

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
DOCTUM DE CARATINGA**

ALEX HENRIQUE MARINHO ANDRADE

**EFEITO DA COISA JULGADA NA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE**

CARATINGA

2019

ALEX HENRIQUE MARINHO

**EFEITO DA COISA JULGADA NA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE**

Projeto de Pesquisa apresentado ao curso de Direito da Doctum de Caratinga, tem como requisito a aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, orientado pelo professor Luiz Eduardo

Doctum - CARATINGA

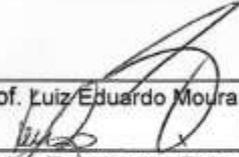
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

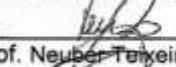
Trabalho de Conclusão de Curso **Efeito da coisa julgada na tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente**, elaborado **Alex Henrique Marinho Andrade** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO na FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

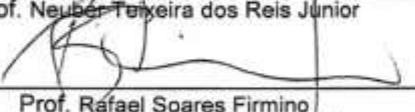
Caratinga 09 de JULHO 2019



Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes



Prof. Neuber Teixeira dos Reis Junior



Prof. Rafael Soares Firmino

AGRADECIMENTO

DEUS

A morte é inevitável. Nosso medo dela nos faz jogar pelo seguro, bloqueia a emoção. É um jogo perdedor pois sem paixão você já está morto.

Max Payne

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o efeito da coisa julgada na tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente. Inicialmente, foi demonstrado a compreensão das noções iniciais de direito processual, apresentando seu conceito, a instrumentalidade do processo, e um breve estudo sobre o processo civil e o direito constitucional. Além disso, foi apresentado de um breve histórico do processo civil, realizando uma abordagem sobre o direito romano, o período medieval e sobre o processo civil moderno, além de demonstrar o processo civil no Brasil. Em seguida, foi apresentado um breve estudo sobre a jurisdição e a função jurisdicional. Posteriormente, foi elaborado um estudo sobre os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis a temática. Prosseguindo, foi elaborado uma análise sobre a tutela provisória, apresentando as considerações gerais, os objetos de proteção, a possibilidade de concessão da tutela provisória cautelar ou antecipada em caráter antecedente ou incidental, a provisoriedade da tutela, os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória de urgência, a exigência de caução, bem como sobre o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Por fim, foi tratado especificamente sobre a tutela antecipada antecedente, apresentando procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, bem como sobre a estabilidade sobre esse instituto.

Palavras-chave: Processo Civil. Princípios. Tutela provisória. Tutela provisória antecedente. Estabilidade da tutela

Sumário

INTRODUÇÃO	15
2. CAPÍTULO I – O PROCESSO CIVIL	10
2.1 CONCEITO DE PROCESSO CIVIL	10
2.2 Instrumentalidades do Processo	11
2.3 O Processo Civil e o Direito Constitucional	12
2.4 Contextualização do Processo Civil	12
2.4.1 Direito romano	13
2.4.2 Período medieval	13
2.4.3 Processo civil moderno	14
2.5 O Processo Civil No Brasil	14
2.6 Da Jurisdição	15
2.7 Função Jurisdicional	16
3. CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS.....	19
3.1 Devido Processo Legal	19
3.2 Princípio Da Eficiência	20
3.3 Princípio Da Isonomia.....	21
3.3.1 Isonomia formal e real	21
3.4 Princípio Da Duração Razoável Do Processo	22
3.5 Princípio Do Contraditório	23
3.6 Princípio Da Ampla Defesa	24
3.7 Princípio Da Imparcialidade Do Juiz E Do Juiz Natural	25
3.8 Princípio Da Inércia e Da Demanda.....	26
3.9 Princípio Da Inafastabilidade Do Controle Jurisdicional.....	27
3.10 Princípio Da Motivação Das Decisões	27
3.11 Princípio Da Cooperação	28
4. CAPÍTULO III – TUTELA PROVISÓRIA	Erro! Indicador não definido.
4.1 Considerações Gerais	31
4.2 Objetos De Proteção	33
4.3 Possibilidade De Concessão Da Tutela Provisória Cautelar Ou Antecipada Em Caráter Antecedente Ou Incidental	33
4.4 Provisoriedade Da Tutela	34
4.5 Requisitos Exigidos Para A Concessão Da Tutela Provisória De Urgência	35

4.6 Exigência De Caução.....	36
4.7 Perigo De Irreversibilidade Dos Efeitos Da Decisão	36
5. CAPÍTULO IV – DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	37
5.1 Procedimento Da Tutela Antecipada Requerida Em Caráter Antecedente	37
5.2 Tutela Antecipada Estável	43
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
7. REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O processo civil é o ramo do direito que disciplina a jurisdição, ou seja, diante da existência de conflitos na sociedade, o Estado, por meio da jurisdição, presta a tutela jurisdicional ao cidadão.

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente está disciplinada no art. 303, caput, do CPC/2015, que dispõe que quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Entretanto, o art. 304 é um dos mais polêmicos do CPC/2015, pois prevê a possibilidade de a tutela antecipada se tornar estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo discutir os principais aspectos sobre a tutela provisória, especialmente sobre os efeitos da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente.

No presente trabalho foram desenvolvidos diferentes métodos de pesquisa: o histórico que compreende o estudo da evolução da legislação aplicável ao tema. O comparativo especificamente no que se refere ao estudo das divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tema. E, por fim, o método monográfico, que mereceu destaque, por se apresentar como norteador da pesquisa, devido às especificidades dos assuntos que foram desenvolvidos neste trabalho.

O tema no presente estudo trata-se do efeito da coisa julgada na tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente. Preliminarmente, entende-se necessário demonstrar a compreensão das noções iniciais de direito processual, apresentando seu conceito, a instrumentalidade do processo, bem como um breve estudo sobre o processo civil e o direito constitucional.

Além disso, faz-se necessário a apresentação de um breve histórico do processo civil, realizando uma abordagem sobre o direito romano, o período medieval e sobre o processo civil moderno, além de demonstrar o processo civil no

Brasil. Em seguida, apresenta-se um breve estudo sobre a jurisdição e a função jurisdicional.

Posteriormente, elabora-se um estudo sobre os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis a temática, sendo eles: devido processo legal, princípio da eficiência, princípio da igualdade, princípio da duração razoável do processo, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da imparcialidade do juiz e do juiz natural, princípio da inércia e da demanda, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e princípio da motivação das decisões.

Prosseguindo, será elaborado uma análise sobre a tutela provisória, apresentando as considerações gerais, os objetos de proteção, a possibilidade de concessão da tutela provisória cautelar ou antecipada em caráter antecedente ou incidental, a provisoriedade da tutela, os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória de urgência, a exigência de caução, bem como sobre o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Por fim, trataremos especificamente sobre a tutela antecipada antecedente, apresentando procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, bem como sobre a estabilidade sobre esse instituto.

Esse trabalho justifica-se, por sua importância de profundas reflexões, considerando diversas análises sobre alguns aspectos relacionados a esse instituto. Com isso, estudar a tutela provisória antecedente e seus efeitos no tocante a coisa julgada, encontra-se algo bastante relevante para a atual sistemática processual em que vivemos. Em virtude disso, faz-se necessário a compreensão e desenvolvimento desse direito para obter a sua essência e o seu real objetivo no mundo prático jurídico.

2. CAPÍTULO I – O PROCESSO CIVIL

Naturalmente o ser humano envolve em discussões com outras pessoas, pois isso integra a sua própria essência, tanto que, de acordo com Gonçalves¹, “não há notícia na história da humanidade de uma sociedade sem conflitos”. Em razão disso, ao longo do tempo, o Estado passou a ter a obrigação de solucionar determinados conflitos, passando a surgir o processo.

Nesse sentido, segundo Gonçalves²,

O Estado, incumbido de zelar pela paz social, edita normas, estabelecendo quais os direitos de cada um. Sendo que, se todos respeitassem rigidamente os direitos alheios e observassem os seus deveres previstos no ordenamento jurídico, não haveria conflitos e o processo seria desnecessário.

Nem sempre as regras existentes no ordenamento jurídico são claras, adequadas e suficientes para reprimir impulsos humanos indesejados. Desta forma, segundo Gonçalves³ “é comum que o mais forte queira tomar do mais fraco, que o mais esperto queira ludibriar o mais ingênuo”.

Desse modo, as regras são estabelecidas de forma abstrata pelo legislador ordinário, regulamentando diversos casos, podendo ser de forma genérica ou específica. Mas, caso esta norma seja violada por determinado cidadão, surge o conflito entre aquelas pessoas e, como consequência, tem-se a necessidade do processo e da prestação jurisdicional do Estado para a resolução do conflito.

2.1 CONCEITO DE PROCESSO CIVIL

¹GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 36.

²Idem, p. 37.

³Idem, p. 37.

O Processo Civil, segundo Gonçalves⁴, “é o ramo do direito que contém as regras e os princípios que tratam da jurisdição civil, ou seja, da aplicação da lei aos casos concretos, para a solução de conflitos de interesses pelos Estado-Juiz”.

