é também) assegurar, ainda que em menor intensidade. E mais: a distinção entre “assegurar” e “satisfazer” tem que levar em conta também o direito (ou os direitos) a ser(em) assegurado(s) ou satisfeito(s). A satisfação fica mais evidente quando a tutela jurisdicional incide diretamente em um direito e o asseguramento quando se trata de tutelar um outro direito, relacionado àquele, mas, em si mesmo considerado diverso. (BUENO, 2018, pag. 392).

Essa crítica também é abordada por Daniel Neves (2019), no sentido de que, mesmo que tenha predominado o entendimento de que os institutos se separam em razão de sua natureza jurídica: satisfativa ou garantidora, a forma mais segura de diferenciá-los estaria nos efeitos criados com resultado final do procedimento, e esse seria um dos grandes motivos pelo qual o legislador garantiu, no art. 305 do Código de Processo Civil¹⁴, a fungibilidade entre as “tutelas de urgência”.

De acordo com o autor:

O maior problema é que em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto e o que é meramente sua consequência. **A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir.** O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil a parte vencedora. (NEVES, 2019, pag. 501). (grifo nosso).

¹⁴ Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seus fundamentos, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303. (BRASIL, 2015). (grifo nosso)

Quanto ao tempo, a “tutela de urgência” também poderá ser requerida em momento antecedente ao ajuizamento da ação, ou junto ao ajuizamento desta (deferidas em *in limine litis*) ou a qualquer momento ao longo da estrutura procedimental – na sentença, ou em grau de recurso – “não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016), caso em que será requerida em “caráter incidental”.

Só as tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória de evidência não pode ser requerida em caráter antecedente. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 585).

Sobre a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, ainda menciona-se que ela “deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva”. (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVERIA, 2016). Não se trata de uma petição inicial, mas simplesmente de um requerimento voltado para a tutela pretendida.

O Código, ainda, estabelece, de forma expressa no art. 300¹⁵, os requisitos necessários para o deferimento da tutela de urgência, seja ela antecipada ou cautelar: a probabilidade do direito e o risco de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Tratam-se de elementos que são concorrentes ao deferimento da tutela. O que se vê é que em relação à legislação do Código de Processo Civil de 1973, houve uma remoção da distinção existente entre os requisitos para a concessão da tutela antecipada e a tutela cautelar.

A partir de uma leitura do texto legal em seu sentido literal ter-se-ia a conclusão de que o perigo de dano seria ligado à tutela antecipada, enquanto o risco ao resultado útil do processo seria vinculado à tutela cautelar.

Mas, conforme entendimento de Daniel Neves:

¹⁵ Art. 300. 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.

§1º. Para a concessão da tutela de urgência o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º. A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 2015).

A distinção, entretanto, não deve ser prestigiada porque nos dois casos o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo. (NEVES, 2019, pag. 505).

Essa questão foi alvo de debate perante o Fórum Permanente de Processualista Civil, que pacificaram o tema por meio do Enunciado 143¹⁶, e hoje, o que se extrai é que, seja na tutela de urgência cautelar ou antecipada, incumbe a parte formar o convencimento do “juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito” (NEVES, 2019).

Doutrinariamente, a probabilidade do direito caracteriza-se como “a plausibilidade de existência desse mesmo direito” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016), é nada mais que um critério de análise de “elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA 2016) a partir de uma plausível verdade sobre os fatos que são narrados, emancipados da necessidade de produção de outras provas.

O perigo na demora, é satisfeito a partir da demonstração dos elementos que evidenciem o perigo concreto, irreparável ou de difícil reparação para o direito, caso haja demora na concessão da prestação jurisdicional requerida, ligando-se à própria ideia de efetividade do direito.

Mas, Didier Jr. já afirmou que:

Sucedede que o receio que justifica a tutela provisória nem sempre se refere a um dano (irreparável ou de difícil reparação). Este temor pode dizer respeito ao advento de um ato contrário ao direito (ilícito). Isso depende do tipo de tutela definitiva cujos efeitos se buscam antecipar: inibitória, reintegratória ou ressarcitória. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 611).

¹⁶ “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”. (NEVES, 2019, pag. 505).

Sobre a redação presente no artigo 300 do Código de Processo Civil, o autor afirma que:

O perigo da demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de “dano ou risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC). A redação é ruim. Nem sempre há necessidade de risco de dano (Art. 497, par. ún., CPC), muito menos a tutela de urgência serve para resguardar o resultado útil do processo – na verdade, como examinado, a tutela cautelar serve para tutelar o próprio direito material. Mais simples e correto compreender o disposto no art. 300 como “perigo da demora. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 610).

No artigo, ainda, se identifica que existem requisitos que são específicos à determinada tutela, assim como no caso da “tutela antecipada”, em que se exige a reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória. Contudo, tal fato tem sido relativizado na prática jurídica, baseado no fator urgência de determinadas situações e o risco de perecimento do direito. Isso decorre da relevância dos princípios do contraditório e ampla defesa e a segurança jurídica do réu. Trata-se de uma previsão que exige um cuidado em sua aplicação e interpretação a fim de preservar a efetividade do instrumento jurídico, sob pena de torna-lo “mais uma previsão que em razão de suas limitações terá pouca aplicação prática e ainda menos relevância jurídica” (NEVES, 2019).

Já a tutela de evidência, considerando seu regramento legal estabelecido no artigo 311¹⁷ do Código de Processo Civil, sempre será incidental. Trata-se de uma tutela de independe da demonstração dos requisitos estabelecidos no artigo 300 do Código de Processo Civil e “é cabível em qualquer espécie de processo ou de procedimento, inclusive nos Juizados Especiais” (NEVES, 2019).

De acordo com Fredie Didier, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira:

¹⁷ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I – Ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II – As alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III – 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 cominação de multa;
 - IV – A petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (BRASIL, 2015).

Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 630).

Mas, o alvo de críticas da doutrina é quanto aos requisitos expostos no inciso I do art. 311 do Código de Processo Civil, dado ao fato de mesmo que o julgador já tenha formado o seu convencimento quanto ao direito autoral, não poderá deferir a tutela ante a não ocorrência de nenhuma das suas hipóteses. “Parece extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela de evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega” (NEVES, 2019). Em razão disso, diz-se que, de forma analógica, deve o julgador se ater ao artigo 300 do Código de Processo Civil, o que condiciona o deferimento da tutela ao preenchimento do requisito da probabilidade de acolhimento da pretensão autoral.

Ainda se ressalta que a tutela de evidência tem como objetivo a redistribuição do ônus do tempo, o que se traduz no desenvolvimento de uma estrutura procedimental que observe todas as suas fases até o provimento final, considerando o argumento de que a parte não pode ter seu direito, que é evidente, lesado à espera de uma tutela definitiva.

Na visão de Paula Sarno, Didier Júnior e Rafael Oliveira:

Se as afirmações de fato e o direito do autor se colocam em estado de evidência, a injustiça que pode decorrer da sua espera por uma cognição exauriente, necessária para a concessão de tutela definitiva, é muito mais provável do que aquela que vitimaria o réu com um eventual erro judiciário advindo da apreciação superficial da causa, por uma cognição sumária, que funde uma tutela provisória. (BRAGA, DIDIER JÚNIOR, OLIVEIRA, 2016, pag. 632).

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1 Evolução Histórica

Juridicamente é preciso saber que o Direito, enquanto ciência dinâmica, sempre precedeu diversos acontecimentos que ocasionaram na existência dos direitos que se tem hoje.

As primeiras origens do movimento denominado “Constitucionalismo” remontam a Grécia antiga, onde, a consideráveis anos, já se exercia, de forma bastantes restrita, institutos que no atual paradigma encontram-se em processo de consolidação, a exemplo, a democracia. Com os princípios constitucionais que hoje se elencam no rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, isso não se deu de forma diversa.

