

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ISABELA TODD SILVA FREIRE

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

**BRASÍLIA
2016**

ISABELA TODD SILVA FREIRE

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Professor César Augusto Binder

BRASÍLIA
2016

ISABELA TODD SILVA FREIRE

**A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Professor César Augusto Binder

Brasília, de de 2016

Banca Examinadora

Professor Orientador César Augusto Binder

Examinador (a)

Examinador (a)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir umas das grandes inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), referente ao tratamento dado às tutelas provisórias, no Livro V, dos arts. 297 a 311, mais especificamente ao novo instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada quando requerida em caráter antecedente e sua compatibilidade com o princípio processual constitucional do contraditório. Para tanto, será feita uma análise geral das disposições que regulam as tutelas provisórias de evidência e de urgência, de natureza cautelar e satisfativa. Em seguida, será feito o estudo acerca dos princípios processuais legais e constitucionais garantidores da defesa e participação do réu nos provimentos jurisdicionais. Por fim, quanto ao instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, serão examinadas suas principais características, requisitos legais, bem como sua adequação ao regramento imposto pela Ordem Constitucional, no que tange à aplicação devida dos princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Palavra-Chave: Direito Processual Civil. Tutela Provisória. Tutelas de urgência. Tutela Antecipada. Princípio do Contraditório. Estabilização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CPC	8
1.1 Tutela de evidência	10
1.2 Tutelas de urgência	13
<i>1.2.1 Tutela cautelar</i>	<i>16</i>
<i>1.2.2 Tutela antecipada</i>	<i>20</i>
2 ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS	24
2.1 O princípio do devido processo legal	25
2.2 O princípio do contraditório	27
2.3 O princípio da ampla defesa	32
2.4 O princípio da isonomia e paridade de armas	35
3 A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA	37
3.1 A exigência de recurso para a não estabilização e o princípio do contraditório: violação ou mera exceção?	43
3.3 Outros instrumentos jurídicos aptos a impedir a estabilização dos efeitos da tutela	50
CONCLUSÕES	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Dentre as grandes dificuldades que afetam o Poder Judiciário brasileiro, a maior talvez seja a morosidade da prestação jurisdicional. Com isso, as tutelas de urgência vêm como o objetivo de resolver, em caráter provisório, as situações que demandem exame premente por parte do magistrado, por vezes sem a oitiva de ambas as partes, até que a questão possa ser submetida à cognição exauriente e, portanto, com a realização do contraditório pleno.

Na busca pela celeridade processual, o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, deu um novo tratamento às medidas concedidas a nível de cognição sumária, elencando o Livro V dedicado somente às tutelas provisórias, podendo ser de urgência ou de evidência, e as com caráter urgente, antecipada ou cautelar.

Entretanto, é de suma importância verificar se os novos dispositivos do Código são compatíveis com a Ordem Constitucional, tendo como objetivo suscitar a discussão sobre a possível violação de garantias constitucionais de defesa e participação nos provimentos jurisdicionais, em nome da incessante busca por celeridade.

Nota-se que o legislador infraconstitucional também se preocupou com o contraditório no novo regramento processual, estabelecendo a garantia de influência e da não surpresa, com o objetivo de assegurar a máxima efetividade do provimento, com a participação plena dos litigantes no processo.

Nesse contexto, ainda, surge o instituto da estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que reforça ainda mais a necessidade de se discutir qual é o limite dessa demanda incansável por celeridade e efetividade processual, eis que dispensa a regular ordinarização do procedimento comum, nos moldes da ação monitória, já conhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será dedicado ao estudo das tutelas provisórias, dos arts. 294 a 311, inseridos na parte geral do Código, onde serão abordadas a tutela de evidência, as tutelas de urgência de natureza cautelar e satisfativa, bem como seus procedimentos.

O segundo capítulo abordará a questão principiológica que permeia a discussão, trazendo conceitos e posições acerca dos princípios constitucionais e legais que

norteiam a aplicação do Código de Processo Civil na atividade jurisdicional do Estado, destacando-se aqueles relativos ao direito de defesa, garantia de participação, e ao modelo cooperativo do processo civil estabelecido no novo Código.

No terceiro e último capítulo será analisado o regramento do instituto da estabilização dos efeitos da tutela, com o exame minucioso das suas características e requisitos, bem como situações de aplicação e seu procedimento.

Ainda, será examinado o comportamento do réu que fará surgir a estabilidade da decisão de tutela antecipada, que tem condão de definitividade, sua natureza jurídica e, conseqüentemente, sua compatibilidade com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, quando proferida a nível de cognição sumária.

Por fim, serão abordados os meios de impedir a estabilização dos efeitos da tutela, e possíveis instrumentos de adequação do procedimento ao modelo constitucional imposto.

1 AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CPC

Sob a égide da Constituição da República, definido por seu art. 5º, XXXV, entende-se o processo como instrumento da jurisdição e, portanto, uma garantia de efetivação dos direitos. No campo jurídico moderno, tem-se o processo como o conjunto de atos coordenados, previstos em lei, tendentes a criar relação jurídica da qual surgirão direitos e obrigações para os sujeitos.¹

Simplificadamente, inicia-se o processo com a propositura da ação em juízo, conforme o princípio da iniciativa das partes, e seguirá seu caminho até a sentença, pelo princípio do impulso oficial.

O Código de Processo Civil de 1973 dividiu o estudo do processo em três modalidades, conforme o grau de cognição judicial analisada em cada uma delas, pelo juiz, quais sejam, o processo de conhecimento, o processo cautelar, e o processo de execução.²

Como regra geral, há cognição exauriente, onde será objeto de conhecimento do juiz e discussão entre as partes toda a controvérsia, de forma plena, sem limitação da matéria a ser discutida,³ cabendo ao magistrado proferir decisão levando em consideração a matéria fática e o conjunto probatório produzido nos autos, sendo garantido o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, de modo a proferir sentença que alcançará *status* de definitividade, com a formação da coisa julgada.⁴

Em contrapartida, pode o juiz, diante de situação de urgência ou perigo de dano, realizar cognição sumária, ou seja, emitir conteúdo decisório vinculando as partes, sem

¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 338-339.

² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1. p. 341.

³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 196-197.

⁴ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v.2. p. 562.

que para isso efetue análise profunda da matéria fático-probatória.⁵ Trata-se de um juízo de probabilidade, que não possibilita o exaurimento da controvérsia.⁶

Diante disso, o legislador buscou atender a demandas que, em razão da urgência em obter provimento jurisdicional diante de situações excepcionais, necessitavam de celeridade no conhecimento e análise, a fim de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação. São as tutelas cautelares, regida pelo Livro III da codificação de 73, e satisfativa, regida pelo antigo artigo 273.

Ocorre que, com a publicação do Novo Código de Processo Civil, em 17 de março de 2016, as matérias de cognição sumária sofreram intensa modificação, assim previstas no Livro V. Extinto o livro do processo cautelar, serão objeto de estudo as tutelas provisórias, subdivididas em tutelas de urgência, antecipada ou cautelar, com a inclusão de nova espécie, a chamada tutela de evidência.

Assim, o novo Código reuniu os institutos do processo cautelar junto à antecipação de tutela, com a denominação de tutelas de urgência, podendo ser requeridas antes ou no curso do processo onde se busca a prestação principal, onde se faz necessária a demonstração de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, para ambos os institutos, assemelhado aos requisitos exigidos à antecipação dos efeitos da tutela na antiga Codificação.⁷

Há, ainda, a previsão de instituto onde não é exigido o perigo de dano, risco, ou qualquer demonstração de urgência para sua concessão. Trata-se da tutela de evidência, previsto pelo art. 311, do Código de Processo Civil.

Em ambos os casos, durante o processo as medidas conservam seus efeitos, bem como durante o período de suspensão processual, podendo, entretanto, ser revogadas ou modificadas pelo magistrado, mediante decisão motivada, em virtude da provisoriedade das medidas, que somente se justificam enquanto perdurar a situação que as motivou:

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 198.

⁶ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2. p. 477.

⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...]

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.

Entretanto, há exceção ao caráter provisório das medidas de urgência, abordado em capítulo dedicado à estabilização dos efeitos da tutela antecipada.

Por fim, o pedido de tutela provisória deverá ser formulado perante o juízo competente para julgar o pedido principal, mantendo a regra do Código de Processo Civil de 1973.

1.1 Tutela de evidência

Ao contrário do que foi proposto às tutelas de urgência, a tutela de evidência foi instituída no Novo Código como uma técnica processual que, em razão da probabilidade de acolhimento do pleito e da prova das alegações, o pedido será concedido imediatamente, mas provisoriamente, devido ao grau de evidência do direito,⁸ na qual o juiz, diante de situação de plausibilidade do direito alegado, ou prova pré-constituída, poderá conceder de plano a medida pleiteada.⁹

Discute-se, na doutrina, a nomenclatura atribuída ao instituto, eis que não seria propriamente uma tutela jurisdicional, mas sim uma técnica processual aplicada a hipóteses de comprovação das alegações.¹⁰

Nota-se, ainda, que a lei trouxe o instituto como meio de proteção a situações de grau de plausibilidade tão elevado, que dispensa a comprovação de qualquer urgência e perigo de dano.¹¹

⁸ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 616-617.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Da tutela provisória. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 494.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 616.

O art. 311, do Novo Código de Processo Civil traz as hipóteses de concessão de tutela de evidência, em seus incisos, em duas modalidades.

A primeira delas, do inciso I, é a tutela punitiva, já prevista na antiga codificação, no art. 273, II, determinando a concessão do pedido nos casos de abuso do direito de defesa, bem como de atos protelatórios que comprometam a celeridade e razoável duração do processo.¹²

Ora, o processo judicial é regido pelo princípio da lealdade processual, onde as partes deverão proceder, do início ao fim, com boa-fé, moralidade e probidade em relação às partes ao julgador.¹³

Nota-se, portanto, que a intenção do legislador foi verdadeiramente punitiva, no sentido de que, a parte que tenta protelar o feito injustificadamente e de má-fé verá o pedido da parte contrária ser concedido rapidamente, assemelhado ao julgamento antecipado da lide.¹⁴

A lei traz o abuso do direito e o propósito protelatório como conceitos indeterminados que devem ser interpretados pelo magistrado no caso concreto. Devem, ainda, ser interpretados de forma ampla, de modo a abarcar interposição de recursos protelatórios, pedidos infundados de produção de prova, ou atos que acarretem a suspensão do processo, nos termos do art. 313, do NCPC, como por exemplo, a arguição de impedimento ou suspeição ou incidentes processuais.¹⁵

Não é, todavia, o mero abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório que permitirão a concessão da tutela de evidência, mas sim a cumulação de um destes com a demonstração de probabilidade do direito e prova das alegações.