Prosseguindo, Didier Junior⁵, trata o Direito Processual Civil como sendo uma Ciência Dogmática do Processo, conceituando como o ramo de pensamento jurídico dogmático dedicado a formular as diretrizes, apresentar os fundamentos e oferecer os subsídios para as adequadas compreensão e aplicação do Direito Processual Civil. Prosseguindo, o mesmo autor, traz que cabe à essa Ciência a elaboração e sistematização dos conceitos jurídicos-positivos, construídos para a compreensão de um determinado direito positivo.

Portanto, o Processo Civil é um ramo do direito, considerado como uma Ciência, que possui normas jurídicas que tratam da jurisdição civil, definindo conceitos importantes para aplicação da lei ao caso concreto.

Contudo, para que haja existência do Processo Civil, é necessário o conflito de interesses entre os cidadãos e, além disso, deverá recorrer ao Poder Judiciário apresentando-lhe uma pretensão. Isto é, para se efetivar o Processo Civil, além do conflito existente, este deve ser posto em juízo.

2.2 Instrumentalidades do Processo

O processo é o instrumento para o exercício da jurisdição, que é realizada pelo magistrado conforme disciplinado pela Lei. Essa instrumentalidade é um meio utilizado para conseguir determinado resultado, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional.

Nessa linha, cita Gonçalves⁶

O processo é o instrumento da jurisdição, o meio de que se vale o juiz para aplicar a lei ao caso concreto. Sendo assim, não é um fim em si, tendo em vista que ninguém deseja a instauração do processo por si só, mas trata-se

⁴Idem, p. 38.

⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 41.

⁶GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018,p. 40.

de um meio de conseguir determinado resultado, isto é, a prestação jurisdicional, que irá tutelar o seu direito, solucionando aquele conflito.

Cabe ressaltar que o processo goza de autonomia em relação ao direito material. Mas, alguns institutos de direito processual apenas são compreensíveis quando examinados à luz da relação que deve haver entre o processo e o direito material.

2.3 O Processo Civil e o Direito Constitucional

A maior parte dos princípios que regem o processo civil estão previstos na Constituição Federal de 1988, além de diversos deles estarem previstos nos primeiros artigos do Código de Processo Civil. Desta forma, como os princípios são diretrizes que devem nortear a aplicação e a interpretação das normas, o processo civil deve ser estudado e interpretado à luz da Constituição.

Assim, ao reproduzir nos primeiros artigos do Código de Processo Civil, princípios constitucionais, segundo Gonçalves⁷, isso indica que “o processo não deve restringir-se a um aglomerado de regras técnicas, mas um mecanismo político e ético, cujas diretrizes são dadas pela lei mais alta do País”.

2.4 Contextualização do Processo Civil

O estudo do desenvolvimento do processo civil na antiguidade e na época medieval, após as invasões bárbaras, tem relevância puramente histórica, já que, a rigor, não se podia tratar o processo como sendo uma ciência autônoma. Desta forma, o que havia neste período era uma assimilação entre os conceitos de processo e ação, em que não se fazia a distinção entre o que seria direito material e direito processual. Sendo assim, não existia uma ciência autônoma processual, cujos institutos fundamentais não se distinguiam do direito material.

Nesta perspectiva, o direito processual integrava o material, ou seja era uma espécie deste ramo. Contudo, segundo Gonçalves⁸, foi a partir dessa raiz romano-

⁷Idem, p. 41.

⁸Idem, p. 42.

germânica que o processo evoluiu e, com isso, inúmeros institutos se desenvolveram nesse período e tornaram-se profundamente úteis ao processo, mas ainda era considerado com integrante ao direito material.

2.4.1 Direito romano

O Direito Processual Civil romano, de acordo com Gonçalves⁹ pode-se distinguir em três fases: o período das legis actiones, em que o direito era predominantemente oral e o direito substancial era a criação pretoriana; o período formulário, em que o direito passou a ter base escrita, embora continuasse em boa parte oral; e, por fim, o período da extraordinária cognitio, em que o direito era predominantemente escrito, no qual surgiram princípios e regras que tratavam do exercício da jurisdição e da formação do processo, desde o seu início até a sentença.

2.4.2 Período medieval

Neste período o processo ainda não goza de autonomia, e persiste a confusão entre o direito material e ação. Com a queda do império e as invasões bárbaras, o direito altamente desenvolvido dos romanos sofreu o impacto de uma cultura muito inferior, que utilizava métodos diferentes.

No entanto, o sistema processual dos bárbaros era fundado em superstições e ritos sacramentais, que não se compatibilizavam com o sistema romano e, com isso, os invasores procuraram impor a sua forma de solução de conflitos aos vencidos. Desta maneira, no sistema romano, por exemplo, as provas eram destinadas a formar a convicção do magistrado, que exercia a função estatal de dirimir conflitos entre os membros da sociedade.

Por outro lado, no direito germânico, o papel do magistrado era mais reduzido, tendo em vista que a sua decisão não era com base na própria convicção, mas no resultado mecânico da soma de valores das provas. Sendo assim, cada prova tinha um valor pré-determinado e aqueles que apresentassem as mais valiosas venceriam o processo, independentemente da convicção do magistrado.

⁹Idem, p. 43.

2.4.3 Processo civil moderno

O surgimento do processo como ciência autônoma é fruto de uma evolução prolongada e permanente, resultado da contribuição de diversos estudiosos. Assim, segundo Gonçalves¹⁰ no ano de 1868 o direito processual civil tornou-se um ramo autônomo, quando Oskar Von Bulow publicou, na Alemanha, a sua Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. Assim, o autor esclarece que essa obra foi tida como o marco inicial, pois nela se evidencia com clareza, que o processo não mais podia ser confundido com o simples exercício do direito privado e que a ação era o direito material em movimento.

Nesse sentido, a relação que deriva do processo não se confunde com a relação à que ele se discute, isto é, do direito material. Desta forma, este foi o momento em que o processo ganhou autonomia, em que se deu a superação do pensamento imanentista, que não fazia a distinção entre a ação e o direito material.

Com isso, com a obtenção da autonomia processual, o processo passou a estabelecer seus próprios princípios e passou a enumerar seus institutos fundamentais. Ressalta-se que a partir desta autonomia, o processo passou a ser considerado como uma ciência processual e teve um notável desenvolvimento.

2.5 O Processo Civil No Brasil

Durante o período colonial, vigoraram no Brasil as Ordenações Filipinas, editadas em Portugal, o que se prolongou até mesmo após a proclamação da independência.

Ocorre que, em 1850, foi editado, junto ao Código Comercial, o Regulamento 737, aplicável, de início, somente às relações comerciais e às discussões judiciais a elas relacionadas. Em seguida, no início da República, a aplicação deste Regulamento foi estendida às questões cíveis.

¹⁰Idem, p. 43.

Contudo, a Constituição de 1981, ao atribuir capacidade aos Estados federativos de legislar sobre processo, deu ensejo ao surgimento dos códigos judiciários estaduais, que regulamentavam a justiça dos Estados.

No entanto, apenas com a Constituição de 1934 é que a competência para legislar sobre processo passou a ser exclusiva da União, o que resultou a edição dos três Códigos de Processo Civil: o de 1939, o de 1973 e o atual código de 2015.

Ressalta-se que no primeiro Código, o de 1939, já estavam bem definidas as distinções entre o direito material e o processual, mas no de 1973 foram evidentes essas conquistas, sobretudo as relacionadas à fase de saneamento, julgamento antecipado da lide, cabimento de recursos e medidas cautelares.

Entretanto, apesar destas conquistas, desde meados da década de 1990, o Código de Processo Civil de 1973 começou a passar por numerosas alterações. Sendo assim, o legislador, em um primeiro momento, optou por um sistema gradual de implantação de pequenas reformas, em detrimento de um novo código.

Assim, entre essas pequenas alterações, destacaram-se segundo Gonçalves¹¹a que generalizou a possibilidade de concessão de tutelas antecipadas, a que alterou a execução civil, a que implantou o procedimento monitorio e muitas outras, sempre destinadas a dar mais efetividade ao processo.

Porém, a extensão de tais reformas acabou por colocar em perigo a integridade e o caráter sistemático que gozava o Código de Processo Civil de 1973 em sua redação originária, o que, passou a ser necessária uma nova codificação. Assim, resultou-se a edição do atual Código de Processo Civil de 2015.

2.6 Da Jurisdição

Neste momento, para melhor compreensão do tema, será realizado uma abordagem acerca da jurisdição, com a finalidade de demonstrar quem tem efetivamente o dever de prestar essa tutela jurisdicional, além de apresentar a função jurisdicional.

A jurisdição é considerada como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em disputa para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

¹¹Idem, p. 46.

Nesse sentido, Didier Junior¹² define a jurisdição como sendo uma "função atribuída a um terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível".

A análise da expressão jurisdição indica a presença de duas palavras latinas: jus, juris (direito) e dictio, dictionis (ação de dizer). Com isso, essa expressão forma a palavra "dizer o direito" que tem início quando o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar os conflitos.