Os primeiros indícios do Princípio do Devido Processo Legal remontam ao ano de 1215, na Inglaterra, que era reinada pelo denominado “Rei João Sem Terra”, que diante das pressões exercidas pela burguesia e senhores feudais devido ao descontentamento com as abusivas taxações de impostos e as sucessivas derrotas em conflitos travados contra a França, se viu obrigado a criar um documento “jurando respeitar os direitos e liberdades destes, dentre os quais se destacava o devido processo legal” (TAVARES, 2007). O documento citado, era denominado de Magna Carta, e tinha como uma das suas principais características o fato de ser censitário, ou seja, destinado somente a determinadas pessoas.

Sobre isso, José da Silva Pacheco¹⁸ apud Rosemiro Pereira Leal:

Na origem histórica dessa expressão (due process of law), a concretização do direito pelo “devido processo” (modo de julgamento colegiado) haver-se-ia de fazer por pessoas (juízes) que estivessem em nível de igualdade em liberdades, costumes e bens como ameaçado (acusado) ou lesado em direitos. (LEAL, 2019, pag. 51).

Contudo, uma parcela da doutrina contemporânea tem como origem do “devido processo legal” o direito alemão, por meio do Decreto Feudal emanado do imperador Germânico – Conrado II, em 28 de maio de 1037.

¹⁸ PACHECO, José da Silva. **Direito Processual Civil**. 2v. Renovar. Rio de Janeiro, 1976.

Todavia, apesar dessa abordagem, a maioria da doutrina elenca que, o referido documento somente demonstrava indícios da existência desse princípio. A Magna Carta foi o marco principal do “movimento de conquista de liberdades individuais” (TAVARES, 2020) que contribuiu para a consolidação das instituições democráticas inglesas frente ao absolutismo, buscando a limitação contra as abusividades praticadas pelo Estado, e é a partir dela que se percebe a evolução gerada para outros movimento que ocorreram na Inglaterra e no mundo.

Por outro lado, critica-se que:

É possível afirmar que a Inglaterra, a despeito de ter sido inovadora no acabamento de um texto constitucional, nunca criou uma Constituição escrita no modelo difundido a partir dos Estados Unidos, sendo certo que seus institutos de natureza constitucional permanecem assentados em tradições e costumes do povo. (TAVARES, 2020, pag. 82).

Foi no Direito norte-americano que o Devido Processo Legal se destacou. Essa fase do Constitucionalismo é marcada pela formalidade, qual seja, de exprimir em um documento escrito direitos e garantias individuais, além de normas que contribuem para a organização do próprio Estado. Influenciado pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos de 1787, o devido processo legal assume novas feições, diferentes das que se concretizavam nos países orientados pela *common law*.

Esse conteúdo constitucional traduzia, por certo, os termos do antigo contrato social de ROUSSEAU, que, nesse momento, deixava a condição de ficção de teoria política para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais. (TAVARES, 2020, pag. 83).

De acordo com Rosemiro Pereira Legal (2009) essa diferenciação justifica-se no próprio sistema adotado pelo Estado. Nos sistemas de *civil law* há uma predominância do princípio da reserva legal “realizado pelo processo constitucionalizado como modelo jurídico-normativo e condicionador procedimental da jurisdição” (LEAL, 2009), ao contrário do sistema *common law*, em que o processo legal funciona como uma lei moral do julgador.

A cláusula que trazia a previsão do devido processo legal foi abrangida na Constituição norte-americana pela V emenda, o qual, posteriormente, teve sua ampliação garantida pela aprovação da XIV emenda pelo Congresso, que ampliou, ainda mais, a abrangência desse princípio estendendo seus efeitos do instituto para a vida, liberdade e propriedade, período marcado por uma “atuação positiva na Suprema Corte na afirmação do devido processo substantivo como resposta a luta pelos direitos civis” (NUNES, BAHIA, PEDRON, 2020).

Essa ampliação da eficácia do instituto, bem como sua previsão contribuíam para uma segurança jurídica por parte dos destinatários desse documento, trata-se da “sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado” (CANOTILHO, 1941).

A partir desse momento, muitos outros paradigmas vêm a ocorrer, e, embora cada um tivesse suas peculiaridades, conservavam os traços de serem marcados por um interesse em comum: a garantia de direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado.

3.2 Devido Processo Legal no direito brasileiro

Na história constitucional brasileira, embora muito se “fazia a menção a corolários da cláusula do devido processo legal” (GONÇALVES, NUNES, 2014), a previsão expressa do instituto do devido processo legal somente se deu com o advento da Constituição da República promulgada em 1988 e vigente até os dias atuais, a qual inaugurou no Brasil o Estado Democrático de Direito e o elencou dentre o rol dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, ocupando o inciso LIV, que assim dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1998).

Sobre isso, diz-se que “a adoção do princípio do devido processo legal na Carta Magna de 1988, no seu art. 5º, LIV, ergueu-se, esta, ao nível das Constituições mais

avançadas do mundo, em termos de garantia de tutela jurisdicional” (TAVARES, 2007). Além do mais, representou um grande avanço para o direito, que agora orientava-se por princípios fundamentais que permitiam uma “visão unitária do ordenamento jurídico” (TAVARES, 2007) e orientavam interpretação das normas conforme a Constituição, o que foi um reforço ao Princípio a Supremacia Constitucional.

Segundo Juliano Vitor Lima e Maria Fernanda de Lima Moura:

Com o advento do paradigma procedimentalista, o princípio do devido processo legal ganhou contornos constitucionais por meio da Constituição republicana de 1988, que o trouxe expressamente em seu bojo, inaugurando, assim, o sistema principiológico processual. (GONÇALVES, NUNES, 2014. pag. 67).

Sendo assim, é certo afirmar que “na atualidade, só existe processo como instituição jurídica constitucionalizada” (LEAL, 2009).

Contudo, inicialmente, era tido como uma garantia que se reservava, principalmente, ao processo penal, garantindo ao acusado a impossibilidade de ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. “Mas, mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava à limitação do poder governamental” (TAVARES, 2007). Por essa razão, considerando que por força da nova ordem jurídica que se instalava, repleta de princípios que informavam o processo e pelos quais este passou a ser lido, já não prevalecia mais a ideia de que o “devido processo legal” se aplicaria somente ao processo penal. “O princípio processual que passa a ter o sinete constitucional se eleva em destaque e quilate” (SILVA, 2018).

Por esta razão, tendo o ordenamento jurídico como um todo, seja em âmbito judicial, administrativo ou legiferante, todos serão informados pelo devido processo legal, acompanhado dos demais princípios que com ele se coadunam e que também são essenciais para garantir às partes um processo justo, bem como a proteção de direitos que lhes são intrínsecos, quais sejam vida, propriedade e liberdade.

Segundo Fernando Horta Tavares:

Diante de tantas divergências conceituais acerca de um instituto de tamanha importância como o devido processo legal, o mais sensato a se dizer, de acordo com a sociedade atual, e de acordo com as modernas teorias de processo como instituição

constitucionalizada, é considera-lo como uma verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito, servindo não apenas para concretizar um Estado de direito formal ou legalista, mas, servindo, acima de tudo, como um direito de defesa frente ao Estado. (TAVARES, 2007, pag. 243).

Os argumentos expostos se perfazem com a previsão da dupla eficácia – horizontal e vertical – do devido processo legal, que envolve tanto a relação entre Estado e cidadão (forma vertical), assim como na relação entre particulares (forma horizontal)¹⁹, argumentos abordados pelos autores Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2020).