¹¹ SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 251.

¹² DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 619-621.

¹³ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 598.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 624.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 622.

Discute-se na doutrina a aplicabilidade da tutela de evidência punitiva no caso concreto.¹⁶ Isto porque, a lei prevê medidas a serem adotadas pelo magistrado quando estiver diante de condutas das partes que revelem deslealdade processual, como por exemplo a remoção do inventariante que não procede ao andamento regular, suscita dúvidas infundadas ou pratica atos meramente protelatórios.

Outra modalidade de tutela de evidência prevista é a documentada, dos incisos II, III e IV do art. 311, do novo CPC.

Para a concessão da tutela de evidência com base no inciso II do referido artigo, a parte deve necessariamente comprovar suas alegações de fato por prova documental, e a demonstração da probabilidade do direito se dá precisamente pela demonstração de identidade, ou pelo menos semelhança, entre a tese formulada pelo autor e a tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou súmulas vinculantes.¹⁷

Ocorre que, o art. 927, do Novo Código de Processo Civil, traz um rol de precedentes de observância obrigatória, incorrendo em omissão o legislador ao somente prever teses firmadas em súmulas vinculantes e demandas ou recursos repetitivos. Assim, devem ser observados os incisos do artigo supracitado para verificação da probabilidade do acolhimento do pleito de tutela de evidência.¹⁸

A parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação -, encontra-se em estado de evidência. Demonstra não só a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual como também a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC).¹⁹

¹⁶ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 622-623.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 624.

¹⁸ DOTTE, Rogéria Fagundes. Da tutela de evidência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO, Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTE, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 522.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 626.

Nesse sentido, a parte deverá indicar de forma precisa e clara a tese invocada, bem como o precedente aplicável ao caso, identificando as semelhanças entre o caso concreto e a tese jurídica a ser observada.

Quanto ao inciso III do art. 311, cumpre salientar que o Novo Código de Processo Civil não mais prevê a ação de depósito como procedimento especial. Para preencher a lacuna deixada na lei, estabeleceu a tutela provisória de evidência para a entrega de bem objeto do contrato de depósito, quando instruído com prova documental.

O art. 311 prevê, ainda, uma última hipótese, quando o autor, no momento da propositura da ação, juntar aos autos prova documental suficiente de seu direito, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Também há, na hipótese, correspondência ao julgamento antecipado da lide.²⁰

Nas hipóteses dos incisos II e III caberá concessão liminar, sem oitiva da parte contrária "pois o intuito da tutela de evidência é justamente uma melhor distribuição do ônus do tempo no processo".²¹

Há sentido na previsão de concessão liminar somente nos casos expressos, pois na hipótese dos incisos I e IV, presume-se a participação prévia do réu no processo, seja por ato de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, no inciso I, ou por oposição de prova incapaz de gerar dúvida, como define o inciso IV.

1.2 Tutelas de urgência

Conforme se extrai da leitura dos artigos 300 a 310, nota-se que o Novo Código de Processo Civil reuniu os institutos da antecipação de tutela e medida cautelar, elencando como requisitos a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, cumulativamente ao perigo de dano ou resultado útil do processo.

²⁰ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v.2. p. 629.

²¹ DOTTEI, Rogéria Fagundes. Da tutela de evidência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO, Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTEI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 523.

Entretanto, apesar da reunião dos institutos, cada qual possui procedimento distinto, bem como requisito específico. Para concessão da tutela antecipada perigo de dano, para a concessão da tutela antecipada faz-se necessário o perigo de dano, e à tutela cautelar, o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300.²²

Nesse sentido, para ambas as medidas será necessária a comprovação da plausibilidade do direito, junto a um dos requisitos presentes na parte final do art. 300, quais sejam, o perigo de dano ou ao resultado útil do processo.

Quanto ao requisito de plausibilidade, tendo em vista a provisoriedade das tutelas tratadas, não há necessidade de comprovação de certeza do direito, mas sim de elementos aptos a convencer o magistrado, a nível de cognição sumária.

O novo código também prevê a possibilidade de concessão de tutela de urgência antes ou durante o curso do processo. A grande modificação se relaciona com a previsão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Considerando que as medidas concedidas pelas tutelas de urgência representam possível limitação de direitos do réu, pois eventual concessão se dá a nível de cognição sumária, sem que haja certeza sobre a controvérsia,²³ para ambas, ainda, o juízo poderá exigir caução para ressarcir eventuais danos decorrentes da medida concedida, podendo a parte beneficiada ser condenada pelos prejuízos causados pela efetivação da tutela, nos casos especificados nos incisos do artigo 302,²⁴ que deverá ser liquidada nos próprios autos, pelo princípio da economia processual.²⁵

²² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

²³ TESSER, André Luiz Bäuml. Da tutela de urgência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 504.

²⁴ Trata-se de sentença desfavorável ao beneficiado pela medida, não fornecimento de meios necessários para a citação do requerido, cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal, e acolhimento, pelo juiz, de alegação de decadência ou prescrição do autor, nos termos do art. 302, do Código de Processo Civil.

²⁵ MORAES, Voltaire de Lima. Da tutela de urgência. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 240.

Tal exigência poderá ser dispensada se o autor for hipossuficiente, caso em que deverá pleitear os benefícios da justiça gratuita juntamente ao pedido de tutela de urgência, ou se assistido pela Defensoria Pública, sendo a hipossuficiência, nesse caso, presumida.²⁶

Conforme previsão do art. 300, §2º, o juiz poderá conceder a tutela de urgência liminarmente ou após justificação prévia. Entende-se, entretanto, que será cabível a concessão em momento diverso, e até mesmo por sentença, seguindo o modelo relativo à antecipação de tutela do Código de 1973, que podia ser concedido por sentença.²⁷ Nesse sentido, ao tratar do recebimento da apelação somente no efeito suspensivo, o artigo 1.012, §1º, V, é possível verificar que a sentença poderá confirmar, revogar, e inclusive conceder tutela provisória.

Entende-se, ainda, que poderá ser concedida tutela urgente em qualquer grau de jurisdição, em sede de processo de conhecimento ou execução, bem como no bojo de recursos, pois o regramento das tutelas provisórias se encontra na parte geral do Novo Código de Processo Civil.²⁸

Há forte e justificada crítica na doutrina quanto ao tratamento demasiadamente uniforme dado às tutelas antecipada e cautelar.²⁹ O novo Código não distingue ou sequer especifica os requisitos para cada medida, se limitando a estabelecer procedimento diverso a cada uma delas.

Dessa forma, não concordamos de modo algum com o tratamento uniforme dado aos requisitos de um e outro tipo de tutela, á que apesar de serem consideradas espécies de tutelas de urgência, repita-se, justamente pela questão do risco de dano no sentido mais amplo do termo, o novo CPC acaso tivesse especificado com detalhes mais técnicos o caso de tutela cautelar e antecipada (satisfativa), não teríamos qualquer problema na prática, pois apesar de ser patente a fungibilidade entre ambas na realidade de hoje e com ressalvas no futuro ante a possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecipada, esse não é e na realidade nunca foi o problema, mas sim a confusão que vai gerar, pois indiscutivelmente uma coisa é acautelar e outra é satisfazer, logo não podem andar juntas com relação aos pressupostos a sua

²⁶ TESSER, André Luiz Bäuml. Da tutela de urgência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 502.

²⁷ MORAES, Voltaire de Lima. Da tutela de urgência. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 239-240

²⁸ ATCHABAHIAN, Marina Vezzoni. *Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada>>. Acesso em: 15 abr 2016.

²⁹ MORAIS, Maria Lúcia Baptista apud THEODORO JR, Humberto. *As tutelas provisórias e as de evidência: especificidades e defeitos*, 2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/6064407>>. Acesso em: 8 abr 2016. p. 6.

concessão, eis que para acautelar os elementos, sem sombra de dúvidas, devem ser menos rigorosos do que para antecipar efeitos práticos do próprio pedido inicial.³⁰

De fato, as medidas tratadas possuem naturezas diferentes, bem como objetivam tutelar situações distintas, ora com função assecuratória, de preservar um bem da vida de modo a garantir a eficácia do processo judicial, ora com função satisfativa, buscando antecipar o provimento final, satisfazendo a pretensão do autor antes da fase de conhecimento.³¹

O próprio Código prevê a fungibilidade, no art. 305, quando o autor requer medida de natureza cautelar, e o magistrado entende se tratar de medida antecipatória, convertendo o procedimento e aplicando as disposições do art. 303 e seguintes.³²

Poderá, ainda, converter a tutela antecipada em tutela cautelar em razão de requerimento equivocado da parte diante do tratamento dado pelo Código, unificando os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência.

Por isso, mostra-se fundamental distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, pela diferença dos procedimentos, bem como de efeitos particulares atribuídos a cada uma delas.

1.2.1 Tutela cautelar

Entende a doutrina pela diferenciação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada pela natureza e fim a que se destinam. Enquanto esta se refere a verdadeira antecipação dos efeitos da decisão final, portanto, com o objetivo de satisfazer desde logo a pretensão do autor, aquela tem função eminentemente assecuratória de direito.

Ao contrário da tutela antecipada, não há confusão entre o pedido principal e o que se pede em caráter de urgência. Há a mera pretensão de assegurar direito, provimento

³⁰ SAMPAIO JR, José Herval. Tutela cautelar no novo CPC. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 311.

³¹ CUNHA, Guilherme Antunes da. Da tutela provisória. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 234.

³² CUNHA, Guilherme Antunes da. Da tutela provisória. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 235-236

final, o processo, e sua eficácia, para que a decisão que conclui o processo tenha, de fato, aplicabilidade no caso concreto, e não seja um comando judicial vazio.³³

Nos moldes da ação cautelar preparatória, prevista no art. 796, do Código de 1973³⁴, o pedido de concessão de tutela cautelar poderá ser feito em caráter antecedente. No curso do processo, entretanto, poderá ser realizado nos próprios autos, sem a necessidade de apenso ao processo principal, como era realizado na Codificação antiga. Portanto, persiste a possibilidade de pedido autônomo, tendo em vista a existência de medidas cautelares preparatórias no Código anterior, porém as medidas incidentais deixam de existir, dando espaço ao pedido autônomo.

Ainda em relação ao antigo Código, foram extintos os procedimentos cautelares específicos ou as medidas cautelares nominadas, adotando o novo Código o princípio da atipicidade dos meios executivos.³⁵

Diante disso, a parte poderá criar pedido de natureza cautelar, levando em consideração as peculiaridades e especificidades do caso concreto, não sendo necessário o enquadramento perfeito às espécies delimitadas pela lei.