Cabe ressaltar que, no passado a jurisdição era considerada totalmente privada, tendo em vista que não dependia do Estado. Assim, os senhores feudais tinham-na a jurisdição dentro do seu próprio feudo. Em seguida, os donatários das Capitanias Hereditárias, no Brasil colonial, continham a jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio.

Ocorre que, no período monárquico, existia a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual deixou de existir com a separação entre a Igreja e o Estado.

Entretanto, atualmente só existe a jurisdição estatal, confiada aos magistrados, amparados por diversas garantias. Assim, nos dias atuais, a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário do Estado, conforme disciplina o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, apesar de que essa questão vem sendo relativizada, tendo em vista os meios alternativos para solução de conflitos.

2.7 Função Jurisdicional

A função jurisdicional, é aquela que se realiza por meio de um processo judicial com aplicação das normas, em caso de conflitos surgidos no seio da sociedade. Assim, essas lides são solucionadas pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais, abstratas, que são ordens legais, constantes de leis, de costumes ou de simples padrões gerais, que devem ser aplicados por eles.

¹²DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 67.

Desta forma, os juízes e tribunais devem decidir, atuando o direito objetivo, ou seja, não podem julgar com base em critérios particulares. Com isso, no Brasil, o magistrado, aplica os critérios editados pelo legislador.

Por outro lado, a função legislativa é denominada como a função de elaboração de leis, impostas coativamente a todos, emanadas do Poder Legislativo, que são representantes do povo. Já, a função executiva é de realização de políticas governamentais e sua implementação, com base nas leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Por fim, a função jurisdicional é de aplicação das normas, por um órgão independente do Estado, em caso de algum conflito surgido na sociedade.

Nesse sentido, percebe-se que a função jurisdicional é exercida pela ordem judiciária do país, compreendendo: a) um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme determina o art. 92, I da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988); b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça, conforme preconiza o art. 92, II da CF/1988; c) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais e Tribunais e Juízes Militares, conforme estabelece o art. 92, III-VI da CF/1988; d) os sistemas judiciários dos Estados e do Distrito Federal (CF/1988, art. 92, VII).

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil recepcionou a doutrina que vem defendendo pacificamente a unidade da jurisdição nacional, agora submetida à do Tribunal Pleno Internacional (art. 5º, § 4º).

Portanto, percebe-se que a jurisdição é uma atividade em que se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Com isso, exercendo a jurisdição, o Estado, que deve ser provocado, substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõem os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões.

Assim, como a função do Estado de declarar e realizar o direito diante de uma situação controvertida visando solucioná-la, a jurisdição é uma atividade secundária, instrumental, desinteressada e provocada. Nesse sentido, entende-se por secundária pois através dela o Estado realiza uma atividade que deveria ter sido primariamente e espontaneamente exercida pelas partes; em seguida, instrumental,

tendo em vista que é o meio ou instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se obediência a todos; posteriormente, desinteressada, haja vista que a jurisdição não cede a nenhum dos interesses envolvidos e, por fim, provocada, pois é uma atividade inicialmente inerte.

Com isso, a multiplicidade das situações a remover e solucionar determina a diversidade de jurisdição, apesar desta ser una e indivisível. Porém, a distinção da jurisdição se dá quanto à matéria, que pode ser constitucional e ordinária.

Desta maneira, a jurisdição constitucional deve ser entendida como uma função responsável pela eliminação e solução dos conflitos de natureza constitucional, não importando o órgão jurisdicional que a exerça. Por outro lado, a jurisdição ordinária ampara todos os demais conflitos, possuindo uma natureza residual.

Ocorre que, o Brasil adota o sistema de unicidade de jurisdição, ou seja, somente o Poder Judiciário tem jurisdição. Sendo assim, somente o poder judiciário pode dizer, em caráter definitivo, o direito aplicável aos casos concretos litigiosos submetidos a sua apreciação. Cabe destacar que com relação a divisão do Poder Judiciário basicamente temos duas esferas: a Justiça Federal e a Justiça Estadual.

Prosseguindo, a função típica do Judiciário é a função jurisdicional, pela qual lhe compete, coercitivamente, em caráter definitivo, dizer e aplicar o direito às controvérsias. No entanto, assim como os Poderes legislativo e executivo, o Judiciário também desempenha funções acessórias ou atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

Portanto, é necessário para conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. Com isso, a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, incluindo aí o direito ao amparo judicial, ao processo e ao julgamento por um Tribunal independente e imparcial.

3. CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Na Constituição Federal estão previstos os princípios processuais fundamentais e na legislação infraconstitucional também apresenta outros princípios relacionados ao tema. Sendo assim, este capítulo terá como objetivo analisá-los, para poder ser possível uma melhor compreensão do tema.

3.1 Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é conhecido como “dueprocessoflaw”, expressão inglesa traduzida para o português, estando disciplinado pelo art. 5º, LIV da CF/1988. Ressalta-se que para Cintra, Dinamarco e Grinover¹³, este “princípio decorre a imprescindibilidade de se respeitarem todas as garantias processuais”.

De acordo com o artigo supramencionado da Constituição Federal¹⁴: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, Didier Jr.¹⁵ entende que extrai-se da leitura deste dispositivo que o referido princípio proporciona a todos os cidadãos brasileiros o direito a um processo justo e equitativo, ou seja, o processo tem de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei.

Cabe mencionar que o devido processo legal poderá ser analisado tanto sob a ótica substancial, quanto formal. Assim, de acordo com Gonçalves¹⁶, o devido processo legal formal, conhecido como “procedural dueprocess”, está relacionado com a tutela processual, ou seja, ao processo, às garantias que ele deve respeitar e

¹³CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 88.

¹⁴BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02mar. de 2019.

¹⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 36.

¹⁶GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018,p. 61.

ao regramento legal que deve obedecer. Por outro lado, o devido processo legal substancial, este conhecido como “substantive dueprocess”, trata-se de uma limitação do poder do Estado, sendo que razão deste princípio, não poderia este editar normas desproporcionais e desarrazoáveis, pois isso violaria o Estado de Direito.

Portanto, percebe-se que o devido processo legal, trata-se da ampla garantia do jurisdicionado há um processo que respeite os ditames processuais estabelecidos em lei. Com o respeito da norma e de seus tramites, busca-se a garantia processual das partes que integram um processo.

Ressalta-se que o devido processo legal deve ser respeitado, no entanto, não deve ser utilizado de forma abusiva para a fim de protelar condutas existentes no processo, sob pena de ser condenado por litigância de má-fé.

3.2 Princípio Da Eficiência

O princípio da eficiência representa um dos corolários do princípio do devido processo legal, resultando da união de dois artigos da Constituição Federal, sendo os arts. 5º, LIV e 37, caput.

Afirma Didier Jr.¹⁷, que “alguns autores não o consideram como princípios, haja vista que se defende que é uma norma utilizada para a aplicação de outras normas”. No entanto, segundo o autor, a posição majoritária é que a eficiência é considerado um princípio.

Não obstante, entende-se importante mencionar que o princípio da eficiência reflete sobre o exercício do Poder Judiciário de duas formas: a primeira relacionada com a administração judiciária e, a segunda, na direção de um processo específico. Contudo, percebe-se que a eficiência é percebida somente em momento posterior, haja vista que não se consegue avaliar uma postura eficiente em momento anterior.

Desta feita, deve-se diferenciar efetividade de eficiência, tendo em vista que enquanto a primeira consiste em reconhecer o direito afirmado judicialmente pelo processo, o segundo é o processo que satisfaz esse resultado. Por isso, não é possível que um processo seja efetivo, mas não eficiente.

¹⁷DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 91.

3.3 Princípio Da Isonomia

O princípio da isonomia, também conhecido como paridade de armas, é extraído da norma contida no art. 5º “caput” da CF/1988. Este princípio defende a igualdade de tratamento, seja com relação às partes, seja no tocante aos procuradores na relação jurídica processual.

O art. 139 do CPC/2015 estabelece que o juiz deve assegurar igualdade de tratamento entre as partes. Contudo, a igualdade referida, se relaciona tanto a igualdade formal quanto a material, no entanto, há uma predileção, atualmente, para a igualdade material, ou seja, tratar de forma igual os iguais e de forma desigual de formas desiguais, tendo em vista que, com isso, as diferenças poderiam ser complementadas.

A igualdade pode ser analisada sob dois enfoques, isto é, quanto a seu aspecto formal ou material. A igualdade formal está relacionada com aquilo que é previsto de forma expressa no conteúdo normativo. Já, a igualdade material é mais ampla, pois está relacionada com ideia de tratar os iguais de formas iguais e os desiguais de formas desiguais.

3.3.1 Isonomia formal e real

A igualdade formal consiste no tratamento igualitário de todos, sem levar em consideração eventuais diferenças entre os sujeitos de direito, ou, no que concerne o processo civil, aos sujeitos da relação processual.

Assim, ao longo do tempo, verificou-se que, a pretexto de dar tratamento igualitário a todos, a isonomia formal perpetuava diferenças e eternizava privilégios. Afinal, as pessoas não são iguais, existem homens e mulheres, os mais fortes e os mais fracos, os economicamente mais poderosos e os menos. Desta forma, se isso não for levado em consideração, a lei, ainda que formalmente justa, criará situações reais profundamente injustas.

