

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Jaíne Gláucia Teixeira Ank

**TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 E O PRESSUPOSTO DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2022

Jaíne Gláucia Teixeira Ank

**TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 E O PRESSUPOSTO DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Área de concentração: Democracia, Constituição e Internacionalização

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA  
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A611t Ank, Jaíne Gláucia Teixeira  
Tutelas provisórias no CPC de 2015 e o pressuposto de constitucionalidade no Direito brasileiro / Jaíne Gláucia Teixeira Ank. Belo Horizonte, 2022.  
174 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 2. Tutela provisória. 3. Constitucionalidade. 4. Direitos fundamentais. 5. Medidas cautelares. 6. Processo cautelar. 7. Contraditório. 8. Devido processo legal. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.919.6

Jaíne Gláucia Teixeira Ank

**TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 E O PRESSUPOSTO DE  
CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós  
Graduação em Direito da Pontifícia Universidade  
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Constituição e  
Internacionalização

---

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal – PUC Minas (Orientador)

---

Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros - PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Vinícius Lott Thibau – Escola Superior Dom Helder Câmara (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Carlos Henrique Soares – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de setembro de 2022.

À memória de meus avós maternos Ephigênia e Alcides, minha referência de amor incondicional e à dos meus professores Wiliam Dias de Faria e Guilherme Luis Leão Boelsums, que me apoiaram e incentivaram a ser quem estou me tornando, mesmo discordando de mim em quase tudo.

Ao meu marido, Rafael, por sua infinita paciência, apoio incondicional e otimização de cada momento de desespero, transformando-os em memórias de piadas internas e de aventuras inesquecíveis.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Rosemiro Pereira Leal, a quem eu tinha como ídolo, mas que me ensinou que ídolos são figuras míticas que nos afastam da dignidade humana almejada pela teoria processual neoinstitucionalista do direito. Desculpe-me também por esse erro, Professor, estou no caminho, e abandonar historicismos é aprendizado difícil que resulta do processo que seguirei buscando aprender. Obrigada pela orientação, ensinamentos, acolhimento, compreensão, carinho, cuidado e respeito pelos meus esforços e limites. Que honra tê-lo como meu orientador. Sou grata, muito grata!

Aos brilhantes professores que aceitaram compor a banca examinadora e atuar a imprescindível missão de avaliar o resultado destes dois anos de mestrado.

Ao meu marido, Rafael, que soube vibrar comigo em cada vitória, me acolher em cada dificuldade e esperar silenciosamente em cada passo dessa solitária caminhada.

À Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, meu lar desde meus 16 anos e que ofereceu apoio incondicional para o presente estudo. Além disso, me apresentou aos professores Ronaldo Brêtas e Rosemiro Pereira Leal, que demonstraram que eu deveria estudar mais e muito mais se eu quisesse tornar a minha vida e daqueles que dependem do meu conhecimento mais próximas de uma vida humana digna.

Ao PPGD da PUC-Minas, que acolheu essa forasteira como se filha fosse, com colaboradores incríveis como Yasmin, Fernando e Erinalda e a bibliotecária Rosane Martins, que sempre estiveram prontos para me familiarizar com a linguagem PUC-Minas, especialmente diante da pandemia que nos surpreendeu a todos.

A todos os professores do PPGD, a quem agradeço nas pessoas dos Doutores Rosemiro Pereira Leal e Júlio Aguiar, os quais foram responsáveis por nossas únicas aulas presenciais naquela longínqua quarta-feira de 2020, um dia antes da decretada excepcionalidade da pandemia. Todos, cada um, a seu modo, nos conduziram no programa para que buscássemos a excelência sem nos permitir esmorecer.

Ao colegiado do PPGD PUC-Minas, nas pessoas do Professor Marciano Seabra de Godoi e Gabriela Mendes Machado, que não mediram esforços para que eu tivesse um mestrado condizente com a dedicação que empenhei.

Ao Professor Flávio Pedron, sempre disposto a ouvir quem entende o Direito de forma diversa com a mesma atenção de quem ouve quem compartilha de sua compreensão, incentivou-me a seguir em frente com seu apoio fosse na hora ou forma que precisei. Obrigada por sua presença.

Ao Professor Vinicius Diniz Monteiro Barros, que me ensinou, ouviu, acolheu e orientou. Se eu fosse editora de um dicionário ilustrado, a foto do professor Vinicius Barros representaria o verbete “professor”. Ensina a partir do que o aluno traz, reparando arestas, construindo conhecimento sem enganar o aluno que, mesmo seguro do apoio incondicional do professor, sai de cada intervenção ciente de que precisa se esforçar muito mais.

Aos meus queridos colegas: Luís Sérgio e Gabriel Grateki, que me receberam no programa e me confortaram quando eu temia não ter vocabulário suficiente para uma interlocução com o professor Rosemiro, dispostos a ajudar sempre. Às minhas Gabrielas que, tão lindas quanto a de Jorge Amado, são sua revolução porque nasceram diferentes, são outras hoje e provavelmente serão ainda melhores amanhã. Gabriela Rosmaninho me conduziu e ensinou a ter autonomia para transitar em BH. Gabriela Machado me apresentou o professor Vinicius Barros, o colega Alexandre Monteiro, e comigo compartilhou as alegrias e agruras do mestrado, me viu e apoiou nos momentos mais vulneráveis de toda a minha vida acadêmica. Amiga Gabriela Machado, muito obrigada. Por favor, solete lentamente cada letra dessas palavras, sabendo que em cada letra vai um universo de gratidão para você.

Gabi, Alexandre e Igor: tão jovens e já sábios, quanto me ensinaram, que honra foi compartilhar momentos de aprendizado, alegria e inseguranças com vocês.

Adriana Carneiro de Oliveira, querida, quanto compartilhamos e quanto você foi importante nessa reta final, na revisão desse trabalho.

Por fim, agradeço aos meus alunos e às pessoas que confiam em mim para aproximá-los do Direito. Mantenho o compromisso de viver estudando seriamente para a cada dia melhor representá-los e ensinar.

A busca da verdade, que é busca da fidelidade ao direito objetivo a ser declarado e atuado, tem a ver com o escopo do jurídico do exercício da jurisdição. Mas acima deste situa-se o escopo social de pacificar e a pacificação para ser eficiente, precisa chegar logo; além disso a participação no processo, que é sagrada garantia dispensada constitucionalmente às partes, por outro lado constitui também ônus que às vezes pode ser até bastante pesado (DINAMARCO, 2009, p. 277).

Ô pacato cidadão, te chamei a atenção  
Não foi à toa, não  
C'est fini la utopia, mas a guerra todo dia  
Dia-a-dia não  
E tracei a vida inteira planos tão incríveis  
Tramo à luz do sol  
Apoiado em poesia e em tecnologia  
Agora à luz do sol  
Consertar o rádio e o casamento, é  
Corre a felicidade no asfalto cinzento  
Se abolir a escravidão do caboclo brasileiro  
Numa mão educação, na outra dinheiro  
Pacato cidadão!  
É o pacato da civilização  
Pacato cidadão!  
É o pacato da civilização.  
(Chico Amaral e Samuel Rosa, 1994)

Devemos torcer para que os melhores cheguem ao governo, mas nos preparar para ter os piores dirigentes. Isso altera o problema da política, pois nos força a substituir a pergunta “quem deve governar?” por outra: *Como podemos organizar as instituições políticas de modo que os governantes maus ou incompetentes possam ser impedidos de fazer demasiados estragos?* (Popper, Os paradoxos da soberania, 1945).

## RESUMO

A presente pesquisa desenvolve-se por meio do método dedutivo, e considera que o ordenamento jurídico brasileiro tem a Constituição Brasileira como primazia e que há de a ela submeter-se e com ela guardar harmonia. A partir dos direitos postos no discurso constitucional e dos limites por eles estabelecidos, procura-se compreender como se produzem os pronunciamentos provisórios no Brasil e quais são os seus limites e consequências diante da promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Nesse intuito, no primeiro capítulo, apresenta-se a compreensão da construção da ideia de cautelaridade no direito brasileiro a partir da inteligência do procedimento cautelar idealizado por Calamandrei, colacionando a interpretação dada à teoria italiana pela doutrina brasileira de acordo com o compromisso constitucional com os direitos fundamentais e a divergência dos autores sobre o tratamento dos direitos processuais fundamentais, bem como da noção de dever de efetivação de direitos e de segurança jurídica, que leva a concepções diversas sobre o devido processo constitucional na estruturação de decisões provisórias. No segundo capítulo, empreende-se uma tentativa de esclarecimento da estrutura procedimental de realização da cognição no Estado Constitucional, considerando a opção do Código de Processo Civil por um procedimento comum indeterminado. O terceiro capítulo centra-se efetivamente no núcleo das tutelas provisórias a fim de verificar o conteúdo normativo do dano irreparável e da evidência. A urgência, por sua excepcionalidade, permite inclusive a postergação da participação de interessados na construção da decisão. Portanto, maiores devem ser os cuidados no tratamento do procedimento. Decisões provisórias constituem-se de ordens fundamentadas em probabilidade, que devem ser cumpridas e somente depois discutidas, razão pela qual, têm caráter cominatório e não induzem a mínima segurança jurídica que se espera de um ordenamento jurídico, mesmo para pronunciamentos de urgência. Decisões que limitam direitos daqueles ainda não ouvidos precisam ser excepcionais, fundamentadas em provas e com consequências jurídicas previamente esclarecidas por lei.

Palavras-chave: tutelas provisórias – processo civil brasileiro – constitucionalidade - procedimento

## ABSTRACT

The present research uses the deductive method considering that the Brazilian ordinance has the Brazilian Constitution as its primacy and that it must submit to it and keep harmony with it, to understand how provisional pronouncements are produced in Brazil and what its limits and consequences are before the enactment of the Civil Procedure Code of 2015. To this end, in the first chapter, an understanding of the construction of the idea of precautionary provision in Brazilian law is presented from the understanding of the precautionary procedure idealized by Calamandrei. Added to Calamandrei's understanding is the interpretation given to the Italian theory by the Brazilian doctrine according to the constitutional commitment to fundamental rights and the authors' divergence regarding the treatment of fundamental procedural rights as well as the notion of the duty to enforce rights and legal certainty that leads to different conceptions about the constitutional due process in the structuring of provisional decisions. In the second chapter, an attempt is made to clarify the procedural structure for the realization of cognition in the Constitutional State, considering the option of the Code of Civil Procedure for an indeterminate common procedure. The third chapter effectively focuses on the core of provisional injunctions in order to verify the normative content of irreparable damage and evidence. Due to its exceptional nature, urgency even allows for the postponement of the participation of interested parties in the construction of the decision, therefore, greater care must be taken in the treatment of the procedure. Provisional decisions are orders based on probability, which must be complied with and only discussed later, therefore, they have a mandatory nature and do not induce the minimum legal certainty that is expected from a legal order, even for urgent pronouncements. Decisions that limit the rights of those not yet heard must be exceptional, based on evidence and with legal consequences previously clarified by law.

Keywords: Provisional guardianship - Brazilian Civil Procedure - constitutionality – the proceeding

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO 1: TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 E O PRESSUPOSTO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO ..</b>	<b>23</b>
<b>1.1 Tutelas provisórias no CPC de 2015 e a teoria processual da cautelaridade em face da Constituição Brasileira de 1988.....</b>	<b>23</b>
<b>1.1.2 Tutelas provisórias no CPC de 2015 e a Constituição Brasileira de 1988.....</b>	<b>36</b>
<b>1.2. A questão procedimental nas tutelas de urgência e evidência e o direito fundamental da ampla defesa.....</b>	<b>42</b>
<b>1.3. O direito a uma sentença definitiva de mérito na cautelaridade geral.....</b>	<b>58</b>
<b>CAPÍTULO 2: DECISÃO E COGNITIVIDADE PROCESSUAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CPC 2015 .....</b>	<b>71</b>
<b>2.1 A cognição processual e sua estrutura procedimental de realização no Estado Constitucional .....</b>	<b>71</b>
<b>2.2 O hermetismo do procedimento comum e a ordinariedade plena e sumária na tutelariedade decisional de direitos.....</b>	<b>88</b>
<b>2.3 Atos jurisdicionais e estruturas procedimentais na processualidade constitucional brasileira.....</b>	<b>103</b>
<b>CAPÍTULO 3: URGÊNCIA E EVIDÊNCIA TUTELARES E O PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL .....</b>	<b>118</b>
<b>3.1 Dano irreparável e tutelas de urgência e evidência.....</b>	<b>118</b>
<b>3.1.1. O dano que exige urgência.....</b>	<b>119</b>
<b>3.1.2. O elemento da evidência na tutela de evidência.....</b>	<b>123</b>
<b>3.1.3 - A evidência de dano irreparável nas tutelas de urgência .....</b>	<b>126</b>
<b>3. 2. A questão do <i>periculum in mora</i> e do <i>fumus boni iuris</i> como juízos decisórios solipsistas .....</b>	<b>134</b>
<b>3.2.1. O <i>solipsimo</i>, a <i>interditalidade</i> e o ordenamento jurídico constitucional.....</b>	<b>144</b>

<b>3.3 O caráter cominatório das tutelas provisórias no CPC 2015 e o devido processo</b>	
.....	<b>150</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>165</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>1688</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa foi compreender como se produzem os pronunciamentos provisórios no Brasil e quais são os seus limites e consequências diante da promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

O método de estudo realizado foi o dedutivo, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro tem a Constituição Brasileira como primazia e que há de a ela submeter-se e com ela guardar harmonia. Procurou-se, então, conhecer o posicionamento das autoridades doutrinárias sobre cautela no Brasil, bem como os fundamentos que os levaram às suas concepções.

A pesquisa tem por marco teórico a primazia da Constituição, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro propõe-se a realizar os direitos fundamentais postos na Constituição por meio do devido processo constitucional. O devido processo constitucional é compreendido como metodologia de garantia de direitos fundamentais, sendo o processo o procedimento realizado em contraditório, e em que o contraditório é garantia fundamental dos interessados de serem informados, reagir, dialogar e influenciar as decisões que os afetam, sob o compromisso que as decisões serão harmônicas com os direitos fundamentais acertados na Constituição Brasileira. Nesse intuito, no primeiro capítulo, apresenta-se a compreensão da construção da ideia de cautelaridade no direito brasileiro a partir da inteligência do procedimento cautelar idealizado por Calamandrei, colacionando-se a interpretação dada à teoria italiana pela doutrina brasileira de acordo com o compromisso constitucional com os direitos fundamentais. Apresenta-se também a divergência dos autores sobre o tratamento dos direitos processuais fundamentais e da noção de dever de efetivação de direitos e de segurança jurídica, percebendo-se que, a depender da maior ou menor importância dada à hierarquia e à harmonização dos direitos fundamentais, os autores são levados a concepções diversas sobre o devido processo constitucional.

No segundo capítulo, buscou-se esclarecer a estrutura procedimental de realização da cognição no Estado Constitucional. Estranha-se que a opção do Código de Processo Civil tenha sido por um procedimento comum indeterminado, em que a cognição mais célere possível à tutela de direitos privilegia os atos jurisdicionais na estruturação procedimental civil, embora afirmando que se devem adequar ao devido processo assegurado pela Constituição Brasileira.

O terceiro capítulo centrou-se efetivamente no núcleo das tutelas provisórias, e nele, verificou-se o conteúdo normativo do dano irreparável e da evidência. Percebeu-se que *periculum in mora* e *fumus boni iuris* são cláusulas abertas que induzem juízos decisórios solipsistas, os quais enfatizam a vulnerabilidade dos jurisdicionados, especialmente porque sujeitos a decisões pronunciadas por cognição sumária prontamente executável.

Ao final, são apresentadas as percepções que a pesquisa trouxe sobre a eficiência normativa do Código de Processo Civil para a efetivação de direitos segundo o discurso da constitucionalidade brasileira.

## **CAPÍTULO 1: TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC DE 2015 E O PRESSUPOSTO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Considerando o compromisso a unidade harmônica do ordenamento jurídico brasileiro, arguiu-se a compatibilidade bem como a dissonância das tutelas provisórias na forma estabelecida pelo atual Código de Processo Civil Brasileiro com a teoria processual da cautelaridade desenvolvida a partir de Calamandrei, bem como com os direitos fundamentais instituídos pela Constituição Brasileira.

### **1.1 Tutelas provisórias no CPC de 2015 e a teoria processual da cautelaridade em face da Constituição Brasileira de 1988**

A Teoria processual da Cautelaridade, desenvolvida a partir de Chiovenda, Calamandrei e Cernelutti, foi concebida num caráter antecipatório que se compatibilizasse com a unidade do ordenamento jurídico<sup>1</sup> (CHIOVENDA, 2009, p. 76). O objetivo é o cumprimento da lei:

[...] o processo Civil é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.” e para quem a cognição sumária é sinônima de cognição incompleta, pois a cognição ou não é exaustiva ou é parcial. (CHIOVENDA, 2009, p. 231).

Segundo Chiovenda (2009, p. 97-100), a cautelaridade se fundamenta no poder geral de cautela atribuído ao Juiz, autoridade judiciária que tem no processo como relação jurídica o dever de empreender tudo quanto necessário para pronunciar-se. Em se tratando

---

<sup>1</sup> A propósito do ordenamento jurídico, Fazzalari afirma que o ordenamento jurídico compõe-se por todas as normas, os atos e as posições subjetivas articuladamente, constitui-se por “[...] um conjunto de normas (e de seus derivados), as quais, em relação às matérias que lhe formam o objeto, excluem qualquer outra norma, são, ou seja, consideradas prevaletentes.” (FAZZALARI, 2006, p. 100)

No plano da realidade social (sociológica), compreende-o como conjunto de condutas distinguidas pela sua referência às normas seletoras. No plano lógico-jurídico (normativo), como como conjunto de normas, de posições jurídicas, de atos jurídicos contemporaneamente presentes na sociedade dada, germinada no âmbito da teoria geral do direito. A noção sociológica e a noção normativa são, no entender de Fazzalari, compatíveis e se servem mutuamente, mas não podem ser objeto de mistura. O ordenamento jurídico, como conjunto de normas, posições subjetivas e atos jurídicos, é o esquema mais amplo que é possível se obter: serve aos juristas como quadro de referência, bem como a todas as outras combinações de normas. A jurisdição do ordenamento depende da norma, e não vice-versa, e a norma, para ser jurídica, depende de sanção, operando-se o ordenamento jurídico por seu conteúdo de organização. Ressalta também que a sequência “organização-ordenamento-norma” não é uma constante histórica, não decorrendo, necessariamente, da *Grundnorm*, como compreende o monismo de Kelsen, em que dela decorrem as demais normas, recebendo, então, validade. O ordenamento jurídico normativo baseia-se em normas, mas é articulado em conformidade com a realidade, isto é, com a efetiva conexão de normas, não se exaurindo em formas, pois compreende também “os conteúdos abstratos e concretos que caem nas formas.” (FAZZALARI, 2006, p. 94-102).

de uma “relação processual de conservação” (CHIOVENDA, 2009, p. 100), o magistrado tem o dever de pronunciar-se, exercendo com prudência “[...] o arbítrio de estabelecer a oportunidade e a natureza e por um critério de circunstâncias, o modo mais idôneo para a conservação do *status quo*, conforme a estimativa dos danos que ameacem o direito em confronto com os danos eventuais da medida assecuratória.” (CHIOVENDA, 2009, p. 348-349).

Ressalta-se que Chiovenda admite a atuação da vontade da lei mediante cognição sumária e, consubstanciado no aspecto prático das medidas sumárias, as dividiu em declaratória, com predominante função executiva, e em tutela cautelar (CHIOVENDA, 2009, p. 339-342).

O processo cautelar foi concebido por Calamandrei como técnica assecuratória contingencial do procedimento ordinário. Diante da excepcionalidade dos procedimentos cautelares, o autor considera que as normas que os disciplinam devem ser interpretadas estritamente, inadmitindo a existência de uma ação asseguroadora geral, baseada no perigo e no interesse do requerente em prevenir o dano. (CALAMANDREI, 2000, p. 82)

Calamandrei classifica os provimentos antecipatórios em executivos – se proferidos após a sentença, pois já certificada a existência do direito – e falsamente executivos – os provimentos emitidos na forma de liminares. O autor adverte que as execuções para segurança não são verdadeiramente execuções, porque o provimento cautelar precede o conhecimento e a inversão não se compatibiliza com a ordinariedade procedimental, com a qual o autor se mantém comprometido.

Considerando a relação de instrumentalidade com o procedimento principal, Calamandrei subdivide os procedimentos cautelares em quatro tipos: a) providências instrutórias antecipadas, nas quais se incluem as ações de produção antecipada de provas (antecipadas em relação à oportunidade de exercício do contraditório); b) em medidas destinadas a assegurar a efetividade de execução futura e desencadeiam de forma antecipada atos executivos que viriam da decisão de mérito; c) medidas para evitar dano irreparável ao direito de uma das partes causado pelo tempo ordinariamente dispendido pelo procedimento ordinário, composto de decisões que antecipam provisoriamente o mérito e se destinam a viger até a decisão exauriente; e d) em medidas de contracautela impostas para assegurar a composição dos danos eventualmente sofridos pelo réu. (CALAMANDREI, 2000, p. 54-75)

Em que pese Chiovenda admitir a possibilidade de declarações sumárias com efeitos executivos, não classifica as tutelas cautelares como tutelas executivas em razão da

inexistência da certeza assentada pela decisão final, pois a certeza somente se apresenta após o exercício do contraditório, compreendido como direito das partes de apresentarem ao magistrado suas aspirações, que são expectativas jurídicas, às quais se soma o dever do juiz de pronunciar-se ao final do processo (CHIOVENDA, 2009, p.97-98). “Este é o motivo que levou Chiovenda e Calamandrei a classificarem as execuções urgentes (execuções-para-segurança) como cautelares, levando Galeno Lacerda a proclamar a natureza cautelar de todas as liminares antecipatórias de efeitos executivos.” (CASTAGNA, 2008, p. 112). As execuções urgentes são classificadas pelos autores como cautelares porque não dão acerto ao direito, entretanto, antecipam efeitos do acerto.

Carnelutti reconhece “[...] a prevenção dos danos que derivam do lapso temporal durante o qual continua o litígio” como terceira finalidade do processo. Há para a segurança das pretensões um “[...] arranjo (*sistemazione*) provisório da situação de que brotou ou de que está a surgir o litígio, e isso enquanto o processo jurisdicional ou o executivo comecem ou enquanto recorrem seu iter” (CARNELUTTI, 2004, p. 322) que pode ser concebido no sentido de impedir (prevenção conservativa) ou de determinar a mudança da situação existente antes da conclusão do processo (prevenção inovativa).

De acordo com Carnelutti, o processo cautelar contrapõe-se, por razão da finalidade, ao procedimento de conhecimento (processo jurisdicional) e ao procedimento de execução (processo executivo) sendo, portanto, um terceiro gênero procedimental que “[...] apresenta características próprias do ponto de vista da função do processo, mas não quanto à estrutura.” (CARNELUTTI, 2004, p. 323).

Também Carnelutti (2004, p. 33), pautado na teoria unitária do ordenamento jurídico, compreende que toda cognição sumária constitui apenas decisão provisória, não tendo aptidão de satisfazer o direito de participação no processo.

A cautelaridade não foi uma descoberta do século XX, tendo importância acentuada no Direito Romano, inclusive. A inovação apresentada por Chiovenda, a partir da diferenciação já proposta por Adolf Wach das três funções da atividade jurisdicional encontra-se em conceber a função cautelar isoladamente como espécie autônoma de tutela judicial (BAPTISTA DA SILVA, p. 1979, p. 03). A partir de estudos sobre classificação de sentença e da análise de suas cargas de eficácia, foi possível conceber um processo jurisdicional definitivo que não fosse satisfativo do direito judicialmente protegido. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 4).

Calamandrei anota que se abatia uma incerteza sobre a compreensão do status das decisões cautelares:

[...] sempre se debateu a doutrina, da mais antiga à recentíssima, quando procurou dar aos procedimentos cautelares uma colocação no sistema processual civil: partindo da grande divisão que distingue na função jurisdicional o conhecimento da execução, os procedimentos cautelares foram considerados por muito tempo, especialmente pela doutrina alemã, como um apêndice da execução forçada; e também quando, por reagir contra essa servidão, se relevou que em alguns procedimentos cautelares, ou em uma fase destes, se encontram evidentes as características do conhecimento, e não aquelas da execução forçada, esse destaque, em vez da conquista de um critério seguro para dar a estes uma posição sistemática autônoma, levou simplesmente a anexar uma parte da matéria ao processo de conhecimento, tanto que cada tentativa de classificação dos procedimentos cautelares conduzida nestes termos se resolveu, essencialmente, até que sua sistematização foi obtida sobre o mesmo plano lógico em que a cognição se contrapõe à execução, em uma de suas repartições e reabsorção entre os dois mais vastos territórios limítrofes. (CALAMANDREI, 2000, p.21),

BAPTISTA DA SILVA (2009, p. 10) destaca que a compreensão de Galeno Lacerda é consequência de uma interpretação da teoria Carneluttiana que compreendia que a sentença possessória final de mérito seria também uma provisão cautelar restituitória. Portanto, tomada a cautelaridade em amplo sentido, Galeno Lacerda interpretava como cautelar apenas a liminar interdital, cuja função seria mais antecipatória que restituitória.

José dos Santos Bedaque (2006, p. 49) afirma que, historicamente, no Direito italiano, a tutela sumária tem sido adotada com a finalidade de evitar o custo do processo de cognição plena, quando não presente impugnação séria do afirmado. Tem-se recorrido às cautelares conservativas e à condenação com ressalva objetivando evitar o abuso do direito de defesa, e também para assegurar a efetividade da tutela, afastando o perigo de dano irreparável ao direito cujo conteúdo patrimonial seja secundário ou inexistente. Tendo em vista a demora no processo de cognição plena, adota-se a tutela sumária antecipatória, cautelar ou não, motivada pela urgência. A utilização abusiva da tutela cautelar antecipatória, muitas vezes com violação do contraditório e da ampla defesa, acabou por transformá-la em via sumária de solução de controvérsias na prática italiana, nem sempre adequada à efetividade do processo.

Quanto à efetividade do processo, Bedaque acompanha Barbosa Moreira (2002, p. 186), para quem eficiência processual (procedimental) é condição para a efetividade do ordenamento jurídico, pois que as decisões judiciais garantem a efetivação das normas de direito material, “[...] assegurando à parte vitoriosa o gozo da específica utilidade a

que faz jus, segundo o ordenamento, com o mínimo de dispêndio de energia.” (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 198). Tem-se, então, o problema da efetividade do processo, que, portanto, é “[...] entendida [...] como aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados” (BEDAQUE, 2007, p. 32). Bedaque não considera que a sumariedade da cognição é seu aspecto mais relevante, e sim, o perigo da demora. O importante na cautelaridade é a preocupação com os resultados, pois a tutela de urgência provisória e instrumental destina-se, mediante a antecipação de efeitos, a afastar o perigo de que a tutela final se torne inútil para o titular do direito, receio muitas vezes ligado apenas à demora do provimento final.

A importância da caracterização dessa forma de tutela jurisdicional está intimamente relacionada com sua função no sistema processual.

Muito mais relevante do que saber se a cautelar pode ou não ser antecipatória, o que apresenta pouca ou nenhuma repercussão de ordem prática, é identificar a existência de tutelas cuja finalidade é a atuação do direito material, eliminação definitiva do litígio e pacificação social, bem como de tutelas estrutural e funcionalmente diversas, pois destinadas a servir como instrumento daquelas, tornando possível que o resultado a ser produzido no plano material seja útil e efetivo. (BEDAQUE, 2006, p. 148).

As tutelas cautelares são instrumentais e provisórias. São qualitativamente distintas da tutela final porque informadas por cognição sumária e, por consequência, são inaptas ao trânsito em julgado. Afirmar a possibilidade de conferir autonomia suficiente para sua existência, independentemente de uma tutela final, afasta a tutela do grupo das tutelas cautelares sem, contudo, perder por completo a provisoriedade, tendo seus efeitos cessados a partir do provimento proferido em sede de cognição plena (BEDAQUE, 2006, p. 90).

Bedaque divide as tutelas de urgência em definitivas – quando marcadas pela sumariedade e legitimadas a solucionar o litígio de forma final, sendo mecanismo excepcional escolhido pelo legislador – e tutelas de urgência provisórias, que, também realizadas em cognição sumária, são meramente assecuratórias do resultado final. Por afirmada coerência lógica, compreende que a tutela de urgência antecipada inclui-se nas tutelas sumárias cautelares, pois que não é apta a tornar-se solução definitiva da controvérsia, sendo provisória e instrumental (CASTAGNA, 2008, p. 119). O autor destaca que a classificação proposta coincide com aquela apresentada por autorizada doutrina:

Mais simples, portanto, o critério apresentado por Calamandrei, Proto Pisani, seguido no Brasil por Galeno Lacerda e, em parte, por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, tutelas antecipadas são cautelares, pois não se destinam a resolver de forma definitiva a situação do direito material, mas apenas proporcionar a determinação de soluções urgentes, necessárias a conferir utilidade à tutela jurisdicional.” (BEDAQUE, 2006, p. 287).

Castagna ressalta que a satisfatividade da tutela jurisdicional, na doutrina de Bedaque, não lhe retira o caráter cautelar, pois o que determina o provimento não é seu conteúdo, mas sim a possibilidade ou impossibilidade de imutabilidade de seus efeitos no plano material. “O que distingue a tutela cautelar, desta feita, é sua provisoriedade, instrumentalidade e acessoriedade, pouco importando se assume feição marcadamente assecuratória ou predominantemente antecipatória.” (CASTAGNA, 2008, p. 118).

Baptista da Silva, quanto à teoria da cautelaridade, afirma haver um problema conceitual em que se contrapõem duas posições antagônicas, entendendo alguns juristas que a cautelaridade “[...] deve ser considerada uma forma de proteção jurisdicional da aparência, enquanto tutela de um eventual direito subjetivo ou de algum interesse legítimo, não subjetivado, contra o risco de dano iminente”, enquanto outros a interpretam como “[...] instrumento de proteção da atividade jurisdicional, segundo a doutrina de Chiovenda, que considerava a ação cautelar, não como um direito da parte e sim como um direito do Estado, criado para preservar a utilidade e adequação da função jurisdicional”, proposição da qual se valem Carnelutti e Calamandrei. (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 10).

Ovídio Baptista destaca a obscuridade da concepção de Chiovenda sobre o que ele chamou de “poder geral de cautela”, afirmando que não são ofertados contornos compreensíveis, o que o leva a concluir que o poder geral de cautela, para que não seja letra morta, não poderia ser interpretado apenas como poder de gestão processual do juiz visando à utilidade do processo, e sim “[...] como expressão do *imperium iudicis*, ou diríamos com mais propriedade, do *officium iudicis*”. (BAPTISTA DA SILVA, 1979, p. 102).

Assim, o que caracteriza a tutela cautelar é “[...] a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 3).

Nesse sentido, propõe-se a classificação das espécies do gênero tutelas de urgência – que, por sua vez, insere-se no gênero tutela preventiva –, de acordo com a aptidão dos

provimentos para abreviar o tempo do processo (CASTAGNA, 2008, p. 149-154). Por isso, as tutelas de urgência se subdividem em: a) tutelas de urgência satisfativa autônoma, compostas pelas medidas que decidem interinamente uma situação controvertida, sempre que o tempo inerente ao processo plenário possa causar dano irreparável ao direito de uma das partes; b) tutela de urgência satisfativa interinal, que são as medidas falsamente cautelares, porque há identidade entre o provimento antecipatório e a sentença final de procedência, diferenciando-se tão somente em relação ao efeito declaratório da sentença final; c) tutela de urgência propriamente cautelar, destinada a temporariamente proteger o direito ameaçado (não apenas o processo principal) em razão do perigo da demora e do *fumus boni iuris*.

A tutela cautelar pode ser definida mais por sua finalidade de antecipação dos efeitos da providência principal do que por um critério ontológico, como concebeu Calamandrei:

A definição dos procedimentos cautelares, mesmo permanecendo no campo processual é pesquisada em um critério teleológico, mais do que em um critério ontológico: não na qualidade (declaratória ou executiva) dos seus efeitos, mas nos fins (antecipação de efeitos do procedimento principal), aos quais esses efeitos são predeterminados, de modo a parecer desde o início a esgotar-se no momento em que poderão ceder lugar aos efeitos do procedimento principal. (CALAMANDREI, 2000, p. 204-205).

Contudo, Baptista da Silva adverte: “É intuitivo que o magistrado somente poderá antecipar algo contido na demanda principal, a não ser que queiramos reconhecer-lhe poderes mágicos para extrair algum efeito de onde eles ontologicamente não se encontrem!” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 34). Trata-se, portanto, de tutela instrumental e de simples segurança para o efetivo exercício da função jurisdicional. Há, por isso, limitações ao poder de cautela do juiz.

Galeno Lacerda compreende que o legislador confere imenso e indeterminado poder ao atribuir ao juiz ordenar “as medidas provisórias que julgar adequadas”, tratando-se de “[...] autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando no exercício do *imperium* decretava os *interdicta*” (GALENO LACERDA, 1980, p. 135). E prossegue afirmando que não se trata de poder discricionário e, em regra, jurisdicional, não se confundindo com arbitrariedade, pois o julgador há de guiar-se “[...] por um fim visado pela lei.” (GALENO LACERDA, 1980, 137-140).