Assim, o art. 301, do novo Código, definiu, em caráter meramente exemplificativo, medidas de efetivação da tutela cautelar, tendo como base os procedimentos extintos, quais sejam, o arresto, o sequestro, o arrolamento de bens, o registro de protesto contra alienação de bem ou qualquer outra medida idônea que entender ser cabível, necessária e útil à efetivação da tutela pretendida.³⁶

Entretanto, há entendimento de que ficará a critério do juiz definir, no caso concreto, qual medida de efetivação será cabível,³⁷ tendo em vista o poder do magistrado de

³³ SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 248-249.

³⁴ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

³⁵ TESSER, André Luiz Bäuml. Da tutela de urgência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. 503.

³⁶ TESSER, André Luiz Bäuml. Da tutela de urgência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 503-504.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Da tutela provisória. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 497.

adotar medidas para efetivar a tutela pretendida. Trata-se do poder geral de cautela que, com a extinção das medidas cautelares nominadas, ganha força de modo a garantir a eficácia do provimento judicial.³⁸ A prerrogativa foi defendida pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, entendimento este consubstanciado no Enunciado 31.³⁹

Como estabelece o art. 308, §1º, o pedido cautelar e o pedido principal poderão ser formulados em peça única, e distribuídos de uma só vez.

A petição inicial deve conter a indicação do processo principal, ou pretensão a ser proposta, e a exposição sumária dos fundamentos, respeitando, assim a finalidade do instituto, de acautelar situação de urgência. Deverá, ainda, por óbvio, indicar o preenchimento dos requisitos da tutela de urgência e fundamentação correspondente,⁴⁰ quais sejam, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como os elementos que evidenciem a probabilidade do direito.

Contudo, se o magistrado entender se tratar de tutela antecipada, nos termos do parágrafo único do art. 305, "observará o disposto no art. 303", convertendo o processo e aplicando as disposições atinentes à tutela antecipada, inclusive o que cabe à estabilização dos efeitos da tutela.⁴¹

No Código anterior havia previsão de fungibilidade entre a antecipação dos efeitos da tutela e medida cautelar, situação que manteve, eis que o Código de 2015 deu tratamento quase que idêntico aos institutos, unificando seus requisitos, com diferenciações quanto aos procedimentos.

Em quaisquer dos casos, aplicada a fungibilidade e a consequente conversão do procedimento, o magistrado deverá abrir prazo para eventual emenda a inicial, para adequação da fundamentação, porém a critério do juiz, diante do silêncio da lei.

³⁸ CUNHA, Guilherme Antunes da. Da tutela provisória. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 237.

³⁹ Enunciado 31, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "O poder geral de cautela está mantido no CPC".

⁴⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 511.

⁴¹ DOTTI, Rogéria Fagundes. Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 512.

Se entender pela necessidade de oitiva da parte contrária, o juiz determinará a citação do réu para oferecer contestação em 5 (cinco) dias, bem como indicar provas que pretende produzir, conforme estipulado pelo art. 306 e, não havendo contestação, aplica-se o efeito da confissão ficta, e o juiz deverá decidir em 5 (cinco) dias. Presente a contestação, será observado o procedimento comum.

O Enunciado 381,⁴² do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê hipótese não estipulada em lei, de apresentação de réplica. Em atenção ao princípio do contraditório, deve prevalecer esse entendimento.

Assim como a decisão acerca da tutela antecipada, da que conceder ou indeferir pedido de tutela cautelar será cabível agravo de instrumento, conforme disposição do art. 1.015, I, do Novo Código de Processo Civil.

Concedida e efetivada a tutela cautelar, começa a correr o prazo de 30 (trinta) dias para a formulação do pedido principal, a ser protocolado nos mesmos autos do pedido cautelar, sem a necessidade de pagamento de novas custas, e com a possibilidade de aditamento da causa de pedir.

Depois de apresentado o pedido da lide principal, as partes serão intimadas a comparecer em audiência de conciliação ou mediação e, não obtendo acordo, contar-se-á o prazo para contestação na forma do art. 335, do Novo Código de Processo Civil.

Se o pedido principal não for formulado pelo autor, a eficácia da tutela cautelar cessa e, sendo assim, o prazo de 30 (trinta) dias do art. 335 é decadencial.⁴³ A tutela também perderá a eficácia quando não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias, ou quando o juiz julgar improcedente o pedido, ou extinguir o processo sem resolução do mérito, a teor do art. 309, e incisos, do Código. Nos casos em que a eficácia da medida cessa, para a renovação do pedido se faz necessário novo fundamento.

Cumprе ressaltar a não formação da coisa julgada sobre a decisão que indeferir a tutela cautelar, podendo a parte formular o pedido principal, o que somente será

⁴² Enunciado 381, do Fórum Permanente de Processualistas: "É cabível réplica no procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente".

⁴³ DOTTI, Rogéria Fagundes. Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 515-516.

influenciado pelo julgamento da medida antecedente quando reconhecer a prescrição ou a decadência.⁴⁴

Prevalece, ainda, a ideia da possibilidade de modificação ou revogação da tutela cautelar a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz. Isto porque, a tutela somente é útil enquanto perdura a situação acautelada. Cessado o perigo de dano ou de resultado útil ao processo, não há mais o que assegurar, perdendo, assim, o seu objetivo.

Por óbvio, não se aplica a estabilização dos efeitos à tutela cautelar, entendimento reforçado pelo Enunciado 420,⁴⁵ do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

1.2.2 Tutela antecipada

Quanto à terminologia adotada pelo novo Código, a antiga lei foi mais feliz ao nomear o instituto. Isso porque, o artigo 273, do antigo Código de Processo Civil previa que, o juiz poderia antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo autor na inicial. "Assim, não se antecipa a própria tutela satisfativa (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos delas provenientes".⁴⁶

Ainda quanto à adequação do termo tutela ao instituto, entende-se que a antecipação de tutela seria uma técnica procedimental⁴⁷ utilizada para resolver casos urgentes que não poderiam aguardar o trâmite legal, e não propriamente uma espécie de tutela jurisdicional.⁴⁸

Superada a questão terminológica, divide-se a tutela em satisfativa e não-satisfativa ou assecuratória. É satisfativa quando busca entregar o bem da vida pleiteado, e

⁴⁴ SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 249.

⁴⁵ Enunciado 420, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: " Não cabe estabilização de tutela cautelar".

⁴⁶ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v.2. p. 588.

⁴⁷ MUNIZ FILHO, José Humberto Pereira, GUIMARÃES, Daniel Mijaja Simões. Tutela de urgência antecipada: um ensaio topográfico sobre sua satisfação. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 225.

⁴⁸ HOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino, MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 74.

assecuratória quando busca proteger um bem da vida, garantindo a eficácia do provimento final.

A tutela antecipada tem natureza satisfativa, eis que objetiva satisfazer o pleito do autor antes da cognição exauriente pelo magistrado. Antecipa, portanto, os efeitos de eventual condenação ou declaração ao final do processo.⁴⁹

O novo Código inova ao permitir a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente "nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação", podendo a parte se limitar ao requerimento, com a devida demonstração dos requisitos, e à indicação do pedido final, com a exposição da lide e da fundamentação.⁵⁰ Os §§4º e 5º do dispositivo exigem, ainda, a indicação do valor da causa, levando em consideração o pedido final e, ainda, indicação expressa de que pretende beneficiar-se da tutela antecipada.

Diante da morosidade típica do judiciário atual, o legislador inova ao possibilitar que medidas satisfativas do direito sejam requeridas de forma autônoma, como espécie de ação de tutela antecipada antecedente, e não somente como um pedido no bojo da ação principal, como era a previsão do Código passado. Entretanto, a parte deverá indicar o pedido final.

A título de exemplo, no bojo de ação declaratória de inexistência de débito em virtude de negativação indevida, em relação consumerista, a autor poderá se limitar à exposição dos fatos e ao simples requerimento de retirada do nome do cadastro de inadimplência, para que, posteriormente, em ação própria, discuta a relação obrigacional, com eventuais pedidos de danos materiais ou morais decorrentes da negativação indevida.

Como requisito negativo específico à espécie, elencado no §3º do art. 300, além dos requisitos genéricos à tutela de urgência, a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela. Sendo passível de

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Samo, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v.2. p. 569.

⁵⁰ TESSER, André Luiz Bäuml. Da tutela de urgência. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 506-508.

modificação e revogação a qualquer tempo, faz-se necessária a possibilidade de reversão à situação anterior.⁵¹

A irreversibilidade da medida já era prevista no código antigo, no §2º do art. 273, pois mesmo existindo previsão de reparação de danos decorrentes de ambas as tutelas, antecipada e cautelar, nos casos especificados em lei, é extrema a medida que antecipa prestação satisfativa, pois o concede ao autor o direito pleiteado.

Entretanto, mesmo exigindo-se a reversibilidade, é possível que a tutela antecipada se mantenha, diante da inércia do réu, e se torne irreversível após o prazo de 2 (dois) anos, conforme será verificado em capítulo específico acerca da estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Assim, tentou o legislador, diante de situações de extrema urgência, que demandam do advogado rapidez na elaboração da peça jurídica, pelo perigo de perecimento do direito, facilitar o pronto atendimento ao pleito de seu cliente, deixando para depois da concessão da medida a formulação de peça pertinente ao caso, com formulação dos pedidos e fundamentação minuciosa.

Isto porque, quando da concessão da tutela antecipada, o autor deverá realizar o aditamento da inicial, nos próprios autos, no prazo de 15 (quinze) dias, ou em prazo maior, a critério do juiz, complementando a fundamentação, bem como juntando novos documentos e, novamente indicando o pedido de tutela antecipada.

Após o aditamento, o réu será citado e intimado a comparecer em audiência de conciliação ou mediação e, não obtido acordo, poderá contestar no prazo de 15 (quinze) dias. Se o autor não aditar a inicial no prazo, o processo será extinto sem mérito.

Entretanto, no caso de indeferimento do pedido de tutela antecipada, o autor deverá emendar a inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento e consequente extinção sem mérito.

De qualquer das decisões, de deferimento ou indeferimento, caberá agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do Novo Código de Processo Civil.⁵²

⁵¹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v.2. p. 600.

Entretanto, na ausência de interposição do recurso cabível, conforme previsão do art. 304, a tutela antecipada torna-se estável, hipótese que será tratada a diante, podendo ser modificada ou revogada por ação autônoma, pelo prazo de 2 (anos) após a estabilização, sendo autorizado o desarquivamento dos autos do processo, por qualquer das partes.