Nesse sentido, surge a necessidade de evolução para uma ideia de isonomia real ou material, em que o legislador, na criação das normas, e o magistrado, em sua aplicação, devem levar em conta as peculiaridades de cada

sujeito. Dessa maneira, quando as pessoas estiverem em situação de igualdade, devem receber tratamento igualitário, mas, quando forem diferentes e estiverem em situações de desequilíbrio, isso deve ser considerado.

3.4 Princípio Da Duração Razoável Do Processo

O princípio da duração razoável do processo, também é conhecido como celeridade processual, e é extraído da norma do art. 5º, LXXVIII, CF/1988. A Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceram três requisitos que são necessários para saber se um processo chega ao fim em prazo razoável. Segundo este diploma, são os requisitos: o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo, em seguida, a complexidade do assunto e, por fim, a atuação do órgão jurisdicional.

A Emenda Constitucional 45 de 2004 promoveu a conhecida reforma constitucional do Poder Judiciário, introduzindo o inciso LXXVII, no Art. 5º da CF/1988¹⁸, dispondo que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Cabe destacar que a referida emenda também incluiu a alínea “e” ao inciso II do art. 93 da CF/1988¹⁹, estabelecendo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Desta maneira, para Didier Jr.²⁰ essa mudança possibilitou que tornasse expresso o princípio da duração razoável do processo ou da celeridade. Segundo o referido autor, para que o processo seja considerado devido é necessário que se materialize em um prazo razoável. Em outras palavras, apenas terá um processo devido, quando este processo respeitar a sua duração razoável.

¹⁸BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02mar. de 2019.

¹⁹Idem.

²⁰DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70.

3.5 Princípio Do Contraditório

Segundo lição clássica de Fazzalari²¹ o processo deve ser entendido como um procedimento estruturado em contraditório. Sendo assim, o contraditório é algo inerente à garantia da justiça para o jurisdicionado e, conseqüentemente, está umbilicalmente ligado ao processo. Com isso, o contraditório deve ser analisado como exigência para o exercício democrático de um poder e, além disso, o magistrado deve ouvir as duas partes e apenas depois de considerar a soma da parcialidade das partes o juiz pode solucionar o conflito.

Destaca-se que o princípio do contraditório, possui previsão constitucional no art. 5º, LV da CF/1988, e, além disso, possui previsão no art. 9º do CPC/2015, dispondo que não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. O art. 10 do CPC/2015, que proíbe o juiz de decidir, em qualquer grau de jurisdição, sob fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, mesmo que se trate de matéria que ele deva decidir de ofício.

Ademais, é possível extrair do contraditório a existência de duas garantias, sendo: a participação e a possibilidade de influenciar na decisão. A participação relaciona-se com a comunicação, pois não existe processo sem que a parte seja previamente e regulamente comunicada. Com isso, a informação sobre os atos processuais é feita por intermédio de citação e intimação, isto é, dar ciência à parte para participar da relação processual, conforme está disciplinado no art. 238 CPC/2015.

Já, a possibilidade de influenciar na decisão relaciona-se com o poder de influenciar da decisão tomada pelo magistrado, isto é, o poder de apresentar a sua versão, para que o magistrado analise o caso e tome a decisão a partir do que foi tratado nos autos.

²¹FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**.vol. I. São Paulo. 2006, p. 66.

Nesse sentido, Didier Junior²² afirma que:

Apenas a garantia de participação não é suficiente, sendo indispensável que as partes possam influenciar no convencimento do juiz. Ademais, o art. 772, II CPC/2015 reforça o princípio do contraditório no sentido de que o magistrado antes de punir pode advertir para que a parte se manifeste previamente, podendo se justificar, influenciando, então, no resultado da decisão.

Como regra o sujeito da relação processual não poderá ter uma decisão judicial sem que tenha sido intimado para se manifestar dela. Há casos excepcionais, em que a decisão é proferida sem que seja ouvida a parte contrária. O parágrafo único do art. 9º prevê alguns exemplos: decisão sobre tutela provisória liminar de urgência (art. 300, § 2º, CPC/2015), decisão que concede tutela provisória liminar de evidência (art. 311, II e III do CPC/2015) e a decisão que determina a expedição do mandado monitório, na ação monitória (Art. 701, CPC/2015), também é exemplo de tutela provisória da evidência.

Por fim, o art. 7º do CPC/2015 determina que caberá ao órgão responsável pelo julgamento da demanda zelar pelo efetivo contraditório. Isso porque, o próprio órgão que vai fazer valer as regras processuais aplicáveis naquela demanda.

3.6 Princípio Da Ampla Defesa

De acordo com a Constituição Federal de 1988²³, especificamente no seu art. 5º, LV, a ampla defesa está intimamente ligada com o contraditório, vejamos o que dispõe este artigo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Percebe-se que o contraditório e ampla defesa são inseparáveis, isto é, não existe contraditório sem ampla defesa e vice versa. O contraditório está relacionado com a ciência-participação e a possibilidade de influenciar no julgamento, ao passo

²²DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 57.

²³BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02mar. de 2019.

que a ampla defesa, está ligada ampla possibilidade de defesa prevista em lei, para concretizar o contraditório.

A defesa, segundo Mendonça Junior²⁴ é um “direito fundamental de ambas as partes”, conferindo a devida adequação para a realização efetiva do contraditório. Portanto, percebe-se que a ampla defesa é a parte substancial do princípio do contraditório.

Nessa linha, Bueno²⁵ conceitua a ampla defesa:

Os “recursos a ela inerentes”, a que se refere o inciso LV do art. 5º da CF, devem ser entendidos como a criação de mecanismos, de formas, de técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento. Não são “recursos” em sentido técnico, em sentido processual, como mecanismos de revisão ou de controle de decisões judiciais. A própria concepção de um “direito fundamental à prova” pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional aqui destacado, isto é, como meio de se exercer amplamente a defesa.

Assim, a ampla defesa engloba a possibilidade de defesa pelo jurisdicionado, utilizando-se de mecanismos, formas e técnicas processuais. Com isso, valendo-se dessa técnica, aliado ao contraditório e outros princípios, tem-se a concretização do efetivo devido processo legal.

3.7 Princípio Da Imparcialidade Do Juiz E Do Juiz Natural

A imparcialidade do magistrado é pressuposto para que a relação processual seja válida e é inerente ao órgão jurisdicional. Conforme estabelece o art. 37, da CF/1988, a impessoalidade é obrigação de todos os agentes estatais. Ademais, ainda na CF/1988, no art. 93, incisos I, II e III, são estabelecidas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Para que o magistrado atue com independência e de forma imparcial, precisa de tais garantias, também contribuindo para uma espécie de blindagem das pressões externas. Indo além, os art. 144 e 145 do CPC também têm por finalidade

²⁴MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Proc. Civil Brasileiro**. Ed. Malheiros. 2001, p. 56.

²⁵BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 64.

garantir a imparcialidade dos magistrados, prevendo o impedimento e suspeição do juiz.

O princípio do juiz natural, também conhecido como princípio da vedação dos tribunais de exceção, está previsto no art. 5º, XXXVII e LIII²⁶, os quais, respectivamente, assim dispõem: "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

De acordo com este princípio, a autoridade judiciária que irá julgar determinada lide deverá preexistir ao fato. É proibido a criação de um órgão judiciário para julgar determinado fato.

Nessa linha, cita Bueno²⁷

O sentido tradicional do princípio, que ainda é aquele que a CF quer revelar, significa que a autoridade judiciária que julgará um determinado caso deverá preexistir ao fato a ser julgado. É vedado criar, a partir de um específico fato concreto, um órgão judiciário que tenha competência para julgá-lo. A diretriz que se quer proteger com esta proibição é a de garantir, da melhor forma possível, a imparcialidade do órgão judiciário.

O mesmo autor ainda cita que será juiz natural aquele em que a Constituição Federal indicar como competente para apreciar a demanda.

3.8 Princípio Da Inércia e Da Demanda

O magistrado deve manter-se inerte até que a parte instaure o processo, isto é, a jurisdição só atua quando provocada. Sendo assim, o art. 2º CPC/2015, estabelece que após o ajuizamento da ação, o processo segue por impulso oficial. Desta feita, percebe-se que a regra é o magistrado não ter nenhuma iniciativa probatória. Ocorre que, existe exceção, como exemplo temos a determinação de prova de ofício, prevista no art. 370 CPC/2015, nesse caso, o magistrado entende ser necessário para a descoberta da verdade a produção de provas que as partes não requereram.

²⁶BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02mar. de 2019.

²⁷BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 65.

3.9 Princípio Da Inafastabilidade Do Controle Jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no art. 5º, XXXV, CF/1988²⁸, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, este princípio garante o acesso à justiça e nem mesmo a lei pode excluir este direito. Ademais, este princípio não apenas garanti o acesso ao Judiciário, mas sim uma garantia substancial de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Este princípio traduz no direito de ação em sentido amplo, ou seja, o de poder obter do poder judiciário uma tutela jurisdicional. Ressalta-se que este direito é amplo e incondicional, sendo assim, o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados.