Batista da Silva, acompanhando o entendimento de Galeno Lacerda, aduz que, por consequência da faculdade discricionária do poder geral de cautela, chega-se às seguintes conclusões:

a) sempre que a lei passe a normar adequadamente a situação de fato, antes tutelada por meio de alguma provisão cautelar do juiz, a proteção legal que fora cautelar passa a ter natureza satisfativa; com as cauções, este fenômeno é perfeitamente conhecido. b) se o ato judicial contém alguma dose de discricionariedade, então o controle pelo tribunal do recurso não deve invadir a área reservada à discricção judicial, quanto à avaliação prudencial das circunstâncias do caso e da conveniência da medida cautelar(...). Deverá o tribunal respeitar, dentro de limites razoáveis, a faculdade judicial de avaliação circunstancial de que o juiz, em contato direto com a prova, legitimamente se valeu, para conceder ou para negar a medida cautelar. (BAPTISTA, 2009, p. 122).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 60 - 62), afirmam a ruptura do direito processual brasileiro com a Teoria Clássica e creditam à dissociação entre tutela do direito e coisa julgada, com a quebra da regra *nulla executio sine titulo* a transformação do processo civil. No Brasil, a elaboração dogmática da tutela antecipatória não teve como objetivo simplesmente precisar outra espécie de tutela de urgência, mas sim, de permitir que, por cognição sumária e anterior à sentença, se realizasse a tutela do direito material, passando-se a enxergar no processo de conhecimento não mais o objetivo de coisa julgada material, o que representou o primeiro passo na ruptura. A quebra com a regra da *nulla executio sine titulo*, exigiu nova conceituação do título executivo que deixou de lado a certeza do direito inerente ao direito material, passando a preocupar-se apenas com a necessidade da realização do direito:

A implementação da tutela do direito prestada no curso do processo de conhecimento mediante emprego da força da jurisdição não pode ser outra coisa senão execução, na medida que executar nada mais é do que tornar realidade concreta a tutela do direito, vale dizer, executar é realizar faticamente. Portanto, a execução da tutela do direito prestada mediante cognição sumária obviamente não pressupõe título executivo em sua acepção clássica, que como se sabe, constitui a sentença de condenação qualificada pela coisa julgada material. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 61).

Afastando-se também da Teoria Clássica, Teori Zavascki apresenta classificação diversa, segundo o próprio autor, gerada da compreensão de que a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica são direitos fundamentais, e pela compreensão de que a efetividade da jurisdição constitui-se no direito de provocar a atuação do Estado e, principalmente, de obter de forma concreta e em prazo adequado “[...] uma decisão justa

e com poderes de atuar eficazmente no plano dos fatos” (ZAVASCKI, 2000, p. 65). Inclui-se no dever geral de cautela, a ser obrigatoriamente assumido pelo juiz quando a lei for omissa, o dever de harmonização do direito de efetividade da jurisdição com o direito de segurança jurídica.

Efetiva-se a harmonização ao se compreender que, no direito à segurança jurídica, do qual se extrai a liberdade, também se extrai que os bens em sentido amplo, aí incluídos os direitos subjetivos de qualquer espécie, permanecerão à disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal (ZAVASCKI, 2000, p. 66).

A legitimação da resolução de emergência se dá pela necessidade de uma tutela jurisdicional adequada à prevenção da situação fática de risco ou de embaraço da efetividade da jurisdição. Por essa razão, e no mister de formular a solução conformadora, o juiz tem à sua disposição duas técnicas distintas a serem utilizadas segundo a natureza do caso concreto: a técnica cautelar, que assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia genuinamente cautelar consubstanciada no poder geral de cautela e a técnica antecipatória, que assegura efetividade mediante a antecipação total ou parcial de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial.

Portanto, a urgência para Zavascki é de garantir a eficiência da jurisdição de forma ampla, apresentando solução conformadora para a realidade da forma como o real se aparenta:

Em suma, é com sentido amplo – que abrange, de um modo geral, todas as situações de risco em que se verifique (a) risco ao direito pela sua não fruição imediata, (b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais, ou ainda (c) risco a regular prestação de tutela jurisdicional pela indevida oposição de embargos – que se deve compreender a situação de urgência a que nos referimos e que dá suporte à tutela provisória. (ZAVASCKI, 2000, p. 30).

A tutela jurisdicional definitiva, capaz de gerar a imutabilidade, mediante um juízo plenário, destina-se a privilegiar a segurança em nome da certeza, e é formada em procedimentos de cognição plena e exauriente, em que as partes exercem o contraditório e a ampla defesa adequadamente, o que permite conferir ao resultado a imutabilidade própria da coisa julgada material. A tutela jurisdicional provisória privilegia o fator efetividade e caracteriza-se:

(b.1) Por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde sua razão de ser; (b.2) por ter como

pressuposto uma situação de urgência, entendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; (b.3) pode ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição menos aprofundada, no seu nível vertical, que a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; (b.4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o do atingimento de sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; (b.5) por ser precária, não submetida à imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que a haja mudança no estado de fato (que acarrete o desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serve de pressuposto) ou do estado da prova (que acarrete mudança de juízo sobre os fatos e o direito afirmado). (ZAVASCKI, 2000, p. 38-39).

Como pontua Castagna, destacando a impropriedade da utilização do termo, considerando-o impróprio para denominar tutelas emergenciais (2008, p. 124), Zavascki foi quem denominou o gênero “tutela de urgência” de “tutela provisória em sentido amplo”, utilizando-o para designar as medidas que, por força da situação de perigo, destinam-se a assegurar ou realizar o direito em tempo inferior ao juízo plenário por cognição sumária.

Zavascki compreende que as medidas cautelares e as medidas antecipatórias são espécies de medidas provisórias, ambas fundamentadas em urgência. Entretanto, na cautelar, há urgência de se garantir futura cognição ou execução, e na antecipatória, há urgência em satisfazer o direito afirmado e evitar-se o perecimento ou dano ao direito por meio de execução antecipada.

A cautelar é medida temporária de conteúdo autônomo e de mera segurança para futura execução, habilitada a ter sempre duração limitada no tempo e a ser sucedida por outra medida, razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência. A medida antecipatória é medida provisória, tem conteúdo coincidente com a consequência jurídica resultante do direito afirmado pelo autor, assemelha-se ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo pelo réu do direito afirmado pelo autor e pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois se destina a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante: a sentença final de procedência que consolida de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação. (ZAVASCKI, 2000, p. 56-57).

Antônio Cláudio da Costa Machado (1998) afirma que somente o *periculum in mora* é capaz de distinguir com precisão técnica os provimentos cautelares daqueles não cautelares porque nem a provisoriedade, a sumariedade da cognição ou a preventividade são elementos, por si sós, capazes de qualificar uma tutela por acautelatória:

Sem o recurso ao *periculum*, nenhuma explicação que se dê ao fenômeno do acautelamento se torna plenamente satisfatória, justamente por faltar a inserção do seu elemento central de essência, revelando-se, por isso, incompleta a construção teórica que parta de qualquer outro alicerce como a mandamentalidade, a provisoriedade, a sumariedade cognitiva, ou outros aspectos estruturais do provimento, como alvitram alguns autores italianos ou mesmo a preventividade pelas razões já expostas (MACHADO, 1998, p. 285).

Castagna (2008, p. 135) diverge do posicionamento de Machado por entender que o que caracteriza a tutela cautelar não é o *periculum in mora*, mas sim sua função assecuratória do direito da parte, que não contém efeitos antecipatórios. Para o autor, a tutela cautelar e tutela satisfativa estão inclusas nas tutelas emergenciais, entretanto, este traço não as torna idênticas. A prevalência do entendimento de que o perigo da demora caracteriza cautelaridade implica reconhecer que todo procedimento de alguma forma previsto para neutralizar a demora seria procedimento cautelar. Ao contrário, tem-se, por exemplo, a execução provisória, que não se fundamenta no *periculum in mora*, e sim, em promover a satisfação do direito da parte, que já foi declarado em sentença de mérito.

O termo cautelar é empregado por Castagna em sentido restrito, não como sinônimo de toda medida tendente a combater perigo de dano. Para o autor, cautelares são medidas que, ao combaterem o dano, não realizam o direito alegado. A satisfação preponderante nas cautelares é evitar o perigo de dano. Se o que se promove para evitar o dano é a realização antecipada do direito, portanto, com eficácia preponderantemente satisfativa, não se trata de medida cautelar, e sim, de medida satisfativa (CASTAGNA, 2008, p. 138).

Luiz Fux (1996, p. 65-66) considera que Calamandrei, diante de uma preocupação excessiva com a possibilidade de o juiz dar provimento imediato e com definitividade, não entendeu o poder geral de cautela outorgado ao magistrado e por isso categorizou as medidas cautelares como dependentes de uma outra medida, dita principal, para confirmá-las ou revogá-las. Para Fux, a teoria do italiano deixa de considerar as cautelares sob o ângulo da irreversibilidade de alguns resultados e, por conseguinte, do interesse de agir.

Por isso, Luiz Fux propõe a inovação da divisão das tutelas sumárias satisfativas, dividindo-as em duas espécies: tutelas de segurança e tutelas de evidência. A tutela de segurança tem por requisito o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* próprios do procedimento cautelar, e por isso dele se utiliza. Entretanto, diferentemente da tutela

cautelar em si, em que o perigo de dano atinge o procedimento principal, no provimento de segurança, o perigo atinge o direito material da parte:

É em resumo, *o periculum in mora* para a tutela de segurança o perigo de dano iminente e irreparável ao direito da parte, decorrente da natural demora da submissão daquela pretensão à análise jurisdicional ordinária. Assim, v.g., se a vítima de um acidente necessita realizar urgentemente uma cirurgia e não dispõe de meios para custeá-la, em situação diametralmente inversa ao suposto culpado, que é detentor de uma situação econômico-financeira invejável, lícito será ao juiz impor a prestação de fundos necessários ao tratamento, em face da evidente impossibilidade de espera pelo processo condenatório ordinário, diante das fortes aparências quanto à culpabilidade do adversário abastado. Isso é justiça! (FUX, 1996, p. 64)

A tutela de urgência, para Luiz Fux, caracteriza-se como provimento sumário que, para evitar o perigo, satisfaz o direito material da parte por antecipação por meio de um procedimento cautelar, mas que, apesar disso, estará apto a produzir coisa julgada material, ou seja, assumir caráter definitivo (CASTAGNA, 2008, p. 139).

A satisfação imediata do direito da parte de natureza irreversível esvazia a tutela principal, uma vez que o bem da vida já lhe foi entregue na cognição sumária e, diante disso, o provimento de urgência acoberta-se da coisa julgada material. Em que pese o julgamento não ser exauriente, nada mais haveria para se discutir sobre o objeto litigioso, “[...] por isso não incide o veto normalmente lançado à possibilidade de a imutabilidade do julgado incidir sob discussões de mera probabilidade.” (FUX, 1996, p. 70).

Sob o entendimento de Fux, o poder cautelar genérico instituído pelo Art. 798 do CPC/1973, reafirmado no Art. 297 do CPC/2015, “[...] subdivide-se num poder cautelar e num poder-dever de segurança pertinente à defesa do direito material da parte por força da responsabilidade judicial exurgida da propositura da ação e do próprio monopólio da jurisdição.” (FUX, 1996, p. 184) Apoiado no poder geral de cautela, o juiz deve não apenas proferir provimentos conservativos como também proferir provimentos satisfativos quando assim as circunstâncias exigirem, inovando a situação de direito material em discussão, se necessário.

A tutela da evidência vincula-se a pretensão consubstanciada em direito evidente da parte, não se fundamenta no *fumus boni iuris*, mas na probabilidade de certeza do direito alegado: “Sobre o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.” (FUX, 1996, p. 311). A tutela satisfativa de segurança proposta por

Fux ocorre por juízo de mera probabilidade afeito ao *fumus boni iuris* do processo cautelar. A tutela da evidência se propõe a tutela imediata do direito evidente:

A tutela de evidência, ora proposta, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa em juízo (FUX, 1996, p. 318).

Em se tratando da tutela de evidência, seu provimento se daria sobre a demonstração inequívoca da evidência somada “[...] à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário.” (FUX, 1996, p. 305-306).

Raatz afirma que tem fulcro nas lições de Ovídio Baptista a concepção de tutelas urgentes como tutelas provisórias porque não exaurientes. Assim, distancia-se dos ensinamentos italianos absorvidos no Brasil e argumenta que a pureza conceitual almejada com a distinção entre processo cautelar, de conhecimento e execução foram “[...] artificialismos impostos pela geometrização do direito e pela incorporação da separação romana entre *iurisdictio* e *imperium*.” (RAATZ, 2018, p. 68). Ressalta que “[...] a disposição estrutural deixa bem claro que, para o Novo Código, o binômio cognição e execução, nos moldes em que foi construído no seio da modernidade, foi abandonado, permitindo que se possa pensar um novo modelo de processo.” (RAATZ, 2018, p. 71).

RAATZ (2018, p. 79) compreende que decisões cautelares são marcadas pela finalidade de prevenção e pela característica da instrumentalidade, destacando que tutela cautelar é sinônimo de tutela preventiva porque tem a finalidade de proteger pessoas, provas e bens. Pontes de Miranda também “[...] se utiliza do vocábulo cautelar como sinônimo de preventivo e nos sistemas europeus e latino-americanos de descendência espanhola, usa-se o vocábulo cautelar para designar ações de segurança.” (SILVA, 1998, p. 4).

Raatz (2018, p. 81-82) aduz que a chave para distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada satisfativa no tocante à urgência encontra-se no fato de que, se evento imprevisto externo ao processo, seja anterior ou contemporâneo, for capaz de obstar a frutuosidade prática do suposto direito, haverá necessidade de tutela cautelar. Quando o próprio direito, pela natureza ou pela situação concreta, não pode suportar o tempo do processo, sob pena de o autor sofrer prejuízo juridicamente relevante, faz-se necessária a tutela antecipatória. Além disso, o autor destaca que o Código de Processo Civil de 2015

mostrou-se indiferente quanto à distinção entre perigo da tardança e perigo da infrutuosidade, bem percebidos por Calamandrei, os quais são subespécies do *periculum in mora* e implicam a distinção dos requisitos de concessão da tutela antecipada e de tutelas cautelares.

O procedimento cautelar não serve à proteção contra a morosidade da ordinariiedade, o que ele “[...] visa garantir é a frutuosidade do direito, que somente por via reflexa irá repercutir no resultado útil do processo.” (RAATZ, 2018, p. 146), pautando o problema do tempo “[...] numa situação objetiva de perigo ao direito que se quer assegurar. E que, portanto, a sua demonstração é imprescindível.” (RAATZ, 2018, p. 144).

A concessão da tutela antecipada espelha-se no perigo na demora (perigo da tardança), portanto, do “[...] perigo inerente ao tempo do processo frente ao direito que se busca satisfazer.” (RAATZ, 2018, p. 142). O *periculum in mora* liga-se à ideia de aceleração processual, e a urgência decorre da lentidão própria do procedimento comum. (RAATZ, 2018, p. 142). Então, se o tempo normal do processo é capaz de gerar prejuízo juridicamente relevante, é dispensável que o prejuízo seja irreparável ou de difícil reparação. (RAATZ, 2018, p. 143). O perigo da tardança presente nas tutelas satisfativas “[...] mira acelerar de modo provisório a satisfação do direito porque o *periculum in mora* é constituído pelo retardo do estado de insatisfação do direito frente à demora do processo ordinário.” (RAATZ, 2018, p. 143). Também por isso, a possibilidade de dano é elemento accidental que, se presente, “[...] servirá de reforço argumentativo a favor do pedido do autor.” (RAATZ, 2018, p. 143).

### ***1.1.2 Tutelas provisórias no CPC de 2015 e a Constituição Brasileira de 1988***

Em obra publicada em 1979, Ovídio Baptista da Silva louvou a valoração da tutela cautelar na doutrina contemporânea, refletida no Código de Processo Civil de 1973 que, diferente do Código de 1939, em que as cautelares apareciam denominadas de “processos acessórios” e eram incluídas num título com denominação de medidas preventivas às quais eram dedicados treze artigos apenas, o Código de 1973 dedicou noventa e três artigos para a regulamentação procedimental do processo cautelar. (BAPTISTA, 1979, p. 3-4). O Código de Processo Civil de 2015, sob a rubrica de Tutela Provisória e a partir da ideia de adotar mecanismos céleres à proteção de direitos (BRÊTAS, 2020, p. 73), dedica à matéria dezoito artigos (Art. 294 a Art. 311).

A escolha do atual Código de Processo Civil de 2015 foi de declarada preocupação em relação à eficiência das decisões judiciais, merecendo destaque na exposição de motivos o fato de que a eficiência processual (procedimental) é condição para a efetividade do ordenamento jurídico, pois que as decisões judiciais garantem a efetivação das normas de direito material. Inclusive a explicação sobre a eficiência almejada tem referência na obra de Barbosa Moreira, para quem um processo socialmente efetivo depende mais da colaboração do Juiz “[...] porque não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais se poderia atribuir.” (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 186) e para quem qualquer procedimento é bom se é eficaz quando economicamente útil para a realização de direitos materiais:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 181).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018, p. 89-90) esclarece que a eficiência jurisdicional submete-se ao ordenamento jurisdicional preenchendo sua finalidade constitucional:

A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado, por força de recomendação constitucional, e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, ou seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes.

Na busca por eficiência jurisdicional, o Código de Processo Civil opta por incluir as cautelares na parte geral, reconhecendo as tutelas provisórias como gênero e classificando como espécies a tutela de urgência, subdivida em cautelar e antecipatória, a ser concedida em caráter antecedente ou incidental, e a tutela da evidência, que dispensa a demonstração de perigo ou de risco ao resultado útil do processo.

Segundo Brêtas (2020, p. 73), “[...] a divisão foi elaborada com base nos fundamentos para a proteção emergencial de direitos defendidos no processo.” As tutelas

provisórias conservam sua eficácia na pendência do processo, inclusive durante período de suspensão do processo se não houver decisão judicial em contrário, mas podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo. São fundamentos comuns à tutela de urgência cautelar e antecipatória a evidência de probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Manteve-se a atribuição de poder geral de cautela ao juiz. Diferente do art. 798, do CPC/73, que intentava esclarecer que as medidas inominadas seriam determinadas quando houvesse receio de que uma parte, antes do julgamento final, causasse ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação, o novo Código optou por cláusula geral<sup>2</sup> a ser limitada pelas normas fundamentais constitucionais e das normas fundamentais processuais civis explicitadas no código de processo civil, atribuindo ao juiz o poder de determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297), desde que motive seu convencimento de modo claro e preciso (art. 298). Quanto ao procedimento de efetivação das medidas, estabelece que este ocorrerá, no que couber, conforme as normas de cumprimento provisório de sentença.

O Código de Processo Civil determina que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificativa prévia, devendo o juiz, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte pode sofrer, podendo dispensar a caução se a parte for economicamente hipossuficiente, mas deverá ser mantida quando a dispensa possa resultar em manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 521, parágrafo único). Quanto à tutela de urgência de natureza antecipada, é posto que não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

---

<sup>2</sup> Didier Junior (2017, p. 59-63) informa que a nova feição da atividade jurisdicional redesenhou o Direito processual, de modo que a criatividade da função jurisdicional é uma característica bem aceita do pensamento jurídico contemporâneo. Assim, a técnica das cláusulas gerais está invadindo o direito processual. A técnica das cláusulas gerais se contrapõe à técnica casuística, sendo os sistemas processuais contemporâneos formados e harmoniosamente estruturados por enunciados normativos gerais (cláusulas gerais) e enunciados normativos casuísticos em que “A casuística, também dita técnica da regulamentação por *fattispecie* é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo mais completo possível, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7). Didier Júnior ressalta que é indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional, pois cláusulas gerais exigem construção em vez de subsunção e citando Claus-Wilhelm Canaris, afirma que as cláusulas gerais são “como pontos de erupção da equidade”. O autor considera o devido processo legal o principal exemplo de cláusula geral, e enumera dentre outros exemplos o poder geral de cautela. (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 62)

Inovação que também se destaca é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Se contra o provimento de tutela antecedente não for interposto recurso, o processo será extinto. Entretanto, poderá qualquer uma das partes demandar a outra no prazo de até dois anos no intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada.

O art. 304, §6º, reafirma que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, apenas torna estáveis seus efeitos. Contudo, também afirma que a estabilização somente será afastada por decisão proferida em processo demandado por uma das partes, nos termos do §2º do mesmo artigo, cujo prazo para requerimento é limitado no §5º a dois anos.

Bedaque (2009, p. 64-65) ressalta que a norma do art. 5º, da Constituição Brasileira, ao instituir, no inciso XXV que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e ao prescrever, no inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, assegura de forma ampla e genérica o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar com objetivo de garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa. E ordem justa é a ordem jurídica que proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente, a partir da premissa de que o sistema constitucional deve amparar o titular do direito que pleiteia tutela jurisdicional, oferecendo proteção estatal para seu interesse tutelado juridicamente na esfera material.

Ao estabelecer a garantia de ação, o legislador constitucional torna inafastável a atividade jurisdicional do Estado, não só para as hipóteses de lesão, mas também de ameaça a direito (BEDAQUE, 2009, p. 90), e não somente por ser uma garantia constitucional, mas principalmente por ser mecanismo que garante a efetividade do modelo processual-constitucional. Em razão disso, o modelo processual estabelecido pela Constituição Brasileira inclui a garantia da tutela cautelar, como aduz:

A tutela cautelar, em última análise, tem por função assegurar a tutela jurisdicional de direitos, tal como regulada na Constituição. Não só está inserida na ideia ampla de garantia constitucional de acesso à justiça, como constitui mecanismo processual destinado a garantir a efetividade do modelo processual-constitucional, pois assume a função de conferir efetividade às várias modalidades de tutela satisfativa existentes no sistema. (BEDAQUE, 2009, p. 87).

Mesmo aqueles que não são titulares de direitos, mas afirmam essa condição sem conseguir demonstrá-la, têm o direito de acesso à jurisdição e ao processo, havendo de se encontrar à disposição de todos o mecanismo previsto pelo legislador constitucional para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela (BEDAQUE, 2009, p. 65). Partindo da compreensão de que o processo é instrumento estatal de solução de conflitos a serviço da ordem constitucional e de que deve refletir as bases do regime democrático, com conotações de liberdade, igualdade e participação em clima de legalidade e responsabilidade (DINAMARCO, 2008, p. 27), a garantia constitucional implica proteção, ou seja, “[...] predisposição de meios para assegurar a garantia constitucional de ação em concreto que implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual.” (BEDAQUE, 2009, p. 66).

Então, o problema central do processo atualmente é o desafio da efetividade do direito de ação, compreendido como “[...] direito de obter do Estado mecanismos eficientes de solução de controvérsias, aptos a proporcionar satisfação efetiva ao titular do direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.” (BEDAQUE, 2009, p. 77). Portanto, o operador do processo deve ocupar-se em produzir uma ciência de resultados, desenvolvendo mecanismos aptos a alcançar esse objetivo e a partir da noção de que a tutela jurisdicional constitucional “[...] se sobrepõe à distinção entre direito material e processo, pois contém elementos de um e de outro.” (BEDAQUE, 2009, p. 80).

Com isso, a tutela cautelar de urgência inclui-se no âmbito de proteção da Constituição Brasileira de 1988 como direito de acesso às garantias do devido processo legal, sinônimo de devido processo constitucional. “A possibilidade de o juiz determinar medidas provisórias, sejam cautelares ou antecipadas, está ligada ao poder geral acautelatório do julgador, cuja origem, fonte de legitimidade e o âmbito da eficácia estão demarcados pela Constituição.” (BEDAQUE, 2006, p. 86) e conclui:

A cautelar inominada constitui componente essencial e inafastável da ideia de tutela jurisdicional, pois não passa de instrumento genérico colocado nas mãos do julgador, para dele se utilizar sempre que necessário, afastando eventual fator de risco para a eficácia de sua atividade. (BEDAQUE, 2006, p. 87).

Ronaldo Brêtas, sob os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, reafirma que o devido processo constitucional constitui metodologia normativa que, em

grau máximo, informa e orienta o processo jurisdicional (BRÊTAS, 2018, p. 41). Portanto, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais:

A teoria constitucionalista do processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela que surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo metodologia normativa do processo constitucional. A viga mestra do processo constitucional é o devido processo legal. (BRÊTAS, 2018, p. 114).

Também Rosemiro Pereira Leal concebe a jurisdição não como poder, mas como atividade-dever-estatal do órgão jurisdicional de cumprir e fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, cujo fundamento submete os provimentos (sentenças, decisões judiciais) ao dado prévio da lei, como já preconizava Chiovenda. (LEAL, 2021, p. 73):

Menciona-se um poder geral de cautela do juiz que, como se sabe, não é poder, mas dever de cautela, porque a lei impõe ao juiz que preste jurisdição. Entretanto, o NCPC brasileiro, ao misturar os termos medida e atuação cautelar (Art. 139), não define, com clareza, o que é medida (se mero ato cautelar do juiz) ou procedimento (se sempre aos moldes da ordinaryidade), porque, em sendo da natureza da cautelar a urgência da tutela jurisdicional, as medidas liminares, como atos que antecedem a instalação do contraditório na modalidade de concessão inaudita altera parte (sem oitiva da parte contrária), provocam situações jurídicas inconstitucionais. (LEAL, 2021, p. 178).

A função jurisdicional, segundo os estudos de Ronaldo Brêtas, permite que o Estado, quando provocado, pronuncie, em nome do povo que tem sua comunidade política integrada por governantes e governados, o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, em um ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (BRÊTAS, 2018, p.28-29)

Diante disso, os provimentos emanados dos órgãos jurisdicionais são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, o qual, portanto, jamais poderá ser arbitrário. O poder é constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do Estado Democrático de Direito (BRÊTAS, 2018, p. 40) e o arbítrio em nome da cautela não tem contornos constitucionais:

A concretização da função jurisdicional jamais poderá ser exercida sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador, ou fundado em considerações subjetivas dos agentes decisores, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado e controlado conforme as diretrizes predominantes do Estado Democrático de Direito que visualizamos como princípio constitucional. (BRÊTAS, 2018, p. 91).

As tutelas provisórias autorizadas pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, inclusive quanto ao poder geral de cautela declarado, submetem-se também ao devido processo legal com as garantias constitucionais estabelecidas. “A possibilidade do juiz determinar medidas provisórias cautelares ou antecipadas está ligada ao poder geral acautelatório do julgador. Sua origem, sua fonte de legitimidade e o âmbito da eficácia estão demarcados pela Constituição.” (BEDAQUE, 2009, p. 86)

O ordenamento jurídico brasileiro, com primazia nas normas fundamentais da Constituição, limita o exercício da função jurisdicional. Depreende-se que toda decisão no Brasil deve ocorrer sob o devido processo legal (Constituição Brasileira, art. 5º, LIV), assegurado o contraditório, ampla defesa e isonomia, com os meios e recursos inerentes à decisão jurisdicional (Constituição Brasileira, art. 5º, LV), corroborando-se que as tutelas provisórias devem ser resultado também do devido processo legal, sem que isso represente uma exceção.

## **1.2. A questão procedimental nas tutelas de urgência e evidência e o direito fundamental da ampla defesa**

A primazia constitucional não permite olvidar que a Constituição proíbe seja alguém privado de seus bens sem o devido processo legal, cujas vigas-mestras são o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões centrada na reserva legal (BRÊTAS, 2018, p. 119). Disso decorre que a estruturação técnica das tutelas provisórias há de compatibilizar-se com o direito à ampla defesa.

O direito à ampla defesa não se resume ao direito de manifestação no processo, sendo incompatível com a plena defesa todo procedimento que embarace a defesa, como já asseverava João Barbalho em seus comentários à Constituição de 1981. (BARBALHO, 1924, p. 437). Quando compreendido como modo de exercício de função pública, o procedimento regula-se no objetivo de que o exercício da competência externe-se em decisões adequadas à garantia de direitos fundamentais, como explica Canotilho:

Para converterem os seus “poderes” (competência) em actos, os órgãos ou agentes constitucionais devem obedecer a um procedimento juridicamente regulado. O exercício das funções públicas está sujeito a um *iter* procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático (procedimento legislativo -> modo de exercício da função legislativa, procedimento administrativo -> modo de exercício de função administrativa, processo jurisdicional -> modo de exercício de função jurisdicional. (CANOTILHO, 1999, p. 504)

O direito à tutela jurisdicional não pode ficar comprometido em virtude da exigência legal de pressupostos processuais desnecessários, não adequados e despropositados, entretanto, são também exigências do direito à tutela judicial a fixação prévia dos requisitos e pressupostos de recursos e ações, bem como o direito de serem sanadas as irregularidades processuais.

A aceleração de processos para “providências cautelares não especificadas” concretiza a proteção jurídica individual adequada se as providências são emanadas por meio de “[...] uma formatação judicial constitucionalmente adequada de instrumentos processuais já existentes” (CANOTILHO, 1999, p. 504-505). As complexas tarefas realizadas e fiscalizadas pelos tribunais exercem-se, sempre, com fulcro na primazia da Constituição, a quem cabe o exame direto do direito:

A constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o **direito de acesso direto à constituição** – sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias –, a fim de “fiscalizarem” (“direito de exame”, “direito de fiscalização”) a conformidade da lei com as normas e princípios da constituição. Este exame do “direito da lei”, sob o ponto de vista da constitucionalidade, a que procedem os tribunais, pode conduzi-los a várias e complexas tarefas (CANOTILHO, 1999, p. 421, grifos do autor).

Na mesma linha, a escola de Cândido Rangel Dinamarco compreende que a jurisdição é instrumento da ordem jurídica substancial e que o processo é instrumento da paz social e elimina conflitos. O procedimento é, para os autores, aspecto formal de manifestação extrínseca do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 64-65; p. 317).

Diante disso, a jurisdição no exercício do poder do Estado age para o cumprimento da promessa constitucional de uma Justiça ágil, célere, efetiva e justa, como ressalta Dinamarco no prefácio da obra de Bedaque (2007, p. 9). Por isso,

É nuclear a ideia de que, sendo cada uma das formas exigidas na lei processual um meio de resguardar direitos de uma das partes, a inobservância dessa forma não gera nulidade do ato quando o resultado for benéfico justamente à parte cujos direitos se busca resguardar. (BEDAQUE, 2007, p. 9).

Álvaro de Oliveira afirma que o formalismo processual, na perspectiva da restrição à atividade do Estado, atribui direitos de liberdade do indivíduo perante o Estado e “[...] atribuir direitos de liberdade significa, no plano processual, atender à exigência de um procedimento justo e adequado, de acesso à jurisdição e realização do direito material, determinada essa realização pela conformação jurídica do procedimento ao processo.” (OLIVEIRA, 1997, p. 65).

O processo assemelha-se a uma “comunidade de trabalho’ entre o tribunal e as partes com o fito de possibilitar ao juiz a decisão justa e verdadeira, restabelecer a paz jurídica entre as partes e assim defender interesses maiores da sociedade.” (OLIVEIRA, 1997, p. 72).

Quanto à forma, sua função é ordenadora, organizadora e coordenadora, colaborando para a justiça da decisão, servindo ao controle da arbitrariedade e ao alcance da finalidade do processo em tempo razoável (OLIVEIRA, 1997, p. 61-62). Fatores externos ao processo contribuem para a conformação do formalismo a partir da concepção de que a finalidade do processo “[...] entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo” sendo os mais importantes a justiça, a paz social, a segurança e a efetividade.

A justiça, para Álvaro de Oliveira, relaciona-se com a atuação concreta do direito material, compreendido como “[...] situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito” (OLIVEIRA, 1997, p. 65-66). O autor ressalta que o direito material relaciona-se com o processo, mas não o dirige porque a litigiosidade (incerteza) do direito e a autonomia do direito processual o impedem. No seu entender, o processo está a serviço do direito material, razão por que “[...] não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada pela norma material.” (OLIVEIRA, 1997, p. 66).

A segurança, por sua vez, consiste em “[...] respeito ao direito objetivo como um todo, matéria que concerne aos escopos políticos do processo.” (OLIVEIRA, 1997, p. 67). Álvaro de Oliveira ressalta que não se trata do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas da jurisdição como um todo, cujo poder reforça a “[...] condição de entidade

responsável pela organização da vida social e reafirma a autoridade do seu ordenamento jurídico.” (OLIVEIRA, 1997, p. 67).

O conflito é “[...] um fenômeno doentio, a ser suprimido da maneira mais rápida possível, mormente porque sua frequente repetição representa autêntico perigo para a sociedade.” (OLIVEIRA, 1997, p. 67), por isso, a paz social consiste em buscar eliminar o conflito por meios idôneos e com presteza. E a paz social é proporcional à eficiência da administração da justiça, equilíbrio que é possível quando se atribui ao órgão judicial poderes para, na prática, encontrar “[...] o modo mais conveniente de contrapor as exigências da finalidade legal com as características do meio mais idôneo, em vista do melhor resultado possível.” (OLIVEIRA, 1997, p. 68).

A igualdade das partes é garantida, bem como o arbítrio do juiz é limitado, quando igualdade e arbítrio são orientados pela economia processual (eficiência) no curso do procedimento, regra de orientação do processo, permitindo as adaptações necessárias à distribuição adequada da justiça:

A maior contribuição à economia processual será prestada pelo juiz ativo, efetivo diretor do processo, pois essa atividade, como ressaltado em sede doutrinária, sobremaneira contribui para dar curso ao procedimento conforme a lei e suas exigências finalísticas, propiciar um debate rápido e nada obstante exaustivo, assim como alcançar o término do processo pelo caminho mais curto. Se a interferência do juiz parece ser realmente o melhor caminho nessa matéria, difícil será encontrar, no entanto, o ponto ideal entre o incremento da responsabilidade do juiz e a certeza das formas pré-constituídas.

Por outro lado, não se concebe possa o princípio da economia processual vir a derogar normas processuais válidas. Visão desse jaez destruiria por inteiro as garantias da parte, incrementando demasiadamente o arbítrio judicial. A igualdade formal do curso do procedimento deve ser o mais estreitamente garantida, para que a finalidade processual possa ser realmente alcançada, de modo que o princípio da economia processual deve ser visto principalmente como linha de orientação, servindo como regra de interpretação da norma estabelecida pela lei e colaborando em sua aplicação. (OLIVEIRA, 1997, p. 68-69)

A busca pela efetividade colabora ao mesmo tempo para a criação de novos meios jurisdicionais mais eficientes, como o elastecimento da tutela cautelar e também a concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, sejam eles autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo, eficazes e congruentes com o resguardo do objetivo da jurisdição. (OLIVEIRA, 1997, p. 70)

Bedaque complementa afirmando que a principal característica da atividade jurisdicional “[...] é o poder de restabelecer a ordem jurídica material, eliminar os litígios e manter a paz social”, que se amesquinha pelo processualismo exagerado. (BEDAQUE,

2007, p. 30). O processo tem o dever de instrumentalizar de forma segura e efetiva a justiça e pacificação social.