Segundo determinação expressa do art. 304, §6º, não se trata de formação de coisa julgada. Há, contudo, entendimento de que o legislador criou nova modalidade de coisa julgada.⁵³

Não caberá, portanto, ação rescisória da decisão que declarar estável os efeitos da tutela antecipada. Apesar de existir previsão expressa de lei, foi definido pelo enunciado 33, do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis que, "não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência".

⁵² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias; [...]

⁵³ TOLEDO, Alberto Baumeister apud SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. In: MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. (Org.). *Novo código de processo civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

2 ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS

Dentre as normas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional e, portanto, aplicáveis ao caso concreto, verifica-se a existência de regras e princípios. Faz-se necessária a distinção entre as duas espécies ante o impacto que causam na interpretação do caso concreto, possuindo estruturas diferentes, bem como diante da aplicação diversa feita pelo intérprete.⁵⁴

Nesse sentido, princípios são normas de orientação do julgador, ou seja, linhas gerais por onde o intérprete deve seguir frente a norma, que é, na realidade, um enunciado rígido que, por muitas vezes, não consegue prever de forma completa os possíveis caminhos do mundo dos fatos. O legislador, portanto, não conseguindo visualizar todas as nuances que a demanda pode tomar, não poderia deixar por completo a critério do intérprete a solução do problema.⁵⁵

Assim, diante de omissões legislativas, deverá o julgador utilizar dos princípios decorrentes da Constituição ou da lei infraconstitucional, para guiar-se diante do conflito.

Entretanto, o campo de aplicação de princípios não é limitado a imprecisões causadas pelo legislador. Pelo contrário, o uso de princípios, especialmente no campo processual, conhecido por sua rigidez de regras, faz com que a "abstratividade" da lei possa se adequar às nuances da realidade, até mesmo relativizando regras frente a necessidade do caso concreto.⁵⁶

Assim, garantido direito de ação como garantia fundamental pela Constituição, também deverá ser garantido o direito de defesa do réu, bem como o regular andamento do feito, como ditam os incisos LIV e LV, da Constituição Federal.⁵⁷

⁵⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 61-62.

⁵⁵ THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1. p. 158.

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 163.

⁵⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 170.

2.1 O princípio do devido processo legal

Tem-se como princípio processual primordial o devido processo legal, como garantia do cidadão,⁵⁸ previsto expressamente pela Constituição Federal, no art. 5º, LIV, aplicado de forma plena aos mais diversos âmbitos do direito.⁵⁹ Entendido de forma amplíssima, "verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível".⁶⁰

Considerando que a atuação do Estado deve observar os limites estritos da legislação, pelo princípio da legalidade, as normas processuais vêm com o objetivo de garantir os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao poder arbitrário e soberano do Estado.⁶¹

Porém, a mera observância das normas processuais não satisfaz o desejo da Constituição, mas sim quando associa-se o princípio do devido processo legal com a ideia de processo justo e efetivo.⁶² Dessa forma, trata-se de direito fundamental que orienta todo o processo, compreendendo aspectos materiais e formais, de modo a concretizar direitos fundamentais buscados no âmbito do poder judiciário.⁶³

No âmbito processual penal é nítida a importância do devido processo legal, eis que o indivíduo está diante de juízo quanto a sua liberdade. Por isso, tamanha restrição no patrimônio jurídico do sujeito deverá ser observada a partir de um processo rigoroso, a fim de evitar abusos por parte do poder jurisdicional.⁶⁴

Entretanto, mesmo no âmbito privado, do processo civil, é necessária a observância do princípio, bem como dos que dele decorrem, quais sejam, o contraditório,

⁵⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 145.

⁵⁹ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 63.

⁶⁰ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 70.

⁶¹ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 66-67.

⁶² THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1. p. 165.

⁶³ THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1. p. 170.

⁶⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 73.

ampla defesa, igualdade das partes, a serem tratados em momento oportuno, publicidade, proibição de prova ilícita, motivação das decisões, razoável duração do processo, e o próprio acesso a justiça.⁶⁵

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, "o Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo".⁶⁶

Em razão disso, o Novo Código de Processo Civil estabelece como modelo de processo, pelo art. 6º, que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". A cooperação exigida pelo legislador, em primeira análise, parece contraditória, eis que o processo ocorre em ambiente contencioso, com a presença de vontades eminentemente conflitantes, a exceção da jurisdição voluntária.⁶⁷

Entretanto, foi essa a intenção do legislador,⁶⁸ de impor deveres de colaboração entre as partes e o juiz, em um âmbito onde os interesses são opostos, de modo a conduzir um processo justo para ambas as partes, buscando decisões melhores e processos mais céleres, mediante comportamentos probos e de boa-fé.⁶⁹

O modelo previsto pela lei cria deveres de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio às partes.⁷⁰

O dever de esclarecimento se traduz como um caráter corretivo, no sentido de informar as partes acerca de seus ônus e consequências, bem como no dever de provocá-las

⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 66.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.p. 490.

⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 13.

⁶⁸ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 105.

⁶⁹ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 109.

⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 14.

para que seja suprida alguma lacuna de fundamentação, ou falta de prova.⁷¹ Também é observado pela perspectiva das partes que poderão buscar o magistrado para que esclareça seus fundamentos, em obediência à motivação das decisões e o princípio do contraditório.⁷²

O dever de auxílio tem como objetivo a economia processual, de aproveitamento dos atos, ligado ao dever de esclarecimento. Nesse sentido, o dever de consulta busca efetivar o contraditório pleno e efetivo, determinando que o magistrado provoque as partes para manifestação, oportunizando suas oitivas e juntadas de prova.⁷³

Por fim, o dever de prevenção busca o aperfeiçoamento de alegações e decisões jurisdicionais frente a deficiências de fundamentação pelas partes. Deverá o juiz ou tribunal, diante da situação, sugerir condutas que eliminem as lacunas, contudo, sem perder o caráter imparcial do julgador.⁷⁴

Assim, entende-se que esse modelo é o que mais atende ao princípio do devido processo legal e ao princípio democrático,⁷⁵ bem como tem o objetivo de concretizar o princípio do contraditório e da ampla defesa, pela participação efetiva das partes no processo, buscando, assim, uma decisão mais justa.⁷⁶

2.2 O princípio do contraditório

No processo civil, a garantia do contraditório foi introduzida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, vista como inovação, eis que em cartas constitucionais passadas, o princípio somente era previsto expressamente em relação ao processo penal, não

⁷¹ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94.

⁷² THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 96.

⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 14.

⁷⁴ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 97.

⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 123.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 493-494.

obstante o entendimento doutrinário da época no sentido de estender a aplicação aos processos civil e administrativo.⁷⁷

Ao entender a jurisdição como atividade exercida pelo Estado, através do juiz e demais auxiliares da justiça, tem-se como essencial a participação dos sujeitos envolvidos no processo na formação do ato jurisdicional em todas as suas fases,⁷⁸ em decorrência do próprio princípio democrático.⁷⁹

Nesse sentido, ainda, as partes são alvos de atos processuais e decisões prolatadas no bojo do processo, bem como estão sujeitas à coisa julgada. Em razão disso, o Estado, no exercício da função jurisdicional, deve prestar contas às partes, sendo requisito de legitimação da própria jurisdição.⁸⁰ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, "um processo em que qualquer das partes não possa efetivamente participar retira a legitimidade do exercício do poder jurisdicional".⁸¹

Assim, serão atingidos pelo contraditório "todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo",⁸² sejam eles partes, terceiros intervenientes ou até mesmo o Ministério Público. Extrai-se, portanto, que o contraditório não se restringe somente ao réu, mas o autor também deve participar efetivamente do processo, de modo que seu direito à tutela do estado não está limitado ao direito de ação.⁸³

Ao juiz, como participante da relação jurídica processual, caberá assegurar o exercício efetivo do contraditório pelas partes e demais sujeitos, de forma a atender à intenção do constituinte,⁸⁴ bem como do legislador infraconstitucional, consubstanciada no art. 139, I, do Novo Código de Processo Civil.⁸⁵

⁷⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p 167.

⁷⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160-161.

⁷⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 78.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 343-344.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 352.

⁸² NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 171.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 355.

⁸⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

⁸⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

Entendia-se o contraditório como a necessidade de informar as partes acerca do que ocorre no processo, oportunizar manifestações paritárias nos autos,⁸⁶ bem como a possibilidade de produção de prova.⁸⁷ Sendo assim, bastava a oitiva das partes no processo para atender ao comando do princípio, e que uma dimensão substancial do contraditório, ou seja, de exercício efetivo, estava limitada ao processo penal.⁸⁸

Nesse sentido, muito se falava acerca da bilateralidade de audiência, como uma dimensão meramente formal do princípio.⁸⁹ Porém, o contraditório não se limita ao dizer e contradizer das partes,⁹⁰ mas sim no sentido de garantir que as alegações trazidas, tanto de fato quanto de direito, sejam efetivamente apreciadas pelo juiz, de modo a influenciar o seu convencimento.

O Novo Código de Processo Civil evidencia a amplitude do princípio do contraditório, no sentido de que "elevou o grau de participação e influência das partes na preparação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo".⁹¹

Assim, sob um aspecto substancial, é garantido aos sujeitos a possibilidade de influenciar a formação do próprio provimento jurisdicional, sob pena de violação do princípio do contraditório na ausência dessa garantia. Nesse sentido, surge a proibição de decisões surpresa, ou seja, sem prévia análise pelas partes, e possibilidade de manifestação,⁹² podendo, inclusive, diminuir a quantidade de recursos.⁹³

Portanto, o contraditório no novo Código pode ser conceituado como o "direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de

I - assegurar às partes igualdade de tratamento; [...]

⁸⁶ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 171.

⁸⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

⁸⁸ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 172-174.

⁸⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 161.

⁹⁰ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 61.

⁹¹ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85.

⁹² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 79.

⁹³ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 97.

influência e não surpresa para a formação das decisões".⁹⁴ Como já dito, a influência na cognição do juiz decorre do próprio princípio democrático, como forma de participação do processo.

Já a garantia da não surpresa foi prevista de forma expressa e clara quanto à impossibilidade da inovação de fundamentos sem a prévia manifestação das partes.⁹⁵ Assim determina o art. 10, do novo CPC: "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

Sendo assim, entende-se que o juiz deixa de ser mero espectador do processo, devendo provocar as partes acerca da nova fundamentação,⁹⁶ abrindo prazo para manifestação, sob pena de nulidade da decisão.⁹⁷

Observa-se, ainda, como garantia da influência das partes, bem como do devido processo legal,⁹⁸ que todas as decisões judiciais sejam motivadas. Assim, é garantido às partes que suas alegações de fato e de direito sejam devidamente apreciadas pelo magistrado e analisadas ao ponto de influenciar efetivamente na formação de seu conhecimento.⁹⁹

Nota-se o alcance e amplitude que tem o princípio do contraditório no processo civil. Não é dado ao juiz a prerrogativa de decidir sem ouvir as partes.¹⁰⁰ Portanto, toda e

⁹⁴ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 21.