Nesse sentido, a resposta até pode ser para informar ao autor que a sua questão não pode ser examinada, porque faltam algumas condições essenciais para esta análise. No entanto, essa informação prestada, será por um magistrado, no exercício do sua função jurisdicional, que terá examinado o processo e apresentado a fundamentação adequada para a tomada de sua decisão.

3.10 Princípio Da Motivação Das Decisões

O princípio da motivação das decisões está previsto no art. 93, IX da CF/1988²⁹, que assim dispõe:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁸BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02mar. de 2019.

²⁹Idem.

Sendo assim, percebe-se que este princípio consagra a motivação adequada, ou seja, o magistrado tem o dever de justificar o motivo que o levou a adotar um posicionamento em detrimento do outro, estabelecendo que a motivação será completa, quando analisar todos os documentos possíveis no processo.

Cabe destacar, por ser uma novidade prevista no art. 489 do CPC/2015³⁰, que os elementos essenciais da sentença, em seu § 1º, estabelece os requisitos em seus respectivos incisos de I a IV, os casos em que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão. Nesse interim, podemos citar como exemplo, o inciso I, que dispõe que “a decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

3.11 Princípio Da Cooperação

O princípio da cooperação das partes no processo está disciplinado pela norma contida no art. 6º do CPC/15, sendo que a orientação deste princípio é a cooperação entre as partes, para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e efetiva.

De acordo com Bueno³¹, mesmo antes do CPC/15, já era possível extrair o princípio da cooperação, vejamos:

Mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, já era possível extrair a cooperação dos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo legal e da eficiência processual, pois enfatizava o elemento de ampla participação no processo com vistas a contribuir não só para seu desenvolvimento, mas também para a tomada das decisões e a satisfação do direito.

A iniciativa do CPC/15 em incluir o princípio da cooperação de forma expressa em seu texto foi realmente pertinente, tendo em vista que o seu modelo

³⁰BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 6abr. de 2019.

³¹BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 140.

adotado, busca a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e, além disso, busca a aplicação do princípio da boa-fé.

Cabe apresentar que, de acordo com Bueno³²:

O CPC de 2015 apresenta inúmeras aplicações concretas do princípio da cooperação naquelas quatro facetas, permitindo, com segurança, atestar que ele já implementou verdadeiro modelo de processo cooperativo. Assim, por exemplo, quando o magistrado antes de indeferir a inicial indica precisamente o que, no seu entender, macula aquele ato processual e deve ser corrigido sob pena de indeferimento (art. 321) – dever de esclarecimento; quando o juiz determina a prévia oitiva das partes para só depois decidir (art. 9º), ainda que se trate de matéria que ele deva apreciar de ofício (art. 10) – dever de consulta; quando o magistrado busca suprir a ausência de pressupostos processuais e, mais amplamente, de outros vícios que podem comprometer a prestação da tutela jurisdicional (arts. 139, IX, e 317), inclusive no âmbito recursal (art. 932, parágrafo único) – dever de prevenção; e no que diz respeito à modificação do ônus da prova diante dos pressupostos do art. 373, §§ 1º e 2º – dever de auxílio.

A norma que disciplina sobre a cooperação no processo está relacionada não apenas com as partes, mas com relação a todos os sujeitos processuais. Portanto, não se trata apenas do autor, réu e de seus procuradores (defensoria pública e advocacia privada), além disso, englobam os terceiros intervenientes, o próprio juiz, os auxiliares da Justiça e, evidentemente, o próprio Ministério Público caso atue no processo.

Bueno³³ ainda cita que:

Esse “modelo de processo cooperativo”, máxime quando compreendido também à luz de outros elementos trazidos pelo CPC de 2015 (cabe destacar, aqui, os arts. 4º e 5º), convida a todos a terem presente a concepção do processo como método de solução (estatal) de conflitos – como “comunidade de trabalho”, como sustentam alguns com base na doutrina alemã – em que os seus sujeitos, cômicos de suas funções institucionais, agem com boa-fé e em regime de cooperação entre si para viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a quem dela for merecedor; um processo, destarte, que seja, a um só tempo, devido e eficiente.

O mesmo autor, ainda menciona que “o desafio do dispositivo é o de permitir ao intérprete e ao aplicador do direito processual civil ir além dos casos em que o

³²Idem, p. 141.

³³Idem, p. 142.

próprio CPC de 2015 já se ocupou de solucionar questões ou de impor deveres na perspectiva da cooperação”.

Portanto, verifica-se que o princípio da cooperação entre as partes e todos os sujeitos do processo, tem íntima ligação com as tutelas provisórias, tendo em vista que se trata de um novo modelo de processo, isto é, um modelo cooperativo que deve buscar a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.

4. CAPÍTULO III – TUTELA PROVISÓRIA

4.1 Considerações Gerais

A ação é considerada proposta quando protocolada a petição inicial (art. 312), em seguida, designa-se, como regra, a audiência de conciliação ou de mediação e a citação do réu, que pode apresentar contestação, se a autocomposição não for obtida, atos sucedidos pelo saneamento do processo (art. 357) e pela designação da audiência de instrução e julgamento, na qual as provas orais são produzidas, autorizando a prolação da sentença pelo magistrado.

Esse caminho processual acima demonstrado é a regra do processo civil brasileiro. Mas, deve-se ter em mente que este tramite pode demorar, o que compromete ou acarreta o perecimento do direito material do cidadão que busca a tutela jurisdicional.

Ressalta-se que, de acordo com Montenegro Filho³⁴ a reclamação quanto à demora na tramitação do processo é persistente, não apenas no Brasil, mas praticamente em todos os países no mundo. Além disso, essa reclamação não é recente, tendo inspirado a elaboração da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (1950), com destaque para o inciso I do seu art. 6º, que tem a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.

No mesmo passo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 678, de 9 de novembro de 1992, consagrou o direito à razoável duração do processo no item 1 do seu art. 8.º, nos seguintes termos:

³⁴MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 282.

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Desse modo, salienta Montenegro Filho³⁵, “se o tempo é inimigo do processo, o legislador responsável pela elaboração do CPC/73, e pelas reformas que o modificaram, criou as denominadas medidas de urgência”, trata-se da ação cautelar e a tutela antecipada, para permitir a obtenção de prestação jurisdicional conservativa ou satisfativa durante o processo, antes da prolação da sentença, entendida como tutela final.

A primeira modalidade de medida de urgência exigia a comprovação da coexistência do *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora), enquanto a segunda, a demonstração da prova inequívoca da verossimilhança da alegação conjugada ao preenchimento de um dos requisitos listados nos incisos do art. 273 daquele Código.

O CPC/2015 inovou na matéria, criando duas tutelas provisórias diferentes: a primeira de urgência, da qual são subespécies a tutela provisória cautelar e a tutela provisória antecipada, e a segunda, a tutela da evidência.

Como a própria expressão indica, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada são espécies do gênero tutelas provisórias, que podem ser concedidas em uma situação de urgência, quando o magistrado constatar a coexistência cumulativa da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300). Diferentemente, a tutela da evidência não exige a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, a sua concessão independe da comprovação da urgência.

Assim, com o CPC/2015, não temos mais ação cautelar e tutela antecipada, mas tutelas provisórias, que podem ser de urgência ou da evidência, aquelas se dividindo em tutelas provisórias de urgência cautelares e tutelas provisórias de urgência antecipadas.

Em qualquer caso, as tutelas são provisórias, e por isso podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, por meio de decisão de natureza

³⁵Idem, p. 283.

interlocutória (contra a qual é admitida a interposição do recurso de agravo de instrumento – inciso I do art. 1.015) ou na sentença, mediante decisão fundamentada, em respeito ao princípio da motivação (inciso IX do art. 93 da CF e art. 11 do CPC).

4.2 Objetos De Proteção

Conforme vimos, a tutela provisória pode ser cautelar e antecipada, ou seja, têm-se duas possibilidades para a concessão da tutela. Desse modo, a tutela cautelar está preocupada com a proteção do bem da vida, possuindo natureza conservativa. Já, a tutela provisória antecipada, visa proteger a satisfação imediata do requerente, ou seja, concede à parte o direito que seria dado na sentença.

Para melhor elucidação desta diferença, imaginemos um consumidor que se sente enganado pelo fato de a concessionária ter vendido um veículo que está alienado em nome de outra pessoa. Diante disso, o consumidor poderá solicitar a concessão de uma tutela provisória e, neste caso, terá natureza cautelar, que irá determinar que o veículo seja colocado em depósito, aguardando o desfecho da demanda.

Outro exemplo que é recorrente na prática, está relacionado com a pensão alimentícia. Isso porque, nas ações revisionais pode o alimentado entrar com um pedido de tutela provisória antecipada para a revisão do valor que lhe é pago, pois aguardar todo o desfecho da demanda pode causar prejuízo. Sendo assim, a parte entra com esse pedido para que o seu direito seja concedido de forma liminar pelo magistrado.