A fim de fortalecer cada vez mais a importância do devido processo legal para a tutela de direitos, sua previsão passou a ser reforçada nas legislações infraconstitucionais, assim como ocorreu com o Novo Código de Processo Civil promulgado no ano de 2015. “São os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017).

O fato de não ter havido a previsão expressa de todas as garantias constitucionais no Novo Código, não significa que essas garantias tenham perdido sua aplicabilidade, por expressa previsão do artigo 1º do Código de Processo Civil continuam como princípios informadores do processo:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (BRASIL, 2015).

Cuida-se de se afirmar que “com o CPC de 2015, ocorre uma verdadeira endoprocessualização de direitos fundamentais que, se desrespeitados, importarão na invalidade do processo” (SILVA, 2018).

3.3 Conceito de devido processo legal

¹⁹ A eficácia vertical do “devido processo legal” que envolve tanto o Estado como o cidadão trata da aplicação do “devido processo legal” nas esferas: jurisdicional, administrativa e executiva. A eficácia horizontal se refere a aplicação do devido processo legal nas relações privadas ou entre particulares, decorrente da própria aplicação dos direitos fundamentais.

O devido processo legal trata-se de um princípio amplo, e justamente por este fato, autores como Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2018) possui um entendimento de trata-se de algo que deve ser compreendido e não conceituado, pois, pode ser que a conceituação leve a uma restrição do seu campo de alcance.

Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (2019) o tratam como um direito fundamental ao qual a organização do modelo de processo constitucional estaria vinculada, “o direito ao processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo” (MARINONI, MITIDIERO, SARLET, 2019), destinado a garantir a unicidade do direito e decisões justas.

Ainda tratando sobre o tema, exerce duas vertentes de crítica quanto à adoção da nomenclatura devido processo legal. Primeiramente, alega que a utilização da expressão devido processo legal remeteria ao Estado de Direito, época “em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019), o que contraria o Modelo de Processo Constitucional inaugurado pelo Estado Democrático de Direito destinado a contribuir de forma efetiva, por meio de um processo justo e organizado, para a tutela de direitos.

Posteriormente, sua crítica é dirigida para o fato de que a expressão remeteria a herança norte-americana, que somente pensava o devido processo legal em sua vertente substancial, e que no Direito Brasileiro, sua concepção estaria mais além que a forma substantiva, devendo ser percebido também sob o enfoque da razoabilidade e proporcionalidade voltada a própria atuação de um Estado Constitucional pautado na legalidade, bem como de todos os demais direitos fundamentais presentes na Constituição ou que dela decorrem. E que, por isso, a melhor expressão a ser utilizada seria Devido Processo Justo.

Contudo, enaltecendo o respeito pelo entendimento do autor, entende-se que não há prejuízo em se utilizar a expressão devido processo legal, até porque, em que pese tenha sido uma importação do direito norte-americano, no Brasil, com a inauguração do Estado Democrático de Direito o instituto ganhou contornos totalmente distintos e únicos que o elevaram a informador do Modelo Constitucional de Processo, estando superada, como será demonstrado mais adiante, essa dicotomia que o separava em substancial e procedimental.

Por essa razão, a noção de devido processo legal seria ampla, ligada aos valores de uma sociedade, e, em função desse dinamismo, estaria apto a sofrer mudanças para se amoldar aos novos padrões culturais vivenciados por esta.

De acordo com Alexandre de Moraes, entende-se o instituto como:

O devido processo legal configura uma dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo julgador competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2018, pag. 152).

Sobre outra ótica Eduardo Rodrigues Santos²⁰ apud Augusto Vinícius Fonseca conceitua o instituto como:

[...] Assim, pode-se afirmar que o devido processo legal possui uma lata abrangência axiológica, englobando os demais princípios processuais constantes da Carta Maior, implícitos ou expressos, tais como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a motivação, o juiz natural, a inadmissibilidade da provas ilícitas, a duração razoável de processo, a eficiência processual, dentre vários outros, fazendo-se guiar pela razoabilidade e pela proporcionalidade, buscando decisões pautadas na justiça e na equidade, respeitando e fazendo respeitar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela própria Constituição e vinculando os magistrados à lei processual e, assim, coibindo os abusos e ativismos inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito. (SANTOS, 2016, pag. 137/138).

Sobre os conceitos citados, o que deve se ter em mente é que o devido processo legal não pode ser entendido fora desse objetivo de limitação do poder do Estado de qualquer ingerência no setor privado, seja em qualquer esfera de Poder – Executivo, Legislativo ou Judiciário –, é sua competência conferir ampla proteção aos direitos fundamentais do indivíduo “mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas)” (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2017).

Por outro lado, na conotação processual, o devido processo legal, considerado uma “cláusula geral processual” (SILVA, 2018), é envolto da garantia de um processo justo cercado de todas as garantias processuais constitucionais que com ele se coadunam e destinam-se a promover a igualdade dos litigantes na relação processual a fim de que os provimentos judiciais sejam cada vez mais democráticos.

²⁰ SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios Processuais Constitucionais**. JusPodivm. Salvador, 2016.

Segundo o autor:

O que resulta e consolida a dimensão participativa própria do Estado Democrático de Direito, por meio do qual o cidadão não apenas sobre os efeitos como destinatário das decisões emanadas das funções estatais, mas, por meio das garantias processuais como o contraditório e ampla argumentação, participa ativamente manifestando sua opinião e vontade e instituindo a co-autoria das deliberações públicas ou individuais. (GONÇALVES, NUNES, 2014, pag. 68/69).

3.4 Superação da dicotomia entre devido processo legal substantivo e procedimental

Essa dicotomia era trazida pela doutrina tradicional, que ainda se inspirava no sistema americano. “Trata-se de uma distinção meramente acadêmica e, muitas vezes, não se presta a esclarecer qual o verdadeiro sentido de referido instituto no Estado Democrático de Direito” (TAVARES, 2007).

O devido processo legal substantivo tem origem no final do século XVIII, na Suprema Corte Americana quando analisava matérias que se referiam à limitação do poder governamental.

Tradicionalmente, por parte de autores que possuíam uma visão instrumentalista do processo, o devido processo legal substancial era entendido como a exigência de um mínimo de razoabilidade na atuação Estatal destinada a atingir a esfera privada do indivíduo por meio das leis e atos administrativos destinados a privar-lhe de bens ou direitos. Contudo, criticava-se o que seria entendido por razoabilidade, diante da ausência de critérios de sua utilização.

Mas, em uma visão moderna e adequada ao paradigma constitucional, entende-se que o devido processo legal substancial deve ser considerado como referência “ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, se a sua substância está de acordo com o devido processo” (TAVARES, 2007).

Traz a relação entre o princípio do devido processo legal e o princípio da legalidade, em que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República de 1988 devem orientar o legislador na criação da lei, uma vez que esta, o instrumento limitador do Poder Estatal, somente atua adstrito aos seus termos.

Já o devido processo legal procedimental “está relacionado ao modo por que a lei em sentido amplo ou a ordem judicial é executada” (SILVA, 2018). Por meio dos

procedimentos utilizados exige-se o respeito as próprias garantias constitucionais do indivíduo “em proporcionar uma oportunidade de ser ouvido no tempo oportuno e de maneira adequada” (TAVARES, 2007).

[...] O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos que devem ser aplicados sempre que de alguém foi retirada alguma liberdade básica. (TAVARES, 2007, pag. 245).

Todavia, de acordo com o atual paradigma de Estado há que se entender essa dicotomia superada diante da necessidade de equilíbrio entre elas, o que pressupõe uma unificação das duas vertentes a fim de que se evite o enfraquecimento desse instituto, pois, a reparação o ameaça de reparação a direitos, sempre que buscada pelo interessado, deve ser demandada observando o modelo constitucional do processo.