Os valores que geram o processo não podem ser esquecidos quando se examina a técnica, porque a técnica é simples meio para chegar aos reais fins do processo, que são a efetividade, a justiça e a paz social. (BEDAQUE, 2007, p.40).

Em que pese reconhecer a superação da fase sincrética encerrada por Windscheid, Muther e Bülow, não sendo mais o processo mero apêndice do direito material e iniciada a fase autonomista, entende que os escopos do processo são instrumentalistas e “[...] ignorar sua natureza instrumental favorece o formalismo”<sup>3</sup> (BEDAQUE, 2007, p. 27), porque o processo é mecanismo criado pelo Estado para efetivação das regras existentes no ordenamento jurídico e também mecanismo de superação de crises de cooperação existentes no plano substancial, obtendo resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais de forma rápida, segura e efetiva. (BEDAQUE, 2007, p. 34).

O processo, quando compreendido como método de solução de conflitos com a finalidade de resultados, há de ser pragmático, proporcionando àquele que se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos da proteção da efetivação da tutela jurisdicional. O apego exagerado à forma e à técnica afasta o Estado do objetivo do instrumento, que é resguardar o direito substancial. (BEDAQUE, 2007, p. 17-18).

A técnica processual destina-se a assegurar o processo desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional de processo, cuja razão de ser não é somente a forma, e sim, os valores e princípios constitucionais que incorpora e que o regem. Para tanto, fórmulas que simplificam o procedimento, eliminando óbices que a técnica possa apresentar ao normal desenvolvimento da relação processual com os valores essenciais de segurança proporcionada pelo processo, são meios de efetivar a finalidade de servir ao direito substancial: “[...] a forma na medida certa é fator de garantia, ausência da forma enseja abusos normalmente por parte dos mais fortes e seu exagero é sinônimo de burocracia, escudo de covardes e preguiçosos para esconder-se”. (BEDAQUE, 2007, p. 26).

---

<sup>3</sup> Marinoni é enfático ao afirmar que, se o processo é visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O processo não pode ser indiferente a tudo isso. Nesse sentido, é correto dizer que nunca houve autonomia do processo, mas uma relação de interdependência entre o direito processual e o direito material. (MARINONI, 2013, p. 155).

Gonçalves discorda de que há uma hierarquia entre normas substanciais e normas processuais, pois ambas disciplinam condutas, inserem-se no mesmo ordenamento jurídico e são plenas de substância, de conteúdo e de matéria, distinguindo-se apenas pelo conteúdo:

[...] enquanto as normas materiais valoram a conduta, qualificando-a como lícita e como ilícita, tendo como matéria as situações jurídicas de que decorrem direito e deveres, as normas processuais disciplinam a jurisdição: o exercício da função jurisdicional e o instrumento pelo qual ela se manifesta, o processo (GONÇALVES, 2012a, p. 41).

Também esclarece que compreender que a técnica procedimental esgota-se em si mesma consiste em menosprezar o alcance do significado contido na realização do procedimento em contraditório: “O processo jurisdicional civil, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, para a formação do provimento jurisdicional, tem, no correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença, a sua primeira finalidade.” (GONÇALVES, 2012a, p. 147- 148).

Gajardoni, por sua vez, compreende que procedimento é modo pelo qual os diversos atos processuais se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo de o processo atuar em juízo (seu movimento). Por isso, a flexibilização procedimental, por meio dos princípios implícitos da adaptação e da adequabilidade, não viola a cláusula do devido processo legal e inclusive o potencializa, porque, na adequação do procedimento às circunstâncias da causa, serão conservadas no intercurso as garantias do processo, em especial, o direito ao contraditório.

Nesse ínterim, a ordem dos atos em si não é importante. O importante é que o objetivo final do processo seja atingido (proteção do direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento), seja o objetivo uma sentença, a satisfação de um direito ou obter uma garantia, pois a segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento, eis que pode ocorrer flexibilização com plena participação e ciência das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e preestabelecidas. Inexistindo procedimento legal adequado para a tutela do direito ou da parte, compete ao juiz proceder à adaptação moldada pela experiência prática. (GAJARDONI, 2008, p. 224-227)

Uma vez que formas procedimentais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência voltadas à utilidade, sua observância representa indispensável regularidade legal do processo e respeito aos direitos das partes (GAJARDONI e

SOUZA, 2016, p. 165-166). O indispensável formalismo não pode ser “[...] um embaraço ou obstáculo à plena consecução do escopo do processo: é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a observância do direito.” (LIEBMAN, 1985, p. 225).

O legislador “[...] deve procurar formas simples e não ultrapassar o limite do necessário, sem comprometer a garantia de participação dos sujeitos.” (Bedaque, 2007, p. 426) e a ausência de necessidade da forma para atingir a finalidade processual permite a transgressão daquela (BEDAQUE, 2007, p. 427). Além disso, recomenda-se que ocorra no próprio âmbito do processo a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta, porque a legalidade da forma correlaciona-se à sua finalidade e as formas devem ser abrandadas pela liberdade, no sentido e possibilitarem ao juiz adequar a forma às necessidades e às especificidades da situação concreta, porque a inexistência de rigidez ou de previsão de forma não implica violação das garantias do devido processo constitucional. (BEDAQUE, 2007, p. 434-439).

Zavascki destaca que “[...] as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm objetivo e função constitucional de instrumentos destinados a mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais de segurança jurídica e da efetividade da jurisdição.” Na compreensão de Zavascki, “[...] a função instrumental das tutelas provisórias nasce não necessariamente do Art. 5º, XXXV, da Constituição, mas do sistema constitucional organicamente considerado”. A vocação constitucional de harmonização de direitos fundamentais legitima a formulação de regras de solução para os fenômenos concretos do conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal. A função de decidir conflitos independe da existência da lei ordinária:

Por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante à dos art. 798 e 273 do Código de Processo Civil, até pela singela razão de que “o juiz não se exime de sentenciar ou de despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (CPC, Art. 126) (ZAVASCKI, 1997, p. 68).

Se não conferido pelo legislador, procedimento que enfatiza o aspecto eficaz do processo no ritmo necessário à atuação jurisdicional precisa ser garantido pelo juiz, que deve “[...] acelerar procedimentos ou freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo.” (GAJARDONI e

SOUZA, 2016, p. 166), a adaptabilidade do procedimento é princípio implícito afeito à efetividade da jurisdição, “[...] não depende de previsão legislativa, embora fosse recomendável, pois decorre da correta aplicação do princípio constitucional do devido processo legal (do qual tanto o princípio da adequação quanto o da adequabilidade são corolários.)” (GAJARDONI e SOUZA, 2016, p. 171).

A jurisdição não se limita apenas à atividade de reconhecer direitos, cabe-lhe a atuação do poder de Estado (ARENHART, 2013, p. 312-313). Esse raciocínio sustenta a compreensão de Marinoni (2013, p. 143), Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017, p. 375) no sentido de que o juiz, por ser detentor do Poder Público e do dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares contra os seus iguais, tem a missão de harmonizar direitos fundamentais, podendo “[...] para dar aplicação dos direitos fundamentais recorrer a conceitos abertos do direito privado, preenchendo-os com o auxílio de valores constitucionais ou, se for o caso, tomar em consideração os princípios gerais, valendo-se mais uma vez da regra da harmonização.” (MARINONI, 2013, p. 143).

Gajardoni e Souza alertam que a aplicação do princípio da adaptabilidade tem natureza subsidiária, incidindo apenas nos casos em que o legislador não criou especificamente um procedimento individualizado e adequado para a tutela do direito ou da parte (GAJARDONI; SOUZA, 2016, p. 174). O juiz atento às variantes do caso está apto, no sistema de flexibilização procedimental, a modelar o procedimento para a obtenção da adequada tutela, elegendo os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e modo. Ao operador jurídico, cabe construir uma teoria plausível que justifique a adaptação, algo que, afirmam os autores, só é possível por meio da flexibilização das regras do procedimento. (GAJARDONI; SOUZA, 2016, p. 175).

Ressalta-se, contudo, que a exigência de um processo sem dilações indevidas não pode significar a amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privando-a do devido processo legal” (BEDAQUE, 2009, p. 85), como também conclui Canotilho:

A exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado não significa necessariamente “justiça acelerada”. A aceleração da proteção jurídica que traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instâncias excessivas) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito penal mas extensiva a outros domínios [...] é condição indispensável para uma proteção jurídica adequada (ex. prazos em caso de HC, apreciação de prisão preventiva dentro de 48 horas, suspensão da eficácia de atos administrativos, procedimentos cautelares). (CANOTILHO, 1999, p. 467)

Os estudos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018, p. 51) concluem que, em noção alargada, toda jurisdição é constitucional e compreende o controle da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a jurisdição constitucional das liberdades, como o uso das ações constitucionais-processuais e das garantias procedimentais constitucionais, efetivando o exercício do contraditório, a fiscalização e fundamentação das decisões jurisdicionais, incluindo, portanto, as decisões urgentes. Lado outro, a jurisdição submete-se igualmente ao procedimento e ao processo, como explica Leal:

A jurisdição, sem procedimento e processo, é a tônica da contemporaneidade tirânica, transvestida de uma efetividade processual, que prolonga secularmente a sociedade civil, fixando-a dentro e fora do ESTADO, à margem da lei [...] embosca a lei estatal num espaço extra-sistêmico com a força de lei e em nome da lei. (LEAL, 2005b, p.5).

Esclarece André Leal (2008) que, na visão procedimental do Estado Democrático de Direito, não se pode “[...] afirmar jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento.” (LEAL, 2008, p. 34).

Pronunciamentos decisórios emanados de órgãos prestadores de jurisdição são atos estatais imperativos que refletem manifestação do poder político do Estado sempre exercido em nome do povo:

Daí por que este poder jamais poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador, ou fundado em considerações subjetivas dos agentes públicos decisores, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado e controlado conforme as diretrizes preponderantes do Estado Democrático de Direito que visualizamos como princípio constitucional ao qual a jurisdição está sempre vinculada. (BRÊTAS, 2018, p. 91).

Ao se compreender, sob a ótica Fazzalariana, que “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, p. 2006, 119), não sendo, como destaca Gonçalves, qualquer procedimento, mas aquele do qual participam em contraditório os interessados no ato final (GONÇALVES, 2012a, p. 96).

Fazzalari constata que “[...] uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.” (FAZZALARI, 2006, p. 119). Diante do caráter estrutural do contraditório, “[...] as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de critérios finalísticos, devem ser buscadas dentro do próprio ordenamento jurídico que os disciplina.” (GONÇALVES, 2012a, p. 56).

Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 147) afirmam que, assim como a jurisdição é imprescindível para a tutela de direitos, a sua legitimidade depende da participação isonômica do autor e do réu, o que significa que o demandado deve ter a possibilidade de influenciar o juiz. A influência se dá por meio de técnicas processuais idôneas capazes de permitir que o demandado apresente seus argumentos e provas para se defender de modo tempestivo e efetivo, permitindo, desta forma, a proteção de sua esfera jurídica:

Note-se, por exemplo, que se o autor tem direito à técnica antecipatória como corolário do direito à tutela efetiva e tempestiva do direito, o réu deve contar com meio para de forma célere, impugnar sua concessão. Vale dizer: a técnica antecipatória tem como contrapartida o direito ao recurso que viabilize o imediato conhecimento das razões contra a decisão concessiva da tutela. (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 148).

Os autores ressaltam que não há legitimidade em restringir a defesa com base no direito à duração razoável do processo. A restrição irá legitimar-se pela situação de direito substancial, sendo imprescindível identificar o fundamento da necessidade de se restringir a alegação do réu para se permitir a tutela do direito. A restrição da defesa deve encontrar amparo na necessidade da tutela dos direitos e ancorar-se em normas constitucionais. (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 149).

A doutrina de Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 147-154) reconhece a possibilidade de limitação da ampla defesa, como ocorre nos procedimentos que limitam a produção de prova ou restringem o duplo juízo sobre o mérito. Entretanto, regras que restringem direitos fundamentais não de ser interpretadas de forma restritiva:

Afirma-se, com frequência, que o juiz, ao decidir sobre a tutela antecipatória, faz uma ponderação entre os direitos de ação e de defesa. Ninguém discute que a técnica antecipatória admite a postergação do exercício da plenitude do direito de defesa para a efetividade do direito de ação. Acontece que essa ponderação foi feita pelo legislador, ao instituir a norma processual. O juiz não faz qualquer ponderação entre o direito de ação e o direito de defesa quando decide sobre antecipação de tutela. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 149).

O legislador estabeleceu limitação à ampla defesa ao admitir decisões liminares no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a postergação da ampla defesa não pode violar o núcleo essencial do direito. O princípio do contraditório recebeu, na organização do código de processo civil de 2015, “[...] o significado de direito de participação na construção do provimento sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões.” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 93). Com *status* de “[...] condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 94). Objetiva-se, dessa forma, que ele explicita o dever de as decisões ocorrerem sob um contraditório efetivo, como corolário do “processo justo<sup>4</sup>” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 85), proibindo decisões surpresa, pois que o contraditório efetivo entrelaça-se com o dever de fundamentação da decisão jurisdicional, que prestigia a participação:

A participação é concretizada pelo contraditório efetivo, que é seu elemento normativo estruturador, na medida em que se entrelaça com a fundamentação da decisão jurisdicional (artigos 11; 298 e 489), permitindo que as partes exerçam influência junto ao julgador (Art. 369, 371), a fim de que o pronunciamento decisório a ser obtido desponte favorável aos seus interesses. (BRÊTAS, 2020, p. 49).

Também Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 10) assevera que o contraditório é “nota essencial do processo”, “sua característica fundamental” e que “[...] deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): o de participação com influência na formação do resultado e o da não surpresa.” (CÂMARA, 2016, p. 10). A decisão deve ser fruto do debate realizado no processo, impondo um processo participativo e policêntrico, conduzido por diversos sujeitos, todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Por isso, a legitimidade das decisões está condicionada à sua produção “[...] com respeito a um contraditório prévio, efetivo e dinâmico” (CÂMARA, 2016, p. 12).

---

<sup>4</sup> Theodoro Júnior (2016, p. 85) explicita sua noção de “processo justo” como aquele que tem por meta a justiça e a efetividade, assegurando o pleno acesso à jurisdição (Justiça) e a realização de garantias fundamentais, traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Destaca que a efetividade consiste na prestação jurisdicional em tempo razoável, devendo a Justiça “[...] aparelhar-se para propiciar ao titular do direito um provimento que seja contemporâneo à lesão ou à ameaça de lesão, consistindo em solução justa para o litígio.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 85).

Para Brêtas, o modelo constitucional de processo tem por garantia que, na dinâmica do procedimento, seja instaurado o quadrinômio estrutural do contraditório: informação-reação-diálogo-influência como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões judiciais. (BRÊTAS, 2018, p. 119 e 130).

Gajardoni (2008, p. 89), numa noção de contraditório como um trinômio: conhecimento-participação-influência, antevendo que o princípio do contraditório decompõe-se em oportunidade de participação (faceta formal) e em participação capaz de influir na decisão proferida (faceta material), compreende que, para participar e influir, “[...] é mister que a parte tenha conhecimento e que seja comunicada, pela lei ou pelo juiz, sobre o curso do processo, mais precisamente sobre os atos que se praticarão.” (GAJARDONI, 2008, p. 89). Por isso, não se admite a surpresa, mas a previsibilidade não exige que seja o procedimento garantido por lei, mas pela prévia participação das partes:

Se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no iter estabelecido legalmente depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. [...] Evidentemente, a necessidade de contraditório para as inovações procedimentais é exigência que só se coaduna com o espírito dialético do processo se a participação da parte para a formação do novo rito for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a variação ritual for ser benéfica, sua participação pode ser excepcionalmente e licitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro, como já vimos, à faceta material do contraditório, mais precisamente, na capacidade de influir na decisão. (GAJARDONI, 2008, p. 93).

Gajardoni compreende que o contraditório há de ser útil e exercido preventivamente, o que deve ocorrer preferencialmente. No entanto, quando for mais útil à efetivação de direitos, o juiz pode permitir que o contraditório seja repressivo, não significando com isso qualquer afronta ao “feixe de garantias constitucionais” (Gajardoni, 2014, p. 26).

O contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e provimentos judiciais, seja através da manifestação prévia, seja pela ampla possibilidade de recorrer das decisões que alteram o procedimento. Logo, se não pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental prevista no iter estabelecido legalmente depende da plena participação delas (preventiva ou repressivamente), até para que as

etapas do procedimento sejam previsíveis. E isso só será possível se o julgador propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades. (GAJARDONI, 2014, p. 26).

A limitação à flexibilização procedimental pelo juiz, de modo a manter o sistema previsível e seguro, se dá por meio de averiguação da necessidade da implementação da adaptação com a participação em um contraditório útil e na motivação, que consiste na indispensável exposição das razões pelas quais a variação será útil para o processo. (GAJARDONI; SOUZA, 2016, p. 179-184).

O procedimento por si só é fórmula vazia. É o contraditório útil que lhe preenche o conteúdo e lhe dá o poder para legitimar a decisão. A flexibilização procedimental, com alteração de rito padrão estabelecido por lei ou com a construção de um novo modelo ritual, não afeta o poder legitimante da decisão, desde que no processo tenha sido assegurada aos litigantes efetiva participação em contraditório. (GAJARDONI, 2008, p. 98).

Em se tratando das tutelas de urgência e evidência, empreendeu-se uma maior confiança no juiz para a organização procedimental no intuito de se efetivar com eficiência a tutela de direitos sem que represente prejuízo à defesa.

O Código de Processo Civil de 1973 atribuía um poder geral de cautela ao juiz, condicionando o exercício de medidas cautelares à submissão às disposições gerais de procedimento postas nos Artigos 800 e seguintes e regulamentando procedimentos cautelares nominados.

De forma diversa, a opção do Código de Processo Civil de 2015 foi por agrupar algumas regras procedimentais para o provimento de tutela antecipada e cautelar antecedentes sem estabelecer uma estrutura para o provimento de tutelas provisórias requeridas incidentalmente ou para o provimento da tutela da evidência.

O bloco de regras dispõe que a tutela provisória pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo (art. 296); efetiva-se a tutela provisória com observância das normas do cumprimento provisório de sentença, no que couber (art. 297, parágrafo único); o juiz deve motivar seu convencimento de modo claro e preciso na decisão que defere, nega, modifica ou revoga a tutela de urgência (art. 298); a tutela de urgência pode ser deferida sem que seja ouvida a parte contrária, liminarmente, ou após audiência de justificação prévia (art. 300, §2º); para o deferimento da medida de urgência, o juiz pode exigir caução real ou fidejussória a fim de garantir o ressarcimento da outra parte caso revogada a

medida (art. 300, §1º); a medida não pode ser concedida de forma irreversível (art. 300, §3º) sendo possível o deferimento da tutela satisfativa de urgência na hipótese de irreversibilidade recíproca; a decisão sobre pedido de tutela provisória pode ser revista por meio de recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I).

As tutelas de urgência podem ser requeridas de modo antecedente ou incidental e as tutelas de evidência são requeridas incidentalmente.

O pedido de urgência requerido incidentalmente pode ser realizado por simples petição nos autos ou na própria petição inicial, conjuntamente com o pedido principal. O artigo 305 do novo código estabelece regra de fungibilidade entre tutelas cautelares e satisfativas, unificando as regras de concessão. Todavia, o parágrafo único aponta tratamento diverso quando se tratar de tutela antecipada, porque somente tutelas antecipadas admitem a possibilidade de estabilização de seus efeitos. Como demonstra Heitor Vitor Mendonça Sica:

Ao limitarem o cabimento dessa técnica à tutela provisória satisfativa, os arts. 303 e 304 trazem à tona discussões teóricas que há mais de dez anos se tornaram despiciendas. Afinal, haverá autores que pedirão tutelas provisórias de urgência em caráter antecedente e autônomo, invocando os arts. 303 e 304 sob o entendimento de que a providência é satisfativa e haverá juízes que entenderão o contrário e se negarão a estabilizar a decisão concessiva sob o fundamento de que a providência é meramente cautelar. E o recurso que o réu deixou de interpor será substituído por outro a ser manejado pelo autor para insistir na natureza satisfativa do provimento e na necessidade de sua estabilização. (SICA, 2018).

Merece destaque a possibilidade de estabilização da decisão da tutela de urgência antecipatória requerida em caráter antecedente, quando não interposto recurso adequado (art. 304): Andrade e Nunes questionam se o recurso próprio de defesa há de ser interpretado como agravo de instrumento ou poderia se estender a perspectiva no sentido de se admitir como recurso próprio o pedido de suspensão de liminar (como é o caso de suspensão de liminar prevista nas leis 8.437/92 e 9.494/97), ou se admitiria também a Reclamação (ANDRADE; NUNES, 2015, p. 258).

Outra questão é como interpretar conjuntamente o art. 303, inciso III (não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335), com o caput do art. 304, o qual estabelece que a ausência de recurso torna a tutela antecipada estável.

Decisão proferida em Recurso Especial 1760966/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, publicada em 07 de dezembro de 2018, da 3ª. Turma, negou provimento ao recurso contra decisão do Juízo de primeiro grau que revogou a decisão

concessiva da tutela, após a apresentação da contestação pelo réu, a despeito da ausência de interposição de agravo de instrumento. O fundamento da decisão foi no sentido de que a leitura do art. 304 do CPC deve ser feita tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto. Concluiu-se, naquele julgado, que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, pois o contrário significaria não apenas estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os tribunais, como também estímulo ao ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Portanto, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento. Não haveria que se falar em estabilização da tutela antecipada, argumentou a parte, devendo o feito, por isso, prosseguir normalmente até a prolação da sentença. Ou seja, a interpretação do termo “recurso adequado” foi em sentido amplo, abrangendo toda forma de impugnação da decisão, o que inclui a contestação prevista no art. 303, inciso III, do CPC/2015.

Ocorre que, menos de um ano depois, o relator Ministro Sérgio Kukina, que professou entendimento semelhante, foi voto vencido no julgamento do Recurso Especial 1797365/RS, publicado em 22 de outubro de 2019. O entendimento do Ministro foi em favor de exegese mais dilargada do art. 304 do novo CPC, facultando-se ao réu oferecer resistência, não apenas por meio de recurso específico (notadamente o agravo de instrumento – art. 1.015, I, do CPC), mas também por meio da apresentação de contestação, tal como se operou no caso concreto.

Entretanto, a tese vencedora foi no sentido que os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária, sendo institutos inconfundíveis. Diante disso, a ausência de impugnação da decisão que deferiu a antecipação da tutela em caráter antecedente torna preclusa a possibilidade de sua revisão, não tendo a contestação o efeito de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado, que segundo aquele órgão decisor, é o agravo de instrumento.

A divergência de interpretação causada pela singeleza na regulamentação do procedimento de estabilização da tutela antecipada antecedente, que não esclarece qual é o “recurso adequado”, embaraça o exercício da plena defesa e o sentido da norma está entregue ao órgão julgador.

Outra questão que se apresenta é o fato de o art. 300, §3º, do Código de Processo Civil, estabelecer que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Contudo, a exigência de reversibilidade vem sendo mitigada, como demonstra o enunciado 419 do fórum permanente de processualistas civis ao postular que “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos reversíveis”, e também o Enunciado 40 das jornadas de Direito Processual Civil do Conselho Federal de Justiça, o qual conclui que “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.” Soma-se também o Enunciado 25 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que afirma que “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).”.

Ronaldo Brêtas também faz importante observação quanto ao parágrafo único do art. 297, o qual autoriza que o juízo utilize as medidas que considerar adequadas, observando, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença. O autor pontua que o “[...] no que couber”, inserto no dispositivo legal, há de ser interpretado como dever de utilizar apenas as medidas elencadas pelo art. 536, §1º, do CPC.” (BRÊTAS, 2020, p. 79), prestigiando-se a previsibilidade e a segurança do ordenamento jurídico.

Entretanto, como se depreende do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso Especial – SP 1731859/DF, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, publicado em 19 de maio de 2021, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de admitir as medidas atípicas de satisfação do crédito, limitando-se a extrapolar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se observar, ainda, o princípio da menor onerosidade ao devedor, não sendo admitida a utilização do instituto como penalidade processual, sobrepondo-se, portanto, ao prestígio, a previsibilidade e segurança do ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Entretanto, recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o uso de medidas executivas atípicas, como apreensão da CNH ou do passaporte, “[...] deve durar tempo suficiente para

No mesmo sentido, Álvaro de Oliveira ressalta que, na ponderação entre segurança e efetividade, o exercício do direito de defesa, garantia ligada à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer. Na verdade, garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a se atingir. (OLIVEIRA, 2006, p. 66).

Scarpinella Bueno leciona que a ampla defesa consiste em permitir condições efetivas, concretas, de responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos, bem como os recursos inerentes à concretização da defesa, devendo ser compreendido como “[...] criação de mecanismos, de formas, de técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento”, incluindo-se na ampla defesa a própria concepção de um “direito fundamental à prova” como forma de bem realizá-la. (BUENO, 2020, p. 75).

O direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, é direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira, assim como o dever do Estado, quando provocado, de apreciar e responder de forma eficaz à alegação de lesão ou ameaça.

Compreender o processo constitucional como metodologia de garantia de direitos constitucionalizados resulta que as garantias procedimentais impostas pela Constituição precisam compor a estruturação procedimental, não podendo sua flexibilização e o objetivo de efetivar direitos representar eliminação de garantias.

### **1.3. O direito a uma sentença definitiva de mérito na cautelaridade geral**

Exsurge o problema de conciliar a segurança jurídica e a instabilidade das decisões provisórias, e de definir até que ponto os jurisdicionados estão condenados à incerteza,

---

dobrar a renitência do devedor, de modo a convencê-lo de que é mais vantajoso pagar a dívida do que, por exemplo, não poder dirigir ou fazer viagens internacionais”, admitindo que a medida seja mantida, *sine die*, como meio de coagir o devedor a cumprir a obrigação. O Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze reconheceu o excesso de duração de prazo da apreensão do passaporte, que perdurava por quase dois anos quando do julgamento. Entretanto foi voto vencido. (STJ, HC 711.194 - SP (2021/0392045-2), Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, decisão em 14 de junho de 2022). Portanto, as medidas executivas atípicas vêm sendo interpretadas de forma cada vez mais ampla no intuito de se perseguir a efetividade das decisões jurisdicionais.

uma vez que é corrente o entendimento de que o processo, em sua ordinaryidade, é demorado.

Dinamarco afirma que a ideia de tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição porque o processo civil de hoje é, acima de tudo, um processo civil de resultados, cuja utilidade é de efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito. Diante disso, o que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito, mas “[...] oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas, desfavoráveis ou de estabilizar situações justas.” (DINAMARCO, 2002, p. 352).

No mesmo raciocínio, Arenhart, Marinoni e Mitidiero afirmam que a técnica processual para tutela de direitos adequada, efetiva e tempestiva do direito não se correlaciona, necessariamente, com o direito à sentença, já que “[...] sentenças constituem apenas meios para a prestação da tutela a direitos” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 344). Ao processo, cabe ser capaz de dar efetividade a diferentes necessidades do direito substancial:

Já passou o tempo em que se bastava estudar a ação una e abstrata e o universo das sentenças que estavam ao seu redor. A ideia de direito de ação, como direito a uma sentença de mérito, não tem muita importância para quem está preocupado com um processo efetivo, ou melhor, com um processo capaz de dar efetividade aos direitos que precisam ser por meio dele garantidos. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 341).

A efetivação de direitos não se dá necessariamente pela técnica da sentença porque ao juiz cabe efetivar os direitos mediante a observância das normas constitucionais que dão conformação ao processo justo, constituindo os direitos fundamentais processuais como elos de legitimação da tutela de direitos (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 78).

Ao compreenderem que a sentença é “[...] técnica processual que abre a oportunidade para a execução forçada”, fase autônoma para uma segunda fase processual, necessária à tutela do direito, (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 79), entendem os autores que privilegiar a garantia de direitos torna despicienda a sentença cautelar, bastando a garantia de direitos enquanto não concluída a demanda.

Não se pode olvidar que o devido processo constitucional surge como elemento essencial da estrutura do ordenamento jurídico, havendo a norma ordinária de ser

controlada pelo devido processo constitucional, extraindo da norma constitucional sua legitimidade.

O direito à segurança posto no caput do art. 5º, da Constituição Brasileira, como direito inviolável, ao lado do direito à liberdade, à vida, à igualdade e ao patrimônio, bem como os direitos de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II), de proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI), de garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV), também contemplados, denotam que o direito a segurança não pode ser postergado quando presentes elementos suficientes para sua definição, pois, no Estado de Direito, as garantias constitucionais controlam e estabelecem a legitimidade dos procedimentos criados infraconstitucionalmente no sentido de garantir a efetivação da segurança jurídica, como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. (SARLET, 2010, p. 5).

O processo deve estar estruturado para viabilizar a tutela de direitos e também deve observar os direitos fundamentais processuais, que garantem a participação dos jurisdicionados e o adequado oferecimento de suas razões, e este conjunto é que representa o exercício adequado da jurisdição (ARENHART; MARINON; MITIDIERO, 2016, p. 82). Os autores também enfatizam que “[...] a construção adequada ao caso concreto é a mais moderna tendência dogmática relacionada ao direito de ação”, não se podendo olvidar que “[...] tutela significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano material.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 71).

A partir da compreensão de uma vinculação das decisões diretamente com o direito a ser garantido, submetendo-se às garantias constitucionais, os autores defendem que normas procedimentais abertas permitem a construção do procedimento adequado para cada caso, de modo que o direito de ação corresponda à efetividade da tutela jurisdicional. Por isso, o uso das técnicas procedimentais não se vincula à lei, mas à

espécie de tutela do direito, à particularidade do caso, à consideração do direito de defesa e, obviamente à racionalidade da argumentação expressa na fundamentação da decisão ou da sentença.

Em que pese os autores defenderem a subordinação e adequação do procedimento principalmente à efetivação do direito material, também defendem que o procedimento adequado é o que traz a menor restrição à esfera jurídica do réu.

A adequação do procedimento à efetivação do direito material com proporcional garantia dos direitos do réu tem seu controle na justificativa posta na decisão judicial: “A justificativa permite o controle crítico sobre o poder do juiz, pois o seu equívoco evidencia a ilegitimidade do uso da técnica processual.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO; 2016, p. 70).

Os autores consideram que a evolução da teoria da interpretação evidencia que interpretar é valorar e optar, por meio não apenas de regras lógicas, mas de critérios que são eleitos e preenchidos mediante valoração e opções do intérprete. O Estado contemporâneo, por meio da função jurisdicional, protege os direitos fundamentais e, sobretudo, garante a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 75-76).

Destacam também que igualdade se dá não somente no processo, como também pelo processo que, diante disso, deve se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. A igualdade pelo processo é a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO; 2016, p. 177).

A técnica processual há de ser capaz de propiciar a efetiva tutela das diversas situações de direito substancial e sua falta configura insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental de ação, a ser sanada pelo juiz:

Na ausência de técnica processual adequada, o juiz deve suprir a omissão da legislação processual com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. [...]

Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição. Em termos concretos, o que se pretende evitar é que a inidoneidade técnica do processo impeça a efetiva proteção das diferentes necessidades do direito material – como, por exemplo, a tutela inibitória. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 79).

É corolário da efetivação de direitos que sua concretização seja segura, ainda que provisória. Por meio da sentença, se presta tutela jurisdicional tanto ao autor quanto ao réu e a defesa é exercida para que a tutela do direito seja negada ou para a salvaguarda de sua esfera jurídica. O réu alega, argumenta, produz prova, participa da produção da prova e considera sobre o resultado da prova para se defender. Os atos de defesa servem ao convencimento do juiz, portanto:

Todos os atos de defesa, como é óbvio, dirigem-se ao juiz, ou melhor, destinam-se a convencê-lo. Nesse sentido se pode dizer que ter direito de defesa é ter direito de participar do processo para influenciar o convencimento do julgador, o que significa que a lei e o juiz não podem proibir o réu de praticar atos que sejam relevantes para a demonstração das suas razões. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 148).

A partir da noção que cabe ao juiz garantir direitos, há de se questionar se há na cautelaridade direito próprio a ser garantido.

Quanto à existência de mérito próprio nas decisões cautelares, Calamandrei (2000, p. 130) afirma que “[...] o julgado cautelar, como declaração das condições necessárias e suficientes para obter a medida cautelar demandada, é em si definitivo [...]” sendo “[...] procedimentos cautelares um grupo claramente individualizado” (CALAMANDREI, 2000, p. 208) como sustenta:

O procedimento cautelar não é de fato um procedimento sobre o processo, que se pode contrapor ao procedimento principal, concebido somente como procedimento sobre o mérito. Também o procedimento cautelar é um procedimento sobre o mérito: isto é, um procedimento que pronuncia sobre o fundamento da ação cautelar, e que constitui a conclusão de um processo (cautelar) separado, no curso do qual podem ser emanados procedimentos instrutórios referentes ao processo cautelar (por exemplo, a decisão interlocutória que admite uma prova testemunhal sobre o estado de perigo); mas se trata de um mérito diverso daquele ao qual se refere o procedimento principal, isto é, de uma ação cautelar, que tem condições distintas e independentes daquelas próprias da ação principal. (CALAMANDREI, 2000, p. 206-207).

O que distingue o provimento cautelar dos demais provimentos não é a qualidade de seus efeitos, mas certa limitação no tempo dos efeitos em si (CALAMANDREI, 2000, p. 25). O objeto do conhecimento cautelar, por sua vez, é a existência de um estado objetivo de perigo que faça parecer iminente a declaração do dano derivável da insatisfação de um direito. (CALAMANDREI, 2000, p. 98).