4.3 Possibilidade De Concessão Da Tutela Provisória Cautelar Ou Antecipada Em Caráter Antecedente Ou Incidental

O parágrafo único do art. 294 da lei processual³⁶ dispõe: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. ”O CPC/73 previa que apenas a tutela cautelar podia ser concedida em caráter antecedente ou incidental, por meio do ajuizamento da ação cautelar

³⁶BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 6abr. de 2019.

preparatória ou da ação cautelar incidental, enquanto a tutela antecipada só podia ser concedida em caráter incidental. Diferentemente, o CPC/2015 permite a concessão das duas tutelas provisórias em caráter antecedente ou incidental.

Quando o requerimento de concessão da tutela provisória for formulado em caráter incidental, independe do recolhimento de custas (art. 295), pois não estamos diante de uma ação, mas de simples pedido, formulado em processo já instaurado, no qual as custas processuais já foram recolhidas, na hipótese de não se tratar de parte beneficiária da isenção.

4.4 Provisoriedade Da Tutela

O art. 296 da lei processual³⁷ contém a seguinte regra:

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Como a própria expressão indica, a tutela é provisória, fundada nos elementos de prova e nas considerações aduzidas pela parte que se beneficia da sua concessão. Deferida, a parte contrária pode produzir provas e comprovar a veracidade das suas alegações, demonstrando ao magistrado que os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória não foram preenchidos, como este imaginava, o que justifica o pedido de sua revogação, mediante a prolação de decisão de natureza interlocutória, contra a qual é admitida a interposição do recurso de agravo de instrumento (inciso I do art. 1.015).

Assim, de acordo com Montenegro Filho³⁸ quando afirmamos que a tutela é provisória, isso não significa que sempre é revogada, após a sua concessão, mas que pode sê-lo. Contudo, se a defesa apresentada pela parte contrária e as provas produzidas durante o processo não tiverem força suficiente para modificar o convencimento do magistrado, a decisão que concedeu a tutela provisória é reafirmada na sentença, que a absorve, tácita ou expressamente.

³⁷Idem.

³⁸MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 285.

Nesse caso, o inciso V do § 1.º do art. 1.012 da lei processual estabelece a regra de que a apelação interposta contra a sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é recebida apenas no efeito devolutivo, nesta parte, evitando que a interposição do recurso tivesse o condão de sobrestar os efeitos da tutela, que a essa altura não é mais provisória, mas definitiva.

4.5 Requisitos Exigidos Para A Concessão Da Tutela Provisória De Urgência

O caput do art. 300 do CPC/2015³⁹ apresenta a seguinte redação: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

O novo CPC padronizou os requisitos, exigindo a comprovação da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo tanto para a concessão da tutela provisória de urgência como da tutela provisória antecipada.

A probabilidade do direito deve ser revelada pelas provas produzidas pela parte que pretende obter a tutela provisória e pela análise do direito aplicável ao caso concreto. O legislador infraconstitucional nem usou a expressão *fumus boni juris* (fumaça do bom direito), própria das ações cautelares, nem a expressão *prova inequívoca da verossimilhança das alegações*, própria da tutela antecipada, adotadas pelo CPC/73.

A probabilidade (da existência) do direito deve ser averiguada por meio de cálculo a ser realizado pelo magistrado em cada caso, verificando se possivelmente a tutela definitiva será concedida ao requerente da tutela provisória ou se é mais provável o julgamento da ação em favor da parte contrária.

Embora o CPC/2015 nem tenha utilizado a expressão *periculum in mora* (perigo da demora, em tradução livre), própria das ações cautelares, nem a expressão *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*, própria da antecipação de tutela, no regime do CPC/73, nos dois casos estamos diante de uma situação de urgência, a justificar a pretendida concessão da tutela provisória, o que

³⁹BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 19abr. de 2019.

nos permite dizer que esta só pode ser deferida numa situação de urgência, devidamente demonstrada pela parte.

4.6 Exigência De Caução

O § 1.º do art. 300 da lei processual dispõe que, 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.

O juiz não está obrigado a condicionar a concessão da tutela provisória à prestação da caução. Com base no poder discricionário e no poder geral de cautela que lhe são conferidos, pode dispensá-la, sobretudo quando o requerimento formulado pela parte evidenciar a probabilidade da existência do direito afirmado e a efetivação da medida não tiver o condão de causar prejuízo à outra parte. A determinação da prestação ou não da caução passa pela aplicação do princípio da proporcionalidade, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Caução é gênero, apresentando a caução real e a caução fidejussória como espécies. A primeira pode consistir principalmente em penhor, anticrese ou hipoteca (art. 1.419 do CC), enquanto a segunda pode ser representada por fiança ou aval. Em qualquer dos casos, a garantia deve ser proporcional ao eventual prejuízo que pode ser suportado pela parte contra a qual a tutela é concedida.

O magistrado deve avaliar a suficiência e a idoneidade da garantia. Assim, se a parte apresenta termo de fiança assinado por terceiro, o juiz pode exigir a juntada da declaração do imposto de renda do denominado fiador judicial, examinando a sua condição financeira e patrimonial para comprovar a idoneidade da garantia.

4.7 Perigo De Irreversibilidade Dos Efeitos Da Decisão

O § 3.º do art. 300 do CPC/2015 prevê que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O magistrado deve verificar, caso a caso, a possibilidade de a tutela final não confirmar a provisória, e a probabilidade de reversibilidade desse provimento, sobretudo em face da condição patrimonial, econômica e financeira da parte que a

requer, sendo (ou não) suficiente para garantir o pagamento de indenização à parte contrária, decorrente do dano causado com a efetivação da tutela provisória que posteriormente não é ratificada pela tutela definitiva.

A questão sempre acentuou polêmica na doutrina e na jurisprudência. Entendemos que o magistrado deve comparar os bens jurídicos envolvidos no caso concreto. No caso exemplificativo de autor que necessita da tutela provisória para que o réu (empresa que explora o segmento plano de saúde) custeie intervenção cirúrgica (fundada em prova que evidencia a probabilidade do direito e o perigo de dano), a negativa de prestação jurisdicional pode causar prejuízo irreparável àquele, consistente na perda da vida, bem jurídico infinitamente maior do que a preocupação de que a parte não possa reembolsar a importância relacionada ao procedimento, no caso de improcedência da ação judicial.

Cada caso é um caso diferenciado, exigindo fundamentação do pronunciamento, que detalhe as razões que conduzem o magistrado a negar o pedido de concessão da tutela provisória, permitindo a interposição do recurso de agravo de instrumento (inciso I do art. 1.015).

5. CAPÍTULO IV – DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Nos termos do art. 303, caput, do CPC/2015, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

5.1 Procedimento Da Tutela Antecipada Requerida Em Caráter Antecedente

O art. 303 da lei processual⁴⁰ dispõe:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito

⁴⁰BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2abr. de 2019.

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.

Segundo Neves⁴¹, extrai-se do dispositivo legal, que não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, ainda que o § 4º do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento do pedido, caberá ao autor, nos termos do § 6º do art. 303 do Novo CPC, emendar a petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito. O prazo de cinco dias pode ser prorrogado pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do CPC/2015, servindo para um aditamento que na verdade converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal.

⁴¹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - volume único**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 518.

Desta forma, como o juiz já indeferiu o pedido de tutela antecipada, se o autor não quiser partir para o processo principal basta deixar de emendar a petição inicial, com o que o processo será extinto sem prejuízo econômico ao autor, já que tudo ocorrerá antes da citação do réu e por isso não se justifica condenação ao pagamento de verbas honorárias.

O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do CPC/2015. Nesse caso cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.

Contudo, caso a tutela antecipada seja concedida, o art. 303, § 1º, I, do CPC/2015, exige que o autor adite a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 2º, do CPC/2015). Nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, esse aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

O prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do CPC/2015, de certa forma conflita com a estabilização da tutela antecipada prevista no art. 304 do CPC/2015. Dentro da normalidade, o autor será intimado da concessão da tutela antecipada antes de o réu ser citado, de forma que se for computado o prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do CPC/2015, fatalmente o pedido de tutela antecipada já terá se convertido em processo principal quando o réu tiver a oportunidade de deixar de se irressignar contra a decisão concessiva. E nesse caso a extinção não será meramente do pedido de tutela provisória de urgência, mas sim do próprio processo principal.

Assim, segundo Neves⁴²:

É possível até mesmo argumentar que, antes de saber se haverá ou não estabilização da tutela antecipada, não se pode exigir do autor a emenda de sua petição inicial, o que só se tornaria necessário se soubesse, diante da postura do réu, que o processo prosseguirá. De qualquer maneira, cabe ao autor, mesmo que por cautela, cumprir o prazo previsto no inciso I, do § 1º, do art. 303 do Novo CPC, para não correr o risco mesmo de decorrido o prazo de reação do réu ter seu processo extinto sem resolução do mérito pela falta de emenda da petição inicial.

⁴²Idem, p. 519.