Assim como “não se pode pretender, sem dúvida alguma, que o processo cubra todas as possibilidades relacionadas com o devido processo legal em sentido material” (TAVARES,2007), o essencial é que haja uma observação aos procedimentos que são estabelecidos na Constituição e também às normas processuais contidas em seu bojo, a fim de reforçar sua própria eficácia na proteção de direitos fundamentais.

3.5 Devido processo legal como um sobreprincípio ou superprincípio

A noção de princípio traduz uma ideia de início, de onde se origina ou começa.

No ordenamento jurídico brasileiro os princípios constituem o fundamento do próprio modelo de Estado, por isso, são de grande importância. Possuem função: interpretativa, supletiva e normativa própria, atuando na compreensão do sistema jurídico, socorro as lacunas legais e informando o próprio sistema.

De acordo com Ronaldo Brêtas:

Ao que se percebe dessa extensa doutrina contemporânea colacionada, os princípios são havidos como proposições

fundamentais do Direito, via de consequência, considerados normas jurídicas e, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico. (DIAS, 2010, pag. 105).

Augusto Vinícius Fonseca e Silva (Silva, 2018) em sua obra aborda acerca da posição ocupada pelo devido processo legal, se seria este um sobreprincípio ou superprincípio.

O sobreprincípio é entendido como um princípio cuja eficácia independe da intermediação de outras regras jurídicas espalhadas pela legislação. Contudo, existem normas destinadas a concretizar os princípios, funcionam como uma espécie de meio para atingir a finalidade visada por este.

Segundo Humberto Ávila²¹ apud Augusto Vinícius Fonseca e Silva:

“Como princípios que são, os sobreprincípios exercem funções típicas de princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros princípios (daí o termo “sobreprincípio”), não exercem nem a função integrativa (porque essa função pressupõe atuação direta e os sobreprincípios atuam indiretamente), nem a definitiva (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.” (SILVA, 2018, pag. 133).

Mas, assim como tal autor ainda dispõe em sua obra, há que se ressaltar que, a partir do momento que uma norma é elevada em nível constitucional, passa a ter um caráter de fundamentação perante outras normas. Portanto, o devido processo não seria um sobreprincípio, mas, sim, um superprincípio devido ao fato de que ocupa posição destacada no texto constitucional, dentre os direitos e garantias fundamentais, aos quais o legislador constituinte originário fez questão de atribuir posição topográfica considerando sua importância; e também porque o devido processo legal reúne em bojo o contraditório, a ampla defesa, e todas as demais normas que estão positivadas tanto no texto constitucional ou legislação infraconstitucional, mas que também se destinam a informar o processo “revelando,

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ed. Malheiros. São Paulo, 2004.

assim, seu inegável perfil normogenético-fundamentante, afinal, não será “devido”, nem muito menos “legal” o processo que destoa da Constituição (SILVA, 2018).

Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas. A partir desta concepção teórica, tem-se o reconhecimento doutrinário da sua natureza normativa própria com força vinculante e não apenas simples enunciado programático. (DIAS, 2010, pag. 107).

3.6 Devido processo legal como sinônimo de “Devido Processo Constitucional”

A conclusão sobre os tópicos acima mencionados permite a visão de que, no atual paradigma do “Estado Democrático de Direito”, não impera mais a noção simples de devido processo legal, mas, sim, a noção de “devido processo constitucional”, pois, tal princípio é resultado da reunião de todos os outros princípios presentes na Constituição, dessa forma, “normas jurídicas impositivas, ao lado das regras” (DIAS, 2010) destinadas a realçar a extensão principiológica do sistema.

É o que prescreve Rosemiro Pereira Leal:

Ora, se assegurado o process em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação a Lei Constitucional (o devido processo constitucional como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), por que não há uma vontade super posta ou a-latere, subjacente ou osbcôndita, valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei. (LEAL, 2009, pag. 52).

Hoje, o processo não é mais um instrumento exclusivamente a serviço do Estado, e sim um instituto que efetiva direitos fundamentais, em que pese “sofra o influxo do direito material, que polariza a sua finalidade e determina a sua estruturação” (SARLET, MITIDIERO, MARINONI, 2019) é algo construído pelas partes em contraditório, as quais serão destinatários do provimento.

Nesse sentido, se posiciona Ronaldo Brêtas:

[...] A decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aquele que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo. (DIAS, 2010, pag. 123/124).

Trata-se de uma questão que efetiva a própria democracia, considerando que, a partir do que já foi citado, não é permitido ao julgador, de forma arbitrária, proferir decisão desvinculada do que foi trazido pelas partes no processo ou em desacordo com quaisquer das garantias constitucionais, assim como no Processo Legislativo não se admite que a norma produzida seja dissociada dos direitos e garantias fundamentais.

Deve o Estado, desse modo, agir conforme as normas estabelecidas na Constituição, e, ao mesmo tempo, utilizar-se delas para proteger os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Nesse sentido, cada vez mais as legislações infraconstitucionais têm se posicionado na frente de proteção desses princípios, incorporando-os em seus textos, reforçando a tendência de tornar o processo como uma instituição constitucionalizada e democrática em que se permite ao indivíduo se efetivar enquanto sujeito de direitos.

Nesse sentido é a lição de Ana Flávia Paulinelli Gonçalves Nunes:

Sob essa atual e necessária perspectiva, o devido processo legal é um viabilizador da abertura de procedimentos participativos a fim de criar mecanismos de fiscalização e discussões acerca da operacionalidade do Estado, inclusive a função judicial e a efetividade do sistema de direitos fundamentais. (GONÇALVES, NUNES, 2014., pag. 69).

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A fim de introduzir o capítulo da pesquisa os tópicos acima abordaram sobre as informações relevantes e necessárias para adentrar à discussão do feito, explanando sobre o instituto das “tutelas provisórias” e o “princípio do devido processo legal”. Portanto, a partir desses elementos, a pesquisa passará a abordar sobre as questões que envolvem o novo instituto implementado pelo legislador em 2015, qual seja, a “tutela antecipada requerida em caráter antecedente” analisando-a frente ao princípio retro mencionado.

A “tutela antecipada requerida em caráter antecedente” é um procedimento autônomo, previsto nos artigos 303²² e seguintes do Código de Processo Civil. É um instituto novo, inaugurado junto ao novo diploma processual; todavia, a previsão deste instituto trouxe consigo muitas discussões, principalmente no tocante ao tratamento, tendo em vista que o Código não foi claro o suficiente em determinados pontos de seu regramento.

É sobre tais aspectos que a presente pesquisa tratará, pois, são questões que, ativamente, têm sido abordadas pela doutrina na tentativa de buscar uma solução mais razoável. A discussão questionará se a estabilização da tutela representaria uma violação ao princípio do devido processo legal, bem como a necessária interposição de recurso para impedir a ocorrência da estabilização e também a possível afronta ao

²² Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§1.º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II – o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III – não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§2.º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do §1.º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§3.º O aditamento a que se refere o inciso I do §1.º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§4.º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§5.º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§6.º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. (BRASIL, 2015).

princípio da “segurança jurídica”²³ (princípio que decorre do devido processo legal), já que a decisão que concede a tutela não seria passível de fazer a denominada “coisa julgada”.

Com essas considerações, os tópicos que se seguem passarão a abordar essas questões de forma mais detalhada.

4.1 A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

A “estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente” trata-se de um efeito previsto pelo Código de Processo Civil em caso de deferimento e ausência de insurgência por parte do demandado contra a decisão que concede a tutela.