Carnelutti, de forma diversa, compreende que há apenas uma diferença no modo de compor o litígio porque no acautelamento há simples acerto marcado pela

eficácia, pois que o provimento cautelar é temporário (CARNELUTTI, 2004, p. 491): “[...] o processo cautelar tende a composição do litígio, mesmo que de modo distinto do processo jurisdicional ou do processo executivo.” (CARNELUTTI, 2004, p. 357). Destacando, outrossim, a possibilidade de adquirir estabilidade a depender da estrutura do processo:

Quando a função cautelar do provimento influir sobre a estrutura, no sentido de consentir a forma que não seria admitida para o provimento definitivo e em virtude da qual não atua a preclusão, o provimento cautelar pode estar dotado de menor estabilidade que o provimento jurisdicional. (CARNELUTTI, 2004, p. 493).

Ovídio Baptista da Silva (2009, p. 37-38) explica que o equívoco entre definitividade do julgamento e provisoriedade factual leva processualistas modernos, assim como levou os romanistas a negar a natureza jurisdicional dos interditos romanos, a antever nas decisões acautelatórias mera formalidade, sem a individualização merital, porque meramente instrumental:

Quando muitos processualistas brasileiros afirmam que o processo cautelar não contém mérito e que a sentença que o decide igualmente não é uma sentença de mérito, querem significar precisamente isto que acaba de ser dito. Somente haverá, para eles, verdadeiro julgamento no processo contencioso quando o juiz decidir alguma questão, de forma definitiva, ou seja, declarar o direito de uma das partes, de modo a compor a lide. Tal é a razão pela qual não veem os adeptos de Carnelutti qualquer decisão sobre questões na jurisdição cautelar. Quando este jurista italiano concebeu a finalidade do processo contencioso como sendo “a justa composição da lide”, automaticamente suprimiu de sua doutrina todas as formas de tutela jurisdicional provisórias, fundadas na plausibilidade do direito, pois a composição da lide que fosse apenas composição provisória certamente não representaria composição verdadeira. (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 37).

O autor não reconhece a vocação para a coisa julgada (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 79-81), pois afirma que sentenças acautelatórias são mandamentais, contêm decisão final da controvérsia sem produção de coisa julgada, protegendo o direito suposto sem declará-lo existente. Compreende a forma particular e autônoma do provimento cautelar, cuja função não é de “compor definitivamente a lide”, mas de exigência de efetividade do direito, a permitir que o direito substancial de cautela, como pressuposto a legitimar a outorga da tutela assecurativa, “[...] permanece mesmo depois da sentença final de procedência como uma simples possibilidade de existência efetiva.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 80). Conclui que, em se tratando de provimentos acautelatórios, há

sentença definitiva, “resultado final do ato volitivo”, que encerra uma demanda determinada. (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 37).

Galeno Lacerda compreende a decisão acautelatória como exercício de função jurisdicional autônoma que “[...] se singulariza pela entrega da segurança com objetivo, porém, de garantir o resultado útil das outras funções.” (LACERDA, 1980, p. 46), entretanto, a tutela jurisdicional tem eficácia dependente. Ressalta que a segurança almejada no acautelamento não se confunde com o bem almejado no processo principal, não obstante haver um “[...] vínculo lógico de continência, pois a situação de conflito (lide parcial), que impõe a necessidade de segurança, emana do conflito maior (lide total) que separa as partes” (LACERDA, 1980, p. 46).

Ao se considerar a função cautelar rigorosamente instrumental, careceria de interesse investigar sua respectiva estrutura. “Desde que o instrumento, como tal, funcione, atendendo à sua finalidade, perde interesse a investigação de sua ontologia.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 73).

O direito substancial a cautela corresponde a um direito material de segurança. A estruturação da decisão de cautela corresponde a uma qualidade interna ignorada por Calamandrei que, ao isolá-la como *tertium genus*, limitou o interesse à função que as medidas cautelares desempenham, ignorando, por consequência, a predisposição ou a idoneidade da função cautelar para atender à segurança do direito material diante de uma situação de ameaça de dano irreparável, asseverando que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do “direito substancial de cautela”, promana de princípio inerente a todo Estado de Direito” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 74-77).

O que tem embaraçado a doutrina e impedido os processualistas de aceitarem a existência de um direito substancial de cautela é um antigo vezo de conceberem a função jurisdicional invariavelmente como produtora de coisa julgada. [...] Ora, a sentença cautelar, embora conserve sua natureza essencial de ato jurisdicional, não produz coisa julgada, precisamente porque mais ordena do que julga, tal como acontecia com os interditos romanos que compunham o denominado *imperium mixtum* mas que, efetivamente, não era, para a concepção romana, verdadeira jurisdição. (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 79).

Castagna (2008, p. 184) considera que o mérito da demanda cautelar, em sentido genérico, é a medida concreta pleiteada pelo requerente para afastar o perigo de dano ao processo. Ressalta a origem latina do verbo *mereo*, que tem como um de seus significados

“pedir”, do qual advém a expressão *meritum causae*, correspondendo àquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir.

A conclusão também tem origem na escola de Dinamarco, para quem “[...] a pretensão consubstancia o mérito, de modo que prover sobre este significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida fora do processo.” (DINAMARCO, 2002, p. 255), por isso “[...] o pedido formulado pelo requerente delimita a pretensão processual de sorte a consagrar o princípio da adstrição da sentença ao pedido” (CASTAGNA, 2008, p. 184).

Castagna percebe também que o campo de atuação da jurisdição cautelar é diverso e específico em relação ao exercício da jurisdição exauriente. Diante disso, afirma a autonomia manifestada em finalidade genuinamente cautelar, o que proíbe que seu mérito seja o mesmo do provimento principal, mesmo porque o êxito na demanda cautelar não vincula o êxito no provimento principal. (CASTAGNA, 2008, p. 184-185).

Entretanto, Castagna não admite a existência de um direito substancial de cautela por entendê-lo incompatível com os elementos da tutela cautelar: a autonomia e a instrumentalidade. Para ele, não é o direito material que assegura o exercício da ação cautelar, mas o risco processual de ineficácia da prestação definitiva, sob a influência inexorável do tempo que se demanda para alcançar o provimento definitivo. (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 60).

Bedaque explicita que a efetiva presença da aparência de direito e do perigo na demora da prestação jurisdicional autorizam a concessão da tutela de urgência, os quais não bastam ser afirmados, necessitam ser provados e são o mérito para a concessão da tutela de urgência, e não condições da ação. (BEDAQUE, 2006, p. 171).

A atividade do juiz ao examinar a plausibilidade e o risco em sede cautelar é cognitiva. (BEDAQUE, 2006, p. 186). O caráter instrumental da cautelar, que se destina à proteção do direito substancial e “[...] acaba por assegurar o próprio direito substancial, mediatamente” (BEDAQUE, 2006, p. 220) não afasta o mérito processual próprio do pedido cautelar. Uma vez que o processo é meio pelo qual se busca o resultado, deve assegurar a situação de equilíbrio entre os interessados e, por isso, a segurança efetivada na sentença cautelar resulta do conhecimento estruturado pelo contraditório:

À luz do princípio do contraditório efetivo e equilibrado, não se pode construir o sistema processual com garantias apenas para uma das partes. O processo civil não é do autor, nem do réu. É um mecanismo estatal dotado de meios para assegurar uma via equânime e justa, com oportunidades iguais, a fim de que

seja alcançado o resultado mais próximo possível da vontade do direito material. (BEDAQUE, 2006, p. 425).

Não se pode pensar o processo como meio de satisfação dos interesses do autor, mas de quem “[...] realmente seja titular de uma situação jurídico-material merecedora de tutela jurisdicional.” (BEDAQUE, 2006, p. 425). Se autor e réu já exerceram o contraditório, sendo conhecido de forma exauriente se o perigo e a probabilidade do direito estão presentes, ambos têm direito à sentença.

A compatibilização de “[...] dois valores existentes no processo: a rapidez necessária para a efetividade da tutela em favor do autor e a cognição imprescindível a um mínimo de certeza quanto à justiça da solução” (BEDAQUE, 2006, p. 423) induzem o direito das partes à decisão definitiva da cautela.

A tutela cautelar de urgência inclui-se no âmbito de proteção da Constituição Brasileira com acesso às garantias do devido processo constitucional. A Constituição é origem, fonte de legitimidade e da demarcação da eficácia das medidas provisórias cautelares ou antecipatórias proferidas pelo juízo. (BEDAQUE, 2006, p. 85). Sua finalidade é afastar a ameaça específica da tutela, resultante do *periculum in mora*.

Deve haver, portanto, nexos necessários entre a cautelar e a providência dita principal, em relação à qual a cautela atua como garantia do resultado, neutralizando o perigo. A provisoriedade, elemento também identificador das tutelas de urgência, decorre da instrumentalidade em relação ao provável pronunciamento a ser emitido no provimento exauriente, faz que a tutela cautelar, cuja segurança é seu escopo último, seja limitada no tempo, na medida em que vinculada à tutela final. (BEDAQUE, 2006, p. 151-153).

Em que pese Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 344) não reconhecerem a importância da sentença por compreenderem-na como um dos meios da jurisdição tutelar de direitos, os autores não negam que, na juridicidade que o Estado Constitucional induz seja oportunizado ao réu exercer o direito efetivo de defesa como corolário do direito à igualdade e segurança porque o juiz tem, expressamente (CPC/2015, art. 139, I), o dever de dirigir o processo, assegurando às partes igualdade de tratamento. Há de se questionar qual é objetivo de ser ouvido, senão o de obter uma resposta do Estado que seja resultado da expressão da paridade de tratamento, como defendida pelos autores:

O direito a igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Estado Constitucional é Estado

em que há juridicidade e segurança jurídica. A juridicidade – todos abaixo do Direito – remete à justiça, que de seu turno remonta a igualdade. Natural, portanto, que componha o direito ao processo o justo direito à igualdade e a paridade de armas no processo – e que o direito à paridade de tratamento constitui uma das normas fundamentais do novo processo civil brasileiro. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 176).

Em se tratando de decisões de urgência, há de se indagarem os meios que garantem a igualdade das partes a partir da compreensão do direito que fundamenta a decisão de urgência porque “[...] o processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer: se dispõem das mesmas armas, se dispõem de paridade de tratamento.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 177). Se ao autor é garantido o direito de alegar para o juiz de primeiro grau a existência de urgência, há de ser permitido ao réu também apresentar suas razões e provas para que o juiz de primeiro grau decida definitivamente sobre se existe ou não a urgência alegada.

Ao se compreender que o direito a igualdade, à segurança e a eficiência da jurisdição são garantias constitucionais, a resposta definitiva quanto à segurança em tempo razoável é medida que se impõe.

Zanferindi (2003, p. 18) leciona que o direito a decisões em prazo razoável deve ser compreendido como “[...] direito de obter do órgão jurisdicional uma decisão legal dentro de prazos legais preestabelecidos ou, em não havendo prévia fixação legal de prazo, que seja em prazo proporcional e adequada à complexidade do processo”. As partes têm direito a uma resposta definitiva sobre a segurança, quando presentes o contraditório e as provas necessárias à decisão, pois a postergação não condiz com a eficiência almejada pela jurisdição, configurando a postergação dilação indevida, como também explicita Ronaldo Brêtas:

Tem-se entendido que não existe complexidade nos processos de cognição sumária, execução e cautelar, de sorte a justificar dilações processuais no tempo. Parte-se ainda do entendimento de que cabe ao Estado o dever de assegurar o respeito ao conteúdo do direito a um processo sem dilações indevidas, a fim de que a jurisdição seja prestada em prazo razoável, porque toca ao órgão jurisdicional obediência ao princípio do impulso oficial, mesmo quando a iniciativa processual ou prática dos atos do processo seja ônus dos litigantes. (BRÊTAS, 2018, p. 222).

Ao estabelecerem a teoria do processo constitucional sobre o compromisso com os direitos fundamentais e com a tutela de direitos, Arenhart, Marinoni e Mitidiero concluem que é fundamental à legitimidade das decisões judiciais, enquanto ato de

positivação do poder do Estado, a adequada participação dos sujeitos que sofrem os seus efeitos, não se permitindo violação ao núcleo essencial dos direitos que devem ser materialmente oportunizados ainda quando postergados:

Não há violação ao núcleo essencial do direito de defesa quando se posterga, para momento posterior à concessão da tutela, a plenitude do direito de defesa. Nesse caso, embora a esfera do réu seja atingida pelos efeitos da decisão, não é eliminado o direito de defesa ou a possibilidade de demonstrar ao juiz a inexistência do direito que foi suposto existente quando da concessão da antecipação da tutela. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 153).

Não se nega, portanto, que se faz necessária uma “[...] predisposição de meios para o exercício da defesa e a efetiva possibilidade de o demandado influir sobre o convencimento judicial” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 147) e o pronunciamento final do juiz sobre a existência ou não do direito cautelar pleiteado é núcleo essencial do direito à segurança jurídica.

A sentença cautelar estabiliza a contenda de segurança havida entre autor e réu, garantindo que a decisão não será modificada enquanto presente a causa de pedir que fundamentou a decisão, a qual resulta não apenas das afirmações do autor, como também da defesa do réu, oferecendo a ambas as partes, nos ensinamentos de Sarlet, segurança e tranquilidade que são devidas pela jurisdição:

[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, p. 9).

Camila Mattos Paolinelli defende que as mudanças impostas pela estruturação das tutelas cautelares no Código de Processo Civil de 2015 não afetam o direito substancial à cautela que assegura a preservação do direito acautelado no processo principal e continua a existir com ele o direito à sentença cautelar:

A diferença é que, agora, a tutela cautelar necessariamente incorpora a técnica de uma tutela provisória que não terá sentença num processo cautelar próprio e autônomo, mas que, necessariamente, deverá ser confirmada ou revogada no processo principal porque é sempre deste dependente. A tutela cautelar deixa de ser uma categoria, espécie autônoma de processo, passando a ser uma técnica de sumarização/ urgência que pode ser aplicada em todo e qualquer procedimento. Advirta-se, por derradeiro, que a extinção do capítulo dedicado às cautelares nominadas ou específicas não elimina a pretensão

incorporada por tais institutos. A tutela cautelar deixa de ser uma categoria, espécie autônoma de processo, passando a ser uma técnica de sumarização/urgência que pode ser aplicada em todo e qualquer procedimento. [...]. Daí alguns autores defenderem a tutela cautelar obtida com a sentença que encerra o processo cautelar, como espécie de tutela definitiva e que faz, portanto, coisa julgada. (PAOLINELLI, 2016, p. 10-11).

Decorre da provisoriedade da cautelar a possibilidade de revogação quando, no curso do processo, surjam novos elementos que revelem o não cabimento da medida ou quando o perigo da ineficácia do provimento exauriente deixe de existir. Por isso, Bedaque afirma que, não obstante posições em sentido contrário, defendendo até mesmo o trânsito em julgado da sentença cautelar e a admissibilidade da ação rescisória, lhe parece mais adequada a posição segundo a qual a provisoriedade das tutelas cautelares não é compatível com a preclusão máxima, imposta pela coisa julgada. (BEDAQUE, 2006, p. 156-157).

Segundo Bedaque, na tutela cautelar, cuja função é meramente assecuratória, proferir sentença de mérito não termina o ofício jurisdicional. A modalidade de tutela na pretensão cautelar não se destina a regular a relação material, sendo finalidade prática da coisa julgada conferir estabilidade ao julgamento, proporcionando segurança das relações da vida reguladas pela sentença. Diante disso, professa:

Deve ser aceita a possibilidade de revogação nos próprios autos do processo principal, sem necessidade de maiores formalismos. [...] se atentarmos para a natureza cautelar, eminentemente provisória, e para a função instrumental por ela exercida no sistema, veremos que a conclusão não se figura incorreta. O aspecto substancial deve sobrepor-se ao formal, mesmo porque nenhum prejuízo resultará dessa solução, quer para as partes, quer para o sistema. (BEDAQUE, 2006, p. 158).

Por consequência, também compreende descabida a exigência de ação rescisória para desconstituir a sentença cautelar, porque culto exagerado à técnica, sem nenhum benefício para o sistema, e não condizente com a natureza provisória das decisões cautelares. (BEDAQUE, 2006, p. 159).

Lado outro, em se tratando de decisão que indefere o pedido de tutela de urgência, outra decisão a respeito somente será admissível diante de fatos novos. Portanto, quando indeferido o pedido, há de ser impugnado pelo recurso próprio:

Tem a parte o ônus de recorrer, da decisão, não podendo simplesmente renovar o pedido, com os mesmos fundamentos de fato. Não importa que a decisão seja proferida em procedimento autônomo ou não, nem o nome atribuído pelo requerente à tutela de urgência. Se indeferida a pretensão, necessária a

interposição de recurso, sob pena de preclusão. Novo exame da matéria fora do âmbito recursal, somente se houver alteração fática. (BEDAQUE, 2006, p. 159).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como informa o Agravo de Instrumento em Recurso Especial 1350926 MG 2018/0215932-8, da Terceira Turma, publicado em 19 de março de 2020, firmou entendimento de que a sentença proferida no processo cautelar, por não ser definitiva do litígio e em virtude da sua natureza acessória e provisória, não se reveste da imutabilidade característica da coisa julgada material. O desacolhimento da pretensão formulada na ação principal esvazia o provimento acautelatório de um dos pressupostos sobre os quais se fundou: a verossimilhança do direito invocado.

Diante disso, os efeitos da sentença proferida em ação cautelar, por ser demanda de natureza acessória e de efeitos temporários, com objetivo de garantir a utilidade do resultado da demanda principal, não subsistem diante do julgamento de improcedência do pedido deduzido no processo principal.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, como ilustra o Agravo interno interposto no Agravo em Recurso Especial 1763066/RS, publicado em 31 de agosto de 2021, também vem reconhecendo que se mantidas as condições fáticas que motivaram o deferimento da cautelar, prevalece a mesma conclusão de direito.

Portanto, não se nega o direito à sentença em decisões cautelares. Conquanto o Código de Processo Civil de 2015 não haja discriminado o meio de obtê-la, o artigo 318 estabelece que se aplica a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário no próprio código ou em lei.

## **CAPÍTULO 2: DECISÃO E COGNITIVIDADE PROCESSUAL NAS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CPC 2015**

O ordenamento jurídico brasileiro promete que as decisões de Estado serão resultado da soberania do povo realizada no exercício das funções de Estado, por meio de seus representantes. Em se tratando da função jurisdicional, cabe ao magistrado decidir casos concretos em procedimentos estruturados em contraditório e sob reserva legal de modo que as decisões sejam permeadas pela segurança jurídica afeita ao Estado de Direito, lógica que é desafiada pela urgência de efetivação de direitos. Diante disso, apresenta-se a estrutura procedimental afeita à realização do Estado Constitucional, segundo o atual ordenamento jurídico brasileiro, quando considerados os deveres atribuídos ao Juiz e direitos fundamentais das partes de efetivação de direitos.

### **2.1 A cognição processual e sua estrutura procedimental de realização no Estado Constitucional**

A realização do Estado Constitucional “[...] assenta-se, primordialmente, nos preceitos fundamentais que se distinguem por seu conteúdo das demais normas.” (BARACHO, 1984, p. 356), pois que as normas fundamentais representam os valores essenciais do povo, comunidade política do Estado, compreendida como governantes e governados (BRÊTAS, 2018), garantindo a unidade do ordenamento jurídico: “Normas constitucionais surgem do poder constituinte, organismo de criação constitucional, tido como poder político fundamental, no momento que representa os valores essenciais da comunidade nacional, cristalizando-os em documento que passa a ser definidor da estrutura jurídica global.” (BARACHO, 1984, p. 355).

Antes mesmo da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, reconhecida como constituição cidadã pelos avanços em direção à cidadania e à dignidade da pessoa humana, José Alfredo de Oliveira Baracho, afirmando a necessidade de conciliar a liberdade e a autoridade, prescreveu que realização da ordem jurídica constitucional tem na formulação de um Processo Constitucional a base de toda a estruturação das decisões, traçando as formas de controle das funções de Estado, declarando e criando instrumentos de defesa das liberdades fundamentais e elevando as necessidades essenciais à vida humana a nível constitucional. (BARACHO, 1984, p. 349).

Baracho considera que a diferença entre um Estado autoritário e um Estado democrático encontra-se “[...] no vivo desejo de estabelecer o equilíbrio entre os poderes e a garantia eficaz dos direitos fundamentais e das liberdades dos cidadãos” (BARACHO, 1984, p. 35) e pode ser reconhecido na racionalização do poder em [...] sistemas ou instrumentos de controle, que se

efetivam por meio de mecanismos ou técnicas que visam a assegurar que os detentores do poder atuem dentro da Constituição e das leis.” (BARACHO, 1984, p. 2).

A estruturação do ordenamento jurídico constitucionalizado se realiza por meio de um processo constitucional adequado ao Estado Democrático de Direito, cuja consolidação encontra-se permanentemente inacabada, realizando-se o ordenamento jurídico por princípios normativos constitucionais que devem ser primordialmente observados nas decisões legislativas, executivas e jurisdicionais (BRÊTAS, 2018, p. 3).

O sistema de proteção dos direitos fundamentais define-se por meio das garantias procedimentais constitucionais, de modo que a compreensão de um ordenamento jurídico constitui uma unidade constitucional estruturada pelo processo constitucionalizado em que destinatários das decisões de Estado se reconhecem como autores das decisões que afetam sua esfera de direitos (BRÊTAS, 2018, p. 52). O conhecimento dos procedimentos que estruturam decisões não é uma preocupação formalista, e sim no intuito de criar uma ordem jurídica e social que abrigue a totalidade das pessoas em igualdade de condições não meramente formal, mas efetiva. (BARACHO, 1984, p. 364).

O correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença, no Estado Constitucional que reconhece a soberania do povo e que se compromete com que governantes e governados submetam-se à ordem constitucional, exige que a construção das decisões garanta a participação daqueles que terão sua esfera de direitos afetada:

O procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar aos destinatários o conhecimento de sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “interessados” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “contra-interessados” estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do genus “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 2006, p. 94).

O procedimento, por sua vez, enquanto “[...] sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação eles conspiram.” (FAZZALARI, 2006, p. 81), qualifica-se pela pré-existência das suas normas reguladoras:

[...] “o procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais, reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”. (FAZZALARI, 2006, p. 94).

Por isso, a técnica procedimental não é um fim em si mesma, “O processo jurisdicional civil, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, para a formação do provimento jurisdicional, tem, no correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença sua primeira finalidade.” (GONÇALVES, 2012a, p. 148).

Os estudos de Ronaldo Brêtas, realizados a partir da noção de Processo Constitucional como metodologia de garantia de direitos fundamentais, construída a partir dos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, levam à conclusão de que o exercício da função jurisdicional é atividade-dever para a obtenção de pronunciamento estatal decisório reivindicado dialeticamente pelas partes no processo, de modo a individualizar normas jurídicas abstratas e gerais que incidirão na solução das particularidades do caso concreto, dentro de um espaço estruturalmente organizado e desenvolvido sob rigorosa disciplina constitucional:

[...] por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre as quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. (BRÊTAS, 2018, p. 37-38).

Diante disso, na estruturação constitucionalizada do procedimento, a atividade jurisdicional é exercida como função-dever, como afirma Rosemiro Pereira Leal:

O juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (substantive) de garantias implantadas coinstitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação coinstitucionalmente assegurado. (LEAL, 2021, p. 65).

As respostas jurisdicionais no Estado Constitucional resultam “[...] de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo.” (BRÊTAS, 2018, p. 42). A partir dessas noções, Brêtas leciona que não há motivação constitucional para que decisões jurisdicionais fundamentem-se na discricionariedade, livre-arbítrio ou prudente critério do juiz, porque incompatível com o Estado Constitucionalizado. A reserva legal é princípio dos atos de Estado e a emanação desses atos é precedida por atividades preparatórias também estabelecidas em lei:

Se numa primeira abordagem, indicamos como “provimentos” os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido lato, os que fazem justiça e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas, e como “procedimento” a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara e é concluída com ele; se acolhemos essas primeiras

sumárias noções, estamos em condições de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, justamente, a conclusão de um procedimento, o ato final do mesmo: no sentido que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia, se ele não foi, entre outras coisas, precedido da série de atividades preparatórias pela própria lei estabelecida. (FAZZALARI, 2006, p. 32-33).

A Constituição Brasileira, como “[...] entrelaçado técnico e harmonioso das normas constitucionais” (BRÊTAS, 2018, p. 156) confere princípios diretivos à função jurisdicional, que são “[...] a base informadora e de fundamentação da atividade jurisdicional desenvolvidas pelo Estado segundo a dimensão maior do Estado Democrático de Direito, assim considerados verdadeiros elos de integração da jurisdição com o sistema constitucional.” (BRÊTAS, 2018, p. 157). Por isso, são vigas-mestras do devido processo o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, e é imprescindível que na dinâmica do procedimento seja instaurado o quadrinômio estrutural do contraditório: informação-reação-diálogo-influência como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. (BRÊTAS, 2018, p. 119 e 130).

A partir do enunciado básico de que toda decisão no Brasil deve ocorrer sob o devido processo legal (Constituição Brasileira, art. 5º, LIV), assegurado o contraditório, ampla defesa e isonomia, com os meios e recursos inerentes à decisão jurisdicional (Constituição Brasileira, art. 5º, LV), corrobora-se que as tutelas provisórias devem ser resultado também do processo legal, sem que isso represente uma exceção ao devido processo. Tem-se, ao se prescrever que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, que o devido processo legal constitui conjunto de direitos e garantias fundamentais inafastáveis, como descrito por Ronaldo Brêtas:

O devido processo legal, assim qualificado norma processual fundamental, vem a ser um bloco aglutinante e compacto – vale dizer, um bloco granítico – de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo, quando deduzem pretensão à tutela jurídica como partes nos processos, perante os órgãos estatais jurisdicionais, quais sejam:

- 1º) direito de ação, entendido como o direito incondicionado de qualquer pessoa do povo (parte) postular a jurisdição, que deve ser prestada pelo Estado de forma eficiente, ou seja, dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável;
- 2º) garantia do juízo natural ou juízo constitucional, que assegura às partes o direito de obter uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional;
- 3º) garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos que lhe são inerentes, compreendido o recurso como coextensão da ampla defesa, e incluídos nos meios de defesa o direito à procedimentalização da prova e o direito de ser assistido por advogado ou por defensor público;
- 4º) garantia do contraditório paritário e participativo, entendido como a possibilidade de as partes influenciarem e participarem em igualdade de condições, ao lado do juiz,

na construção da solução decisória do processo, assegurando-lhes o direito de ver seus argumentos e razões apreciados com atenção no ato estatal do julgamento, estabelecendo-se, assim, estreita conexão entre a garantia do contraditório com a garantia da fundamentação das decisões judiciais;

5º) garantia da fundamentação racional das decisões judiciais centrada na reserva legal, ou seja, decisões proferidas com irrestrita obediência ao ordenamento jurídico vigente, sobretudo com foco nos princípios da supremacia da Constituição e da interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, características marcantes do Estado Democrático de Direito. (BRÊTAS, 2016, p. 62-63).

A jurisdição, no Estado Democrático de Direito, impescinde de participação informada do titular da soberania – que é o povo – e abrange governantes e governados (BRÊTAS, 2018), sob o direito instituído constitucionalmente e também constitucionalmente construído, e implica o dever do julgador de decidir de forma jurídica e constitucionalmente fundamentada no processo constitucionalmente realizado.

Aroldo Plínio Gonçalves vê que “[...] as práticas caóticas, e as aventuras experimentais, sem maiores compromissos com a fundamentação, quando se destinam a influir no campo social, atingindo liberdades, têm provocado ingentes sofrimentos, muitos deles irremediáveis.” (GONÇALVES, 2012a, p. 173). Diante disso, a instrumentalidade técnica do processo, na perspectiva do Direito contemporâneo, “[...] está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos.” (GONÇALVES, 2012a, p. 150). O conhecimento fundamentado permite, ao menos, que seja afastado o argumento autoritário que não se explica senão pela força que o sustenta, permitindo ampliar horizontes da liberdade, possibilitando que haja verdadeira escolha, lúcida e inteligível, entre opções possíveis. (GONÇALVES, 2012a, p. 173).

Diante disso, a proteção que o ordenamento jurídico primeiro há de oferecer é a proteção ao direito do destinatário em relação aos efeitos da decisão, participar dos atos que a preparam em igualdade de oportunidades (GONÇALVES, 2012a, p. 151). A finalidade de proteger direitos substanciais lesados ou ameaçados ocorre se a existência da lesão ou ameaça se confirmar no procedimento que prepara a decisão. Nos pronunciamentos judiciais, o juiz deve ater-se às espécies de medidas judiciais autorizadas pela norma, tendo o dever de cumprir o Direito legitimamente criado pela nação pela qual o Estado fala. “Entre uma decisão justa tomada autoritariamente e uma decisão justa, construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade.” (GONÇALVES, 2012a, p. 152).

Em se tratando da proteção a direito ameaçado, Aroldo Plínio destaca leitura diversa da lecionada por respeitável gama de doutrinadores brasileiros que têm no inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Brasileira o fundamento para a jurisdição atuar o direito material, não compreendendo que seja finalidade do processo a valoração da justiça do direito material<sup>6</sup>, vez que o poder jurisdicional não é mais o poder de Salomão, mas sim, o poder de se cumprir o dever da jurisdição:

Pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, não se pode endossar a afirmação de que o processo se desenvolva para atuar o direito material. Desenvolve-se para permitir a apreciação do Poder Judiciário sobre lesão ou ameaça de direito, e a forma dessa apreciação se dá pelo provimento. (GONÇALVES, 2012a, p. 154).

Neste raciocínio, a urgência não afasta os deveres inerentes à jurisdição, o contrário disso: há necessidade de esclarecer os atributos e especificar os limites para decisões urgentes com clareza e previsibilidade procedimental, pois que as decisões de urgência não podem invadir o território de decisões que exigem construção do conhecimento a ser desenvolvido e julgado com cognição exauriente.

Entretanto, há balizado entendimento de que a tônica constitucional é diversa. Segundo Álvaro de Oliveira, há dois princípios fundamentais – efetividade e segurança – a serem ponderados para que idealmente se alcance o que se entende por um processo tendencialmente justo e, para se determinar o que se entende por processo justo, hão de serem consideradas as circunstâncias peculiares do caso (OLIVEIRA, 2004, p. 130).

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça do caso. Interessante que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vice-versa. (OLIVEIRA, 2006, p. 65-66).

O processo há de realizar sua função de adequar a permanente disputa entre efetividade e segurança, conformando os princípios constitucionais em tensão:

---

<sup>6</sup> Tem-se, por exemplo, a interpretação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que sustenta que a efetividade vigora, seja em relação ao direito já lesionado, seja quanto àquele simplesmente ameaçado com fulcro na Constituição Brasileira, artigo 5º, XXXV, que, por sua vez, abrange a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária e, na perspectiva constitucional do processo, veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. (OLIVEIRA, 2006, p. 68).

Atualmente, pode-se dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com fatores culturais, sociais, políticos, econômicos, estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. (OLIVEIRA, 2004, p. 119-120).

A finalidade do processo é instrumentalizar a realização da justiça e paz social, realizando os valores, especialmente os constitucionais, e por isso, Álvaro de Oliveira aduz que se impõe considerar o processo um direito constitucional aplicado, havendo íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição:

Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional e na maneira como o processo é por ele conduzido.[...] Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não. (OLIVEIRA, 2004, p. 121).

Para Álvaro de Oliveira, quando a Constituição institui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consagra que direitos fundamentais não dependem de edição de leis concretizadoras e, por outro lado, consagra também que os direitos fundamentais de caráter processual, ou direitos fundamentais que informam o processo não têm sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional. Por isso, “Atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos de modo a evitar agressões lesivas por parte destes.” O autor ressalta a autonomia jurisdicional na concretização dos direitos, afirmando que a atribuição do dever de a plenitude da realização dos direitos fundamentais ocorre na “[...] outorga de competência de livre investigação jurisdicional do direito”. (OLIVEIRA, 2004, p. 122-123).

O órgão jurisdicional submete-se diretamente ao caráter principiológico dos direitos fundamentais que se apresentam como normas abertas a serem dimensionadas na concretização do dever jurisdicional:

O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permite ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.

Sob este último ângulo visual, o direito fundamental apresenta-se como norma aberta a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim àquelas normas que contém uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de

forma mais ou menos direta” quando analisado sob o ângulo de “iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.” (OLIVEIRA, 2004, p. 124).

Para o correto dimensionamento principiológico, a interpretação conforme a Constituição deve ser encarada de forma global, com ponderação dos valores fundamentais adequados e do bem protegido pela lei restritiva. Quando necessário, cabe ao órgão judicial corrigir a norma, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento, de forma a satisfazê-lo em maior grau. Álvaro de Oliveira complementa afirmando que “[...] mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada, em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e ideias do próprio juiz.” (OLIVEIRA, 2004, p. 124). Depreende-se, de igual forma, que a compreensão da aplicação concreta do direito fundamental pauta-se pela realidade na forma como esta se apresenta.

Contudo, complementa afirmando não olvidar que o direito à participação no processo, não apenas formal, mas substancialmente, constitui direito fundamental: “[...] a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental.” (OLIVEIRA, 2004, p. 127).

Além disso, há de se considerar que o fator tempo destaca-se no “quadro garantias formais” de um desejado mecanismo eficiente e funcional. A necessidade de se estabelecerem mecanismos de duração razoável do processo com efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas, exige soluções prementes dos litígios. Por isso, a “[...] intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável.” (OLIVEIRA, 2004, p. 129).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que a ideia-síntese da estruturação constitucional do processo “[...] consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que, afinal, são manifestação de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça.” Na visão de Dinamarco, percebe-se na garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional no processo civil e na garantia de ampla defesa no processo penal, bem como nas garantias de que todo processo ocorra em contraditório, perante juiz natural e observadas as garantias do devido processo que a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento descendem da ordem constitucional (DINAMARCO, 2006, p. 29).