Por outro lado, Neves⁴³ entende que mesmo tendo havido a emenda da petição inicial não se poderá presumir que com isso o autor abriu mão da estabilização da tutela antecipada e que, por tal razão, mesmo que o réu não interponha agravo de instrumento o processo seguirá normalmente. Nesse caso é o réu que deve se precaver agravando de instrumento mesmo que a petição inicial já tenha sido emendada. Não havendo agravo nesse caso entendo que o juízo deve intimar o autor para que ele se manifeste sobre a continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou se já está satisfeito com a tutela antecipada estabilizada e por isso não se opõe à extinção do processo.

Desta forma, verifica-se que o legislador cometeu considerável equívoco ao prever como concomitantes o prazo de recurso do réu e de emenda da petição inicial do autor, quando o mais racional seria consagrá-los como sucessivos: primeiro conta-se o prazo para o réu recorrer e depois, somente na hipótese de recurso interposto, conta-se o prazo do autor para emendar a petição inicial.

O manifesto equívoco legislativo, entretanto, não permite soluções contra legem, como a possibilidade de o juiz tornar prazos que a lei prevê como concomitantes em sucessivos. Por essa razão deve-se o referido autor lamentar o Enunciado 13 da 1ª Jornada de direito processual civil, que, numa interpretação indevida do previsto no art. 139, VI, do CPC, conclui que tal dispositivo permite ao juiz o deslocamento para o futuro de termo inicial de prazo. Confundiu-se prorrogação de prazo com deslocamento de seu termo inicial, o que, naturalmente, não se deve admitir.

Os incisos do art. 303, § 1º, do CPC/2015 preveem regras que se encavalam, demandando dos operadores uma interpretação adequada. Ainda que o réu deva ser imediatamente citado quando houver a concessão da tutela pleiteada, até porque precisa tomar conhecimento da existência do processo e da concessão da tutela antecipada para agravar de instrumento, não tem sentido o art. 303, § 1º, II, do CPC/2015 prever que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334 e, conforme previsto no inciso III, § 1º, do mesmo dispositivo legal, somente se não houver solução consensual,

⁴³Idem, p. 520.

começará seu prazo para contestação (na realidade para sua defesa) nos termos do art. 335 do CPC/2015.

Na realidade, afirma Neves⁴⁴ que não faz qualquer sentido o réu ser citado em um processo que dependerá de um ato positivo do autor para não ser extinto sem resolução do mérito.

Por outro lado, não tem sentido deixar para citar o réu somente depois de o autor ter emendado a petição inicial porque nesse caso se postergará em demasia sua ciência do processo e sua possibilidade de impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada.

A solução, apresentada pelo referido autor é seguir a literalidade do art. 303, § 1º, II, do CPC/2015 e citar o réu e intimá-lo a comparecer a uma audiência de conciliação e mediação, que poderá não se realizar caso o autor não emende a petição inicial e o processo seja extinto ou o réu não se insurja contra a antecipação de tutela e o processo seja extinto com a estabilização da tutela antecipada.

Cabe mencionar que, de acordo com Montenegro Filho⁴⁵ quando o autor formula o pedido de concessão da tutela provisória antecipada em caráter antecedente, o faz por petição inicial igualmente provisória, exigindo a lei que seja complementada, limitando-se num primeiro momento a requerer a tutela provisória antecipada, devendo protestar pela formulação do pedido de tutela final no prazo de 15 dias úteis, ou em outro prazo fixado pelo magistrado, a depender da complexidade da causa. Lembramos que o autor se encontra diante de uma situação de urgência, marcada pela existência do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, o que justifica a adoção da técnica prevista no artigo reproduzido.

Embora estejamos diante de petição inicial provisória, para que se credencie à obtenção da tutela provisória antecipada, o autor deve indicar o pedido de tutela final, expondo a lide e o direito que se busca realizar, além de comprovar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sob pena de o magistrado determinar a emenda da petição inicial ou de indeferi-la.

⁴⁴Idem, p. 522.

⁴⁵MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 283.

Concedida a tutela provisória antecipada, o autor não apresenta nova petição inicial, ou seja, não distribui nova ação na justiça. Diferentemente, apenas adita a petição inicial provisória, em que solicitou a concessão da tutela igualmente provisória, agora apresentando fundamentação completa, formulando o pedido de tutela final.

Exemplificativamente, pensando na situação de usuário de plano de saúde que necessita se submeter a procedimento cirúrgico de urgência, indevidamente negado pela empresa, o autor pode distribuir petição inicial solicitando a concessão da tutela provisória antecipada, para que a empresa ré seja obrigada a custear o procedimento cirúrgico, demonstrando que a recusa é ilegal, protestando pela formulação do pedido de tutela final.

Concedida a tutela provisória, o autor apresenta nova petição, nos autos do mesmo processo, apresentando fundamentação completa, demonstrando que a negativa da ré de cobrir o procedimento cirúrgico é ilegal, sendo contrária ao entendimento da doutrina e da jurisprudência, formulando o pedido de tutela final, consistente no reconhecimento da nulidade da negativa e na condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos. O prazo de 15 dias só considera os dias úteis.

O magistrado não deve designar audiência de tentativa de conciliação ou de mediação após receber a petição inicial na qual o pedido de concessão da tutela provisória antecipada foi formulado, mas somente após o autor aditar aquela petição, já que o descumprimento da determinação judicial acarreta a extinção do processo sem a resolução do mérito, não se justificando a designação da citada audiência.

Além da extinção do processo sem a resolução do mérito, quando a petição inicial provisória não for aditada, o magistrado deve condenar o autor ao pagamento de indenização, quando constatar a ocorrência de uma das situações previstas no art. 302, não se justificando a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, já que o réu não foi citado, não tendo sido onerado com a contratação de advogado.

Como o autor não distribui duas petições iniciais para formular os pedidos de tutela provisória e de tutela final, mas uma petição inicial, inicialmente provisória, na qual formula o pedido de concessão de tutela provisória, posteriormente aditada por

outra petição (avulsa, não petição inicial), na qual formula o pedido de tutela final, temos um só processo, e somente um recolhimento de custas processuais, considerando, no caso, parte requerente não beneficiária de isenção de custas.

Quanto ao valor da causa, sobre o qual as custas são calculadas, pensando na situação em que o autor requer a concessão de tutela provisória antecipada para que o réu seja obrigado a custear procedimento cirúrgico estimado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), afirmando que aditará a petição inicial igualmente provisória para requerer a condenação do réu ao pagamento de indenização (decorrente da negativa indevida de cobrir o procedimento cirúrgico), o valor da causa deve corresponder ao somatório do valor da cirurgia e da indenização pretendida, sobre o resultado da soma incidindo as custas processuais.

Considerando que a tutela provisória antecipada pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental, quando solicitá-la em petição inicial, o autor deve informar se está formulando o pedido de tutela provisória e de tutela final ou apenas aquele, neste caso, devendo protestar pela formulação do pedido de tutela final, a fim de evitar a preclusão.

Finalmente, no que se refere ao aditamento da petição inicial, advertimos que o § 6.º da norma reproduzida (que fixa o prazo de cinco dias para a prática do ato) contém regra específica, afastando a aplicação da regra geral, constante do art. 321 (que fixa o prazo de 15 dias para a emenda da petição inicial).

Não obstante a criação de regra específica entende-se que a última parte do art. 321 deve ser observada, exigindo do magistrado que indique com precisão ou que deve ser corrigido ou completado.

5.2 Tutela Antecipada Estável

O art. 304 é um dos mais polêmicos do CPC/2015⁴⁶, pois prevê a possibilidade de a tutela antecipada se tornar estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Vejamos a norma:

⁴⁶BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 6abr. de 2019.

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 que 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.

De acordo com Montenegro Filho⁴⁷ o dispositivo reproduzido recebeu críticas ferozes de parte da doutrina, por ter previsto que a tutela antecipada se torna estável, caso o réu não interpuser o recurso de agravo de instrumento, no prazo geral de 15 dias, técnica que vem na contramão do desejo de reduzir a quantidade de recursos em todos os tribunais da federação.

Em decorrência da norma, a parte contra a qual a tutela é concedida deve interpor o recurso para evitar que a mesma se torne estável. Segundo Montenegro Filho⁴⁸, “o dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática, não meramente literal. A parte não está obrigada a interpor qualquer recurso, já que a prática desse ato é facultativa”.

Assim, o referido autor entende que o dispositivo deve ser interpretado da seguinte forma:

A tutela antecipada se torna estável se o réu não interpuser o recurso de agravo de instrumento e se não contestar, pois este último ato também demonstra a sua oposição em relação à concessão da tutela antecipada, na verdade, numa intensidade muito maior, quando o comparamos com o

⁴⁷MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 284.

⁴⁸Idem, p. 285.

recurso de agravo de instrumento, no qual a parte se limita a tentar demonstrar que o seu adversário processual não teria comprovado o preenchimento dos requisitos relacionados no art. 300. A apresentação da contestação evita que a tutela se torne estável e que o processo seja extinto.

O legislador infraconstitucional não se atentou para o fato de que o prazo para o aditamento da petição inicial pelo autor, que é de 15 dias, começa a fluir antes do início da fluência do prazo de que o réu dispõe para interpor o recurso de agravo de instrumento ou para apresentar contestação, evitando que a tutela antecipada se torne estável, já que, em quase todos os casos, a parte beneficiada pela concessão da tutela antecipada é intimada do seu deferimento antes de a parte contrária ser citada.