Esse efeito é consagrado no artigo 304 do Código de Processo Civil e é definido como:

Capacidade da decisão provisória de se manter inalterada até que outra decisão venha a existir e promova a sua reapreciação, dentro das situações devidamente descritas na norma para tal ato. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 385).

Trata-se de um instituto que, se interpretado de acordo com a literalidade da norma, não se aplica à tutela cautelar requerida em caráter antecedente e nem à tutela de evidência, uma vez que ela se aplica, exclusivamente, à tutela antecipada que é satisfativa, ao contrário da tutela cautelar que é protetiva.

Por meio desse procedimento, pode a parte pleitear uma decisão, deferida em cognição sumária, apta a produzir efeitos, sem que tenha que se submeter ao procedimento comum, pois, “os efeitos oriundos da ordem judicial de cognição sumária continuarão a serem produzidos, ainda que não tenha um litígio para aquela situação específica” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018).

De acordo com Eduardo Lamy:

Assim, o tema merece detida análise, eis que foge ao “estado da arte”, que determinava a dependência das decisões obtidas em

²³ A segurança jurídica trata-se de um princípio dirigido ao Estado como dever de proporcionar a conservação das situações jurídicas, fato que garante a proteção da própria ordem social, e reforça o sentimento de confiança dos indivíduos para com o Estado.

tutelas sumárias à sua validação posterior ao crivo da cognição exauriente. Há, portanto, uma autonomização da cognição sumária advinda da estabilização da tutela satisfativa obtida em caráter antecedente. (LAMY, 2018, pag. 78).

Via de regra, as decisões deferidas em caráter provisório precisam, seguidos os trâmites procedimentais, serem confirmadas ou não na sentença, até porque, como já foi dito, são deferidas em caráter provisório, com base em um juízo de probabilidade e não de certeza, e é por meio do processo de conhecimento que as partes terão a chance de lançar mão dos meios de provas para demonstrar o seu direito, fato que pode implicar na conservação ou revogação dos efeitos desta decisão “precária”.

A questão da certeza, ou melhor, a análise de mérito é pressuposto da segurança jurídica, haja vista que o processo tem como escopo, não somente efetivar os direitos fundamentais das partes, mas também pacificar os conflitos sociais. Portanto, “qualquer técnica não calcada neste juízo de certeza fica dependente do exaurimento da cognição, por uma decisão final que eventualmente a confirme” (LAMY, 2018).

Sobre essa questão, Vinicius Silva Lemos aborda que:

Num sistema em que somente se conhece os institutos da preclusão e da coisa julgada, inclui-se também a estabilização, a qual deve ser visualizada com independência e autonomia em relação aos outros institutos. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 357).

De acordo com Lamy, trata-se de um instituto que tem por finalidade dissociar a decisão que é deferida em caráter provisório da decisão que é deferida em caráter definitivo, afastando a necessidade de submissão das partes ao processo de conhecimento na medida em que a decisão precária cria para a parte uma “situação fática desejável (LAMY, 2018).

Trata-se da busca de celeridade processual, a partir da simplificação do procedimento, com base em uma ideia que já é aplicável ao “procedimento da ação monitória”²⁴, resolvendo-se as demandas com fundamento na probabilidade do direito

²⁴ A ação monitória “trata-se de uma espécie de tutela diferenciada, que por meio da adoção de técnica de cognição sumária (para a concessão do mandado monitório) e do contraditório diferido (permitindo a prolação de decisão antes da oitiva do réu), busca facilitar em termos procedimentais a obtenção de um título executivo quanto o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência de seu direito”. (Neves, 2019, pag. 997).

da parte, mas não deixando de garantir à parte meios autônomos para esgotamento do tema.

Assim como cita Elpídio Donizetti:

Destaco aqui algumas opiniões sobre a estabilização da tutela antecipada, instituto que, a par de potencializar a celeridade, retira do demandante parte do poder de ação e do demandado parte da amplitude do direito de defesa. Contudo, essa restrição decorre de manifestação expressa ou tácita das partes, razão pela qual não se vislumbra afronta à garantia constitucional do acesso à justiça. (DONIZETTI, 2020, pag. 529).

Em sua visão o instituto visto como algo que potencializa a celeridade processual, que apesar de suprimir parte de direitos fundamentais dos sujeitos processuais, diga-se o direito de ação e ampla defesa, tal supressão não seria inviável haja vista que decorre de concordância explícita ou implícita das partes.

Contudo, esse posicionamento é discutível se levadas em consideração certas situações de forma específica em que a estabilização pode violar direitos que são fundamentais às partes no processo, tais como: direito ao contraditório e ampla defesa, assim como se denota do estudo feito por Heitor Vitor Mendonça Sica (2018), em que abordou sobre os pontos problemáticos da estabilização.

Diga-se por situação, a ocorrência da revelia, ou seja, não havendo a localização do demandado o seu direito de defesa não pode ser prejudicado, portanto, isto seria um fator prejudicial a estabilização.

Em outro ponto, tem-se a citação por edital, que é vista como uma citação ficta, se utilizando da ideia da presunção que o demandado tenha tomado ciência de determinada questão processual. Portanto, falando-se em estabilização, a revelia não pode ser tida como uma conformação.

De acordo com Eduardo Talamini²⁵ apud Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Observe-se que a estabilização da decisão antecipatória não será possível se o réu inerte foi citado/intimado por edital ou por hora certa, se estiver preso ou for incapaz sem representante ou em conflito com ele. Nestes casos, será necessária a designação de curador especial que terá o dever funcional de

²⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n.209.

promover sua defesa (ainda que genérica), impugnando a tutela de urgência então concedida. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2016, pag. 609).

Assim, entende-se que, na hipótese aventada a estabilização estará afastada. Portanto, o processo deve prosseguir a fim de que seja feita a análise definitiva de mérito, o que poderá culminar na revogação ou não da decisão provisória anteriormente deferida, opção que se revela a mais segura, pois, a economia processual não pode ser algo a ser buscado a todo custo, ainda que importe em violação de outros direitos das partes.

O mesmo raciocínio se faz quanto à intervenção de terceiros no procedimento da “tutela antecipada requerida em caráter antecedente” na modalidade assistencial simples ou litisconsórcio, havendo a resposta por parte deste, se tais argumentos aproveitarem ao demandado também se constituirá um fator impeditivo da estabilização.

Em que pese Elpídio Donizetti (2020), posicione-se no sentido de que o instituto da estabilização deve ser bem recebido em razão de sua capacidade de evitar a morosidade na solução das demandas, conclusão que se faz é que referido instituto deve ser analisado frente ao “princípio do devido processo constitucional”, pois, é neste que será analisada sua validade.

O contexto abordado na presente pesquisa se refere a posições doutrinárias, mas pode ser que a aplicação prática do instituto citado gere indagações ainda maiores, ocasião em que o julgador não poderá deixar de se valer do princípio citado, além dos que dele são decorrentes, para trazer a melhor solução para o caso concreto.

Do mesmo entendimento, compartilha Eduardo Lamy:

A leitura do NCPC acerca da estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente deve ser feita à luz da Constituição, respeitando-se os princípios nela instituídos, para um exercício democrático no processo civil. (LAMY, 2018, pag. 97).

O procedimento ora tratado deve ser visto como algo reservado para situações excepcionais, pois, o Estado Democrático de Direito trabalha com a concepção de segurança jurídica, é um pressuposto de manutenção da ordem, portanto, a exigência

de submissão das partes ao procedimento comum e a consequente análise do mérito da demanda deve ser tido como regra.

4.2 O impedimento à estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente

O Código de Processo Civil em seu artigo 304²⁶, apresentando os regramentos da “tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, traz expresso no *caput* que a decisão se torna estável caso não seja interposto o “recurso cabível”.