O procedimento legitima o resultado do exercício do poder que se exerce sob a participação dos sujeitos envolvidos no processo, tendo-se em vista o modo de ser dos procedimentos, que, por sua vez, “[...] constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório.” (DINAMARCO, 2009, p. 156).

A inserção do sistema processual na ordem constitucional e sua aceitabilidade social induzem à legitimação das decisões pelo procedimento com participação dos interessados diretos no resultado do processo, no qual Dinamarco inclui o ativismo judiciário: a postura participativa do juiz principalmente nos pontos controvertidos e questões que serão relevantes para o julgamento da causa é dever do órgão jurisdicional. (DINAMARCO, 2009, p. 157-158).

Bedaque (2007) assevera que a legitimidade do processo reside na eliminação da crise de direito material com segurança e celeridade, não na forma adotada para que tal efeito se produza. Ao se compactuar com o entendimento de que procedimento é soma dos atos do processo, todos interligados e unidos teleologicamente, com vistas à solução da crise de direito material, como o fizeram Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 329), conclui-se que, em atenção à ideia de celeridade do processo, permite-se ao juiz influir na condução do devido processo legal, adequando a forma para realização útil dos objetivos do processo no caso concreto:

Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. Aliás, inexistente qualquer razão maior para determinadas especificidades procedimentais, nada obsta a que seja adotada a ideia de fungibilidade nesta sede. (BEDAQUE, 2007, p. 63).

A base do princípio (BEDAQUE, 2007, p. 64) da instrumentalidade das formas, visto como fator de flexibilização não apenas da forma do ato individualmente considerado, mas do próprio procedimento, encontra-se no princípio da economia processual, a ser levado em consideração pelo juiz na condução do processo. Para tanto, o juiz deve estar investido de amplos poderes de direção, possibilitando-lhe adaptar a técnica à realidade:

O reforço de sua autoridade, em razão do que ele deixa de ser o juiz neutro e assume a condição de diretor do processo, confere-lhe também o poder dever de controlar a regularidade do instrumento e procurar, na medida do possível, adequar a forma às exigências concretas – mecanismo denominado de “elasticidade” ou “flexibilidade” das formas. Segundo esta concepção, mesmo diante de determinada exigência formal, sempre há certa margem de liberdade para o juiz na verificação de cumprimento da regra. Para esse exame ele leva em consideração, mais que o texto legal, o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato será válido independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim. (BEDAQUE, 2007, p. 71-72).

Cássio Scarpinella Bueno (2020) ressalta que o modelo constitucional do direito processual civil não é uma escolha teórica ou filosófica a depender ou não da adesão de um autor ou doutrina, tratando-se de norma de observância impositiva, pois cria o modelo de organização e de atuação do Estado-juiz, a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito:

As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso, pelo inciso LIV do art. 5º da própria CF, como devido processo legal. (BUENO, 2020a, p. 65).

Os princípios constitucionais do processo ocupam-se com a conformação do processo entendido como método de exercício da função jurisdicional, prescrevendo o mínimo indispensável, fundamental, de como se deve dar o próprio comportamento do Estado-juiz, estabelecendo-se o dever-ser do processo na perspectiva constitucional. (BUENO, 2020a, p. 68).

Bueno esclarece que sua concepção é de que a efetividade do direito se dá no e pelo processo:

A efetividade do processo mede-se pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados. É o que, na perspectiva do próprio modelo constitucional, é suficientemente alcançado pelo inciso LXXVIII do art. 5º, que rotulo, no número anterior, de eficiência processual. Na exata medida em que a autotutela é vedada e que a sua contrapartida é a tutela jurisdicional, é irrecusável a conclusão de que a tutela daqueles direitos depende do processo. Sem processo não há direito efetivo. A efetividade, destarte, é do direito, e não do processo. (BUENO, 2020a, 85-86).

Segundo Bueno, são princípios-síntese do modelo constitucional do processo: o devido processo constitucional enquanto dever-ser do processo, o acesso à justiça e a efetividade do direito pelo processo e no processo porque “[...] garantem suficientemente o ingresso no Poder Judiciário com a formulação de pedido de tutela jurisdicional apto a proteger lesões ou ameaças a direito, o desenvolvimento do atuar do Estado-juiz de maneira escoreita com a (indispensável) observância de todas as garantias constitucionais.” Bueno ressalta que as garantias constitucionais não de ser observadas em favor também do réu e por meio dessa observância que se concretizam os resultados desejados no plano material:

Mesmo assumindo a distinção entre os dois “planos normativos” material e processual, importa ter presente que ambos se comunicam necessariamente. Essa

comunicação, contudo, é qualificada porque o “plano processual”, o “direito processual civil”, volta-se a disciplinar a atuação do próprio Estado-juiz. E não se trata de um “Estado” qualquer, mas de um específico modelo de Estado, o “Estado Constitucional”, que é – que deve ser – assumido como aquele desejado (imposto) pela Constituição de 1988, não afetado, no particular, pelas inúmeras (e constantes) Emendas Constitucionais. (BUENO, 2020b, p.107).

A efetivação de direitos no Estado Constitucional se faz pelo processo e no processo que é o método de atuação do Estado e de concretização de seus valores:

A “constitucionalização” do direito processual civil, por si só, convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos – a “filtragem constitucional” de que tanto falam alguns constitucionalistas –, tomando consciência de que a interpretação do direito é valorativa e de que o “processo”, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de sê-lo em igual medida, até como forma de realizar adequadamente aqueles valores: no e pelo processo. (BUENO, 2020b, p. 118).

Para Bueno, a estrutura procedimental de realização da imposição da Constituição Federal induz à submissão da interpretação das normas de direito processual civil a quatro princípios considerados pelo autor “verdadeiros cânones de interpretação” (BUENO, 2020b, p. 138) que representam os próprios valores a serem alcançados pelo e no processo:

(i) “Princípio lógico”, segundo o qual o processo tende a uma finalidade, qual seja, o proferimento de uma sentença revestida de coisa julgada e deve, para atingi-la, desenvolver-se por meios eficazes e rápidos para descobrir a verdade e evitar o erro; (ii) “Princípio jurídico”, pelo qual o processo deve se submeter a um ordenamento jurídico preexistente, de forma a proporcionar aos litigantes igualdade ao longo do procedimento e justiça na decisão; (iii) “Princípio político”, segundo o qual no processo é exercida a autoridade estatal, observando-se os cânones de dar ao processo a máxima garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade e (iv) “Princípio econômico”, pelo qual o processo deve se desenvolver com o mínimo de atividade e com o máximo de rendimento. (BUENO, 2020b, p. 137).

Quanto ao princípio do contraditório, que deve ser compreendido como diálogo, cooperação e participação no plano do processo, representa realização concreta, também em juízo, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira e que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais e legitimação do processo. (BUENO, 2020b, p. 150-151). A dimensão contemporânea do princípio do contraditório se dá pelo princípio da cooperação, que “[...] deve ser entendido como diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para mais bem decidir e concretizar a tutela jurisdicional” (BUENO, 2020b, p. 152).

Marinoni comunga com a tendência de sobrepor a eficiência da jurisdição a todo e qualquer direito, inclusive afirmando que “[...] o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito de fazer valer os próprios direitos.” (MARINONI, 2013, p. 150).

Erick Wolkart entende que o contraditório não é elemento essencial do Estado Democrático (WOLKART, 2018, p. 277), sendo a eficiência critério mensurador para a implementação de valores e direitos desejados pela sociedade, que pode minorar, se não solucionar a “a tragédia da justiça” (WOLKART, 2018, p. 277).

Teori Zavascki afirma que os direitos e garantias fundamentais explicitados no artigo 5º da Constituição Brasileira devem ser respeitados e cumpridos de modo que produzam integralmente seus efeitos, apesar de, na prática, nem sempre ser possível. Diante disso, a concordância prática dos direitos fundamentais ocorre mediante regras de conformação da tensão entre segurança e efetividade criadas, seja pelo legislador (quando previsíveis os fenômenos, sendo sua função instituir normas de solução), seja pelo juiz (quando inexistir regra de solução ou quando a norma se mostrar insuficiente). De qualquer forma, a criação de normas de conformação se dá por princípios ínsitos do sistema constitucional que, segundo Zavascki, podem ser assim resumidos:

- a) princípio da necessidade, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora do direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão.
- b) princípio da menor restrição possível, também chamado princípio da proibição de excessos, que está associado, sob certo aspecto, também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição de direito fundamental, operada pela regra de solução não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) princípio da salvaguarda do núcleo essencial, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar. (ZAVASCKI, 1997, p. 63).

Teori Zavascki explicita que, ao admitir-se a tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, houve uma ponderação entre direito fundamental à efetividade e à segurança jurídica, optando o legislador pela prevalência da efetividade do processo, que corresponde aos princípios destacados (ZAVASCKI, 1996, p. 150).

José Rogério Cruz e Tucci defende que, na moderna concepção publicística do processo civil, a amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinada, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, e deve ser norteada nos quadrantes das garantias do devido processo legal:

A existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material. (TUCCI, 2015, p. 267).

Tucci enfatiza: “É sempre importante frisar que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado!” Não se pode, a pretexto de prestigiar os princípios fundamentais da duração razoável e da economia processual, vulnerar o direito individual do cidadão (TUCCI, 2015, p. 267). Tucci não nega o protagonismo do juiz na direção do processo, mas considera que a autoridade jurisdicional limita-se pelo devido processo:

Toda vez que o juiz, de ofício, transportar para as fronteiras do processo o interesse particular ou público de outrem, estranho à relação jurídica deduzida em juízo, haverá nítida deturpação do princípio da autoridade, uma vez que transforma o juiz em protagonista, não simplesmente da direção do processo, mas, sim, da própria sorte do objeto litigioso, ferindo de morte a legalidade que deve nortear a realização de todos os atos processuais. (TUCCI, 2015, p. 280).

O princípio constitucional principal a reger o processo civil, segundo Castagna, é o devido processo legal, que em sentido genérico garante o trinômio vida-liberdade-propriedade, tutelando os bens da vida no sentido mais amplo possível. Em sentido material, Castagna aduz que o devido processo legal tem aplicação inclusive ao direito substantivo, e em sentido processual, manifesta-se no princípio da publicidade dos atos processuais, na impossibilidade de utilizar-se em juízo de prova obtida por meio ilícito, no juiz natural e sua tríplice acepção: o contraditório e a ampla defesa, a isonomia e em especial o direito de ação no sentido de inafastabilidade da jurisdição. (CASTAGNA, 2008, p. 46-47).

O autor afirma que a inafastabilidade da jurisdição é postulado que mais se destaca na corrente instrumentalista do processo, por abranger a função social da jurisdição como condição da ordem jurídica justa. Por isso, a instrumentalidade do processo volta-se à “[...] eliminação de distorções jurídicas e fáticas de acesso à justiça, mediante a atribuição de efetividade ao processo e inafastabilidade do controle jurisdicional, sob a luz da igualdade material dos indivíduos.” (CASTAGNA, 2008, p. 47). Neste intuito, pauta-se a adaptabilidade do procedimento, primando os juízes e aplicadores do direito, de um lado, pela segurança jurídica, e de outro, pelo caráter instrumental do processo. (CASTAGNA, 2008, p. 48).

Castagna afirma o caráter social intervencionista do Estado como fundamento de suas proposições: “O Estado social brasileiro é declaradamente intervencionista, lançando suas

amarras sobre os mais diversos campos econômicos e sociais, sempre na busca incessante da igualdade material entre os jurisdicionados” (CASTAGNA, 2008, p. 48).

Por isso, a estruturação dos procedimentos deve primar pela efetividade, conferindo com eficiência àquele que ostenta direito material sua pretensão deduzida em juízo, “[...] não se tratando de desprocessualizar a ordem jurídica, [...] mas de atribuir a seus princípios e regras gerais um conteúdo de significação próprio à sua função institucional, de acordo com a nova ordem constitucional.” (CASTAGNA, 2008, p. 65). O direito a efetividade da tutela jurisdicional não significa o acolhimento da pretensão formulada, mas sim, que o processo forneça às partes os meios adequados para que essas pretensões sejam deduzidas, constituindo o direito de ação e o direito de ampla defesa, ambos, garantia de acesso à justiça:

Se a tutela jurisdicional concedida não é reflexo destas garantias, o processo que a gerou não conferiu às partes o acesso à ordem jurídica justa, e por conseguinte, não pode ser considerado efetivo. Se o comando jurisdicional está alheado do sistema jurídico, não foi capaz de atender aos requisitos de efetividade do processo, pois não forneceu os meios necessários ao pleno exercício da jurisdição e dos direitos de ação e de defesa, ou não contemplou o direito material invocado pelas partes. (CASTAGNA, 2008, p. 68).

Lado outro, a exaltação dos valores consagrados pela Constituição Brasileira, especialmente os aspectos dos princípios da igualdade e da liberdade de manifestações dos valores e subprincípios da justiça e da segurança jurídica, não significa a substituição da técnica processual pelos postulados:

Pela aplicação dos princípios informativos, o processo deve ser lógico em sua estrutura, e jurídico pela observância de suas regras. Deve ainda ser político, observando-se as normas desta natureza inseridas no processo, como o preenchimento de lacunas pelo julgador, e econômico, no sentido de obter seu resultado prático e efetivo com o mínimo dispêndio de tempo e atividade. (CASTAGNA, 2008, p. 45).

O princípio do devido processo legal traduz-se em “[...] mecanismos de prestação da tutela jurisdicional aptos a conceder às partes uma resposta eficaz, dotados das garantias fundamentais para que as partes possam deduzir suas pretensões em juízo.” (CASTAGNA, 2008, p. 62). Não basta viabilizar o acesso ao processo, os mecanismos devem ser aptos a efetivação do direito em tempo razoável, permitindo às partes e ao juiz a verificação dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito, atingindo um resultado útil para o vencedor e com diminuição dos danos marginais do processo.

Não se pode admitir como verdadeira (ou correta) a tendência em confundir formalismo com procedimento, ignorando que o procedimento permite a autonomia dos sujeitos do

processo, bem como sua fiscalização, e não se pode afastá-lo sob o argumento da urgência, havendo de se compatibilizar a efetivação de direitos em tempo razoável com o direito ao contraditório e ampla defesa com os recursos inerentes porque igualmente direitos fundamentais.

Por isso, Gajardoni ressalta a importância de se flexibilizar a rigidez do procedimento sem que se perca a previsibilidade e segurança do sistema, de modo que sejam permitidas variações autorizadas judicialmente quando não houver adequação procedimental no plano normativo. Segundo o autor, não há sinonímia entre legalidade e rigidez procedimental com previsibilidade e segurança, pois se coíbe o arbítrio judicial por meio do prévio conhecimento dos litigantes antes da implementação do procedimento, não sendo importante a fonte criadora deste, e legitima-se o procedimento pelo contraditório útil que lhe auferir conteúdo, e não pelo simples procedimento vazio (GAJARDONI, 2008, p. 98).

O devido processo constitucional não se compatibiliza com a absoluta rigidez formal de regras procedimentais impostas genericamente por lei, as quais acabam por dissipar os fins do processo de oferecer a tutela mais justa conforme as particularidades de cada caso:

O estabelecimento de regras procedimentais por lei genérica impede as adequações rituais conforme o direito material a ser objeto de tutela, o que ocasiona a proliferação de dezenas de procedimentos especiais, também incapazes de se adaptarem às circunstâncias do litígio em si. Pois em uma sociedade moderna, os conflitos pululam em uma velocidade não acompanhada simultaneamente por alterações legislativas e implementação de ritos especiais. (GAJARDONI, 2008, p. 85).

O exercício do direito do contraditório garante o devido processo constitucionalizado. A oportunidade de exercício do direito ao contraditório impede que a segurança seja abalada, “[...] já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminado judicialmente, o que o faz previsível.” (GAJARDONI, 2008, p. 85). A segurança é igualmente garantida pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, bem como pelo dever de o juiz ofertar convincente motivação que justifique o afastamento do padrão ordinário do processo. (GAJARDONI, 2008, p. 86-87).

Assim, são requisitos indispensáveis à flexibilização procedimental a indicação da finalidade, o direito de exercício de um contraditório útil e a motivação da decisão de afastar as regras do procedimento comum.

A indicação de sua finalidade é requisito essencial. Acima de tudo, o procedimento deve ser apto à tutela eficaz ao direito reclamado.

Também há de se manter a higidez do procedimento, dispensando-se empecilhos formais irrelevantes que não prejudicam a participação das partes e promovendo a igualdade processual da parte material e processualmente hipossuficiente, de acordo com os valores constitucionais.

Outro requisito, não menos importante, é promover oportunidade de contraditório útil, no sentido de “[...] contraditório capaz de influir na decisão proferida” (GAJARDONI, 2008, p. 89). O princípio do contraditório, além de dever de ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de influir nas decisões judiciais, também permite estruturar a própria formação do procedimento e dos provimentos judiciais de forma participada.

A ideia de contraditório útil correlaciona-se à ideia de participação capaz de assegurar a quem o exerce alguma vantagem. Por isso, Gajardoni defende que, se a mudança procedimental for benéfica ao participante, não se faz necessário colher sua concordância, privilegiando-se, neste caso, a celeridade procedimental:

Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, indispensável a realização de contraditório preventivo, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual. (GAJARDONI, 2008, p. 94).

O terceiro fator para a implementação da flexibilização procedimental é a motivação da decisão, inclusive fator comum a todas as decisões judiciais por força do artigo 93, inciso IX, da Constituição Brasileira. A função da motivação, mais que de conferir segurança jurídica ao sistema, é de se permitir aferir a imparcialidade do juiz, bem como a correção e a justiça dos próprios procedimentos e das decisões nele proferidas. Gajardoni assevera que a decisão sobre a variação procedimental não é ato meramente ordinatório, tratando-se, sim, de decisão interlocutória, razão por que a fundamentação é indispensável, inclusive para controle, por meio de recurso, dos fins justificadores e da proporcionalidade da decisão.

Neste raciocínio, não há inconstitucionalidade com a dispensa de citação do réu e prolação de sentença quando se tratar de matéria controvertida unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida decisão de total improcedência em casos idênticos, como constava no artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973, que acabou por ser parcialmente reproduzido no caput do artigo 332, com limitações dos incisos e parágrafos do mesmo artigo no Código de Processo Civil de 2015. A ausência de procedimento e de efetivação do contraditório não causa prejuízo ao resultado final, que é a decisão de improcedência previamente construída em casos semelhantes:

Note-se que a participação do réu neste procedimento abreviado, que outrora denominamos julgamento antecipadíssimo da lide, ao menos na primeira fase é inexistente, pois ele não sofre lesão alguma pelo fato de não ter podido convencer o juiz – quando ele próprio já está convencido pela prévia apreciação de casos similares – de que a razão está consigo.

Por isso, plenamente legítima a decisão proferida neste procedimento. Sendo o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – o vencedor da ação, não se vê utilidade alguma no contraditório, já que a decisão lhe é benéfica e o contraditório não é capaz de lhe trazer vantagem alguma. (GAJARDONI, 2008, p. 99).

O juiz, por meio de seus poderes e faculdades de estruturação, desde que mantenha “parâmetros razoavelmente definidos” e “mediante certas garantias constitucionais”, realiza a garantia do devido processo no sentido de fazer a justiça do caso concreto, pois a Constituição não garante a forma procedimental de se assegurar direitos:

Engana-se, portanto, quem vincula o respeito ao devido processo legal à obediência de um trâmite processual estabelecido em regras rígidas fixadas em lei. Além disso não constar de nenhum dispositivo constitucional, o art. 5º. LIV da Constituição Federal não determina que o processo siga à risca as normas procedimentais estabelecidas em lei, mas sim que seja oportunizado às partes o direito a um processo justo, isto é, onde lhe seja assegurado o respeito às garantias constitucionais (contraditório, isonomia, juiz natural, etc.) e às oportunidades previstas na norma processual, algo que pode ser perfeitamente alcançado ainda que com procedimento que se adapte judicialmente à realidade. (GAJARDONI, 2008, p. 102).

O devido processo constitucional estrutura-se por um contraditório útil, condizente com a realidade social e coerente com a relação de direito material controvertida, de modo a salvaguardar o trinômio vida-liberdade-patrimônio, porque o devido processo constitucional resulta de um conjunto de garantias constitucionais, como explica:

Por devido processo constitucional (expressão bem melhor que devido processo legal, fruto de uma tradução *literis* de *due process of law*) entende-se conjunto das garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e de outro garantem o escorreito exercício do poder. É princípio que se aplica a qualquer procedimento que tenha por objeto o trinômio vida-liberdade-patrimônio, de modo que há devido processo legal judicial, legislativo, administrativo e, por que não, no âmbito privado. (GAJARDONI, 2008, p. 100).

O limite à flexibilização procedimental é o tolhimento do acesso à justiça, do direito de ação e do direito de defesa que, inclusive, podem ser potencializados pelas variações rituais, quando mantida a previsibilidade das variações com assegurar do contraditório útil afeito ao devido processo constitucional. (GAJARDONI, 2008, p. 101).

A adequação procedimental tem potencial de aumentar o poder de conformação das partes com a decisão proferida, porque além de as partes participarem da formação da decisão

por meio do contraditório, participam também da formação dos meios que levaram à decisão (GAJARDONI, 2008, p. 225).

O devido processo material aplicado pelo julgador ao caso concreto é pautado pela aplicação regular e correta da lei por critérios de razoabilidade, senso de justiça e enquadramento em preceitos constitucionais. Diante disso, o procedimento construído abstratamente pelo legislador deve ser readequado pelo juiz ao caso concreto para a tutela efetiva do direito ou da parte, de acordo com as especificidades da causa. Para tanto, utiliza-se da metodologia de interpretação do direito que possibilita a justiça do caso concreto, adaptando as disposições normativas procedimentais em favor da garantia constitucional de um processo justo.

## **2.2 O hermetismo do procedimento comum e a ordinaryidade plena e sumária na tutelariedade decisional de direitos**

A partir da noção de que as tutelas provisórias são decisões alicerçadas em provimento jurisdicional de cognição sumária, Raatz ressalta a importância de se distinguir procedimento sumário e decisão sumária. Primeiramente, há de se considerar que a decisão sumária se contrapõe à decisão definitiva em razão da incompletude do conhecimento realizado pelo julgador. Em regra, o procedimento comum, por almejar “[...] a definitividade da decisão jurisdicional nele obtida, pressupõe um esquema procedimental em que há cognição plena e exauriente.” (Raatz, 2018, p. 46).

Além disso, o procedimento sumário é técnica de aceleração com atributo de aceleração formal, simplificação e concentração de atos processuais sem limitar materialmente a discussão dos seus conteúdos e não tem relação direta e obrigatória com a sumariedade da cognição. (RAATZ, 2018, p. 45-46).

Marinoni afirma que procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela de direitos, cuja compreensão depende de distanciá-lo da técnica antecipatória, das sentenças e dos meios executivos. O procedimento, como técnica autônoma, somente pode ser visto “[...] na perspectiva da aceleração da prática de seus atos e da limitação da cognição do juiz” (MARINONI, 2013, p. 156). Nesse espectro, a sumariedade resulta da aceleração da prática dos atos processuais:

O procedimento sumário é representante dessa espécie de sumariedade, porém, não limita o juízo a respeito do objeto cognoscível – restringindo a produção de provas para ser atingida a chamada verossimilhança ou cognição sumária no sentido material. Porém, há um juízo final de verossimilhança a respeito do objeto cognoscível nos

procedimentos que se contentam com o *fumus boni iuris* (p. ex. procedimento cautelar.).

O procedimento de cognição sumária (essa é apenas uma das espécies da cognição em sentido material) não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível (verossimilhança), ao passo que o procedimento formalmente sumário (art. 275 e ss. do CPC) sempre possibilita o conhecimento aprofundado dos fatos litigiosos, embora em um tempo inferior àquele que seria gasto pelo procedimento ordinário – diante da aceleração dos atos processuais. (MARINONI, 2013, p.156).

Em ordinariedade procedimental, há uma preocupação em disciplinar exaustivamente todo o procedimento, distinguindo fases preponderantemente de postulação, saneamento, instrução e decisão, assim definidas de acordo com a preponderância das atividades exercidas em cada fase, como explica Barbosa Moreira:

[...] o procedimento, no primeiro grau, deve comportar essencialmente uma atividade postulatória, uma atividade instrutória ou probatória e uma atividade decisória. Pode conceber-se, *in abstracto*, um esquema de procedimento em que para cada qual dessas atividades se reserve uma etapa nitidamente diferenciada. Na prática, todavia, considerações várias de política legislativa conduzem à atenuação desse rigor estrutural. (MOREIRA, 2012, p. 5).

O procedimento sumarizado, em razão da concentração de atos, distingue-se na nitidez da diferenciação entre as várias etapas do procedimento. “Quanto mais concentrado seja este, mais se esfumam as linhas divisórias entre as etapas” (MOREIRA, 2012, p. 6).

A ordinariedade é tida como um problema para a eficiência das decisões na tutela de direitos e para a igualdade entre as partes, pois estão sujeitas ao tempo do processo. Entende-se que há uma desigualdade porque o titular está privado do exercício do seu direito reclamado na ação até a decisão jurisdicional e o decurso do tempo pode, inclusive, tornar inútil a decisão. Por isso, a sumarização se apresenta, de alguma forma, uma solução, “[...] a reversão da universalização do procedimento ordinário para permitir a mandamentalidade na imanência do processo de conhecimento numa universalização da sumarização.” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 220), aliada a uma maior liberdade procedimental do julgador, permitiria a realização da cognição possível para a efetivação de direitos. “[...] o processo, em termos de tutela de direitos, exige posicionamento aberto, livre, preteridor do autoritarismo dogmatizador – postura que se identifica, em toda a sua inteireza, com a liberdade criadora do *praetor*.” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 219).

Ao estudar os modos de utilização da cognição como técnicas processuais, Kazuo Watanabe distingue dois planos mais gerais e comuns de sua realização que “[...] combinados, permitem ao legislador conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais” (WATANABE, 2000, p. 113).

Em um plano horizontal, o conhecimento é analisado quanto à sua extensão e amplitude e tem por limite os elementos objetivos do processo. No plano vertical, a cognição é analisada quanto à sua profundidade, sendo exauriente se completa e sendo sumária se incompleta. Se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. A cognição sumária é ampla na extensão, estabelecendo-se sobre todas as questões, porém, sem profundidade. Também é possível uma cognição limitada quanto à extensão, mas sem qualquer limitação quanto ao conhecimento do objeto, realizando o juízo um conhecimento exauriente quanto à profundidade, não se tratando, neste caso, de cognição sumária, e sim, de cognição exauriente. (Watanabe, 2000, p. 110-113).

Quanto à cognição exauriente e cognição para tutelas sumárias, Dierle Nunes e Erico Andrade explicam que o processo de cognição exauriente tem as características básicas de plena realização do contraditório antes de qualquer decisão de mérito, enquanto as tutelas sumárias admitem a postergação do contraditório com decisão que tende a não ser acobertada pela coisa julgada:

O processo de cognição exauriente tem as características básicas de plena realização do contraditório antes de qualquer decisão de mérito, o contraditório se realiza conforme modelo normativo mais estrito e a cognição plena e exauriente domina todos os elementos de fato e de direito que gravitam em torno do litígio, permitindo ampla perquirição probatória para buscar um alto grau de probabilidade em relação ao acerto judicial e por isso é atribuída a autoridade de coisa julgada aos provimentos de cognição plena e exauriente. Tutelas sumárias implicam em desvio do modelo de cognição exauriente pela possibilidade de “postecipação” do contraditório: o juiz decide primeiro, sem ouvir o réu, para depois instaurar o contraditório que é, assim, relegado para um segundo momento processual; os efeitos do provimento final proferido nos processos de cognição sumária *tendem* a não ser acobertados pela coisa julgada. (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 67-68).

No mesmo sentido, Castagna ressalta que a tutela sumária de direitos não condiz com a definitividade, não podendo ser abandonada a certeza em nome da celeridade, sendo a profundidade da cognição fator de sua segurança:

O provimento sumário não atua no plano jurídico com definitividade, concedendo certeza ao direito da parte ou resolvendo o litígio submetido à apreciação, pois se assim o fosse, haveria manifesta agressão ao contraditório e à ampla defesa. Limita-se o provimento satisfativo a antecipar os efeitos da decisão de mérito, atuando preponderantemente no plano fático de forma a realizar o direito do autor, sem qualquer caráter de definitividade.

Com efeito, a coisa julgada material, dada sua imutabilidade pan-processual, deve necessariamente exsurgir de processo em que se garantam às partes amplas oportunidades de defesa, em atendimento a mandamento constitucional impositivo. Se é verdade que tal imposição não impede a resolução provisória da lide no plano fático, não é menos verdade que tal definição, porque baseada em mero juízo de

verossimilhança, jamais poderá assumir caráter definitivo, sob pena de abandono total da certeza em nome da celeridade. (CASTAGNA, 2008, p. 147).

Watanabe esclarece que permanece firme na compreensão do processo como relação jurídica e na instrumentalidade substancial do processo, discordando explicitamente de Fazzalari, que entende superada a compreensão de processo como relação jurídica.

Entretanto, por compreender que o contraditório é uma exigência política do processo, garantida constitucionalmente, admite que se faz relevante o estudo da previsão legal do procedimento, porque o processo atua “[...] no plano abstrato, e nesse sentido é ele procedimento qualificado pelo contraditório, nos termos da conceituação de Fazzalari.” (WATANABE, 2000, p. 124). “Os limites para a concepção dessas várias formas são estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.” (WATANABE, 2000, p. 124). As combinações de formas de cognição realizam-se no procedimento para atender às exigências das pretensões materiais quanto à natureza, a urgência ou definitividade das decisões, bem como para atender às opções técnicas e políticas do legislador.

Raatz afirma que conceito de tutela provisória relaciona-se ao grau de estabilidade do provimento e o atual Código de Processo Civil a utiliza em sentido estritamente normativo, como contraposição a tutela definitiva, que corresponderia à tutela jurisdicional, que não admite revisão ou modificação pelo mesmo juiz que a concedeu, sendo menos estável que a definitiva, pois há uma potencialidade inerente de revisão, perdurando apenas enquanto há o perigo da infrutuosidade (RAATZ, 2018, p. 54).

O Código de 1973 estabelecia um mito de *ordinariedade* procedimental quanto à plenitude da cognição, privilegiando uma neutralidade e a indiferença do processo ao direito material. “Desse modo, independentemente da realidade do direito material, somente seriam cabíveis decisões de mérito que descessem às minúcias do caso concreto após a formalização do contraditório”, admitindo-se liminares apenas nos casos estritamente previstos em lei. (RAATZ, 2018, p. 64-65). Diante disso, o processo cautelar e os procedimentos especiais foram uma válvula de escape frente à plenitude da cognição do processo de conhecimento, impulsionando reformas processuais que gradualmente desfiguraram as bases estruturais do Código Buzzaid e levaram também o Código de Processo Civil de 2015 a mudar estruturalmente. (RAATZ, 2018, p. 66-73).

Benedito Cerezo Pereira Filho (2011, p. 43) atribui à Constituição de 1988 o deslocamento do centro de atenção da lei para os direitos fundamentais. Exige-se, dessa forma, uma legislação processual adequada e uma atuação do juiz condizente com a necessidade de

proteger os direitos fundamentais. Faz-se também necessário que toda e qualquer interpretação ocorra a partir da Constituição e principalmente dos direitos fundamentais. Diante disso, conclui como acertado o novo Código imbuir o juiz de mais poder e não neutralidade com relação à peculiaridade do caso concreto e da necessidade de tutelar o direito.

O valor atribuído aos direitos fundamentais, sobrepondo-os e irradiando-os sobre regras infraconstitucionais gerou uma mudança de paradigma, tornando a mensuração segurança jurídica de acordo com a estabilidade de sua finalidade, não se buscando mais uma estabilidade absoluta, mas que permita a efetividade de direitos e garantias equânimes, como adiantou Álvaro de Oliveira:

Tudo veio a mudar com a emergência dos princípios, considerados nessa nova perspectiva como direitos fundamentais, que podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infraconstitucionais. Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, o movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime. (OLIVEIRA, 2006, p. 69).

Pereira Filho explica que o enfoque do Código de Processo Civil reside no dever do Estado de propiciar uma tutela efetiva de direitos nas suas três esferas de poder, em que, portanto, a responsabilidade não é apenas privilégio do legislador, como também do juiz, ainda que não receba arcabouço legislativo adequado na via ordinária. Em razão disso, sustenta a compreensão de que se faz necessário ao juiz intervir diretamente na realidade para a tutela de direitos. O direito e sua tutela jurisdicional adequada, por serem direitos fundamentais, não podem ficar sem proteção a pretexto de não se ter uma legislação processual própria para o caso específico. Quando não houver legislação, “[...] caberá ao juiz intervir na realidade e proteger o cidadão com uma tutela que respalda o seu direito fundamental consagrado no texto constitucional.” (PEREIRA FILHO, 2011, p. 49).

O anteprojeto do Código de Processo Civil almejou oferecer ao juiz uma diversificação de procedimentos para a consecução da tutela jurisdicional de direitos em que, de acordo com a necessidade do direito, seja possível proceder à cognição sumária ou exauriente da forma mais adequada e rápida possível. Neste intuito, diferente do código anterior, que trazia um procedimento comum ordinário e um procedimento comum sumário, o legislador optou pelo

denominado procedimento comum, que condensou normas dos antigos procedimentos ordinário e sumário, bem como ampliou as possibilidades de adequabilidade do procedimento às necessidades do direito material, como explicitam Arenhart, Marinoni e Mitidiero:

No que agora interessa, importa lembrar que o legislador processual civil organizou nosso Novo Código partindo de técnicas processuais atinentes à atividade jurisdicional desempenhada pelo órgão jurisdicional para prestação de tutela dos direitos (cognição e execução) e à *diversificação de procedimentos* para sua consecução (procedimento comum e procedimentos diferenciados, procedimentos de cognição exauriente e procedimentos de cognição sumária). A combinação dessas técnicas processuais no caso concreto viabiliza a tutela jurisdicional dos direitos. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 187).