Assim, como o autor não pode adivinhar se o réu vai ou não interpor o recurso ou contestar a ação, por cautela deverá aditar a petição inicial, evitando a extinção do processo sem a resolução do mérito, pelo fato de a providência não ter sido adotada.

Embora a parte inicial do § 6º da norma em exame preveja que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, de acordo com Montenegro Filho⁴⁹, esse dispositivo deve ser interpretado de forma conjugada não apenas com os demais parágrafos que integram o artigo, como também com o art. 502, textual em prever que denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Assim, para o referido autor, a decisão que concede a tutela antecipada e que não é atacada por recurso ou impugnada pela contestação não produz coisa julgada material durante o prazo de que a parte dispõe para propor a ação à que se refere o § 5º. Contudo, ultrapassado o prazo sem que o direito de ação seja exercitado, a relação de direito material é acobertada pelo manto da coisa julgada, sem que possa ser discutida, ressalvada a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória, fundada em uma das hipóteses listadas no art. 966.

Por outro lado, para Neves⁵⁰ e para a maioria da doutrina, após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do

⁴⁹Idem, p. 286.

⁵⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - volume único**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 529.

CPC/2015, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. 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.

Desta forma, verifica-se que a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é um tema polêmico, haja vista que trata-se de uma inovação sem precedentes no direito brasileiro. E, justamente por esta falta de precedentes, alguns autores buscam enquadrar essa estabilidade como coisa julgada.

Nesse sentido, cita Gomes⁵¹

Certamente um dos pontos mais polêmicos sobre a estabilização da tutela antecipada é sua natureza, afinal trata-se de uma autorização para que uma decisão fundada em cognição sumária se torne estável independentemente do julgamento de um pedido de tutela final, o que não encontra precedentes no regime das tutelas sumárias no Código de Processo Civil revogado. O pensamento clássico busca associar a estabilização da tutela antecipada com as formas de estabilidade até então conhecidas no âmbito do direito processual: a coisa julgada, a preclusão e a preempção.

Todavia, o ponto central da estabilização está relacionado com a desnecessidade da continuidade do processo, pois tecnicamente a decisão satisfaz as partes. No entanto, essas implicações que a estabilização pode assumir que gera este questionamento sobre a existência ou não da coisa julgada.

Cabe ressaltar que, de acordo com o art. 6º, § 3º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) a coisa julgada ocorre quando da decisão judicial não caiba mais nenhum recurso.

Assim, percebe-se que uma decisão que concede uma tutela de urgência não se reveste de caráter imutável e indiscutível, tendo em vista que se pautou apenas na cognição sumária.

Entretanto, apesar desta decisão não fazer coisa julgada, tal decisão pode adquirir estabilidade, a qual apenas poderá ser afastada pela apresentação de nova ação perante o judiciário.

⁵¹GOMES, Frederico Augusto Gomes. **A estabilização da tutela antecipada**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 15 jan. 2019. 2017, p. 166.

Nessa linha, Camara⁵² se posiciona:

A decisão concessiva da tutela de urgência estável não faz coisa julgada (isto é, não se torna imutável e indiscutível), como estabelece expressamente o art. 304, § 6o, o que é consequência inexorável do fato de ter sido ela proferida com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente (sendo esta essencial para que a decisão judicial alcance a autoridade de coisa julgada). Seus efeitos, porém, se tornam estáveis e só podem ser afastados por decisão judicial que a desconstitua, proferida em demanda proposta por alguma das partes em face da outra (art. 304, § 3o e § 6o, in fine).

Diante disso, entende-se que a intenção do legislador ordinário foi justamente diferenciar estes institutos, tendo em vista que não é plausível conferir em um procedimento de cognição sumária os mesmos efeitos da coisa julgada.

Nessa perspectiva, Didier Jr.⁵³ cita que essa questão trata-se de uma estabilidade qualificada, pois, nestes casos é possível diferenciar os institutos e, com isso, afirmar que, após o período de dois anos, apenas os efeitos da decisão que concedeu a tutela que se estabiliza. Desse modo, a imutabilidade da coisa julgada atingiria apenas o conteúdo da decisão e não os seus efeitos.

De toda forma, conclui-se que a instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente não gera coisa julgada, apesar de se assemelhar com o instituto. Pois, após transcorrido o prazo para a impugnação, está irá se estabilizar, se distanciando de seu caráter de provisoriedade.

⁵²CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 149.

⁵³DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou apresentar uma reflexão sobre as tutelas provisórias, especialmente sobre o efeito da coisa julgada na tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente.

Para tanto, concluiu-se inicialmente que o processo como conhecemos nos dias atuais teve suas origens na Roma antiga e passou por várias transformações ao longo das quais vários institutos foram criados para enfrentar os desafios da sociedade, para se amoldar o processo aos conflitos existentes, bem como se efetivar o Estado Democrático de Direito.

Ademais, não podemos deixar de mencionar a importância dos princípios no ordenamento jurídico atual. Posto isso, vimos diversos princípios importantes, tanto na seara constitucional, como infraconstitucional. Sendo assim, entende-se que o Direito Processual integra o Direito Público e este contém o conjunto de normas legais e de princípios que devem ser seguidas e, além disso, deve, inclusive, orientar o próprio legislador na elaboração de outras normas jurídicas.

Além disso, estabelecemos que o processo civil é o ramo do direito que contém as regras e os princípios que tratam da jurisdição civil. Além de ser considerado o instrumento da jurisdição, isto é, o meio de que se vale o magistrado para aplicar a lei ao caso concreto.

Cabe mencionar, que definimos que a tutela provisória de urgência poderá ser tanto cautelar, quanto antecipada. A cautelar se preocupa com o bem da vida, possuindo natureza conservativa. Enquanto a tutela provisória antecipada se preocupa com a satisfação imediata do requerente, concedendo à parte o que só lhe seria atribuído por ocasião da prolação da sentença (tutela definitiva).

Vimos que a tutela antecipada poderá ser requerida em caráter antecedente, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação. Nestes casos, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Diante disso, vislumbramos que o art. 304 é um dos mais polêmicos do CPC/2015, pois prevê a possibilidade de a tutela antecipada se tornar estável da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. No entanto, alguns autores, como Montenegro Filho, entendem que essa estabilidade após o decurso

do prazo de dois anos sem a manifestação de recurso ocasiona a coisa julgada. Enquanto que, para outros autores, como Camara e Neves, entende que não forma coisa julgada, mas apenas uma estabilização dos efeitos da decisão.

Nesse sentido, os objetivos do trabalho foram cumpridos, tendo em vista que foram realizadas as discussões dos principais aspectos das tutelas provisórias, especialmente no contexto do efeito da coisa julgada na tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente.

Além disso, a problemática do trabalho foi cumprida, haja vista que vimos que caso não seja interposto o respectivo recurso, os efeitos da decisão irá se estabilizar, mas não ocorrerá a coisa julgada.

Portanto, diante deste estudo realizado, percebe-se que, apesar da divergência doutrinária, a decisão que concede a tutela antecipada e que não é atacada por recurso ou impugnada não produz a coisa julgada durante o prazo designado pelo Código. Contudo, caso este prazo seja ultrapassado ocorrerá o fenômeno da estabilidade dos efeitos da decisão.

7. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Adolpho Augusto Lima; MENDES, Daniel de Carvalho. **O panorama das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil**. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelas-provisorias-cpc>>. Acesso em: 20 mai. 2019

BATISTA, Marcondes. **Função jurisdicional e poder judiciário nacional**. 2013. Disponível em: <<http://marcondesbatistaayres.blogspot.com/2013/09/funcao-jurisdicional-e-poder-judiciario.html>>. Acesso em: 15 de out. de 2018.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 02fev de 2019.

_____, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2mar de 2019.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10fev de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. vol. I. São Paulo. 2006.

GOMES, Frederico Augusto Gomes. **A estabilização da tutela antecipada**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20->

%20D%20%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAll
owed=y>. Acesso em 15jan. 2019.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUCCA, Rubia Luizetto de. **Tutela provisória e o novo Código de Processo Civil**. 2016. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18021&revista_caderno=21>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Proc. Civil Brasileiro**. Ed. Malheiros. 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOTA, Karine Alves Gonçalves. **A natureza jurídica da estabilização dos efeitos da tutela antecipada do CPC/2015, frente à coisa julgada**. 2018. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-natureza-juridica-da-estabilizacao-dos-efeitos-da-tutela-antecipada-do-cpc2015-frente-a-coisa-julgada,591427.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - volume único**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Entenda a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil**. 2016. Jusbrasil. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/327400887/entenda-a-tutela-provisoria-no-novo-cpc>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

QUARIGUAZI, Leandro. **Tutela provisória no CPC/2015: O procedimento e as nuances da tutela provisória no Novo Código de processo Civil**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56372/tutela-provisoria-no-cpc-2015>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil: panorama geral**. 2016. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236728,81042-Tutela+provisoria+no+novo+CPC+panorama+geral>>. Acesso em: 20 abr. 2019.