Por expressa previsão contida no art. 1015 do Código de Processo Civil, o recurso cabível para atacar a decisão que defere ou indefere o pedido de tutela provisória, aqui considerando o gênero, nos termos do inciso I, é o recurso de Agravo de Instrumento, que é destinado a combater as denominadas “decisões interlocutórias”²⁷ e que são definidas como as decisões que não põe fim ao processo.

No tópico ora apresentado, a discussão ataca um ponto específico dessa previsão, que é a exigência exclusiva da interposição de recurso para evitar a “estabilização” da “tutela antecipada requerida em caráter antecedente” e que foi deferida em favor do requerente, pois, assim como este tem o direito de demandar junto ao Poder Judiciário para satisfazer sua pretensão e ver sua demanda resolvida de forma definitiva, desse direito também faz jus o requerido.

Segundo Eduardo Lamy:

Não se olvida que o objetivo da alteração do texto, que levou à redação final da forma como exposta no art. 304 do NCPC, foi proposital. Em outras palavras, tentando ampliar a aplicação da

²⁶ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§1.º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada, por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2.º.

§4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2.º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§5.º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2.º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1.º.

§6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2.º deste artigo. (BRASIL, 2015).

²⁷ De acordo com Daniel Amorim, as decisões interlocutórias possuem um conceito residual, sendo “qualquer pronunciamento decisório que não seja sentença” (NEVES, 2020).

estabilização ao maior número de casos possível, as comissões, no transcorrer do processo legislativo, alteraram a expressão impugnação por respectivo recurso, o que foi albergado pelo legislador. (LAMY, 2018, pag. 85/86).

É visível que o fato impeditivo da estabilização é o inconformismo manifestado pelo requerido, portanto, é viva na doutrina a discussão sobre os outros meios em que esse inconformismo poderia ser manifestado, a exemplo da contestação, que é um meio de reação do demandado. Esse entendimento também é compartilhado por Ravi Peixoto (2018), este defende que o impedimento da estabilização não deva se restringir pura e simplesmente ao agravo de instrumento.

O que se discute é que, além de algumas impropriedades que se referem propriamente à interposição do recurso e que são amplamente tratadas por Eduardo Lamy (2018), tal questão poderia configurar mais onerosidade ao requerido, que, além de “ofertar a resposta, também deveria interpor o recurso, para poder exercer seu direito constitucional à ação” (LAMY, 2018).

A previsão do código é que a mera interposição do recurso impede a estabilização, mas, há que ser tratado sobre a produção de efeitos repercutidos por um recurso não conhecido, ou que teve seu seguimento negado monocraticamente, isso sem mencionar a possibilidade de interposição de um recurso intempestivo, ocasião em que a estabilização seria inevitável, pois, como bem trata Lamy:

A estabilização não depende de uma decisão que a reconheça. Não é ela constituída por uma decisão futura, o mero transcurso do prazo recursal torna a estabilização presente e, por isso, já estará ela implementada quando da interposição de um recurso intempestivo. Tendo em vista que a decisão de extinção (art. 304, §1º, do NCPC) somente declara a ocorrência do fenômeno já ocorrido anteriormente, não há maiores dificuldades em afirmar que a interposição de recurso intempestivo não obsta a ocorrência da estabilização. (LAMY, 2018, pag. 87).

Também é preciso mencionar que a exigência desse “recurso” pode ser um fato de congestionamento nos Tribunais, uma vez que os questionamentos podem ser aumentados, principalmente quando se trata de processos que possuem a Fazenda Pública como parte, ou até mesmo, poderia ser uma justificativa para “interposição de recursos infundados, com baixíssimas chances de sucesso, pois o que realmente se pretende é o ato de interposição, que, *per si*, obsta à estabilização” (LAMY, 2018).

Portanto, é questionável a constitucionalidade dessa previsão se comparada perante do “devido processo constitucional”.

Considerando o posicionamento de Eduardo Lamy:

Uma leitura constitucionalmente adequada remete à aplicação das possibilidades de se evitar a estabilização da tutela antecipada, ao contrário da própria disposição legal. Trata-se, aqui, de se realizar a jurisdição constitucional para adequar o texto da lei aos ditames da Constituição, possibilitando a manutenção do interessante instituto, que potencialmente pode auxiliar na efetiva tutela de direito, sem tornar letra morta o direito de perseguir de forma definitiva a resposta jurisdicional ao caso em mão. (LAMY, 2018, pag. 86).

Como já foi aludido acima, existem indagações sobre o impedimento a estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente, uma vez que a previsão exige, exclusivamente, a interposição de recurso.

Contudo, por parte da doutrina, referida previsão é fortemente criticada uma vez que sua análise é feita com base no “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, o qual decorre do “princípio do devido processo constitucional”. Tal abordagem se faz com o fundamento de que a necessária interposição de recurso poderia representar algo mais oneroso ao requerido.

Segundo Eduardo Lamy:

Detém o requerido o direito de ver acertada juridicamente a crise de direito material instaurada de forma definitiva. Por isso, depender da interposição de um recurso para o exercício de um direito constitucional parece indevido, eivando de inconstitucionalidade a leitura literal da expressão “respectivo recurso” do art. 304 se entendida exclusivamente como o agravo de instrumento. (LAMY, 2018, pag. 85).

Autores como Cassio Scarpinella Bueno (2020) também se posicionam pela interpretação ampliativa da expressão “respectivo recurso”, haja vista que qualquer manifestação do réu tendente a demonstrar seu inconformismo com a tutela deferida seria hábil a impedir a estabilização, portanto, ao mesmo tempo, estaria exercendo seu direito de ação junto ao contraditório.

Segundo o autor:

O caput do art. 304 faz menção de que a não interposição de recurso gera a estabilização. No entanto, neste momento, não define o que seria recurso nessa hipótese, não fazendo menção ao agravo de instrumento. O específico recurso só está previsto no art. 1.015, I o CPC. Pela ausência de definição específica do art. 304 parece viável interpretar que o suporte fático desse texto não necessariamente impõe a interpretação de que apenas o agravo de instrumento impede a estabilização, mas também outras medidas com aptidão para reformar ou invalidar a decisão e que possam prolongar a litispendência. O que faz o art. 1.015 é apenas definir qual o recurso em sentido estrito a ser interposto da decisão. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 452).

Nesse sentido, também existe precedente do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.760.966/SP.

EMENTA: TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE - MANIFESTA RESISTÊNCIA DO RÉU - AUSÊNCIA DE AGRAVO CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU A MEDIDA IRRELEVÂNCIA - INDEFERIMENTO DA ESTABILIZAÇÃO CONFIRMADO - AGRAVO IMPROVIDO. Nas razões do recurso especial (e-stj fls. 37/48), interposto com fundamento no art. 105, iii, alíneas "a" e "c", da cf, a recorrente alegou dissídio jurisprudencial e desrespeito ao art. 304 do cpc/2015, argumentando que ante a falta de interposição de agravo de instrumento pela recorrida contra a decisão que lhe concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente haveria a estabilização da medida ora citada, ainda que contestada a lide pela contraparte. (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.420.024 - SP (2018/0340082-7) Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Processo: aresp 1420024. Data de Publicação: 28/05/2019). (Superior Tribunal de Justiça, 2019).

Portanto, em consonância com o julgado citado, há que se dizer que o agravo de instrumento não deve ser visto como principal meio para impedir a estabilização. Nesse conceito, também devem ser inseridos outros mecanismos hábeis a impedir essa ocorrência, assim como a contestação, mas desde que exercido no momento oportuno, ou seja, o momento em que é conferido ao requerido a oportunidade de interpor o recurso.