A partir do objetivo de simplificação das formas para uma acelerada efetivação de direitos sem prejuízo dos direitos fundamentais, a opção legislativa foi de construir toda a cognição processual civil sobre a base posta na parte geral e no procedimento comum, como também conclui Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

No Código de Processo Civil de 2015, o procedimento comum é o procedimento padrão ou procedimento modelo (*standard*) com estruturação normativa completa, disciplinando todos os atos praticados em suas fases, daí por que suas disposições normativas são aplicadas subsidiariamente aos procedimentos especiais e aos procedimentos executivos e devem ainda ser observadas nas situações em que a legislação extravagante não especifica o procedimento adequado, como recomendam os preceitos de seus artigos 318 e 1.049. (BRÊTAS, 2020, p. 24).

Tratando-se o novo procedimento comum de regra geral, bem como de procedimento subsidiário dos demais procedimentos, explica Bueno que os procedimentos especiais merecem ser compreendidos como aqueles que, em contraposição ao procedimento comum, ostentam alguma característica ou peculiaridade imposta pelo legislador, justificada, inclusive, mas não necessariamente, por peculiaridades do direito material cuja tutela jurisdicional se pretende (BUENO, 2021, p. 44).

A fim de manter a integralidade do ordenamento jurídico, o art. 1.049 do CPC/2015, situado no Livro Complementar das disposições finais e transitórias, determina que deverá ser observado o procedimento comum “[...] sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo”. Da mesma forma, o parágrafo único desse mesmo artigo prescreve a observância do procedimento comum, com as alterações previstas na legislação especial, toda vez que esta remeter ao procedimento comum sumário.

Em que pese o novo código prescrever o procedimento comum como moldura procedimental, previu também normas de flexibilização procedimental. Nesse sentido, houve a

concessão de poderes ao juiz para realizar algumas adaptações procedimentais, como dilatação de prazos processuais e alteração da ordem das provas (art. 139, VI, CPC/2015). Previu-se também a possibilidade de as partes, presentes os requisitos do art. 190 do CPC/2015, acordarem a flexibilização do procedimento. Bueno assim sintetiza a organização do procedimento comum em comparação com a organização prevista no código de 1973:

Trata-se, com efeito, de um procedimento novo, que não corresponde a nenhum daqueles. O marco distintivo reside na circunstância de que, proferido o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial, a citação do réu dar-se-á, como regra, para comparecimento a uma audiência de conciliação ou de mediação. Se a composição entre as partes for infrutífera, terá início, com o fim da audiência, a fluência do prazo para que o réu apresente a sua contestação (art. 335, I). Trata-se de solução bastante diversa, destarte, do procedimento comum ordinário do CPC de 1973, no qual a citação do réu dava-se para contestar (art. 285, caput, do CPC de 1973). Também é diversa a solução que lhe dava o procedimento comum sumário do CPC de 1973, no qual, embora o réu fosse citado para comparecer a uma audiência, chamada de “conciliação” (art. 277, caput, do CPC de 1973), cabia a ele, se frustrada a composição, apresentar, desde logo, sua contestação (art. 278, caput, do CPC de 1973). Superada essa fase inicial do processo na sua fase de conhecimento – a postulatória –, o sequenciamento de atos do procedimento comum do CPC de 2015 é bastante similar ao que já era disciplinado pelo CPC de 1973 para o procedimento comum ordinário, com o importante acréscimo da viabilidade do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC de 2015). (BUENO, 2020b, p. 43).

À parte interessa a solução integral do mérito incluindo a atividade satisfativa, por isso, no que se refere à tutela jurisdicional adequada, efetiva e prestada em prazo razoável, há correlação entre adequação e efetividade da tutela jurisdicional. Os mecanismos de adequação do processo voltam-se a conferir efetividade à tutela jurisdicional. O procedimento deve estruturar-se de modo a permitir o debate acerca do direito material do melhor modo possível no intuito de que a prestação jurisdicional se dê em conformidade com a natureza do direito debatido, o que, para Ratz não condiz, necessariamente, com a ordinariedade:

Com efeito, afirmar a existência de um direito à tutela jurisdicional significa dizer que as partes têm direito a um procedimento adequado à tutela do direito material, o que impõe a superação do mito da ordinariedade que alicerçou o Código Buzaid. É certo que o ideal de segurança jurídica (fundado no paradigma racionalista) impôs ao procedimento ordinário que ele fosse rígido e inflexível e com forma sólida. Porém essa estrutura rígida e universalizante do procedimento ordinário não se afeiçoa à necessidade de que o processo seja adequado ao direito material. (RAATZ, 2018, p. 35-36).

Há de se considerar a necessidade de se repensar a adequação da tutela jurisdicional, de modo que independa da criação prévia de procedimentos especiais, mesmo porque o procedimento não deve se adaptar apenas ao direito material abstrato, mas, principalmente, às peculiaridades do caso concreto. Por isso, não basta a institucionalização de procedimentos,

mas o processo deve estar dotado de técnicas que permitam a adequação ao caso concreto. Por isso, Raatz concorda em parte com o posicionamento de Gajardoni ao afirmar que o juiz, com base no princípio da adaptabilidade, tem o poder de calibrar os procedimentos processuais (flexibilização judicial do procedimento) mesmo na ausência de previsão legal expressa, bastando para sua legitimação a finalidade de tutela de direitos, oportunidade de contraditório útil e motivação da decisão, permitindo-se a tutela jurisdicional adequada e efetiva à luz das características e peculiaridades do direito material (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 145).

Inclusive, Gajardoni vê no artigo 327, §2º, verdadeiro antídoto contra a ordinarização dos procedimentos porque consolida legalmente que o procedimento comum é flexível e admite o que o autor chama de *delivery* de técnicas procedimentais postas em favor da efetivação de direitos:

O que o CPC/2015 faz, na verdade, é consolidar, agora na lei, o entendimento de que o procedimento comum, tradicionalmente rígido e inflexível, comporta modulações em sua estrutura a partir da possibilidade de inserção de técnicas procedimentais diferenciadas, próprias dos ritos especiais, os quais, em linhas gerais, orientam a tramitação judicial de certas pretensões que não encontrariam tratamento condizente dentro dos parâmetros do procedimento comum, estabelecido como o padrão. Tolerase, doravante de modo expresso, a combinação do procedimento padrão (comum) com os procedimentos especiais, em verdadeira admissão, neste quadrante, do modelo da flexibilização legal genérica a que já nos referimos, em que caberá ao juiz, observadas as condicionantes do item precedente (finalidade, contraditório e motivação), eleger atos do procedimento especial que, em sendo compatíveis com o procedimento comum, podem ser aplicados para processamento e julgamento de um ou mais dos pedidos cumulados (que, se processados autonomamente, gozariam do procedimento especial e das suas técnicas diferenciadas). (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 153).

Marinoni entende que a preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades do direito material está englobada no direito à tutela jurisdicional adequada, entretanto, a tutela jurisdicional deve ser pensada na perspectiva do direito material, por isso, a técnica processual é idônea quando efetiva o direito material consagrado pela norma e, se as necessidades no plano material são diversas, o procedimento deve adaptar-se:

Para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é *imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela.*

É preciso compreender e identificar essas tutelas para que então se possa pensar na técnica processual idônea para atendê-las. É que o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material. Nesse caso, como é óbvio, a técnica processual deve ser considerada inidônea à tutela dos direitos. Acontece que a percepção dessa distorção somente é possível quando o processo é olhado a partir do plano do direito material. (MARINONI, 2013, p. 120-121).

Não se trata de negar a importância das formas procedimentais, pois que permitem verificar o caminho percorrido para a tutela do direito. Porém, não podem ser instrumento de embaraço do dever jurisdicional. A tutela jurisdicional de direitos ocorre por meio de procedimentos, cuja legitimidade constitucional se dá pela participação daqueles que serão atingidos em sua esfera de direitos pela decisão. Ocorre que a priorização dos direitos materiais sobre direitos processuais resulta em modo específico de se compreender a efetivação de direitos fundamentais.

Enquanto padrão procedimental, o procedimento comum tem função orientadora de condução do processo pelo juiz e pelas partes, de modo a preservar a previsibilidade sem impedir, ora ou outra, a variação procedimental quando presente o trinômio finalidade – contraditório útil – motivação. Ressaltam os autores que o grande desafio enfrentado atualmente na admissão da condução ativa dos procedimentos processuais pelo juiz no Brasil é definir quais são os limites e em que extensão os juízes têm este dever/poder genérico de calibração dos procedimentos às particularidades da causa. (GAJARDONI; ZUFELATO, 2020, p. 159).

Raatz pontua que a adequação procedimental deve ser vista com cautela, porque admitir as possibilidades de adequação procedimental por parte do juiz pode significar “[...] risco ao processo e à jurisdição, os quais, ao invés de servirem às partes, tornarem-se instrumentos técnicos à disposição do Estado-juiz, sendo imprescindível a participação conjunta das partes e uma criteologia decisória oriunda de uma robusta teoria da decisão.” (RAATZ, 2018, p. 39). Entretanto, reafirma que a elasticidade procedimental potencializada pelos poderes de gestão atribuídos ao juiz, somada à possibilidade de saneamento e organização do processo compartilhado, bem como à possibilidade de realização de negócios jurídicos, coaduna com a finalidade de se dar máxima densidade normativa ao direito procedimental adequado à tutela do direito material, e alerta:

Em que pese o vasto leque de mecanismos de elasticidade procedimental existente no direito processual civil brasileiro, é necessário advertir que o ideal de adaptação procedimental deve ser pensado em favor das partes, e não como mecanismo a favor do Estado-juiz para fazer ode a posturas paternalistas ou pautadas por uma espécie de efetividade quantitativa. Somente é possível falar em elasticidade procedimental, no marco teórico do Estado Democrático de Direito, quando legitimada pela participação das partes e limitada pelos direitos fundamentais inerentes ao devido processo, os quais eventualmente, atuam como contraponto à vontade das partes – a quem efetivamente serve o processo civil. (RAATZ, 2018, p. 40).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao dissertarem sobre ideologia e processo civil, também afirmam a necessidade de o juiz ter poderes interditais gerais para que, assim, todos tenham

acesso a procedimentos especialíssimos. Denunciam que o legislador confere procedimentos diferenciados a sujeitos privilegiados enquanto a outros “[...] reserva a desproteção da ordinariiedade, a frieza e a indiferença da tutela ressarcitória.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 58). No entanto, não percebem que a atribuição pretendida perpetua e aumenta o privilégio, pois que ao juiz é atribuído o poder de decidir quem, como e quando<sup>7</sup> se terá acesso ao procedimento por ele escolhido, de acordo com a escala de proteção na escolha instrumental do Juízo, como também se vê nas conclusões dos autores:

Uma vez constatado o dever de tutela, o passo seguinte é estabelecer o modo para tanto. No caso de insuficiência, é preciso identificar se a forma estabelecida na lei desce ao mínimo exigido para a tutela e, após, definir o modo para a proteção. No caso de excesso, requer-se a análise de se o modelo legalmente estabelecido prejudica o núcleo essencial de outro direito fundamental e, num segundo momento e se for o caso, a fixação de um modelo que tutele o direito fundamental de modo não excessivo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 72).

Segundo Arenhart, Marinoni e Mitidiero, o Código de Processo Civil pode ser sistematizado a partir do eixo da tutela de direitos do qual deve ser interpretada a organização procedimental. Portanto, se a tutela pretendida é satisfativa ou cautelar, preventiva ou repressiva, contra o ilícito ou contra o dano, definitiva ou provisória, à pretensão deve voltar-se e adaptar-se o procedimento.

Por meio do procedimento comum, não havendo regra contrária no Código ou em legislação extravagante, “[...] o órgão jurisdicional pode conhecer e executar, além de proteger as partes mediante pronunciamentos provisórios e definitivos.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 193). Ressaltam os autores, por oportuno, que, em razão do disposto nos artigos 139, VI, e 190, adotou-se o princípio da adequação, podendo o procedimento ser adaptado pelo juiz e pelas partes. Além disso, pode o juiz praticar não apenas atos de conhecimento, como também atos de execução.

O procedimento comum está organizado basicamente em quatro estágios: postulação, organização, instrução e decisão da causa, mas pode contar também com uma fase de liquidação.

---

<sup>7</sup> Miranda Filho explicita que a discricionariedade do juiz brasileiro quanto ao momento da concessão da tutela antecipada configura uma das virtudes herdadas dos interditos. (MIRANDA FILHO, 2003, p. 240). A *contrario sensu*, o CPC de 2015 determina que as tutelas de urgência serão deferidas quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300), os quais, somados ao dever de fundamentação das decisões (art. 489, §1º) e ao direito ao agravo de instrumento (art. 1.015, inciso I), corroboram a compreensão de que, presentes os elementos para seu deferimento, não se trata de uma faculdade do Juízo concedê-la, mas de direito das partes. Entretanto, o pluralismo semântico das expressões “probabilidade do direito” e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, acaba por confirmar o entendimento de Miranda Filho.

A fase postulatória, além de introduzir um dever de tentativa de solução consensual do litígio antes de oportunizar a defesa mediante audiência de conciliação e mediação, permite, de depois de oportunizar a emenda da petição inicial, indeferir ou julgar improcedente liminarmente o pedido nos casos autorizados por lei (art. 332 do CPC).

No estágio organizatório, é função do juiz aferir a existência de óbices e vícios processuais que impeçam o julgamento de mérito, delimitar as alegações de fato litigiosas para guiar a produção e provas, inclusive distribuindo o ônus prolatando o julgamento conforme o estado do processo ou extinguindo o processo no todo ou em parte, e ainda, julgar imediatamente o mérito, no todo ou em parte, se estiver suficientemente convencido diante das provas e argumentos já expostos no processo.

O estágio instrutório destina-se principalmente à produção de prova oral, pericial ou inspeção judicial. Em geral, o juiz designa audiência de instrução e julgamento para colheita da prova oral e, em sendo o caso de produção antecipada da prova, permite-se que a prova seja colhida de modo diverso.

O estágio decisório encerra a fase de conhecimento e pode levar à extinção do processo com ou sem resolução de mérito e, sendo a decisão autossuficiente, basta o pronunciamento judicial para resolver a demanda das partes. Não o sendo e não se efetivando voluntariamente a decisão, é possível submeter as partes ao cumprimento da sentença. As sentenças são preferencialmente líquidas, entretanto, se genérica a fase de conhecimento, abriga a liquidação da sentença para definição do valor exato que é devido ao demandante em função da procedência do seu pedido.

A fase de cumprimento pode se desenvolver em um único ou em três estágios voltados igualmente à postulação, instrução e satisfação da obrigação e, “[...] como o código consagrou a técnica executiva atípica para tutela de direitos (arts. 139, IV, 536, 537 e 538), saber qual será a forma que seguirá o cumprimento da sentença depende de uma concreta apreciação do juiz a respeito do meio mais idôneo e da menor restrição possível.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 195).

Em se tratando de sentença mandamental e executiva, a técnica de execução é mencionada na própria decisão e seu cumprimento ocorre de ofício, sem previsão para o exercício do direito de defesa, “[...] estando assegurado apenas o direito de petição para alertar o juízo a respeito de eventual restrição indevida da esfera jurídica do demandado por força do emprego da técnica executiva.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 195).

Lalande designa hermetismo como sinônimo de alquimia e Nicola Abbagnano apresenta o hermetismo e o adjetivo “hermético” como utilizados para “[...] designar qualquer doutrina

abstrusa, difícil ou acessível apenas a quem possua uma chave para interpretá-la.” (Abagnano, 2007, p. 509).

Otávio Santana Vieira (2016) afirma que o hermetismo, em que pese sua rejeição pela cultura ocidental, constitui-se elemento de sua sustentação porque, enquanto forma de pensamento extremamente complexo e dinâmico, serve de socorro epistemológico e hermenêutico, como ocorreu na Antiguidade, diante da decadência do racionalismo grego, e no Renascimento, diante da necessidade de reforma da cristandade (VIEIRA, 2016, p. 12-20).

A chave epistemológica de Hermes encontra-se na tríade: por ser mediador, encontra-se sempre entre dois pontos. Deste modo, sua estrutura lógica organiza-se sempre em três termos e, como mediador, interpõe o princípio de participação:

Frente à causalidade lógica do racionalismo, o Hermetismo interpõe o princípio de participação, que não é senão o nosso já conhecido princípio de semelhança ou correspondência. E deste modo, fecha-se o arcabouço epistemológico do Hermetismo em que podemos verificar a total adequação destes princípios ao arquétipo de Hermes enquanto mediador. (VIEIRA, 2016, p. 140).

Enquanto o racionalismo se daria numa relação sujeito-objeto, em que há uma generalização ou um determinismo lógico, no hermetismo, há um interesse pragmático, uma subjetivação/singularização considerada por um princípio de participação/correspondência. Enquanto em Aristóteles conhecer é conhecer a causa de algo, em que o operador do conhecimento é “Todo animal racional”, no Hermetismo, conhecer é perceber a teofania do princípio unificador, e o operador do conhecimento é o Iniciado, o Adepto, o Mago, o Alquimista, de forma que o conhecimento não é a tarefa do homem comum:

Neste novo modelo o operador do conhecimento deve ser mais que o filósofo, senão ao que filósofo virá significar no contexto hermético, ou seja, um adepto, iniciado no segredo da natureza, em seu escrutínio por meio da mediação de todas as semelhanças, correspondências e signaturas, em suma, deverá operar a *coincidentia oppositorum*. (VIEIRA, 2016, p. 142).

Apesar de se afirmar que o Código de Processo Civil privilegia a comparticipação dos sujeitos processuais, a escolha de um procedimento comum afeito a normas abertas permite que o juiz dirigente transponha os limites do procedimento a bem de interferir diretamente na realidade tutelando direitos. Percebe-se, então, que as chaves do hermetismo procedimental são confiadas ao juiz, titular do exercício da tutela jurisdicional.

Se por um lado o juiz pode adaptar a estrutura procedimental a bem da tutela de direitos com o cuidado de previamente informar as modificações aos sujeitos, não podem as

partes realizar negócios jurídicos que afetem as funções desempenhadas pelo juiz no procedimento, como já decidiu o STJ no Recurso Especial 1810444 / SP julgado por unanimidade pelos ministros da quarta turma, conforme acórdão publicado em 28 de abril de 2021.

Os ministros afirmaram, na ementa do acórdão do Resp. 1810444 / SP, que a liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar a Justiça e o exercício dos direitos sociais e individuais. Portanto, a liberdade negocial está condicionada aos fundamentos constitucionais do Código de Processo Civil de 2015. Diante disso, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição, e tem por requisitos: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. Ou seja, o negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Entretanto, a modificação do procedimento, convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico, sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor.

No caso do mencionado acórdão, a recorrente esclareceu que as partes firmaram Instrumento Particular de Compra e Venda e Outras Avenças, cujo objeto consistia em equipamentos e maquinários para industrialização e beneficiamento, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Acrescentou que os equipamentos e maquinários foram devidamente entregues à empresa agravada em 17.8.2017, mas que não teria havido, em contrapartida, o pagamento das parcelas de sua responsabilidade.

Destacou, ademais, a peculiaridade do caso concreto, ignorada pela decisão, consistente no fato de terem as partes acordado, por meio do contrato, que, em caso de inadimplemento da dívida, a credora estaria autorizada a obter liminarmente o bloqueio dos ativos financeiros da parte devedora, "[...] em caráter *inaudita altera parte* e sem a necessidade de se prestar garantia" (fl. 3), previsão contratual fundamentada na livre manifestação de

vontade das partes, prestigiada pelo diploma processual de 2015, mais especificamente pelo art. 190, do CPC/2015.

Quanto à questão, a decisão havia considerado que o pedido feito pela exequente referente às providências de constrição do patrimônio do devedor, na forma requerida, suprimia o poder geral de cautela do julgador, uma vez que o deferimento de tutela provisória de urgência, antes mesmo da citação do executado, é ato privativo do magistrado, sendo, portanto, inviável convenção privada acerca da questão, razão por que o pedido liminar foi negado em primeira instância.

Analisado o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, ratificando a decisão unipessoal, fundamentada na impossibilidade de convenção relacionada a normas de ordem pública e de aplicação cogente, a exemplo de pressupostos de existência e validade do processo. Havendo autorização para convenção sobre os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais das partes, sendo vedada extensão a atos, poderes e deveres do julgador, considerou que se faz admissível controle judicial das convenções. Diante disso, o juízo de primeira instância julgou inválida a estipulação que difere o contraditório e altera o momento de formação do processo com a citação da parte contrária, bem como faz aplicar tutela provisória de urgência de natureza cautelar, devendo, portanto, ser mantida a decisão de primeira instância sem qualquer reparo.

A controvérsia levada à decisão do Superior Tribunal de Justiça consistiu na verificação dos possíveis limites impostos pelo Código de Processo Civil ao objeto do negócio jurídico processual. Na hipótese, a questão era definir a possibilidade de as partes estipularem, em negócio jurídico processual prévio, que haveria, em caso de inadimplemento contratual, o bloqueio de ativos financeiros para fins de arresto e penhora, em caráter *inaudita altera parte* e sem necessidade de se prestar garantia, entendendo a Turma Julgadora que “[...] merece reprimenda também pelo fato de transigir atos de titularidade judicial” (Documento: 2023661 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado - DJe: 28/04/2021. Página 17). Percebe-se pela decisão que, ao se contraporem a tutela de direito material e o direito do juiz de dirigir o processo, por unanimidade, manteve-se o direito de o juiz dirigir o processo, não podendo as partes convencionar sobre decisões liminares.

Ressalta-se que se reputa condizente a decisão com o caráter publicístico do procedimento jurisdicional. Contudo, questiona-se a aplicação do mesmo raciocínio quando se trata do direito ao contraditório: o exercício das garantias da jurisdição é inafastável, ainda que sob o fundamento da utilidade, mas o contraditório pode ser diferido sob o argumento da utilidade para a efetivação de direitos.

A mudança imposta constitucionalmente com declarada opção pela participação do povo na construção do Estado impõe a revisitação teórica da cognição, tradicionalmente concebida “[...] como uma atividade, técnica, método ou operação lógica do juiz para a valoração dos argumentos e provas suscitados pelas partes” (MADEIRA, 2008, p. 105). Nenhum sujeito deveria ter poderes acima do sistema e seria “tarefa ingrata e impossível” (MADEIRA, 2008, p. 109) atribuir ao juiz a prerrogativa de sozinho proceder à cognição atendendo aos fins sociais e às exigências do fim comum de uma sociedade complexa que possui várias noções de vida boa (MADEIRA, 2008, p. 109). Por isso, Dhenis Madeira afirma a imprescindibilidade de institucionalização de procedimentos argumentativos para a construção dos provimentos em que cognição e jurisdição se apresentem como atividades compartilhadas. Para tanto, a garantia de controle e fiscalização em todos os vértices da cognição e exercício da jurisdição deve ocorrer desde a instauração do procedimento (pelo exercício do direito de ação) até a prolação do provimento, sendo ambas regidas pelo processo num espaço procedimental formalizado e orientado pelos princípios de contraditório, ampla defesa e isonomia (MADEIRA, 2008, p. 114).

Abrir a construção do procedimento às necessidades singulares a serem percebidas pelo juiz, ainda que com a participação dos interessados, não permite a fiscalização prévia e contínua dos atos processuais e da construção dos atos jurisdicionais que interferirão em suas esferas de direitos. É o que atesta Rosemiro Pereira Leal:

A anomalia ideológica tão fascinante e enganosa da jurisdição sem procedimento (processo) pela qual hoje se identificam autocracias engenhosamente disfarçadas em democracias com suas aberrações, sob rótulos de tutelas de urgência, ritos sumaríssimos e dos equivalentes jurisdicionais de justiça rápida, instantânea, alternativa, especial, há de passar forçosamente pelo estudo aprofundado da teoria da prova nos Estados do Direito Democrático. Nesse paradigma, a existência do procedimento (processo) como estrutura técnica de assecuração de direito probatório do exercício da liberdade política (prática de cidadania pela relação jurídico-espácio-temporal probante da construção do procedimento), situando a parte como sujeito processual da procedimentação compartilhada da qual promana uma decisão (sentença) que afetará seu universo jurídico, é direito fundamental (*due process of law*) constitucionalmente garantido, não manejável pelas conveniências conjecturais de uma jurisdição salvadora (LEAL, 2005a, p. 52-53).

Lado outro, Gajardoni (2016, p. 176-177) entende que a forte crítica e resistência de parte da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento, com relação ao risco de que, operacionalizada a flexibilização, se perdesse o controle do curso procedimental (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde

a descoberta do modelo da rigidez formal, é consequência do absoluto desconhecimento dos críticos.

O alcance da regra de flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) – inclusive no âmbito do direito comparado (art. 6º e 547 do CPC português) – e dos condicionamentos para a flexibilização do procedimento não geram perda de previsibilidade e controle procedimental porque as mudanças seriam previamente comunicadas e compartilhadas com os interessados.

Haveria também uma má compreensão do espírito do novo Código de Processo Civil, no sentido de extinguir/reduzir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto.

Além disso, a redação dos dispositivos que trataram do tema da flexibilização no texto do anteprojeto do Código de Processo Civil foi precária porque autorizava a flexibilização por meio de cláusulas extremamente abertas, não condicionando a adequação formal a requisitos mínimos a garantirem a previsibilidade e a segurança das partes, causa justificada da desconfiança, levando críticos a se “[...] rebelarem contra a inovação proposta” (GAJARDONI, 2016, p. 177).

### **2.3 Atos jurisdicionais e estruturas procedimentais na processualidade constitucional brasileira**

Ensina Rosemiro Pereira Leal que a reserva legal, como referente lógico-jurídico da legitimidade jurisdicional, erigiu-se em princípio constitucional de racionalidade na prolatação das decisões judiciais, o que torna imprescindível a fundamentação do ato jurisdicional em leis que lhe sejam precedentes (LEAL, 2021, p. 135). Atos jurisdicionais na processualidade constitucional devem dirigir por dentro e de forma compartilhada com os demais sujeitos processuais a estrutura do procedimento, porque nas lições de Fazzalari, para se chegar à noção de processo, parte-se da compreensão do procedimento como uma sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluindo o ato final para cuja formação eles conspiram (FAZZALARI, 2006, p. 81).

O procedimento difere-se do ato composto e do ato complexo, sendo os atos complexos as combinações que regulam um único ato, uma “fatispécie”. O procedimento não pode ser delineado como uma fatisepécie e frequentemente o ato final de um procedimento é um ato complexo ou composto. Segundo Fazzalari, procedimento é gênero que se estrutura numa sequência de normas e atos e posições subjetivas em que as formas dos atos são retiradas das

normas e cujo *iter* procedimental normalmente se subdivide em fases sequenciais de preparação, constituição e fase integrativa cuja conclusão é um único provimento (FAZZALARI, 2006, p. 115-118). E, ainda, “[...] processo é espécie de procedimento que se distingue porque dele participam ou são habilitados a participar aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Colhe-se também, dos ensinamentos de Frederico Marques, que o que há de básico na estruturação procedimental da cognição é a existência das fases postulatória, instrutória e de decisão. (MARQUES, 2003, p. 3). Uma vez que a jurisdição age por provocação, o procedimento desenvolve-se por meio de atos de postulação destinados a fixar e descrever o litígio, os interesses em conflito e as controvérsias daí surgidas, bem como de atos instrutórios que têm por fim demonstrar, com provas e alegações, qual a situação de fato do litígio, e quais os preceitos jurídicos que sobre ele incidem.

Uma vez que a causa final da cognição é a decisão jurisdicional, a sentença, a estruturação da cognição jurisdicional “[...] necessita compor-se com atos que se formem, se sucedam e se coordenem procedimentalmente, tendo em vista, como é óbvio, o objetivo colimado.” (MARQUES, 2003, p. 3-4).

Assim, cada fase procedimental é composta de atos processuais adequados com os respectivos interligamentos e conexões, sucedendo-se e aglutinando uma fase com outra na evolução do processo, e convertem-se no ato resultado da cognição: “No exercício da cognição reside o que há de mais genuíno e próprio da função jurisdicional – isto é: o poder de julgar. Juiz é, sobretudo, aquele que julga.” (MARQUES, 2003, p. 5).

Álvaro de Oliveira observa que “[...] a forma em sentido estrito é o invólucro do ato processual, a maneira como deve se exteriorizar; cuida-se do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na celebração.” (OLIVEIRA, 1997, p. 5). No mesmo sentido, Aroldo Plínio Gonçalves apresenta a noção de forma, em sentido estrito, como “[...] revestimento externo do ato, sua feição exterior, os limites que o individualizam, sendo o conjunto de signos pelos quais a vontade de se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos.” (GONÇALVES, 2012b, p. 12).

O meio de expressão (língua), como também as condições de lugar e tempo em que se leva a efeito o ato processual, são “[...] as formalidades consideradas como ato, fato ou prazo previsto por uma norma geral a fim de condicionar o exercício das funções de um órgão ou de um agente” (OLIVEIRA, 1997, p. 5). Em razão de delimitarem os poderes dos sujeitos

processuais e organizarem o processo, integram o formalismo processual, mas não são o ato em sentido estrito, são circunstâncias do ato. Portanto, distinguem-se a forma do ato individualmente considerado e a forma do processo. (OLIVEIRA, 1997, p. 4-5).

As formas dos atos em si e suas formalidades têm valor relativo condicionado ao conteúdo do ato e à utilidade da formalidade segundo o desempenho das tarefas do processo. Já a forma em sentido amplo é abrangente, indispensável e contém a própria ideia de processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento:

[...] a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, as formalidades, mas especialmente a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites deve operar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. (OLIVEIRA, 1997, p. 7).

A forma ordena e disciplina o poder do juiz, a realização do procedimento deixada a simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre poder judicial e direito das partes. O formalismo processual, por sua vez, controla os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando como fator de igualação dos contendores entre si:

O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir-se às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório. Embora se cuide aqui de um postulado lógico, não se pode deixar de reconhecer que sua realização é garantida apenas pela forma em sentido mais amplo. (OLIVEIRA, 1997, p. 9).

Bedaque (2007, p. 103-112) reconhece a relevância da tipicidade procedimental, sendo fundamental a observância da técnica para o correto desenvolvimento do processo como garantia de ordem, segurança e participação dos sujeitos na formação da tutela jurisdicional.

O procedimento desenvolve-se mediante uma série de atos, que têm em comum o objetivo final de dar solução à controvérsia. [...] as situações subjetivas que o compõem e os atos que delas decorrem, havendo entre aquelas e estes nexo de causa e efeito. Cada ato explica-se por uma situação processual que o precede. Ao ser praticado, ele faz nascer nova situação jurídica no processo, o que ensejará novo ato. Ação e defesa nada mais são que a síntese desses poderes, que se manifestam no

procedimento em contraditório, segundo determinada forma. Somam-se à jurisdição, que expressa o poder estatal, também materializado pelos atos praticados pelo juiz. (BEDAQUE, 2007, p. 37).

Entretanto, Bedaque entende que coaduna com a processualidade constitucional dotar o juiz de mais poderes, permitindo maior flexibilidade quanto à forma e meios da técnica processual, de modo a adequar o processo às características do caso concreto e de modo a atuar de forma mais efetiva no desenvolvimento da relação processual. Compete ao juiz participar ativamente e assegurando às partes o contraditório pleno, ouvindo-as previamente antes de proferir qualquer decisão. Portanto, os atos jurisdicionais não são apenas endo-estruturais, e a tendência de publicização do processo pede a construção de normas abertas que permitam uma melhor condução do procedimento.

O caráter publicístico do direito processual atende sobretudo a interesses públicos, por regra, não foi instituído para favorecer ou beneficiar as partes, mas para extrair da função jurisdicional o maior rendimento. (GAJARDONI, 2008, p. 80). Ao juiz compete conduzir o processo com objetivo de solução da crise de direito material e, para tanto, dotá-lo de máxima utilidade. Deve interpretar as regras e extrair delas resultados úteis, não permitindo que vícios que não impediram o alcance do objetivo do ato e do processo e não causaram prejuízo às partes comprometam a finalidade do instrumento. O procedimento é estabelecido de forma a racionalizar o exercício da atividade jurisdicional e a preservação dessa racionalidade justifica a adequação do procedimento (YARSHELL, 2006, p. 200).

A flexibilização do procedimento não torna os atos jurisdicionais menos legítimos e não afeta a função do procedimento de amortizar frustrações ao longo de seu iter, como entende Gajardoni:

Mesmo com um procedimento maleável conforme as circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que o curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.

Aliás, admitida a participação das partes na construção do próprio rito, o potencial legitimante do procedimento seria catalisado, pois a conformação das partes se daria não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final. (GAJARDONI, 2008, p. 97).

Os princípios da economia e aproveitamento são os princípios maiores do sistema e ambos inspiradores da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos meios. Não há por que ser rigoroso com exigências relativas à técnica, decretando a nulidade de um ato atípico se dele não resultar prejuízo para os objetivos maiores do processo e não houver violação dos princípios inerentes ao devido processo legal. Tanto a forma, no sentido de conjunto de

requisitos extrínsecos que devem ser observados na prática do ato (abrangendo o tempo, o lugar e o modo de expressão do ato), quanto a técnica processual devem ser examinadas de acordo com o escopo de preservação do processo e igualdade das partes e sob os princípios da economia e aproveitamento. Diante disso, Bedaque propõe que todo o instrumento procedimental seja interpretado a partir de valores de economia procedimental, tratando invalidades que ocorram sem invalidação de atos jurisdicionais exercidos no intercurso:

Depois de despendidos tempo, energia e dinheiro de todos os interessados na solução do conflito, a preocupação maior do juiz deve ser com a eliminação do defeito, a fim de que o instrumento possa ser aproveitado.