⁹⁶ REZENDE, Fernando Augusto Chacha. *Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc>>. Acesso em: 12 mai 2016.

⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015.

⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 35.

⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015. p. 24.

¹⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 81.

qualquer matéria fruto de decisão judicial deve ser submetida a conhecimento das partes, para que, se desejarem, se manifestem acerca do tema.

Ainda, cumpre salientar que, no processo civil, o princípio do contraditório é direito disponível do sujeito, mesmo frente à garantia constitucional. Cabe ao magistrado oportunizar o contraditório, ou seja, garantir que este seja exercido em conformidade com a lei e com a Constituição. Não cabe a ele, entretanto, obrigar a parte a se manifestar se assim não desejar.¹⁰¹

Tanto é que o art. 344, do novo Código, estabelece os efeitos da não apresentação de defesa, quando o réu será revel. Portanto, processo em que não é garantido o contraditório pode ser viciado, mas do não exercício voluntário, quando este for devidamente oportunizado, não decorre nulidade.

Sob essa dimensão, observa-se, ainda, a necessidade de defesa qualificada, consubstanciada na figura do advogado,¹⁰² não ficando mais restrita ao processo penal a ideia de essencialidade da defesa técnica, e evidenciando a intenção da Constituição ao estabelecer a advocacia como função essencial à justiça. Por isso, "o processo civil cada vez mais se aproxima do processo penal na medida em que se preocupa também com a qualidade de defesa da parte".¹⁰³

Ainda, o art. 9º, NCPC, traz a previsão de que somente poderá ser proferida decisão contra o sujeito após a sua oitiva. Sendo assim, a lei não traz essa exigência quando a decisão lhe é favorável, tal como se verifica nos casos de indeferimento da petição inicial, do art. 330, e da improcedência liminar, do art. 332, hipóteses em que não há sequer a citação do réu.¹⁰⁴

A mesma regra é aplicada, ainda, no art. 932, V, NCPC, ao prever a dispensa de oitiva do recorrido quando o relator inadmitir o recurso ou negar provimento, bem como

¹⁰¹ BAPTISTA, Adriano Henrique. ZENKE, Hayssa Terume Bussolo. *O princípio do contraditório substancial à vista do novo CPC*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/42605/o-principio-do-contraditorio-substancial-a-vista-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 mai 2016.

¹⁰² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 80.

¹⁰³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161

¹⁰⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. 82-83.

nos embargos de declaração, situação em que somente será necessário ouvir o recorrido na ocorrência de efeitos modificativos na decisão.¹⁰⁵

Entretanto, o parágrafo único do art. 9º traz um rol meramente exemplificativo de exceções à obrigatoriedade de ouvir a parte, mesmo quando a decisão for desfavorável ao seu interesse. Cuida das decisões das tutelas provisórias de urgência, antecipada e cautelar, decisões no âmbito da tutela de evidência e expedição de mandado monitório.¹⁰⁶

Trata-se de situações em que, mesmo não ouvindo a parte contrária, ou seja, não sendo oportunizado o contraditório pleno e efetivo, não há violação ao princípio. Isto porque, os princípios devem ser observados levando em conta as nuances do caso concreto, ou seja, as peculiaridades que atingem o processo. Logo, em situações excepcionais e, portanto, previstas pela legislação, o juiz poderá proferir decisão contrária ao autor sem antes ouvi-lo.¹⁰⁷

Cumprido frisar que, mesmo a parte não sendo ouvida antes da prolação da decisão, não há violação do contraditório, eis que este não será suprimido, mas sim diferido para momento posterior a prolação da decisão, mas anterior ao momento em que esta se torne definitiva,¹⁰⁸ de modo a não causar prejuízo irreparável ou ineficácia do provimento,¹⁰⁹ diante de situação atípica, que necessita de urgência no tratamento, ou ainda, quando é alta a probabilidade de sucesso da demanda, sendo prescindível a comprovação de perigo.¹¹⁰

2.3 O princípio da ampla defesa

Apesar de intimamente ligado ao princípio do contraditório, a ampla defesa há de ser tratada distintamente. Assim, além do direito de ser informado acerca do processo, os

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 359.

¹⁰⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 83.

¹⁰⁷ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 188.

¹⁰⁸ BAPTISTA, Adriano Henrique. ZENKE, Hayssa Terume Bussolo. *O princípio do contraditório substancial à vista do novo CPC*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/42605/o-principio-do-contraditorio-substancial-a-vista-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 mai 2016.

¹⁰⁹ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 185.

¹¹⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 84.

indivíduos têm o direito de efetivamente participar da formação do provimento jurisdicional, sendo fundamental a garantia dos meios de exercício, e considerando a ampla defesa como exteriorização do princípio do contraditório.¹¹¹

Entende-se como ampla defesa a possibilidade da parte de trazer aos autos do processo todos os fatos, fundamentos e provas que julgar necessário ao esclarecimento e conhecimento do juiz.¹¹² Ainda em decorrência do princípio democrático, a ampla defesa é vista sob o aspecto do interesse público, essencial para o processo em Estados democráticos.¹¹³

Assim determinou a Constituição Federal, no art. 5º, LV, dando aos litigantes e acusados a garantia à ampla defesa, bem como "os meios e recursos a ela inerentes". Evidencia-se, ainda, a aproximação do processo civil do processo penal quanto à relevância dos meios de defesa, assim como a presença e qualidade da defesa técnica.¹¹⁴

Ocorre que, no processo civil, esse aspecto ainda é considerado como opção da parte, quando no processo penal é imprescindível a presença do advogado nos atos processuais.¹¹⁵ Prevalece, portanto, o entendimento de disponibilidade da defesa no âmbito cível.

Contudo, a ampla defesa deve ser interpretada da forma mais abrangente possível, de forma a garantir que as partes possam oferecer as mais diversas alegações e provas com o objetivo de buscar o seu direito.¹¹⁶ Entretanto, garantir a ampla defesa não significa garantir a defesa ilimitada, mas sim possibilitar a utilização dos meios necessários ao seu exercício, sem que dele decorra ilegalidade ou prejuízo à parte contrária.¹¹⁷

Porém, como ocorre na interpretação de outras regras e princípios, quaisquer limitações ou restrições devem ser realizadas de forma moderada e razoável, para que seja efetiva a sua aplicação no caso concreto, mas sem que haja excessos. Nas palavras de Luiz

¹¹¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

¹¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

¹¹³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

¹¹⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

¹¹⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 126.

¹¹⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 127.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 353.

Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, "os direitos de ação e de defesa devem estar em equilíbrio e não propriamente em simetria absoluta".¹¹⁸

Assim como no princípio do contraditório, a ampla defesa não está restrita ao réu, mas aos demais sujeitos que tenham interesse no processo, inclusive o autor, na inicial, quando defende seus direitos.

Nesse sentido, o direito de ação do autor não se resume a propositura da ação, bem como a mera apresentação de resposta não garante o contraditório pleno e efetivo.¹¹⁹ A contestação representa a primeira oportunidade que o réu terá para impugnar os fatos e as alegações de direitos trazidas pelo autor, bem como especificar provas. Também é possível suscitar possíveis vícios, em preliminar, antes de adentrar no mérito. Oportuniza-se, portanto, a defesa processual e a defesa de mérito.¹²⁰

Há a previsão de reconvenção, no art. 343, NCPC, onde o réu tem como objetivo virar autor de sua pretensão, porém nos mesmos autos, pela conexão entre a ação principal e o pedido da reconvenção.¹²¹ Nesse caso, ao autor da demanda original, reconvindo, será oportunizado o contraditório, nos moldes da contestação.

Como já visto, o direito de defesa, no processo civil, é uma opção do réu, e não uma obrigação. Ocorre que, não ofertada defesa no prazo legal, como regra, surtirão os efeitos da revelia, quais sejam, presunção de veracidade quanto aos fatos, prazos contra o réu revel sem advogado fluem a partir da publicação, preclusão quanto algumas matérias, e possibilidade de julgamento antecipado da lide.¹²²

Em razão disso, a ausência do meio adequado de defesa gera consequências gravíssimas ao réu, ao que pode-se concluir que a contestação é o instrumento primordial do

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 354.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 362.

¹²⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 637.

¹²¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 657.

¹²² ALVIM, Eduardo Arruda, GRANADO, Daniel Willian. Da revelia. In: TUCCI, José Rogério Cruz, FILHO Manoel Caetano Ferreira, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTE, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. (Org.). *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015.p. 579-580.

direito de defesa, oportunidade em que formulará toda a sua defesa, sendo assim indispensável à concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.¹²³

2.4 O princípio da isonomia e paridade de armas

Intimamente ligado ao contraditório, tem-se como princípio basilar da Constituição Federal o princípio da igualdade, previsto, ainda pelo Novo Código de Processo Civil, em seu art. 7º, ao assegurar "às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa e à aplicação de sanções processuais".

No âmbito processual, há a aplicação do princípio da forma vislumbrada pelo constituinte, de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, conforme suas desigualdades.¹²⁴ Dessa forma, o princípio constitucional da isonomia, no processo civil, é traduzido na garantia à paridade de armas,¹²⁵ de modo a fornecer às partes as mesmas oportunidades, devendo ser observada desde logo, no próprio direito de acesso à justiça, que deve ser exercido sem discriminações.

Nesse sentido, a igualdade deve ser observada, ainda, pelo juiz, em relação a imparcialidade, bem como no exercício do contraditório.

Ocorre que, no caso concreto, é possível que haja desigualdade na relação, ou seja, assimetria. Nesses casos, não seria possível o tratamento absolutamente igualitário, sob pena de perpetuação da desigualdade presente. Assim, o legislador criou medidas para equilibrar a relação processual, como se verifica em medidas de inversão do ônus da prova, ou até mesmo a gratuidade da justiça.¹²⁶

Nesse sentido, como o processo legítimo depende da participação efetiva das partes, é dever do juiz garantir o exercício do contraditório em consonância com o princípio

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 362.

¹²⁴ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25. p. 72.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 499.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 499.

da isonomia entre as partes. "Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes".¹²⁷

Portanto, a paridade de armas não determina uma igualdade completa, tampouco absoluta, eis que se devem ser observadas as peculiaridades do caso concreto para que se chegue a uma decisão justa.¹²⁸

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 445.