Assim como se posiciona Ravi Peixoto:

Acerca da maior abertura para a estabilização pela interpretação restritiva, não parece ser adequada tal interpretação restritiva em detrimento de uma postura de efetiva discordância do réu. Se um determinado remédio jurídico processual impediria o trânsito em julgado de um processo de cognição exauriente,

parece também adequado compreender que ele também poderia impedir a estabilização. [...]. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 453).

Na oportunidade, defendendo essa relativização, o autor (2018) também não deixa de abordar que essa relativização não é capaz de reduzir a eficácia do instituto, mas tão somente privilegiar o direito ao contraditório e ampla defesa do demandado, pois, em que pese o recurso de agravo de instrumento não deixe de ser meio idôneo de impugnação, assim, como também citou Eduardo Lamy (2018), não devem ser deixadas de lado todas as questões que envolvem o âmbito recursal, tais como: existência de vício, admissibilidade recursal e entre outros.

4.3 Estabilização dos efeitos da tutela antecipada deferida em caráter antecedente e a segurança jurídica

O artigo 304, §1º do Código de Processo Civil prevê que, ocorrida a estabilização, o processo será extinto. Esse fenômeno, como já foi tratado no tópico anterior, ocorre diante da conformidade do autor com a decisão proferida em sede de cognição sumária e a ausência de insurgência por parte do demandado.

O Código de Processo Civil, no §2º do artigo citado, ainda traz a previsão de que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, havendo a possibilidade de qualquer das partes demandar junto ao judiciário, no intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, contudo, devem fazê-lo no prazo de dois anos, que serão contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

A primeira coisa a ser tratada se refere ao conceito de coisa julgada e sua diferenciação sobre a denominada estabilidade. Ressalvadas as discussões doutrinárias acerca da imutabilidade decorrente do fenômeno da coisa julgada material, a coisa julgada é definida como “a imutabilidade da decisão judicial de mérito que não pode ser mais modificada por recursos ou pela remessa necessária” (NEVES, 2018).

É uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI²⁸, e de acordo com Cássio Scarpinella Bueno:

²⁸ Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (BRASIL, 1998).

[...] É a técnica adotada para garantir a estabilidade de determinadas manifestações do Estado-juiz, pondo-as a salvo inclusive dos efeitos de novas leis que queiram eliminar aquelas decisões ou, quando menos, seus efeitos. Neste sentido, a coisa julgada é uma, dentre tantas, forma de garantir maior segurança jurídica ao jurisdicionados. (BUENO, 2020, pag. 734).

Por outro lado, a estabilidade é “a eficácia de uma decisão proferida numa cognição sumária” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018).

Tratado sobre os conceitos dos institutos, uma das indagações que se faz é se essa previsão de que a tutela antecipada deferida em caráter antecedente, pelo fato de não fazer coisa julgada, violaria a segurança jurídica, requisito necessário para manter a ordem jurídica.

A posição trazida por Bruno Garcia Redondo²⁹ *apud* Roberto P. Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa, tem relevância ao tratar que:

Como a coisa julgada seria tão somente o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que tenham por objetivo modificar anterior julgamento de mérito, este poderia ser encaixado na situação da tutela provisória não impugnada no período de dois anos. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 279).

O entendimento é que ultrapassado o prazo de dois anos previstos para que a decisão que deferiu a tutela possa ser revista, reformada ou invalidada, não se deve mais considerar que a coisa julgada seja incompatível com o instituto, uma vez que, legalmente, salvo posições doutrinárias, inexistem outros mecanismos passíveis de utilização para atacar a decisão estabilizada.

Contudo, de forma contrária a esse entendimento há o posicionamento de Roberto P. Gouveia, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa, alegando que:

[...] É preciso perceber que o próprio procedimento não foi construído para a produção da coisa julgada. O seu objetivo não é este, mas tão somente o de satisfação fática da parte. Afinal, se o objetivo da parte é o de obter a coisa julgada material, tem-se o procedimento comum para tanto. Impor a formação da coisa julgada material no procedimento de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no

²⁹ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. São Paulo. 2015.

fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar a estabilização. (COSTA, PERERIA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 281).

Ademais, é preciso dizer que a característica da não formação da coisa julgada decorre, tão somente, e da natureza da decisão, que não é de mérito, pois, trata-se de uma decisão deferida em cognição sumária e não exauriente. Portanto, a doutrina se posiciona que referida decisão gera apenas estabilidade, “com a impossibilidade de mudança dos efeitos, por própria escolha das partes” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018) após decorrido o prazo de dois anos.

Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, mas a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas. (NEVES, 2019, pg. 534).

A estabilidade obsta a “litispendência”³⁰, uma vez que não pode ser proposto novo pedido de tutela com o mesmo fundamento do que já foi deferido, mas não é impedido que a questão seja rediscutida em outro processo, em cognição exauriente, ocasião em que será alcançado pelos efeitos da coisa julgada.

Enquanto a estabilização apenas cessa a litispendência; a “imutabilidade” das eficácias impede a própria reversão destas. Eis o porquê de, quando a decisão antecipatória se dá em irreversibilidade, haver uma espécie de imutabilização natural, servindo a estabilidade apenas para impedir que, naquele processo, se obtenha, revogando tal decisão, se pleiteie ressarcimento. (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018, pag. 293).

A crítica a esse ponto da matéria passa por várias vertentes, assim como aborda Daniel Amorim (2019):

[...] O dispositivo legal não deve ser elogiado porque ao mesmo tempo em que dá legitimidade ativa para ambas das partes do processo extinto em razão da estabilização da tutela antecipada, prevê que esse processo se presta a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Exatamente qual seria o interesse do autor, satisfeito no plano prático em razão da tutela

³⁰ A litispendência trata-se de um pressuposto processual negativo consistente na existência concomitante de duas ações com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

antecipada concedida e estabilizada, ao pretender rever, reformar ou invalidar tal tutela? (NEVES, 2019, pag. 534).

Pode ser uma medida mais simples ao autor, ao contrário da previsão do código, pretender a análise do mérito do feito. Além do mais, segundo Daniel Amorim (2019), o rol previsto no art. 304, §2º do Código de Processo Civil deve ser visto como meramente exemplificativo, pois, dentro do prazo de dois anos “independentemente da consequência do pedido dessa ação com relação à estabilização da tutela antecipada, o importante é que ela tenha como objeto o mesmo bem da vida do processo extinto pela estabilização” (NEVES, 2019).

Noutro norte, considerando que a decisão que defere, a tutela não faz coisa julgada, se for proposta ação com a finalidade de discussão do tema, mesmo que ultrapassado o prazo de dois anos, previsto no artigo 304, §5º do Código de Processo Civil, entende-se que não haverá violação ao princípio da segurança jurídica, e, conseqüentemente, ao princípio do devido processo constitucional, pois, como já foi dito a imutabilidade é relativa.

De acordo com Daniel Mitidiero³¹ apud Daniel Amorim:

“Registre-se, por fim, opinião doutrinária que entende que a limitação de dois anos para a propositura de ação que tenha o mesmo bem da vida que tinha o pedido de tutela antecipada é inconstitucional, ofendendo o processo justo. Para essa corrente doutrinária, essa ação poderá ser proposta depois de decorridos dois anos do trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que a tutela antecipada se estabilizou, sendo limitada apenas pelos prazos do direito material de decadência e prescrição, a depender do caso.” (NEVES, 2019, pag. 535).