Parece possível estabelecer regra geral a ser adotada pelo intérprete, diante de irregularidades verificadas no curso do processo, especialmente após o encerramento da fase instrutória: se possíveis o restabelecimento da ordem processual, a preservação da segurança e da garantia de participação das partes no resultado do processo, o vício deve ser relevado. Em outras palavras, assegurados o contraditório e a ampla defesa, o juiz extrairá do processo o maior rendimento possível, aproveitando tudo o que foi feito e desconsiderando nulidades processuais, em prol da economia e por força da natureza instrumental do processo. (BEDAQUE, 2007, p. 106)

Bedaque (2007, p. 109-110) também defende que é preciso abandonar a ideia de que os atos processuais devem atender rigorosamente a determinada forma previamente estabelecida, não tendo o juiz poderes para flexibilizar os rigores da lei. O juiz é sujeito da relação processual e não um mero espectador “deve participar ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia.” (BEDAQUE, 2007, p. 111). Dotar o juiz de maior autoridade judiciária, ampliando os poderes de direção permitindo maior flexibilidade na de direção e condução do processo fomenta a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual.

Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem o devido processo constitucional. Em outras palavras, compete-lhe a direção material, e não simplesmente formal, do processo.

O contraditório não deve mais ser visto apenas como instrumento destinado a assegurar às partes a paridade de armas na luta por elas travada. Mais que isso, é meio pelo qual o juiz exerce sua atividade, possibilitando-lhe a formação do convencimento. (BEDAQUE, 2007, p. 112)

Bedaque reconhece que a forma do processo é inegável fator de garantia do resultado e segurança para as partes. No entanto, o compromisso estatal não é com a forma, e sim, com a solução das controvérsias. Por isso, a estruturação procedimental por formas abertas possibilita que o juiz as adapte às necessidades do caso concreto, não se tratando de discricionariedade

judicial, mas de ampliação de margem de controle da técnica processual pelo julgador. O reforço da autoridade judiciária e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz para adequar regras processuais às circunstâncias da situação litigiosa realizam, na visão social do processo, o interesse público de solução adequada da crise verificada no plano substancial e trazida para solução jurisdicional.

Aroldo Plínio, por sua vez, concorda que a instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, na mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, mas complementa afirmando que, no intercurso estrutural democrático de estruturação para o resultado sentença, deve ser garantida a participação igual, paritária e simétrica daqueles que sofrerão seus efeitos.

A primeira finalidade do procedimento é o correto desenvolvimento das atividades preparatórias da sentença, porque os atos que compõem a estruturação do ato final permitem que “[...] os membros da sociedade interfiram na sua preparação e conheçam e tenham consciência de como e porque nasce o ato estatal que irá interferir em sua esfera de liberdade” (GONÇALVES, 2012a, p. 149).

O direito primordial dos jurisdicionados é de participação nos atos processuais que preparam o ato jurisdicional de decisão. As partes devem concorrer para a formação da decisão jurisdicional em igualdade de oportunidades. Os atos que compõem a atividade processual, para serem processualmente jurídicos e produzirem efeitos validamente construtivos do procedimento, precisam ser praticados conforme o modelo, condições e requisitos contidos em norma legal. (LEAL, 2021, p. 183) O procedimento tem a finalidade proteger direitos substanciais se sua existência se confirmar no iter que prepara a decisão. Confirmada a existência, a proteção requerida é exercida observando os limites da jurisdição e aplicando medidas nos limites que o ordenamento jurídico as comporte:

O juiz tem dever de se ater ao pedido e de se ater às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma. Ele atua como órgão do Estado e fala pelo Estado, e, assim como não pode penetrar na esfera dos direitos dos jurisdicionados, para protegê-los, sem ser solicitado, não pode decidir além do que foi pedido pela parte, que tem a liberdade de dispor sobre os limites da proteção requerida. O juiz não pode impor medida não autorizada pelas normas porque, sendo órgão do Estado, tem o dever de cumprir o Direito legitimamente criado pela nação pela qual o Estado fala. (GONÇALVES, 2012a, p. 152).

O ato processual há de ser reflexo concretizado pelos sujeitos do processo do que contém a norma que lhe dá suporte de legitimidade e validade, embora possa ter eficácia até que sobrevenha a respectiva decretação de nulidade (LEAL, 2021, p. 183). O ato jurisdicional final deve ser preparado na mais cristalina regra de uma estrutura normativa que assegura, por meio

de sua forma, a participação em todas as atividades que preparam o ato jurisdicional, de modo que os atos realizados no intercurso processual sejam reciprocamente controláveis em sua oportunidade e subsistência. (GONÇALVES, 2012a, p. 151).

O ato jurídico, embora possa ter, por disposição legal, no fenômeno designado como conversão, efeitos fora do processo, só se pode caracterizar e adquirir sentido como ato processual na cadeia do procedimento. A regularidade do ato processual supõe a observância de seus pressupostos e de seus requisitos na estrutura procedimental. Não há em processo normas contemplando o interesse particular, mas normas imperativas, disciplinando a atuação do juiz e garantindo a participação das partes nas fases prévias da emanação do provimento, em que se busca a configuração da existência ou inexistência de direitos lesados ou ameaçados para cuja apreciação e possível reparação o processo se instaura. O processo não se constitui apenas de atos do juiz ou somente de atos das partes, mas forma-se gradativamente pela conexão das atividades de todos os sujeitos que dele participam: o juiz, as partes, o Ministério Público, quando a lei o exige, e quando a lei o admite, o terceiro. (GONÇALVES, 2012b, p. 13-14). Os atos do processo constituem uma estrutura procedimental cuja regularidade é condição para a realização do devido processo:

O processo, como procedimento que é, com a especificidade do contraditório, tem a sua validade condicionada à regularidade dos atos que nele se realizam e esta depende dos elementos de cada ato, considerando, em sua particularidade, e da observância de seus pressupostos, que são as condições prévias para sua regular existência. (GONÇALVES, 2012b, p. 19).

Embora sejam divergentes os interesses das partes e tenha o juiz o poder dever de atuar o procedimento, cumprindo os atos que a lei lhe destina porque lhe compete dirigir o processo e emitir ato imperativo que terá efeito sobre o patrimônio das partes, estas também têm o direito de praticar os atos processuais que a lei lhes reserva como garantia de participação efetiva no procedimento. A finalidade dos atos processuais, qualquer que seja seu conteúdo, é de construir, elaborar, edificar o procedimento, passo-a-passo, para que seja possível a emanação do ato jurisdicional final. Por isso, Aroldo Plínio conclui que os atos processuais que são destinados por lei às partes participam de um ato imperativo e, em razão dessa finalidade, nunca poderiam ter a feição de um ato jurídico de caráter privado e a inexistência de ato essencial à formação do procedimento regular causa sua nulidade:

Às condições de regularidade do ato, tomado isoladamente, agregam-se, no processo, e o tornam apto a produzir efeitos na própria estrutura processual em que ele se aloja para compor e permitir o desenvolvimento do iter procedimental, até o ato final da sentença.

Na apreciação dos atos processuais em confronto com seu modelo normativo abstrato, não se pode esquecer que o processo é um procedimento que se desenvolve dinamicamente, em uma série de atos conexos e interdependentes, e de normas jurídicas que se aplicam à medida que os atos processuais se realizam. (GONÇALVES, 2012b, p. 18).

Arenhart, Marinoni e Mitidiero entendem que o Estado Constitucional rompeu com a supremacia da lei, fazendo uma opção pela normatividade dos direitos fundamentais, sendo missão dos juízes efetivá-los. Asseveram que “[...] os institutos do processo dependem não só da estrutura das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhes confere” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 129), por isso, “[...] um processo neutro é incapaz de atender às necessidades de tutela reveladas pelos novos direitos e, assim, viabilizar o cumprimento do dever estatal de tutela de direitos, que constitui a essência do Estado contemporâneo” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 139).

O poder de dirigir o processo atribuído ao juiz o dever de não permitir que o direito à participação, conferido às partes, congestionue o procedimento por questões múltiplas, sem nenhuma conexão com a tutela do direito e seus pressupostos, impedindo o juiz de cumprir sua missão diante da Constituição e do direito material. Por isso, enfatizam que o dever de exclusão de discussão desnecessária é de competência não apenas do legislador ao conceber procedimentos especiais, mas também do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide diretamente sobre o juiz: “[...] o juiz não apenas pode, mas na verdade deve suprir a omissão da norma processual que obstaculiza a tutela jurisdicional efetiva do direito material, pois do contrário se estará admitindo que o direito processual pode negar o direito material.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 140).

Quando o legislador se vale de cláusulas abertas, viabiliza a aderência das técnicas processuais à tutela do direito material sem a necessidade de se editarem procedimentos. “A norma processual civil, quando iluminada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, obriga o juiz a lhe dar a inteligência capaz de permitir a efetiva tutela do direito material.” (ARENHART, MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 144). Assim, compreendem que as formas de tutela dizem respeito ao plano material, estruturando-se o processo de maneira a permitir as formas de tutela prometidas pelo direito material, devendo existir uma relação de adequação entre tutela de direitos e as técnicas processuais.

Então, para os autores, a tutela antecipada não é uma técnica processual, e sim, verdadeira antecipação da forma de tutela capaz de atender ao direito material. Há uma técnica

para se antecipar a tutela, mas a antecipação da tutela em si é um ato jurisdicional final: “Assim como a sentença e os meios executivos servem para viabilizar a tutela final, a decisão antecipatória e os meios executivos a ela adequados têm o objetivo de permitir a antecipação da tutela” (ARENHART, MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 128).

O posicionamento dos autores diverge bastante da posição de Bedaque, para quem os atos jurisdicionais que tutelam urgências inserem-se na estrutura procedimental e são meio de se construir o provimento final. Destinam-se a assegurar a efetividade da providência final, afastando o risco de dano decorrente da morosidade do processo. Decisões provisórias não têm a finalidade de solucionar definitivamente as crises do direito material, em que pese a atual tendência de se admitir a tutela sumária com a aptidão de transformar-se definitiva, embora sem adquirir imutabilidade. (BEDAQUE, 2007, p. 47). Essa tendência é inclusive institucionalizada no Código de Processo Civil, ao se admitir a estabilização da tutela antecipada antecedente sem, contudo, transmutar a decisão em coisa julgada.

A estruturação do procedimento, para Arenhart, Marinoni e Mitidiero, há de ser realizada pelo juiz, pois a legitimidade do ato jurisdicional se dá em razão da necessidade de efetivação do direito material, atento à realidade social:

É certo que a legitimidade da jurisdição depende dos direitos de influir sobre o convencimento do juiz e utilizar técnicas processuais adequadas à proteção do direito material. Acontece que, além de não se poder exigir do legislador a estruturação de tantos procedimentos especiais quantas sejam as situações carentes de tutela, jamais seria possível criar procedimentos ou técnicas processuais que se ajustassem perfeitamente às variadas situações de direito material, pois essas, ainda que possam ser visualizadas em abstrato, sempre estão na dependência das circunstâncias do caso concreto. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 143).

O juiz, diante de cláusula executiva aberta, deve estabelecer o meio necessário mediante justificativa racional que tome em consideração a tutela de direitos perseguida e as circunstâncias do caso concreto. Diferente do legislador, que escolhe a técnica processual idônea, o juiz a justifica, porque necessária às particularidades do caso concreto e do seu dever de prestar a efetiva tutela do direito material. A idoneidade do procedimento se mede pela utilização do meio que cause a menor restrição possível aos direitos do réu, havendo nesse interim dois percursos argumentativos:

O primeiro diz respeito à identificação do meio idôneo à efetiva tutela do direito. Não importa verificar se o meio executivo é suficiente para propiciar a tutela do direito, mas sim constatar se o meio é idôneo ao alcance da tutela efetiva do direito. Uma vez delineado o meio idôneo, inicia-se o segundo percurso mediante a identificação da existência de outro meio igualmente idôneo. Como o meio deve ser idôneo à efetiva tutela do direito, não há como pensar que são igualmente idôneos os meios executivos

que propiciam, de uma forma ou de outra, a tutela do direito. São igualmente idôneos apenas os meios executivos que propiciam a efetiva tutela do direito. Identificados mais de um meio idôneo à efetiva tutela jurisdicional, verifica-se se um deles causa menor prejuízo ou restrição ao réu para, se assim ocorrer, restar delineado “o meio mais suave”. Deixe-se claro que o meio executivo, antes de tudo, deve ser idôneo, e portanto, o exequente não pode ser obrigado a renunciar a meio executivo apenas pela razão de outro ser menos gravoso. O meio executivo apenas pode ser rejeitado pelo juiz quando outro meio, que traz menor restrição, é igualmente idôneo à efetiva tutela do direito. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 145).

Apenas no trecho acima transcrito, cita-se o vocábulo “idôneo” por onze vezes, entretanto, não houve esclarecimento de como essa idoneidade será corroborada. Além disso, fala-se em execução, e não em cognição de direitos, apesar de os autores afirmarem que estão tratando da “[...] legitimidade da construção da ação segundo a tutela jurisdicional do direito”, deixando a impressão de que os direitos no caso concreto mostram-se instantaneamente ao juiz que, para cumprir sua missão constitucional de efetivá-los, deve construir um caminho (idôneo, não se pode olvidar) para justificar sua efetivação, não havendo alguma preocupação, diferente dos demais autores colacionados, com o controle prévio do ato jurisdicional.

O inconveniente gerado pelas mudanças sociais, cada vez mais efêmeras, resultaria, talvez, na necessidade de um debate mais profundo e ampliado em uma velocidade funcional, capaz de estruturar decisões que representassem o resultado das premissas postas pelos interessados. Porém, como bem constata Clarissa Tassinari (2013, p. 30), vivencia-se, na contemporaneidade, uma apatia política e cívica que tende a atribuir uma centralidade no âmbito jurisdicional, inviabilizando o cumprimento da promessa Democrática de consolidação de um sistema que tem a sociedade como parte ativa. A delegação das escolhas à autoridade poupa tempo e o desgaste inerente ao diálogo.

Todavia, Álvaro de Oliveira lembra que o formalismo processual atua como garantia da liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado, e deixá-lo ao encargo do juiz não prestaria aos fins almejados:

A realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer periclitir a igual realização do direito material, na medida em que a discricão do órgão judicial quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional implicaria em risco de conduzir decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se constringido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento adequado, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual. (OLIVEIRA, 1997, p. 7-8).

A atividade-dever de jurisdição se legitima no devido processo legal. O devido processo é norma fundamental e principal viga-mestra do processo constitucional enquanto metodologia de garantia de direitos. Portanto, a mais importante das garantias processuais, como insiste Ronaldo Brêtas. As garantias fundamentais das partes são inafastáveis meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna com objetivo de controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral e do ato jurisdicional em particular. (BRÊTAS, 2020, p. 141-142). O ato jurisdicional garante, por meio da estrutura do procedimento composta pelos atos procedimentais, a efetivação de direitos.

O Código de Processo Civil, em sua exposição de motivos, informa que uma das metas principais da comissão que redigiu o anteprojeto foi elaborar um texto normativo harmônico com preceitos da Constituição Brasileira, motivo de haver incluído expressamente no Código princípios na sua versão processual. O processo, mais do que uma garantia da efetividade dos direitos substanciais, assume o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional, realização dos preceitos constitucionais. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 49). Por essa razão, no artigo 1º do Código de Processo Civil, assumiu-se explicitamente o compromisso de o processo civil se ordenar, disciplinar e interpretar conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Brasileira. Subsume-se que os atos do processo e toda sua estrutura procedimental devem resultar em efetivação da ordem constitucional.

Nesse intuito, o artigo 8º do Código de Processo Civil estabelece também como norma fundamental que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Portanto, há um dever não apenas de atender à legalidade, mas de exercer a *notio*, “[...] poder contido na jurisdição, de que se arma o juiz, para conhecer a lide ou a causa, assim como para ordenar os atos do processo.” (MARQUES, 2003, p. 17), obedecendo aos valores, princípios e regras constitucionais no exercício do múnus de um dos poderes do Estado, razão pela qual sua atividade deve pautar-se pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. (REDONDO, 2011, p. 91).

O Código também explicita no artigo 7º que compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, assegurando às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus e deveres e na aplicação de sanções processuais, não podendo o juiz proferir decisão, ainda que de matéria de ordem pública (art. 10), contra uma das partes sem antes ouvi-la. Entretanto, pode decidir sem ouvir previamente a

parte contrária nos casos de tutela provisória de urgência se a parte contrária não for a Fazenda Pública (art. 9º, parágrafo único, inciso I, c/c art. 1.059). Pode decidir igualmente sem ouvir a parte contrária nos casos de tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante ou se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (art. 9º, parágrafo único, inciso II). Ainda é possível ao juiz decidir sem ouvir a parte contrária em caso de evidência de direito do autor na ação monitória, situação em que o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo prazo para cumprimento e pagamento reduzido de honorários advocatícios (art. 9º, parágrafo único, inciso III).

No mesmo interim, os artigos 9º e 10º determinam que o contraditório prévio e efetivo é garantido às partes “[...] salvo se este vier a colocar em risco a própria efetividade da prestação jurisdicional.” (REDONDO, 2011, p. 92). Percebe-se que a postergação do contraditório atende ao critério mínimo da motivação e da indispensabilidade da postergação, não podendo ser restringindo senão quando estritamente necessário à realização estruturada do conhecimento do direito e construção útil do provimento final.

Além do tratamento isonômico das partes no processo, os atos jurisdicionais de decisão devem ser adequadamente fundamentados, como determina o artigo 93, inciso IX da Constituição Brasileira, de modo a atender aos interesses das partes, porque devem conhecer os motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, não somente para seu bem estar psicológico, como também para que se exteriorizem elementos que fundamentem eventuais recursos, bem como por razões de interesse público, permitindo deste modo a verificação da imparcialidade do magistrado e controle das decisões não somente pelas partes, como também pelos órgãos recursais do judiciário e pela sociedade. (MOREIRA, 1980, p. 288-289).

Por essa razão, a fundamentação adequada da sentença é um de seus elementos essenciais, devendo justificar-se o juiz também quando realiza a ponderação de direitos, como determina o art. 489 do Código de Processo Civil e, em se tratando de decisão que concede, nega, modifica ou revoga tutela provisória, tem o dever de oferecer motivação clara e precisa das razões de convencimento, como também estabelece o art. 298, do Código de Processo Civil.

Aos tribunais cabe velar pela segurança jurídica e uniformidade de julgamentos, mantendo sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926) e modulando os efeitos da alteração jurisprudencial, de modo a atender ao interesse social e à segurança jurídica. Contudo,

a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, como dispõe o art. 927, §4º, do CPC.

Ronaldo Brêtas considera a fundamentação das decisões jurisdicionais princípio constitucional que impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivar os pronunciamentos decisórios, “[...] visando afastar o arbítrio judicial, caracterizando anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito” (BRÊTAS, 2018, p. 174). E acrescenta que “O NCPC ainda se revela plenamente compatibilizado com o processo constitucional, quando trata da fundamentação dos pronunciamentos judiciais decisórios” (BRÊTAS *et al*, 2016 p. 60; BRÊTAS, 2020, p. 54). Ressalta-se a importância de o código ter adotado a técnica não muito usual de descrever situações nas quais se evidenciam decisões mal fundamentadas como melhor advertência aos juízes para que cumpram fielmente o dever de real fundamentação das decisões de acordo com o contraditório estrutural da decisão, como sintetiza Ronaldo Brêtas:

Em suma, nas normas do Art. 489, §1º, o que o Código de Processo Civil almeja é que a fundamentação das decisões jurisdicionais esteja tecnicamente correlacionada ao contraditório e que o ato estatal decisório se apresente como conclusão coextensiva da argumentação das partes.

Nesse desiderato, pelas vias normativas dos artigos 11, 298 e 489, do Código de Processo Civil, o Estado Democrático brasileiro está recomendando com insistência aos juízes que levem em consideração – séria e detidamente – no ato de julgar, de forma clara e precisa, os argumentos das partes desenvolvidos em torno das relevantes questões de fato e de direito discutidas e que deverão ser decididas no processo. (BRÊTAS, 2020, p. 54-55)

Portanto, a compatibilidade constitucional da prescrição de fundamentação dos atos jurisdicionais de decisão deve ser o resultado de uma construção coparticipada em processo, em que os juízes exerçam o *iudicium*, “[...] função nuclear da atividade jurisdicional no processo” (MARQUES, 2003, p. 17), observando “[...] as recomendações básicas do Estado que os nomeou” (BRÊTAS, 2020, p. 55), devendo as decisões:

- 1ª) enunciar explicitamente os fundamentos pelos quais os argumentos da parte não poderão ser acolhidos;
- 2ª) promover o acerto de suas alegações de fato postas nas alegações das partes;
- 3ª) individualizar justificadamente as normas do ordenamento jurídico que norteiam a solução do caso concreto;
- 4ª) apontar, na decisão proferida, claramente, as consequências da qualificação jurídica dos fatos valorados pelas provas produzidas;

5ª) realizar o cotejo analítico dos excertos dos precedentes e das súmulas jurisprudenciais invocados no julgamento, a título de orientação decisória, com as questões de fato e de direito discutidas, analisadas e decididas no processo;  
6ª) afastar em definitivo os males do solipsismo, da discricionariedade e do arbítrio ao julgar, quando prestam a atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado. (BRÊTAS, 2020, p. 55).

Arenhart, Marinoni e Mitidiero classificam como características principais da decisão a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais. Afirmam também que o dever de fundamentação é informado pelo direito ao contraditório como direito de influência. Os autores ressaltam que a fundamentação dos atos judiciais é “[...] inerente ao Estado Constitucional e verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 181).

Juntamente ao dever de fundamentação, Arenhart, Marinoni e Mitidiero colacionam o dever de publicidade como essencial ao princípio democrático e, por isso, normas fundamentais do processo civil são previstas em conjunto e na sequência do direito ao contraditório. Os autores explicam que a motivação das decisões deve demonstrar que as razões invocadas pelas partes foram ouvidas. A motivação também serve ao poder de controle das decisões do Estado, não só pelas partes no processo, como também pela sociedade em geral, razão por que não só devem ser motivadas as decisões como também é assegurada a publicidade do processo e de seus atos. E asseveram que publicidade tem significado de publicidade geral de direito ao acesso ao conteúdo dos autos do processo e o significado de publicidade imediata, que outorga direito de estar presente no momento da prática de atos processuais. Portanto, para os autores, a motivação e a publicidade cumprem o dever essencial do devido processo.

O artigo 140, Código de Processo Civil de 2015, assim como o fazia o artigo 126, do Código de Processo Civil de 1973, prescreve que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, e não mais da lei, para que se fique claro que as normas devem ser interpretadas como um todo harmônico a partir da Constituição. Além disso, dispôs que a proibição do *non liquet* se resolve por equidade apenas mediante previsão legal.

Quanto à valoração das provas, o Código de Processo Civil aderiu ao sistema de livre convencimento motivado ou sistema da persuasão racional, estabelecendo no artigo 375 que o juiz aplicará à valoração das provas, com exceção do exame pericial, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e também as regras de experiência técnica. O direito à prova é coextenso ao direito à ampla defesa e, na processualidade constitucional, é exercido em estrutura técnica normativa que permita, em

contraditório, a cognição e valoração dos fatos narrados ou enunciados pelas partes em seus arrazoados. Por isso, o destinatário da prova não seria o juiz, e sim, o processo, por ser procedimento compartilhado, cognitivo e argumentativo (BRÊTAS, 2020, p. 144). O ato final não é uma escolha, mas uma consequência da estruturação procedimental fundado nas provas. Quando se menciona a autopersuasão racional do juiz como seu dever na produção dos atos jurisdicionais, é juridicamente indispensável que o convencimento do julgador tenha fundamentos na lei e que seja possível, como pressuposto legal de ampla defesa, a revisibilidade, por nível de jurisdição superior, das decisões expendidas em juízo monocrático (LEAL, 2021, p. 136).

Também quanto às provas, o novo CPC permitiu, explicitamente, a adequabilidade do ônus probatório, sendo conferido ao juiz poder de redistribuí-lo fundamentadamente nos casos que a lei o autorizar, se a realidade mostrar a impossibilidade ou excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo e também quando for mais fácil para uma das partes obter a prova (art. 373, §1º), numa também ampliação dos poderes de direção jurisdicional em favor da efetivação de direitos materiais.

A majoração de seus deveres, assim como a de seus poderes, exige do magistrado maior responsabilidade (jurídica, social e política) na condução do procedimento, como explicita Redondo. A utilização dos poderes jurisdicionais e dos instrumentos processuais colocados à disposição do juiz, se realizada sob o modelo constitucional do Direito Processual Civil, também segundo Redondo, permitirá que o processo deixe, cada vez mais, de ser um fim em si mesmo, tornando-se, efetivamente, meio hábil de realização de tutela jurisdicional tempestiva e adequada, condizente com o Estado Democrático de Direito. (REDONDO, p. 101). No marco teórico da relação jurídica, o processo constitui mero instrumento de jurisdição e a atividade decisória se legitima na consciência do julgador. Nessa perspectiva, a técnica processual não contempla a participação dos interessados, assim como a decisão judicial não passa pelo controle direto dos destinatários. (MARQUES, 2016, p. 45). A opção por normas procedimentais abertas para maior eficiência da jurisdição em proferir decisões confere, claramente, uma majoração dos poderes do juiz, tornando os atos jurisdicionais facilmente exoprocedimentais, não sendo, para grande parte da doutrina, um problema, porque o órgão jurisdicional se manterá fiel à primazia da Constituição.

### **CAPÍTULO 3: URGÊNCIA E EVIDÊNCIA TUTELARES E O PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL**

Diante da compreensão que o Código de Processo Civil de 2015 atribui caráter cominatório às tutelas provisórias, questiona-se se os conteúdos de urgência e evidência apresentados pelo legislador brasileiro são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro quando considerada a primazia da Constituição ou se representa uma ruptura.

#### **3.1 Dano irreparável e tutelas de urgência e evidência**

Provimentos provisórios cíveis do ordenamento jurídico brasileiro podem fundar-se em urgência ou evidência, sendo elemento da urgência o perigo de dano irreparável e elemento da tutela de evidência a prova do direito de acordo com as hipóteses elencadas pelo legislador.

As questões que envolvem o significado e abrangência do dano irreparável, bem como a possibilidade de ser dispensado o perigo para a prolação de decisões provisórias, não são de todo uma inovação no ordenamento jurídico.

Ovídio Baptista (1979, p. 87-88), por exemplo, ao buscar a classificação do provimento que regula, no curso de uma ação matrimonial, a posse e guarda de filhos inexistindo, no caso, o *periculum in mora*, apontou as seguintes características: a) é provisória, no sentido de regulação provisória de uma situação processual ligada ao objeto da própria demanda; b) é antecipatória da futura decisão na ação de desquite, na medida em que esta poderá, simplesmente confirmar o que fora antecipado. Contudo, a regulamentação provisória da guarda de filhos na antiga ação de desquite não era, necessariamente, urgente, tratando-se de providência jurisdicional antecipatória da decisão de mérito que esvazia o conteúdo da futura decisão final, sem dispensá-la. No caso, a tutela não era dada pela urgência, mas por técnica que pode ser concebida por razões cautelares ou por razões de política pública, como ocorria no exemplo apresentado.

Quanto ao dano irreparável, Ovídio Baptista colaciona o clássico exemplo de Calamandrei, donde uma célebre artista se vira retratada em trajes sumários e pose indecorosa num afresco pintado no salão de baile de um cabaré e obtém do juiz providência liminar pela qual o magistrado mandou cobrir a pintura provisoriamente, até que se decidisse a causa, de modo que aquela que se dizia ofendida não ficasse exposta durante a tramitação do processo (CALAMANDREI, 2000, p. 78). O autor destaca que há manifesto sentido antecipatório da decisão final, havendo, neste caso, realizado a proteção contra o perigo iminente e irreparável.

Entretanto, a nova organização inova no campo das medidas tradicionais, dando dimensões maiores às tutelas de urgência, flexibilizando-as e liberando-as de especialidades e

diferenciações, de modo a submetê-las ao regime de um poder geral de prevenção maleável e aberto, bem como disciplinando de maneira muito mais singela o procedimento para obtê-las, unificando as condições ou requisitos a que se sujeitam tanto as medidas cautelares como as antecipatórias, não limitando as tutelas provisórias ao terreno da prevenção contra o perigo de dano, pois, ao lado das medidas de urgência, foram acrescentadas as medidas de tutela da evidência, cuja justificação prescinde de qualquer iminência de dano para o requerente, que não seja o do protelamento injusto da resolução da controvérsia (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 15).

Diante disso, faz-se necessário buscar compreender qual dano deve ser imediatamente inibido e que fundamentos o demonstram.

### **3.1.1. O dano que exige urgência**

Demonstrada a urgência por elementos que evidenciam probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo, o juiz concederá a tutela cautelar ou satisfativa, conforme o caso, exigindo caução para ressarcir danos que a outra parte possa vir a sofrer, dispensando-a se a parte for economicamente hipossuficiente, e não a concederá na hipótese de perigo de irreversibilidade da decisão satisfativa.

De acordo com a doutrina de Calamandrei, o interesse específico que justifica a emanção de uma medida acautelatória surge da existência de um perigo de dano jurídico que deriva do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo. (CALAMANDREI, 2000, p. 33). Portanto, há perigo da demora, condição típica e distintiva dos procedimentos de urgência, na iminência do perigo ao se tardar o provimento, de forma que o dano se transformaria em dano efetivo ou se agravaria em dano já verificado, e a eficácia preventiva do provimento seria praticamente anulada ou prejudicada, razão por que deve ser emanado sem atraso (CALAMANDREI, 2000, p. 35-36).

Calamandrei concebeu o procedimento cautelar não para a imediata tutela do direito alegado, e sim, como instrumento de proteção do processo e da jurisdição: “[...] as medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelo interesse da administração da justiça, das quais garantem o bom funcionamento e, também se poderia dizer, o bom nome” (CALAMANDREI, 2000, p. 210).

Ovídio Baptista pontua que os doutores medievais não misturaram, como o fazem os processualistas modernos, os pressupostos para concessão das *inhibitiones: periculum in mora* e a hipótese de se temer dano irreparável, havendo uma substancial diferença nas hipóteses que legitimavam os mandados *sine clausula* fundados no temor de dano irreparável ou quando seu

fundamento fosse de “*periculum in mora*”. Segundo o autor, a diferença ressaltada pelos medievais explica a fundamentação na modernidade das ações cautelares como forma de proteção jurisdicional, sempre dependente de uma lide principal e como forma de proteção da seriedade da jurisdição. A proteção cautelar há de estar ligada a um interesse juridicamente relevante e a tônica na expressão *periculum in mora* encontra-se na noção de perigo, e não no conceito de morosidade da prestação jurisdicional (BAPTISTA DA SILVA, 1979, p. 231), portanto, a tônica das tutelas cautelares, enquanto gênero (ora nominadas pelo ordenamento jurídico vigente tutelas provisórias de urgência) não está no perigo da demora no procedimento ordinário e sim no risco de dano:

Afasta-se, para sempre, o *periculum morae* que traz a ideia inafastável de dependência do processo cautelar, em primeiro lugar, e em segundo porque o dano jurídico que se pretende evitar não provém do perigo da demora decorrente da tutela jurisdicional satisfativa. Se não houver, além desse elemento, mais a situação objetiva de periclitamento do interesse, não se comporá suporte à ação cautelar. (BAPTISTA, 1979, p. 234).

Marinoni afirma que a doutrina de Calamandrei, perfeita à Itália de quase cem anos atrás, foi escrita sob influência de uma cultura jurídico-processual que rejeitava a possibilidade da execução anterior à declaração e num contexto político em que se tinha consciência da necessidade de tutela célere dos direitos contra o *periculum in mora*, sendo fiel à regra da nulidade da execução sem o título. Por isso, Calamandrei trabalhou com as possibilidades teóricas disponíveis na época ao conceber a possibilidade de tutela antecipada como cautelar:

Calamandrei, ciente da necessidade de tutela célere contra o *periculum in mora*, foi obrigado a admitir a tutela antecipada como cautelar, na medida em que não tinha outra base de direito para justificar a concessão de tal forma de tutela. Uma tutela de cognição sumária contra o perigo que não fosse cautelar, além de destituída de amparo legal, seria vista como tutela executiva, o que certamente representaria um atentado contra a regra da *nulla executio sine titulo* (MARINONI, 2018, p. 68).

As decisões provisórias, tais quais identificadas no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, resultam de momento histórico diverso. Diante do compromisso constitucional de tutela de direitos fundamentais e do afloramento de situações substanciais carentes de tutela, houve ruptura com a regra que proibia que a execução antecederesse a cognição e mudança da compreensão da oportunidade de execução das decisões judiciais:

Não é por outra razão, aliás, que o próprio conceito de título executivo judicial passou a ter relação com a realizabilidade do direito e não com sua certeza. É preciso fixar os pontos: i) Atualmente a jurisdição tem a função de tutela dos direitos; ii) a tutela de direitos não pode suportar o tempo para o exaurimento da cognição; iii) a declaração

deixou de ser pressuposto para a tutela do direito; iv) a tutela do direito, por depender da realizabilidade prática, tornou a jurisdição mais execução que declaração. Assim, não há mais qualquer razão teórica para relacionar tutela jurisdicional com declaração e coisa julgada material, nem para entender que essas últimas são pressupostos para a execução. (MARINONI, 2018, p. 64).

O devido processo afeito a efetivar direitos afasta-se da doutrina de Calamandrei, que inadmitte a execução sem título, porque “[...] a tutela jurisdicional de direitos depende tanto de declaração quanto de juízo de verossimilhança e mais do que nunca de execução.” (MARINONI, 2018, p. 64). O juiz tem o dever de conceder tutela provisória quando diante do perigo de dano, evidência de direito ou da inconsistência da defesa:

Hoje, o processualista vive à luz do Estado constitucional, cujo dever é a tutela dos direitos fundamentais, por consequência, de incumbir-se da sua missão de prestar tutela efetiva e tempestiva a todos os direitos. Significa que o processo está submetido à ideia de tutela de direitos. Ademais, ao contrário da legislação processual à luz da qual Calamandrei escreveu, o Código de Processo Civil Brasileiro é bastante claro no sentido de que o juiz pode e deve, quando presentes os pressupostos para tanto, conceder tutela do direito com base em cognição sumária – seja com fundamento em perigo de dano, seja com fundamento na evidência do direito e na inconsistência da defesa. (MARINONI, 2018, p. 68).