¹²⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1. p. 84-85.

3 A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA

Conforme exposto no capítulo referente às tutelas provisórias, o Novo Código de Processo Civil trouxe diversas inovações no regime da antecipação de tutela, tanto em relação ao procedimento, quanto aos seus requisitos.¹²⁹ Ao tratar da estabilidade da decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, diante da inércia do réu, traz um instituto que, embora pareça inovador, já é conhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se de técnica monitoria trazida do procedimento especial ao procedimento comum.¹³⁰ No processo monitorio, diante de prova escrita sem eficácia executiva, o juiz pode expedir mandado de pagamento, condenando o réu ao cumprimento da obrigação, em sede de cognição sumária.¹³¹

Diante disso, o réu pode exercer sua defesa por meio dos embargos monitorios. Com o oferecimento da defesa, o procedimento monitorio é convertido em comum, de modo a prosseguir em direção à cognição exauriente. Entretanto, na ausência dos embargos, a decisão que determinou a expedição do mandado monitorio se torna título executivo judicial.¹³²

Observa-se que, no procedimento monitorio, a cognição sumária se justifica pela presença de prova escrita, a qual se presume ter sido produzida por ambas as partes e, por isso, é aplicada em hipóteses excepcionais pelo Código. Logo, trata-se de verdadeira tentativa de generalização da técnica monitoria.¹³³

¹²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223.

¹³⁰ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 604-605.

¹³¹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 604.

¹³² DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 605.

¹³³ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 201.

Entende-se que a intenção do legislador era de dar mais efetividade à prestação jurisdicional, evitando a ordinarização do processo de conhecimento para partes que não estavam interessadas no procedimento comum, mas tão somente na concessão da tutela sumária.¹³⁴

Cumprido ressaltar que, assim como a tutela satisfativa não antecipa a decisão final, mas tão somente os seus efeitos, como se verifica no texto do Código de 1973, ao prever que "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido final", o mesmo ocorre com a estabilidade, que só alcançará os efeitos da decisão, e não o próprio provimento e, assim, não se verifica a ocorrência da coisa julgada.

Portanto, por exigir prova escrita, nota-se que o processo monitorio é mais rigoroso, sendo alcançado pela coisa julgada e, conseqüentemente, eventual ação rescisória, por previsão do art. 701, §3º, NCPC. Sendo assim, apesar da tentativa de monitorização do processo comum, a imutabilidade não atinge a tutela estabilizada,¹³⁵ como é a previsão expressa do Código, no §6º, do art. 304, porém seus efeitos não poderão ser afastados ou modificados senão por ação autônoma proposta por qualquer das partes, no prazo de 2 (dois) anos.

A doutrina entende que tal ação também tem aptidão de buscar cognição exauriente¹³⁶ e, logo, a decisão definitiva com o devido aprofundamento da questão analisada anteriormente em caráter provisório, tendo em vista que, com a estabilização dos efeitos da tutela, o processo é extinto, a teor do §1º, do art. 304.¹³⁷

Porém, a ausência da formação de coisa julgada se mostra como mera opção legislativa, pois após o prazo de 2 (dois) anos a decisão não poderá ser reformada ou

¹³⁴ MORAIS, Maria Lúcia Baptista. *As tutelas provisórias e as de evidência: especificidades e defeitos*, 2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/6064407>>. Acesso em: 8 abr 2016.

¹³⁵ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 611-612.

¹³⁶ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 611.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3. p. 206.

invalidada, tornando-se imutável, tomando as proporções e importância da coisa julgada, sem, contudo, se confundir com esse regime jurídico.¹³⁸

Assim, a lei determina o preenchimento de alguns requisitos para que o autor se beneficie da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, extraídos da leitura dos arts. 303 e 304, do novo Código. Diz-se benefício porque retira do autor, com a autonomização do processo, o ônus de demandar contra o réu.

A teor do art. 303, §5º, o autor deverá indicar na inicial sua intenção de obter a antecipação dos efeitos da tutela pelo procedimento diferenciado do Código.¹³⁹ Assim, depreende-se pela lógica da lei, ao elencar a estabilização dentro do capítulo referente à tutela antecedente, que somente a tutela antecipada requerida autonomamente tem o condão de ser atingida pela estabilização do art. 304.¹⁴⁰

Entretanto, há entendimento diverso, no sentido da estabilização da tutela requerida incidentalmente ao processo, de forma que a ordem dos artigos no Código estabelecida pelo legislador não é impedimento para a aplicação quando o processo já estiver em curso,¹⁴¹ pois "a decisão continua sendo provisória e faz parte de um juízo totalmente diverso do mérito. Em outras palavras, é possível afirmar que a instauração de um juízo de mérito não obsta a estabilização da tutela antecipada, fundado em juízo provisório".¹⁴²

Tal entendimento parte do pressuposto de uma autonomia total da tutela satisfativa em relação ao processo principal, baseado no direito francês, que dispensa o ajuizamento de demanda futura para discussão do mérito, buscando apenas a solução da

¹³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 417.

¹³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 407.

¹⁴⁰ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 606.

¹⁴¹ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 196-197.

¹⁴² CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 197.

situação fática apresentada em juízo, de modo a garantir a máxima efetividade da medida.¹⁴³ Porém, razoável é o entendimento pela impossibilidade da forma incidental, tendo em vista que a tutela é satisfativa, e não totalmente diversa do mérito. Pelo contrário, é a antecipação do mérito, dos efeitos da tutela final.¹⁴⁴

Ainda, na ausência do pedido expresso, e considerando o modelo cooperativo do processo e o princípio da igualdade entre as partes, o juiz poderá provocar o autor para que se manifeste acerca de seu interesse em se beneficiar do procedimento diferenciado, entendimento este que é isolado na doutrina.¹⁴⁵

Além disso, há entendimento pela existência de um pressuposto negativo da estabilização, consubstanciado na ausência manifestação do autor no sentido de obter tutela final após a concessão da tutela antecipada.¹⁴⁶ Nesse sentido, se o autor deseja obter decisão definitiva no bojo de processo com cognição exauriente, deve indicar expressamente na inicial.¹⁴⁷

Tal pressuposto decorreria de um direito do réu de saber a intenção do autor no momento da propositura da ação. Assim, se o autor indica na inicial que pretende dar prosseguimento com o processo principal, a inércia do réu não causaria a estabilidade da tutela antecipada e, com isso, o réu poderia não impugnar a decisão concessiva, sem o risco da estabilização.¹⁴⁸ Entretanto, em momento algum o legislador dispõe nesse sentido.

Parte, ainda, da premissa de uma aplicação analógica do art. 701, NCPC, relativo ao pagamento de custas pelo réu inerte no procedimento monitório, onde a parte, na

¹⁴³ ASSIS, Carlos Augusto de, CASTRO, Daniel Penteado de, CARDOSO, Igor Guilhen, LOPES, João Batista, HECKER, João Paulo, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, ARENAL, Letícia, PEIXOTO, Ravi. *Abrangência da estabilização da antecipação da tutela*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229666,91041>>. Acesso em: 13 jun 2016.

¹⁴⁴ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 196-197.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3. p. 205.

¹⁴⁶ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 606-607.

¹⁴⁷ THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 873.

¹⁴⁸ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 607.

tutela antecipada, pode escolher não impugnar a decisão para se eximir do pagamento das custas processuais.¹⁴⁹ Portanto, a estabilização poderia trazer um benefício ao réu, qual seja, a diminuição dos custos do processo.

Contudo, o legislador não definiu o responsável pelo pagamento de custas e honorários quando o réu não recorre da decisão. E existe, na doutrina, divergência sobre o assunto. Mas por entender que o réu de alguma forma deu causa à demanda, não seria possível a concessão desse benefício e, diante da inércia, deverá pagar as custas e honorários e, ainda, sob pena de inconstitucionalidade por concessão de isenção de taxa estadual por lei federal.¹⁵⁰

Essa exigência negativa ainda desconsidera que o próprio texto legal determina, de forma expressa, que o autor indique a tutela final pretendida, bem como do direito que busca realizar, mesmo que simplificada, bem como o aditamento caso a tutela seja concedida.

Ressalte-se que o Enunciado nº 32, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, permite a negociação dos efeitos da estabilização dos efeitos da tutela, entre as partes. Contudo, não é a hipótese tratada, eis que o acordo pressupõe a presença dos litigantes, não se tratando, portanto, de manifestação unilateral do autor acerca da vontade de ter seu direito estabilizado ou não.¹⁵¹

Assim, extrai-se da simples leitura do texto que, concedida a tutela antecipada, autor e réu serão intimados para aditar a inicial e interpor recurso, respectivamente e, se deferida liminarmente, o réu deverá ser citado para compor a lide, eis que ainda não participa da relação jurídica-processual, e intimado para interpor o respectivo recurso.

Diante da concessão, sempre deverá ocorrer o aditamento, sob pena de extinção do processo. Não se trata, portanto, de uma opção a ser exercida pelo autor. O processo principal somente será dispensado no caso de não interposição do recurso pelo

¹⁴⁹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 608.

¹⁵⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 288.

¹⁵¹ Enunciado nº 32, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente.

réu.¹⁵² Não cabe à parte, unilateralmente, dispensar procedimentos, atos ou etapas, pois a regra do processo civil é o processo cognitivo acobertado pelo devido processo legal contraditório. Isto porque, a tutela antecipada nada mais é que a satisfação do direito pretendido pelo autor, que foi apenas “transportada” ao momento inicial do processo, devido à urgência.

Consequentemente, entende-se que o aditamento não se traduz em renúncia tácita da estabilização, já que a lei o impõe como ônus ao autor, sendo irrelevante para a ocorrência ou não dos efeitos estáveis.¹⁵³ Nesse sentido, permitir o prosseguimento do processo quando há estabilização nega vigência ao §1º do art. 304, que determina claramente a extinção do feito, e cria intenção inexistente no texto legal.¹⁵⁴

Assim, conclui-se pela desnecessidade do pressuposto negativo, pois quando o autor opta pelo regime diferenciado da tutela antecipada antecedente, essa decisão recai sobre o procedimento inteiro, consubstanciado nos arts. 303 e 304, e sabe que com a inércia do réu a decisão se estabilizará, caracterizando como comportamento contraditório a renúncia da estabilização, exceto quando decorrente de acordo.¹⁵⁵

Logo, apenas a decisão que concede a tutela antecipada é passível de estabilização, por determinação expressa da lei.¹⁵⁶ Entende-se, ainda, que a decisão que dá provimento ao recurso de agravo de instrumento de decisão denegatória do primeiro grau também é capaz de gerar a estabilidade.¹⁵⁷ Nesse sentido, admite-se a interpretação no sentido

¹⁵² CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 196-197.