Cassio Scarpinella também compartilha do mesmo entendimento:

“O biênio do § 5º do art. 304, contudo, não afeta o direito de os interessados questionarem em juízo as razões pelas quais foi concedida a tutela antecipada e/ou consequências derivadas de sua concessão, isto é, o direito sobre o qual versou a tutela antecipada estabilizada. [...] Tais iniciativas ficam na dependência de serem exercidas em consonância com seus respectivos prazos prescricionais e variarão consoante a multiplicidade de direitos materiais de que os interessados se afirmem titulares. Também aqui a pretensão assumirá o procedimento comum ou será formulada de acordo com algum

³¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

procedimento especial conforme as especificidades de direito material, considerando, uma vez mais, que o art. 304 nada diz de diverso a respeito do assunto.” (BUENO, 2020, pag. 475).

Portanto, ocorrida a estabilidade provisória – entre a decisão que defere e o transcurso do prazo de dois anos, e, após, a estabilidade definitiva – ultrapassado o prazo de dois anos, os efeitos da decisão são conservados, contudo, por se tratar de uma medida eminentemente provisória, o mérito não é atingido, assim, é admissível que após esses dois anos, por meio do processo de conhecimento pode ser alcançada a reversão total da decisão, tendo como efeito consequente a coisa julgada. “O fato da inércia processual e constante pós-processo estabilizar a decisão, não a molda em uma transformação em cognição exauriente e, tampouco, em decisão definitiva” (COSTA, PEREIRA, GOUVEIA FILHO, 2018).

5 CONCLUSÃO

Com a finalidade de concluir a pesquisa, no capítulo foi discorrido sobre as críticas oriunda do instituto da tutela antecipada antecedente analisadas frente ao devido processo legal.

Referidas críticas tiveram como ponto de ataque a denominada estabilização, impedimento a sua ocorrência e suposta violação ao princípio da segurança jurídica, que é decorrente do princípio do devido processo constitucional, em razão da ausência da coisa julgada.

Sobre a estabilização, abordado que se refere a um instituto novo tendo por finalidade conservar os efeitos da decisão que é concedida em caráter provisório, a discussão pairou sobre a necessária análise dessa estabilização frente ao devido processo constitucional, pois, pode ser que sua ocorrência viole garantias processuais das partes e que são decorrentes desse princípio, portanto, sobre essa ótica seria impossível a ocorrência da estabilização. A fim de fomentar a discussão, foi citado como exemplo a citação ficta, decorrida da não localização do demandado, nessa situação a conformação não pode ser interpretada em seu prejuízo.

Essa técnica trabalha sob a ótica da celeridade processual, o que é admissível no ordenamento jurídico, contudo, deve se dar em conformação ao princípio retro mencionado.

Por conseguinte, também se abordou quanto ao impedimento a ocorrência da estabilização, em que a lei prevê a necessidade da interposição do respectivo recurso. Sobre isso, seguindo posicionamento explanado durante a abordagem do assunto, é devida uma relativização dessa previsão para que outros mecanismos também sejam admitidos como hábeis ao impedimento da ocorrência dessa estabilização, a exemplo tem-se a contestação que permitiria ao demandado impedir a estabilização e, ao mesmo tempo, exercer seu direito de defesa, afinal, com bem observado na jurisprudência mencionada, basta uma insurgência do réu para que isso ocorra.

Ademais, deve ser dito que essa relativização não desnatura o instituto da tutela antecipada antecedente, mas tão somente, o interpreta em consonância ao princípio do devido processo constitucional, efetivando o direito de ação e ampla defesa do demandado.

Também foi abordado sobre uma suposta violação do instituto frente ao princípio da segurança jurídica, pois, estabilizada a decisão que defere a tutela e não

havendo insurgência por parte do demandado, o processo será extinto e referida decisão não fará coisa julgada.

A coisa julgada decorre da segurança jurídica, que, por sua vez, também decorre do princípio do devido processo constitucional, e refere-se à estabilidade das situações jurídicas como uma forma de garantir a própria ordem social. Sobre a ótica da ausência da coisa julgada, a estabilidade ocorrida tão somente refere-se a uma imutabilização da decisão, primeiramente provisória e, ultrapassado os dois anos para reforma, revisão ou invalidação, torna-se definitiva.

Tornando-se definitiva, não existem mecanismos para atacar essa decisão, pois, é ausente a coisa julgada, mas não há óbice que seu mérito seja analisado, portanto, o impedimento para rediscussão do tema, ultrapassados esses dois anos, deve ser visto como inconstitucional em razão da ofensa ao princípio do devido processo constitucional, assim, o direito dos interessados de demandar em juízo não é prejudicado, afinal, o que impera é o direito ao processo justo, devem estas partes, apenas, se atentarem aos prazos do direito material.

Diante de tudo, conclui-se que deve haver uma conformação do instituto da tutela antecipada antecedente frente ao princípio do devido processo constitucional estabelecido no texto constitucional e que representa um agrupamento de todos os outros princípios processuais aos quais o Código de Processo Civil deve guardar estrita obediência, pois, são eles que ditarão sua validade.

Como dito no decorrer do texto algumas das situações tratadas na pesquisa são abordagens doutrinárias, e a aplicação prática do instituto pode gerar maiores entraves e discussões, e, nessas situações sua interpretação deve ser feita, principalmente, com base no princípio citado, pois, o conteúdo aqui tratado não tem por objetivo alegar sua invalidade, mas, meramente ressaltar sobre a sua aplicabilidade conjugada com o texto Constitucional.

REFERÊNCIAS

ABNT. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. Virgínia Alves Vaz (organizadora). Autoras Aparecida de Fátima Castro Campos, Regina Célia Reis Ribeiro, Rosana Guimarães Silva. 7. Ed. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo. Malheiros: 2004.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do Processo**. Salvador. Editora JusPodivm: 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella (coord.); MEDEIROS NETO, Elias Marques (coord); OLIVEIRA NETO, Olavo (coord.); OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolina (coord.); LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). **Tutela provisória no CPC – dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2ª.ed. São Paulo. Saraiva Educação: 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil – volume único**. 4ª.ed. São Paulo. Saraiva Educação: 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1. 1. 420.024/SP (2018/0340082-7). Tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Manifesta resistência do réu. Ausência de agravo contra a decisão que deferiu a medida. Irrelevância. Indeferimento da estabilização confirmado. Agravo improvido. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=RESP+1.760.966%2FSP&tipo_viusualizacao=RESUMO&b=DTXT. Acesso em 13 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 23 de outubro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª.ed. 18ª. Reimpressão. Portugal. Edições Almedina, 1941.

COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.); PEREIRA, Mateus Costa (coord.); GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Tutela Provisória**. 2ª.ed. Salvador. JusPodivm: 2018.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte. Del Rey: 2010.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10.ed. Salvador. JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4^a.ed. Malheiros, São Paulo: 2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 23.ed. São Paulo. Atlas: 2020.

LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo. Editora Atlas: 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 8^a.ed. Rio de Janeiro. Forense: 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34.ed. São Paulo. Atlas: 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil – teoria do processo civil**. Vol. 1. 3^a.ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2017.

MIRANDA, Pontes; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1976.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT: 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 12.ed. Salvador. JusPodivm: 2019.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues (coord.); GONÇALVES, Fábio Antunes (coord). **Atualidade e Direito**. Formiga. UNIFOR: 2014.

PACHECO, José da Silva. **Direito Processual Civil**. 2v. Rio de Janeiro. Renovar: 1976.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. São Paulo. Revista de Processo: 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a.ed. São Paulo. Saraiva: 2019.

SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador. JusPodivm: 2016.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca. **Princípios Pamprocessuais ou Metaprocessuais: Normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo**. Salvador. JusPodivm: 2018.

SILVEIRA, Paulo Fernando da. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte. Del Rey: 1997.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª.ed. São Paulo. Saraiva Educação: 2020.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba. Juruá: 2007.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo. RT: 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59ª.ed. Rio de Janeiro. Forense: 2018.