¹⁵³ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 207.

¹⁵⁴ THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 866.

¹⁵⁵ Enunciado 32, do Fórum de Processualistas Civis: Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente.

¹⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 413.

¹⁵⁷ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 607-608.

da possibilidade de estabilização da decisão proferida após justificação prévia,¹⁵⁸ não obstante entendimento diverso.¹⁵⁹

Também se mostra possível a estabilização parcial, tanto na hipótese de concessão parcial pelo juiz, nas hipóteses de mais de um pedido, e somente um de tutela antecipada, quanto no caso de impugnação de apenas um capítulo da decisão concessiva, quando parte da decisão será atingida pela estabilidade, e o restante impugnado será objeto de apreciação pelo órgão superior.¹⁶⁰

Por fim, como requisito necessário e, de fato, determinante à estabilização é a inércia do réu.¹⁶¹

3.1 A exigência de recurso para a não estabilização e o princípio do contraditório: violação ou mera exceção?

Cumprе ressaltar, inicialmente, as hipóteses em que a inércia do réu não ocasionará a estabilização, como nos casos de citação por edital ou por hora certa, posto que são espécies de citação ficta. Logo, ante a necessidade de designação de curador especial, não se mostra razoável a imposição da estabilidade da medida urgente ao réu que está ausente dos autos.¹⁶²

Tal situação se repete se o réu for incapaz e sem representante, quando estiver preso,¹⁶³ ou ainda quando a causa permear o campo dos direitos indisponíveis, em razão da incompatibilidade de tratamento desses direitos com procedimento tão célere e instável.¹⁶⁴

¹⁵⁸ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 608.

¹⁵⁹ NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme, FONSECA, João Francisco Naves da. *Novo código de processo civil e legislação processual em vigor*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 952.

¹⁶⁰ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 608.

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 415.

¹⁶² WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2. p. 464.

¹⁶³ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2. p. 609.

Não encontrando nenhum desses obstáculos, é possível a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, diante da tentativa de monitorização do procedimento e, conforme se extrai da literalidade do texto legal, a inércia do réu é revelada na ausência de recurso em face da decisão concessiva de tutela antecipada. Isto porque, a lei define o “respectivo recurso” como a única forma de impedir a estabilidade da decisão concessiva de tutela antecipada,¹⁶⁵ sendo cabível o recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, NCPC.¹⁶⁶

Contudo, há entendimentos no sentido mais permissivo e abrangente, abarcando as mais diversas formas de impugnação pelo réu,¹⁶⁷ inclusive porque o texto aprovado pelo Senado Federal, durante o trâmite do projeto, fazia menção ao termo “impugnação”, mas ao voltar para a Câmara dos Deputados, foi substituído por “respectivo recurso”, assim foi sancionado.

Assim, observando o sentido estrito do texto legal,¹⁶⁸ se a tutela for requerida perante Tribunal, em processos de sua competência originária, do pedido poderá resultar decisão monocrática ou acórdão, cabíveis os respectivos recursos, quais sejam, agravo interno, do art. 1.021, e recursos excepcionais, do art. 1.029, conforme o caso.¹⁶⁹

Por fim, com a estabilização, o processo é extinto, conforme o §1º do art. 304.

Questiona-se, portanto, que, no processo civil abarcado pelos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o processo de cognição exauriente deve ser a regra. A cognição sumária se mostra necessária nos casos excepcionais, mas deve-se buscar um processo pleno, sob a égide do contraditório, seguindo o procedimento estabelecido.¹⁷⁰

¹⁶⁴ WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2. p. 464.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 287.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 215-216.

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 413.

¹⁶⁸ NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme, FONSECA, João Francisco Naves da. *Novo código de processo civil e legislação processual em vigor*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 952.

¹⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 413.

¹⁷⁰ WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2. p. 465.

Assim, o convencimento do juiz deve ocorrer de forma plena e completa, com análise de provas e argumentos de ambas as partes, sob pena de gerar situações de completa insegurança jurídica, e decisões com o condão de definitividade baseadas em cognição sumária e, portanto, sem aprofundamento fático-jurídico trazido pelas partes,¹⁷¹ que deveriam ser substituídas por decisões definitivas.¹⁷²

Como já exposto, o princípio do contraditório e garantia de influência asseguram que ninguém será submetido aos efeitos de uma decisão sem efetivamente participar do processo e influir na formação do convencimento do juiz.

Assim, não se considera violação do contraditório a concessão de medidas *inaudita altera parte*. Isto porque a antecipação de tutela, por previsão expressa do antigo Código de Processo Civil, era uma medida eminentemente provisória, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo pelo magistrado, sem sequer a necessidade de provocação da parte.¹⁷³

Aceita-se, também, a tutela antecipada concedida sem a oitiva prévia do réu pois era sempre requerida no bojo de um processo, tendo como objetivo resolver situação fática, provisoriamente, enquanto a controvérsia jurídica era decidida sob cognição exauriente.¹⁷⁴

Ocorre que, no procedimento de tutela antecipada do novo Código, diante da não impugnação pelo réu, o processo será extinto, e os efeitos restarão estáveis, cabendo à parte propor ação autônoma para modificar a tutela antecipada, ou para obter cognição exauriente.¹⁷⁵

Sendo assim, após a estabilização, o juiz não pode, de ofício, ou mediante provocação nos próprios autos, modificar a decisão, mesmo quando a medida não é mais necessária, ou quando faltarem requisitos intrínsecos ao instituto, como, por exemplo, na

¹⁷¹ WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2. p. 465.

¹⁷² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 675-676.

¹⁷³ WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional* (processo de conhecimento e tutela provisória). 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2. p. 466.

¹⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 280.

¹⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 246.

ausência superveniente do perigo de dano, ou se surgir o perigo de irreversibilidade da medida.¹⁷⁶

Então, uma medida que é obviamente provisória, por determinação legal, deve perdurar até o momento em que o juiz tenha o conhecimento de todos os fatos de provas, e tenha condições de proferir decisão de mérito. Mas no novo Código de Processo Civil não há previsão de fase de conhecimento obrigatória para esclarecimento da matéria, embora exista essa possibilidade.¹⁷⁷ Nesse sentido, Antonio de Moura Cavalcanti Neto leciona:

O processo principal passa a ser dispensável, em caso de não apresentação de recurso pelo réu. Quebra-se o mito da necessária ordinarização do procedimento em homenagem à prática e à efetividade do direito. Não exige processo principal porque não é o mérito que é perseguido.¹⁷⁸

Ocorre que a medida antecipatória se presta exatamente para esse fim, o de satisfazer a pretensão final do autor, de forma precipitada. Trazer ao início do processo os efeitos que se buscam com o provimento final.

Enquanto a tutela cautelar tem caráter assecuratório de situação jurídica e, portanto, instrumental e provisória frente ao processo principal, a tutela satisfativa tem intensa relação com a demanda principal: há identidade entre o que é concedido provisoriamente e o que se busca ao final. É a própria antecipação do fim.¹⁷⁹

Surge, então, dúvida acerca da mitigação do princípio do contraditório, diante da exigência de recurso da decisão concessiva de tutela antecipada.

O recurso, no sentido técnico da teoria geral dos recursos, é o instrumento voluntário utilizado pela parte para obter a reavaliação do julgado, em razão de defeito ou descontentamento com o pronunciamento do julgador.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...]

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

¹⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 874.

¹⁷⁸ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 197.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 210-211.

¹⁸⁰ DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3. p. 89.

É, portanto, o mecanismo apto a provocar a rediscussão da causa, a reavaliação ou reexame do mérito, a obter do órgão julgador uma segunda opinião acerca da matéria objeto da demanda. Porém não é essa a função do agravo de instrumento, no procedimento da tutela antecipada antecedente,¹⁸¹ mas tão somente a de óbice a concretização da estabilidade dos efeitos da tutela antecipatória.

Ainda, a análise a ser exercida sobre a decisão concessiva de tutela antecipada, no órgão julgador, será, de fato, o primeiro exame pleno da matéria, sob o manto do contraditório e da ampla defesa e, portanto, capaz de adentrar no patrimônio jurídico do sujeito, pois na tutela antecipada estável, a decisão atinge diretamente a esfera de direitos do sujeito, sem que ele tenha participado da formação do provimento.

No Código de 1973, não haveria qualquer problema, pois o processo em que se pleiteia a condenação, constituição ou declaração final continua normalmente após a concessão ou denegação da antecipação de tutela, com abertura de prazo para defesa, eventual réplica, fase de produção probatória, seguindo seu caminho até a sentença.

A hipótese confirma, inclusiva, uma das críticas realizadas ao princípio do duplo grau de jurisdição: o desprezo pela decisão da primeira instância, no sentido de reduzir o pronunciamento do juiz singular a uma mera opinião, já que o mérito será discutido pelo órgão superior. Entende-se que somente a instrução é realizada na primeira instância, para que o órgão superior se pronuncie de forma definitiva sobre a matéria.¹⁸²

Ora, no caso da tutela antecipada, por ser passível de estabilização, sem a efetiva participação do réu, a crítica se amolda perfeitamente, e não se pode permitir que uma medida gravosa seja imposta a uma das partes, em caráter definitivo, sem dilação probatória, quando necessária, sem possibilidade de aprofundamento e esclarecimento da matéria pelo magistrado, e sem oportunidade de defesa do réu.

E diante da hipótese apresentada, a opção do legislador de priorizar a celeridade processual em detrimento do contraditório e da ampla defesa foi confirmada pela

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 209.

¹⁸² DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3. p. 93.

doutrina,¹⁸³ no sentido de que, o Código, “a par de potencializar a celeridade, retira do demandante parte do poder de ação e do demandado parte da amplitude da ampla defesa”.¹⁸⁴

Ressalta-se, contudo, que não se defende o contraditório como o direito de obter decisão favorável, mas tão somente a participar efetivamente do provimento final, em atendimento ao contraditório pleno e a garantia de influência.¹⁸⁵

Há quem tente traçar um paralelo entre o recurso e a contestação,¹⁸⁶ pois a contestação também é uma faculdade do réu e, se não exercida, poderão ser aplicados os efeitos da revelia.

Porém mesmo quando o processo corre à revelia, esta não necessariamente opera seus efeitos, muitas vezes necessitando de produção de prova da parte autora, pois a confissão ficta se opera somente sobre a matéria de fato.¹⁸⁷ Assim, com a revelia do réu, as hipóteses de aplicação de seus efeitos materiais são excepcionais, ocorrendo o regular prosseguimento do processo.¹⁸⁸

Com a tutela antecipada estável, o processo é extinto e o patrimônio jurídico do réu é atingido de forma permanente, até que a decisão seja modificada ou revogada por outra superveniente, decorrente de nova provocação de quaisquer das partes, por ação autônoma.

Não há, portanto, a ocorrência do contraditório diferido, onde o seu exercício é postergado ante a situação de urgência, o que é amplamente aceito, eis que a demora natural do processo ameaça a eficácia da medida pleiteada pelo autor, ou até mesmo o próprio direito.¹⁸⁹ Assim, se oportunizado em momento posterior não há violação dos princípios constitucionais.

¹⁸³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 516.

¹⁸⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 519.

¹⁸⁵ THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85.

¹⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 354-356.

¹⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 354-356.

¹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 346.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 207.

Verifica-se, entretanto, a previsão de um contraditório eventual.¹⁹⁰ Em outras palavras, a defesa pode ou não ser oportunizada, e é neste ponto que ocorre a violação dos princípios garantidores do réu, como bem pondera Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. Essa opção do legislador, portanto, remete ao problema de saber qual é a função do processo civil no Estado Constitucional. Somente a partir dessa perspectiva será possível analisar se semelhante opção é suportada pela nova ordem constitucional. Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da não antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa – e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo.¹⁹¹

Diante disso, faz-se necessária a busca por soluções ao problema apresentado, presentes no próprio Código de Processo Civil, ou decorrentes de interpretação ampliativa do texto normativo, visando dar efetividade ao que foi posto pelo legislador, sem que haja o desprezo pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, a previsão de ajuizamento de ação de cognição exauriente, pelo art. 304, §2º, do NCPC, já seria suficiente para o atendimento da garantia de defesa, eis que possibilita a rediscussão, e aperfeiçoamento da matéria tratada no âmbito da tutela provisória, dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos.¹⁹²

Ainda, surge como solução da questão ignorar o prazo decadencial para ajuizamento da ação autônoma, previsto pelo §5º, do art. 304, eis que, mesmo sem a força da coisa julgada, após o decurso do prazo não será possível rever a decisão concessiva de tutela antecipada.

Logo, não seria possível reconhecer sua imutabilidade em razão do conhecimento da questão somente em nível de cognição sumária, sem realização do

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 216.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 216-217.

¹⁹² THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 874.

contraditório pleno, o que faz surgir o entendimento de que, mesmo após o transcurso do prazo decadencial, ainda é possível ajuizar ação com vistas a modificação ou revogação da tutela antecipatória.¹⁹³

Mas talvez como solução mais pertinente ao problema seja a interpretação ampliativa do *caput* do art. 304, mais precisamente quanto às possibilidades de impugnação da decisão, privilegiando a ampla defesa.

3.3 Outros instrumentos jurídicos aptos a impedir a estabilização dos efeitos da tutela

Sabe-se que a lei é taxativa ao definir a interposição do recurso de agravo de instrumento em face da decisão concessiva de tutela antecipatória, como meio de impedir a estabilidade de seus efeitos, porém já é aceita na doutrina a possibilidade de cabimento de outros meios de impugnação, inclusive mais apropriados e compatíveis com o próprio princípio do contraditório.

Portanto, como forma de ampliar a interpretação do texto legal, bem como dar eficácia a outros remédios jurídicos de impugnação de decisões, entende-se pela possibilidade de cabimento das mais diversas formas de oposição à decisão que concede a tutela antecipada, desde que exercidas dentro do prazo do agravo de instrumento.¹⁹⁴

Ainda no âmbito recursal, destaca-se a impossibilidade de interposição de embargos de declaração para impedir a estabilização, eis que seu objetivo principal não é a reforma do mérito da decisão impugnada, mas tão somente uma correção objetiva.¹⁹⁵ Contudo, na hipótese dos aclaratórios com efeitos modificativos, e a eventual denegação da tutela antecipada, não ocorrerá a estabilização.

Quanto ao pedido de reconsideração, considera-se inviável o seu cabimento em substituição ao recurso devido, de forma geral, exceto se apresentado antes da efetivação da

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 218.

¹⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 867.

¹⁹⁵ PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 252.

medida, e dentro do prazo recursal.¹⁹⁶ Assim, como ainda não ocorreu a extinção do processo, a matéria permanece sob o conhecimento do juiz, admitindo-se a aplicação do art. 296, NCPC.¹⁹⁷

Todavia, o meio alternativo de impugnação mais aceito pela doutrina é a contestação, vez que é a peça jurídica representativa do princípio do contraditório e o instrumento clássico de defesa. Destaca-se o entendimento de Misael Montenegro Filho:

Assim, pensamos 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 recurso de agravo de instrumento, no qual o réu apenas tenta demonstrar o não preenchimento dos requisitos relacionados no art. 300.¹⁹⁸

Cumprido ressaltar, contudo, que, a teor do art. 303, II, NCPC, o réu não será citado e intimado para contestar o pedido do autor, mas para comparecer à audiência de conciliação do art. 334. Logo, sequer há prazo para contestar.¹⁹⁹

Ocorre que, conforme disposição do art. 218, do Código, o ato praticado antes do termo inicial será considerado tempestivo, possibilitando, portanto, a apresentação antecipada da contestação,²⁰⁰ ou até mesmo simples peticionamento do réu no sentido de participar da audiência.

Tais condutas demonstram o evidente desejo no regular processamento do feito, sem a estabilidade da decisão de tutela antecipada, eis que, "não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão".²⁰¹

Portanto, de modo a privilegiar a ampla defesa do réu, entende-se que qualquer impugnação expressa da tutela antecipada concedida tem o condão de impedir a estabilização

¹⁹⁶ THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 868-869.

¹⁹⁷ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

¹⁹⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 794.

¹⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p.868.

²⁰⁰ PEIXOTO, Ravi. Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. (Org.). *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6. p. 253.

²⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 867-868.

de seus efeitos.²⁰² Isto porque o réu demonstra de forma clara que deseja ser submetido a um procedimento de cognição exauriente e profunda do mérito, sob o pleno contraditório e, conseqüentemente, adequada à Ordem Constitucional vigente.

²⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 414.

CONCLUSÕES

A necessidade de celeridade e efetividade dos provimentos judiciais é amplamente reconhecida pelos estudiosos e operadores do campo jurídico. Trata-se de um problema muito frequente no Poder Judiciário e uma das preocupações primordiais do Novo Código de Processo Civil.

Ante esta necessidade, o novo regramento trouxe mecanismos para resolução das dificuldades decorrentes da demora natural do processo, bem como da morosidade excessiva, diante de situações que precisem de tratamento e análise urgente por parte do magistrado.

No campo das tutelas provisórias, no Código anterior, já existia a previsão de algumas medidas para efetivação do direito da parte diante do perigo da demora ou do dano, da probabilidade do direito, ou ainda da necessidade de se garantir que as decisões judiciais surtam efeitos no caso concreto.

Assim, a Lei 13.105/2015 oferece uma dinâmica diferenciada, tendo como base o procedimento de monitorização, já presente no Código de 1973. Tomando como base essa performance, a nova Codificação estabeleceu novas regras que tem por objetivo otimizar o processo, fornecendo ao autor diferentes meios para obtenção de seu direito de forma urgente.

Ainda considerando a busca pela máxima efetivação das decisões, introduz-se no Código a regra da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, quando requerida em caráter antecedente. Assim, cumpridos os requisitos elencados pela lei, a decisão concessiva se tornará estável diante da inércia do réu, ante a exigência legal de interposição de agravo de instrumento.

Estabilizados os efeitos, o processo será extinto, podendo sofrer alterações por meio de ação autônoma por qualquer das partes, se ajuizada dentro do prazo de 2 (dois) anos, contudo, sem a formação da coisa julgada.

O objetivo do presente trabalho foi analisar se a busca pela celeridade e efetividade dos provimentos é capaz de atropelar os princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eis que o réu, atingido pela decisão de tutela antecipada, sequer se manifestou nos autos.

Examinou-se, assim, a adequação do instituto da estabilização da tutela antecipada à Ordem Constitucional que impõe a realização do contraditório pleno, com a utilização de todos os meios de defesa ao alcance do réu.

Diante a conclusão de que o contraditório realizado de forma eventual, e não diferida no curso do processo, viola a garantia de defesa e participação do réu no provimento judicial que atinge o seu patrimônio jurídico, buscou-se instrumentos jurídicos que possam garantir a influência do réu nas decisões que adentram a sua esfera de direitos e, ao mesmo tempo, aplicar o dispositivo do art. 304, NCPC, da maneira mais completa possível.

Nota-se, portanto, que a interpretação ampliativa de tal dispositivo, no sentido de permitir os mais variados comportamentos do réu, com a possibilidade de apresentação de diversas peças impugnativas da decisão de tutela antecipada, aprimora o entendimento geral da lei, e adéqua as novas disposições trazidas com o Novo Código de Processo Civil com os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como com a intenção do legislador.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ASSIS, Carlos Augusto de, CASTRO, Daniel Pentead de, CARDOSO, Igor Guilhen, LOPES, João Batista, HECKER, João Paulo, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, ARENAL, Letícia, PEIXOTO, Ravi. *Abrangência da estabilização da antecipação da tutela*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229666,91041-Abrangencia+da+estabilizacao+da+antecipacao+da+tutela>>. Acesso em: 13 jun 2016.
- ATCHABAHIAN, Marina Vezzoni. *Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada>>. Acesso em: 15 abr 2016.
- BAPTISTA, Adriano Henrique. ZENKE, Hayssa Terume Bussolo. *O princípio do contraditório substancial à vista do novo CPC*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42605/o-principio-do-contraditorio-substancial-a-vista-do-novo-cpc>>. Acesso em: 12 mai 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, FILHO, Roberto Gouveia. *Tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.
- DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 2. p. 477.
- DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v.2.

DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACEDO, Elaine Harzheim, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

MACHADO JR, Dario Ribeiro. *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. *As tutelas provisórias e as de evidência: especificidades e defeitos*, 2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/6064407>>. Acesso em: 8 abr 2016.

NEGRÃO, Theotônio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme, FONSECA, João Francisco Naves da. *Novo código de processo civil e legislação processual em vigor*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 25.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha. *Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc>>. Acesso em: 12 mai 2016.

THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1.

THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

THEORODO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito internacional*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 3.

THEODORO JR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e, FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, DOTTI, Rogéria Fagundes, MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de processo civil anotado*. Curitiba: OAB PR, 2015.

WANBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2.