Marinoni também afirma que as expressões *perigo de dano* e *risco ao resultado útil do processo* são destituídas de exato conteúdo técnico-jurídico, mas que devem estar fundadas em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não meras conjecturas de ordem subjetiva. Por isso, servem para evidenciar que pode ocorrer, no curso do processo, gravame que ponha em risco a efetividade da tutela do direito ou a situação objeto da tutela declaratória e constitutiva ou desconstitutiva de direito, ou ainda, risco à efetividade do direito que pretende tutelar ou de um direito com ele conexo. Em que pese bastar probabilidade da ocorrência do dano ou de ato contrário ao direito, a evidência objetiva se dá por efetiva demonstração das circunstâncias que indiquem a situação de perigo (MARINONI, p. 127-128).

Também Raatz percebe imprecisão na terminologia, mas por motivo diverso: para Raatz, o que realmente importa é o perigo da demora, o qual poderá estar conectado à possível prática de um ilícito:

O perigo autorizador da concessão da tutela antecipada não precisa ser necessariamente, um perigo de dano. Também o ilícito (que poderá eventualmente causar dano) deve ser neutralizado diante do problema do tempo do processo. [...] Desse modo pode-se dizer que o ordenamento jurídico não oferece apenas mecanismos de proteção para posições jurídicas ativas diante da ocorrência de um dano (tutela reparatória), mas, também, ocupa-se de conferir proteção ao titular de um direito diante da possibilidade de que venha a ocorrer um ato ilícito (tutela inibitória) ou da continuação de um ilícito já praticado (tutela de remoção de ilícito). O que está por trás disso é que o dano é só uma consequência eventual, portanto, não necessária,

do ilícito, e que desse modo, é necessário proteger o titular de um direito também diante e exclusivamente do ilícito. (RAATZ, 2018, p. 145).

Raatz acrescenta que ponto a ser destacado quanto às tutelas provisórias é a necessidade de comprovação, pois que a probabilidade do direito e a urgência devem ser comprovadas. (RAATZ, 2018, p. 155).

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro entende que o elemento dano está implícito no conceito de *periculum in mora*; não basta a demora, mas sim, uma demora qualificada pelo dano, que há de ser grave e ao mesmo tempo irreparável ou de difícil reparação:

A gravidade do dano está tarifada pela sua possibilidade de esvaziar total ou parcialmente a pretensão buscada na ação principal; de igual forma, a impossibilidade de reparação igualmente deve ser considerada diante do direito almejado pelo processo principal, de forma que não possa ser reparado *in natura* ou no seu equivalente. Não é dado ao juiz exigir prova cabal do dano, mas é certo que ao avaliar o *periculum in mora* decidirá sobre fatos postos à sua apreciação, que possam ser objetivamente considerados. Noutra extremo, fica evidente que não basta mera ilação ou uma opinião subjetiva da parte. (RIBEIRO, 2013, p. 417).

Antônio Cláudio da Costa Machado classifica a irreparabilidade, sob ponto de vista objetivo, como lesão ao direito deduzido que não pode ser plenamente restaurado pela via indenizatória, ou seja, não permite completa compensação pecuniária. Sob o ângulo subjetivo, o dano irreparável é lesão a direito, e embora perfeitamente restaurável pela via pecuniária, não se restaura por causa da incapacidade econômica, momentânea ou definitiva do titular da obrigação para fazer frente à exigência ou pedido de caráter indenizatório.

Ressalta Machado que a irreparabilidade não pode ser enxergada apenas sob o enfoque da ação indenizatória: o dano ser irreparável não significa inviabilidade processual da ação ressarcitória, e sim, a incapacidade desta para restaurar integralmente o direito lesionado, quer pela via específica, quer pela via da substituição por dinheiro. (MACHADO, 1999, p. 457). Castagna também entende que a irreparabilidade do dano encontra-se na demonstração de que, se o autor sofrer a lesão ao seu direito, o dano é irreversível, fato que impede que juiz aguarde o intercurso do processo e proveja com a sentença de mérito porque, tardia, não mais terá utilidade ao beneficiário. O dano é irreparável no sentido de não ser possível compensar efetivamente a falta de entrega do bem da vida buscado *in natura* com sua conversão em perdas e danos (CASTAGNA, 2008, p. 247).

Rosemiro Pereira Leal afirma a impropriedade do uso da expressão “dano irreparável” porque o ordenamento jurídico assegura a reparação de quaisquer danos por culpa ou dolo, como ensina:

O juízo cognitivo sobre a denominada irreparabilidade do dano ainda suplica, além de amarras contextuais na teoria da prova, análise econômica adequada sobre o que seja, na linguagem apressada dos reformistas, "dano irreparável". Inicialmente, em face do Código Civil Brasileiro (art. 159), não existe a figura do "dano irreparável", uma vez que é assegurada a reparação de quaisquer danos causados a outrem por culpa ou dolo. Assim, dano irreparável, por reflexão apriorística (receio), seria redobrado absurdo que jamais autorizaria cogitação de acolhimento. Ante tais antinomias, parece que o legislador, ao se referir a "dano irreparável" (item II, art. 273, do CPC), talvez quisesse explicitar o dano iminente a coisas de fungibilidade difícil por via de satisfação integral (direta ou subsidiária) ao prejudicado, porque é óbvio que o dano, como efeito do ato ilícito, é sempre juridicamente reparável pelo devido ressarcimento, ainda que não plenamente compensatório. (LEAL, 2000, p. 6).

Teori Zavacki ressalta que o dano irreparável é risco concreto e não hipotético ou eventual, que se apresenta iminente no curso do processo e potencialmente apto a fazer perecer ou prejudicar o direito afirmado pela parte. (ZAVASCKI, 1997, p. 77). No mesmo sentido, Castagna (2008, p. 247) afirma que a noção de dano irreparável deve reportar a um prejuízo concreto e na iminência de ocorrer, não podendo a antecipação de tutela estar baseada apenas em um dano meramente remoto, com probabilidade eventual e possível de ocorrer, mesmo que irreparável ou de difícil reparação.

### **3.1.2. O elemento da evidência na tutela de evidência**

Luiz Fux afirma que a aceleração da tutela de evidência coaduna com o preceito constitucional que atribuiu ao juiz o dever de velar e atuar rapidamente a vontade da lei que lhe dá sustento. E a lei dá sustento para a tutela da segurança, como também para a tutela da evidência. “O prosseguimento do processo com a possibilidade de reversão ao estado anterior ou a concessão de perdas e danos completam o instrumental das garantias processuais com o cumprimento do contraditório.” (FUX, 1996, p. 322).

O direito evidente vincula-se a pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente, indo além de *mero fumus boni iuris* por tratar-se de probabilidade de certeza do direito. “O processo hodiernamente encontra-se sob o crivo da efetividade dos direitos, que reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade.” (FUX, 1996, p. 308).

A demora na efetivação da pretensão fundamentada em certeza causa “[...] desprestígio do Poder Judiciário, posto que injusta e espera determinada.” (FUX, 1996, p. 306). Exigir que se aguarde o decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só já representa uma lesão, o que é incompatível com a concepção de justiça adequada realizada sob o preceito de que nenhuma lesão escapará à apreciação judicial (FUX, 1996, p. 310).

O material probatório constante no processo vai indicar a evidência do direito e não depende de argumentações. Portanto, a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção:

Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através das provas. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que o postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria. (FUX, 1996, p. 311).

Fux ressalta que não são apenas as provas de direito líquido e certo que fundamentam a evidência, mas também o direito assentado em fatos incontrovertidos, notórios, bem como o direito a coibir um suposto atuar do *advserus* com base em manifesta ilegalidade, e o direito calcado em questão estritamente jurídica, e aquele direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovado por prova emprestada obtida em contraditório, sem esquecer as provas produzidas antecipadamente ou direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo. Da mesma forma, são também evidentes os fatos notórios, constituídos de verdades de reconhecimento geral, de cunho científico, histórico, geográfico, de tal forma propagados, que a ninguém é lícito duvidar da existência ou da inexistência, bem como os fatos incontrovertidos, diante da ausência de intenção de debatê-los. E mais, a credibilidade pessoal dos litigantes e o caráter de normalidade circunstancial do evento que ampara o pedido de tutela do direito evidente também devem auxiliar o juiz na percepção da evidência, balanceando os interesses em jogo, com o cuidado de não considerar uma mera aparência uma evidência, porque fazê-lo é juízo próprio da função cautelar. (FUX, 1996, p. 315-317).

A doutrina de Luiz Fux inspirou as disposições do Código de Processo Civil de 2015, artigo 311, que aduz existência de evidência: no abuso de direito de defesa e propósito protelatório do réu (art. 311, inciso I); na comprovação das alegações por prova documental somada a tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (art. 311, inciso II); no pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada de contrato de depósito, o que autoriza ordem de entrega da coisa sob cominação de multa (art. 311, inciso III) e na

hipótese de o autor instruir a petição inicial com prova documental suficiente dos fatos constitutivos de seu direito e o réu não opor prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, inciso IV).

Diante da evidência apresentada nos termos do artigo 311, do Código de Processo Civil, dispensa-se a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, e, em se tratando de fato provado documentalmente que esteja de acordo com tese firmada em julgamento de casos repetitivos e do pedido reipersecutório, o juiz poderá decidir liminarmente (art. 311, parágrafo único).

Portanto, a tutela de evidência dispensa a urgência e se funda em prova pré-constituída ou é permitida como resposta a um mau comportamento do réu, que abusa do direito de defesa ou manifestadamente realiza atos protelatórios e as provas documentais devem ser qualificadas por precedente vinculante para se permitir a postergação do direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, pois nesses casos, compreende-se que a decisão liminar seria surpresa, incompatível com a norma processual fundamental, posta no artigo 9º, caput, do Código de Processo Civil.

Teori Zavacki acentua que abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo comprovado no caso concreto, como aduz:

[...] a atividade de identificação das hipóteses subsumíveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve sim, obediência restrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se atender a fluidez das expressões da lei, somente se contém atos ou fatos que, efetivamente constituam obstáculo ao andamento do processo. É criticável, sob este aspecto, a expressão “manifesto propósito protelatório do réu”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. (ZAVASCKI, 1997, p. 77).

Destaca-se, também, o posicionamento de Dourado de Andrade (2017, p. 52) ao afirmar, a partir da compreensão de que o destinatário da prova não é o juiz, e sim, a atividade dialógica do processo de conhecimento, que “[...] a novel modalidade da tutela de evidência provoca a radicalização das tendências de sumarização ou, melhor dizendo, a eliminação do procedimento processualizado.” (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 52), do que se conclui que a tutela da evidência é uma tutela interdita, que se imuniza à crítica diante da certeza monológica da autoridade judicante.

### *3.1.3 - A evidência de dano irreparável nas tutelas de urgência*

Ao se estabelecer que os provimentos provisórios fundamentados em urgência são fundamentados em elementos que evidenciem a probabilidade do direito cuja demora em sua efetivação possa causar prejuízos irreparáveis a seu titular, Rosemiro Pereira Leal (2000, p. 6) ressalta que o dano irreparável a que se refere o legislador, diante das normas de direito civil, que atestam que todo dano é indenizável, é o dano iminente a coisas de fungibilidade difícil por via de satisfação integral. Por isso, o núcleo do direito à tutela de urgência é evitar o dano irreparável no sentido explicitado.

De nenhuma forma, o perigo da possibilidade ou iminência do dano são corolários de elucubrações do juiz sobre o fato presumível, mas juízo lógico-jurídico de base procedimental indutivo-analítica inequívoca. A verossimilhança não é verdade suposta, e sim, conteúdos legais da prova necessária ao deferimento. A verossimilhança não há de ser argumentativa, mas consubstanciada em prova materialmente visível e instrumentalizada nos autos para que seja objetivamente averiguada, portanto, fundamentada na evidência da prova (LEAL, 2021, p. 167-169).

A decisão de urgência depende de apresentação de provas pré-constituídas que integrem a estrutura procedimental, “[...] não sendo mero temor alegado pela parte, ou presunção de certeza conjecturada pelo juiz” (LEAL, 2005a, p. 77). As provas proverão o juiz “[...] das informações necessárias para decidir racionalmente se os enunciados concernentes aos fatos materiais em litígio são verdadeiros ou falsos.” (TARUFFO, 2014, p. 29).

Esclareça-se que, para Taruffo, “[...] as provas são um ponto de partida de um raciocínio que deve conduzi-lo [o juiz] a uma conclusão que resolva a incerteza sobre os fatos e estabeleça que fatos mostraram-se verdadeiros.” (TARUFFO, 2008, p. 131).

Apesar da incerteza sobre o fato, é dever do juiz “[...] escolher uma decisão que supere a incerteza e resolva a dúvida.” (TARUFFO, 2014, p. 29), respondendo se as narrativas processuais (TARUFFO, 2012, p. 53), que são enunciados acerca do que ocorreu faticamente (TARUFFO, 2014, p. 19), são verdadeiras ou falsas.

Narrativas processuais são histórias construídas por diversos sujeitos de pontos de vista diferentes, o que torna a situação complexa, pois há perigo de erros, incompletude, manipulações e de reconstruções incompletas dos fatos, podendo levar a equívocos dramáticos e erros substanciais na decisão final (TARUFFO, 2012, p. 55). Por isso, o juiz deve estar atento ao “fato bruto”, que possui outras dimensões que não a jurídica (TARUFFO, 2014, p. 18). Os fatos brutos não são necessariamente carregados de direito, mas são importantes para a

descoberta da verdade e, por isso, devem ser considerados pelo juiz para a tomada de decisão sobre a verdade.

Taruffo compreende que a investigação de busca da verdade judicial não diverge de outros métodos de busca da vida cotidiana, pois normas processuais apenas definem um contexto da verdade. Então, “[...] de fato, toda verdade está em algum sentido ‘carregada de contexto’ mas isso não exclui a possibilidade de sustentar que, em um dado contexto a verdade pode ser alcançada.” (TARUFFO, 2014, p. 24).

Por isso, regras processuais sobre o uso de provas e a busca da verdade que limitam o tempo, procedimentos e meios a serem utilizados não seriam em si mesmos obstáculos ou argumentos para se afirmar que a verdade judicial é um tipo especial de verdade. E mais, a importância de se alcançar verdade reforça a importância do livre convencimento do juiz sobre provas e a relevância de se reduzirem a patamar mínimo as restrições dos meios de prova. (TARUFFO, 2014, p. 24).

Apesar de Taruffo compreender que a verdade é carregada de contexto, de modo que somente uma “verdade relativa” pode ser descoberta, ao juiz é permitido ultrapassar o contexto do direito para, diretamente, encontrá-la. Entretanto, o autor não esclarece como o juiz afasta o próprio contexto para afirmar uma versão da verdade que não esteja contaminada por suas subjetividades e ofertá-la, graciosamente, ao processo, tão contaminado pelo contexto do direito.

A compreensão de Taruffo sobre a busca da verdade foi encampada pelo Código de Processo Civil, pois que a busca da verdade dos fatos autoriza que se busque pelos meios moralmente legítimos que possam guiar eficazmente o juiz à convicção sobre a verdade. As partes podem empregar não só os meios legais, mas também os “moralmente legítimos, ainda que não especificados”, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, se as autorizar, como consta nos artigos 369 e 370 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Rosemiro Pereira Leal entende que alegar a existência de uma moralidade a ser validada sem norma jurídica definidora autoriza que as provas sejam colhidas fora do processo instantaneamente pelo juiz, sem submeter a prova à legalidade estrita adotada constitucionalmente (LEAL, 2005a, p. 54). Portanto, não condiz com a primazia Constitucional, mostrando-se pertinente a crítica de Raatz a essa concepção de busca da verdade:

O processo não deve servir de instrumento de busca de uma verdade fora do processo, pois, na medida em que somos permeados pela linguagem, somente é verdadeiro aquilo que o próprio contexto linguístico nos permite afirmar. O juiz não é (e não deve

ser) um historiador que busca estabelecer a veracidade dos fatos em sua pureza ontológica. Por isso, não se reconstróem fatos no processo, mas sim, narrativas sobre os fatos. Podemos chamar isso de “reconstrução da história institucional do fenômeno sob exame”. Não há uma busca pela essência dos fatos e muito menos uma “verdade real” como linha de chegada para a valoração probatória (RAATZ, 2018, p. 149).

Não há em Taruffo uma preocupação com a procedimentalização da prova. Ao juiz cabe a livre apreciação da prova em busca da verdade. A relação ocorre diretamente entre a prova da realidade e o sujeito conhecedor. Por isso, Raatz denuncia que a prova, para Taruffo, é extraprocedimental, não traduzida na linguagem do processo, e não é produzida endoprocessualmente, condicionando-se a uma realidade exterior ao sujeito e ao próprio processo (RAATZ, 2018, p. 148).

A compreensão de Raatz parte da premissa de que o processo jurisdicional serve não à busca da verdade, mas ao reconhecimento da verdade linguisticamente produzida endoprocessualmente (RAATZ, 2018, p. 149).

Ao afastar a busca da verdade, Raatz compreende que probabilidade de direito trata de “[...] uma redução do módulo probatório, uma espécie de *standard* probatório menos rigoroso que aquele a ser construído linguisticamente quando da concessão da tutela definitiva.” (RAATZ, 2018, p. 149).

Taruffo explica que *standard* da prova preponderante, amplamente usado e também adequado a uma racionalização da valoração da prova, estabelece que, diante de provas contraditórias sobre um fato, o juiz deve sopesar as probabilidades das diferentes versões sobre os fatos para eleger o enunciado que parece ser relativamente mais provável diante das provas disponíveis.

Assim, o *standard* da prova preponderante, além de externar a racionalidade da decisão, permitiria minimizar erros esperados de decisões e fazer valer o princípio da igualdade das partes no processo civil, mas os *standards* não podem ser uma limitação à busca da verdade. Em alguns casos em que uma hipótese é relativamente mais provável, pode não ser suficiente para considerá-la verdadeira, por isso, a hipótese deve não apenas ser relativamente mais provável como também há de ser mais provável que a sua negação. Outro problema são situações em que importantes interesses pessoais estão em jogo e o *standard* de provas é insuficiente. Nesses casos, é permitido ao juiz aplicar um *standard* mais exigente de uma prova mais clara e convincente (atribuir-lhe maior peso) por ser a prova clara, precisa e indubitável (TARRUFFO, 2008, p. 138).

Raatz adere à teoria dos *standards* probatórios, mas, em se tratando de tutelas de urgência, defende o uso da “teoria do módulo da prova”, que reduz os requisitos processuais

para a prova de um direito, os quais, em regra, são mais rigorosos. Apesar de constatar que a teoria da redução do módulo probatório “[...] seja carente de um aporte filosófico” (RAATZ, 2018, p. 149), Raatz considera que tem o mérito de afastar a obsessão da busca pela verdade, ao admitir que a prova, em determinados casos, seja aquela construída a partir de uma espécie de “verossimilhança preponderante”. Assim, uma decisão legitima-se pela fundamentação “[...] em provas que não excluem outras possíveis narrativas acerca de fatos alegados, mas que exsurtem de uma compreensão linguística historicamente situada.”<sup>8</sup> (RAATZ, 2018, p. 149).

Ao módulo probatório, soma-se a teoria dos *standards* probatórios, que busca “[...] controlar intersubjetivamente a valoração da prova diante da premissa de que diferentes situações (materiais e processuais) podem levar à construção de argumentos linguísticos diversos acerca da prova dos fatos narrados no processo.” (RAATZ, 2018, p. 150).

Raatz explica que a probabilidade de direito encampada pelo Código de Processo Civil Brasileiro é dada pela tradição construída no bojo de um processo democrático (RAATZ, 2018, p. 150), o que permite que o órgão julgador possa prover sobre o mérito da causa, em determinadas circunstâncias, valendo-se de um *standard* probatório menos pesado, que é o *standard* da probabilidade de direito, que impõe um ônus argumentativo às partes e ao juiz, pautado pela noção de probabilidade de direito colhida da tradição (RAATZ, 2018, p. 150).

Marinoni, a partir da premissa de que o juiz, por sua limitação humana, não pode penetrar na essência da verdade (MARINONI, 2016, p. 141-142), e da compreensão de prova como meio de gerar convicção do juiz, considera que, em se tratando de decisões de cognição sumária, “[...] a convicção de probabilidade é própria aos juízos que se formam no curso do processo.” (MARINONI, 2016, p. 144). A convicção, nesses termos, é permitida porque é regra (art. 300, do CPC/2015) e, por isso, em se tratando “[...] de tutela de urgência basta que a probabilidade seja preponderante.” (MARINONI, 2016, p. 145).

Uma vez que ao juiz é impossível penetrar na essência a verdade, devendo, apesar disso, buscar convencer-se do que se alega sobre a verdade em juízo (MARINONI, 2016, p. 141), considera “[...] certamente correta, a ideia de que toda certeza jurídica se resolve em verossimilhança” (MARINONI, 2016, p. 141) porque a convicção de verdade resulta da correlação entre a limitação humana do juiz de buscar a verdade e a necessidade de definir litígios (MARINONI, 2016, p. 142).

---

<sup>8</sup> A partir dos ensinamos de Rosemiro Pereira Leal (2021), compreende-se que a linguagem proposta por Raatz funda-se na historicidade extralegal e não em juízos principiologicos e interpretantes de aplicação do direito criado segundo um proceder indicado pela lei e “[...] processualizado pelos direitos fundamentais”. A linguagem regida pela historicidade extralegal depende da “[...] supervisão transcendental e primal do juiz” (LEAL, 2021, p. 64).

A partir disso, Marinoni distingue prova e convicção, pois a prova existe para convencer o juiz, de modo que “[...] sua valoração é que pode produzir convicção de probabilidade ou convicção suficiente para a resolução do litígio” (MARINONI, 2016, p. 141) e que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade não lhe outorga o direito de definir o mérito sem estar convicto. (MARINONI, 2016, p. 141).

Diante da impossibilidade de se encontrar a verdade, toda decisão ocorre por verossimilhança em sentido filosófico, formando-se a convicção por verossimilhança de verdade ou verossimilhança de probabilidade (MARINONI, 2016, p. 142), e o juiz decidirá as tutelas de urgência satisfativas tendo por regra a teoria da “verossimilhança preponderante”. Marinoni informa a origem escandinava da teoria e a explica nos seguintes termos:

[...] o julgamento dependeria apenas da existência de um mínimo de preponderância de probabilidade, ou seja, de um grau de 51%. Se a posição de uma das partes é mais provável que a da outra, ainda que minimamente, isso seria suficiente para lhe dar razão (MARINONI, 2016, p. 143).

A partir disso, classifica as decisões definitivas consubstanciadas na teoria da verossimilhança preponderante como irracionais porque a mera probabilidade preponderante não é suficiente para tornar o juízo convicto e não é possível medir a graduação de uma prova ou conjunto de provas em termos matemáticos (MARINONI, 2016, p. 144).

Apesar da premissa posta por Marinoni, o doutrinador admite a possibilidade de, excepcionalmente, o juiz decidir sem estar convencido, contentando-se com a “verossimilhança preponderante” nos casos em que “[...] a dificuldade de prova e a natureza do direito material podem justificar a redução das exigências de prova no caso concreto.” (MARINONI, 2016, p. 144).

Se, para decisões exaurientes, Marinoni aceita a decisão por verossimilhança preponderante apenas excepcionalmente, em se tratando de decisões sumárias de urgência, compreende que o provimento se dá “[...] pela régua do ônus da prova”, ou seja, “[...] o material trazido ao processo indica que o direito do autor é mais provável que o do réu” (MARINONI, 2016, p. 147), como aduz:

A peculiaridade da decisão da tutela urgente está em todos esses critérios de convencimento, como o da relação entre a prova e os fatos e o da relação entre os fatos indiciários e o fato probando, não exige o esgotamento do ônus da prova, pois aqui ela deve ser vista como uma régua – como queria a doutrina escandinava da verossimilhança preponderante – que fixando-se no grau 50, aponta em favor do autor quando inclina para a direita (de 50 para cima) e, em favor do réu, quando pende para a esquerda (de 50 para baixo) (MARINONI, 2016, p. 148).

Portanto, a irracionalidade da decisão por convicção de probabilidade preponderante é sanada quando justificada pelas razões que levaram o juiz a acreditar ou não na prova, pela ligação realizada pelo juiz entre os fatos e a prova, pelos motivos que o levaram à presunção e pelas regras de experiência que guiaram a sua ponderação, realizando raciocínios presuntivos sobre o fato indiciário, ligando-o ao fato probando. (MARINONI, 2016, p. 147).

É interessante perceber que, apesar da crítica do autor ao encampamento da teoria da “verossimilhança preponderante” como regra para decisões exaurientes – porque não é racional dizer que a existência de “[...] probabilidade de 51% é razão para ganho de causa” (MARINONI, 2016, p. 143), já que não é possível medir em termos matemáticos o conjunto probatório, mesmo após ser oportunizado às partes o exercício de contraditório, ampla defesa e isonomia –, o autor chega a uma conclusão diversa, em se tratando de um pedido liminar de tutela de urgência, em que 100% das provas e argumentos são trazidos pela parte autora. Neste caso, a decisão com fundamento em probabilidade preponderante é tida por decisão racional porque sustentada por uma “convicção de probabilidade” (MARINONI, 2016, p. 146).

Por fim, Marinoni destaca que a convicção de probabilidade na tutela antecipada submete-se ao caso concreto, por isso, é marca da tutela de urgência a elasticidade que é incompatível com restringi-la à prova (MARINONI, 2016, p.150). O valor da convicção depende da racionalidade de sua justificação, vale dizer, da descrição das relações entre provas e os fatos e da explicação das presunções e das regras de experiência. (MARINONI, 2016, p. 155).

Humberto Theodoro adere a uma concepção de sentença como “[...] certificação da verdade do fato alegado” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 867), em que “[...] o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 875). E conceitua prova no processo, no sentido objetivo, como o instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato, e no sentido subjetivo, como a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório, formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 624).

Por isso leciona que “[...] elementos de prova são todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 868). Os elementos devem ser apresentados e articulados de maneira “[...] a atingir a meta da prova – o convencimento do juiz.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 868).

Para Theodoro Junior, não há distinção entre fatos e alegações sobre fatos, pois que as alegações são afirmações de fatos das quais se extrai a pretensão. Assim, ao se provar a alegação, prova-se que o fato ocorreu. Admite-se tanto a prova direta, pois que demonstra a existência do próprio fato narrado, quanto a prova indireta, “[...] que evidencia outro fato do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos.” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 871-873). Portanto, a inferência sobre fatos é instrumento de racionalização da decisão. Destaca-se a desnecessidade de comprovar fatos notórios entendidos como “[...] acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão política, etc.”. São notórios os fatos que “[...] entram naturalmente no conhecimento e na cultura ou na informação normal dos indivíduos, com relação a um lugar ou a um círculo social, no momento em que o juiz tem que decidir.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 872).

Quanto à valoração das provas, Theodoro Júnior adere ao sistema da persuasão racional, em que o julgamento resulta “[...] de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 878) em que o convencimento é formado com liberdade e segundo a consciência – esta, ligada logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos – utilizando-se dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, bem como das regras da lógica e da experiência. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 878).

Quanto à valorização da prova, Theodoro Júnior compreende que é legítima quando “[...] feita pelo juiz de forma racional e analítica, respeitando critérios de completude, coerência, congruência e correção lógica.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 880). Assim, não há decisão discricionária porque:

O exame das provas, sem hierarquização do valor entre elas, terá de se realizar segundo critérios objetivos que se voltem para a definição não da vontade do julgador, mas do ordenamento jurídico, como um todo, concretizando e individualizando diante do caso dos autos. O juiz apenas a descobre e declara na sentença, aplicando-a à solução do conflito submetido à jurisdição. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 881).

A atividade criativa jurisdicional opera-se na atividade “[...] integrativa realizada a partir dos princípios constitucionais e da inserção da norma cogitada dentro do sistema jurídico como um todo.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 881). O *dever ser* realizado pela jurisdição, segundo Theodoro Júnior, é instrumental de interpretação e aplicação de normas e o direito é um *a priori* que o Judiciário apenas aplica e concretiza, de modo que o sistema é completo e fechado e ao juiz cabe descobrir as respostas.

Ao declarar que elementos probatórios fundamentam as decisões de urgência, restou dúvida quais seriam tais elementos, se bastaria congruência da narrativa ou se é necessária a presença instrumentalizada de prova para configurá-los. A princípio, infere-se da obra de Theodoro Júnior a indispensabilidade de provas para fundamentar decisões legítimas.

Ou seja, apesar de Theodoro Júnior admitir cognição superficial e excepcional em razão de fatos que justificam decisões de urgência, pois as imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência, ao final, o autor afirma que a fundamentação nas tutelas de urgência deve ser mais rigorosa, considerando-se, portanto, que os chamados “elementos probatórios” produzidos pela parte não são apenas “narrativas plausíveis”, mas sim, narrativas plausíveis sustentadas em provas porque:

O juiz julgará **sempre** segundo a prova dos autos e segundo o direito aplicável aos fatos apurados, mas não o fará discricionariamente mediante escolha de uma inteligência que se apoie apenas em sua consciência de justiça. É preciso ter sempre presente que o princípio da legalidade é o primeiro entre os qualificadores do Estado de Direito (CF, art. 5º, II). (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 881, grifos nossos).

Humberto Theodoro (2016, p. 870) também descreve que são características da prova ter um objeto, uma finalidade e um destinatário e que a prova deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. O objeto, segundo a doutrina dominante, é o fato relevante para o julgamento, enquanto fontes são “[...] aquilo que se utiliza para comprovar” e os meios são [...] modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 870). No entanto, isso não esclarece quais são os elementos probatórios a serem considerados pelo juiz para sustentar o *fumus boni iuris* a justificar o pedido de urgência (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 624). Ocorre que Humberto Theodoro Júnior também afirma que cabe ao juiz colher a definição de elementos probatórios do “[...] direito que já existe e se acha configurado naquilo que costuma qualificar de dogmática jurídica.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 881).

Portanto, em que pese os autores concordarem que a fundamentação da tutela de urgência se dá pela exposição dos elementos que levaram o juiz à sua conclusão, há ampla divergência sobre quais são os limites e meios de externá-los. A cláusula aberta posta no artigo 300 do Código de Processo Civil tem a intenção de permitir uma maior abrangência de tutela das novas urgências, impossíveis de serem previstas pelo legislador e às quais o juiz deve dar resposta imediata em razão da proibição do *non liquet* diante da presença de lesão ou ameaça

de lesão trazida à sua apreciação, observando a regra de não desconsiderar a unidade do ordenamento jurídico no pronunciamento jurisdicional.

### **3. 2. A questão do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* como juízos decisórios solipsistas**

Consta da exposição de motivos do Código de Processo Civil que no intuito de proporcionar à jurisdição maior eficiência, as regras para a averiguação de urgência foram simplificadas, bastando que o autor demonstre “[...] *fumus boni iuris* e perigo de ineficácia da prestação jurisdicional” para que a providência pleiteada deva ser deferida, devendo o juiz dar respostas rápidas em situações em que a urgência decorre do risco de ineficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. As tutelas de urgência serão deferidas quando presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300), os quais, somados ao dever de fundamentação das decisões (art. 489, §1º) e ao direito ao Agravo de Instrumento (art. 1.015, inciso I), corroboram a compreensão de que, presentes os elementos para seu deferimento, não se trata de uma faculdade do Juízo concedê-lo, mas de direito da parte (MARINONI, 2018, p. 68). Entretanto, o pluralismo semântico das expressões “probabilidade do direito” e “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, acabam por entregar o sentido ao solipsismo do decisor. A ausência de uma delimitação do termo “probabilidade de direito” abre um leque de interpretações do direito que entrega ao juiz a narrativa das decisões de urgência.

Theodoro Júnior, para quem probabilidade de direito e verossimilhança são expressões sinônimas *ao fumus boni iuris* (nesse sentido, também CÂMARA (2016, p. 156), ressalta que “Não se faz mais a distinção de pedido amparado na aparência de bom direito e o pedido antecipatório amparado em prova inequívoca.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623), pois que a probabilidade de direito imposta pelo caput do artigo 300 é de *fumus boni iuris* e por isso “[...] o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte.” Assim, verossimilhança seria sinônimo de evidência de probabilidade de direito.

Em que pese Humberto Theodoro Júnior considerar que apenas excepcionalmente podem ser concedidas tutelas de urgência porque a cognição é muito superficial, o autor afirma que “[...] incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência.” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 624) porque em tutelas de urgência, o que se protege é o interesse que se mostra

aparentemente plausível, uma vez que o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança (sinônimo de probabilidade). Por isso, efetua-se a tutela sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 623) e conclui:

Somente é de cogitar-se a ausência do *fumus boni iuris* quando, pela aparência exterior da pretensão substancial ou pela total inexistência de elementos probatórios a sustentá-la, se divise a fatal carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido pelo mérito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 624).

O fato de o juiz averiguar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* não corresponde a uma discricionariedade, no entender de Humberto Theodoro Júnior, porque, para o autor, a decisão deverá ser fundamentada com maior rigor, apresentando às partes as razões de seu convencimento. A excepcionalidade das decisões de urgência exige que o juiz exponha objetivamente os fatos que acenam para a plausibilidade do direito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 629).

Didier Junior, Braga e Oliveira compreendem a probabilidade de direito como plausibilidade de existência de direito, sinônimo de *fumus boni iuris*. Assim, o juiz avalia numa “análise casuística” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 677) a “verossimilhança fática”, averiguando os elementos que evidenciam a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e também as chances de êxito do demandante, o que independe de produção de prova: “[...] o que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação de seu convencimento.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 677). O requisito de fundamentação racional impõe a necessidade de plausibilidade jurídica, compreendida como subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 675).

Daniel Amorim Assumpção Neves também compreende que a existência de convicção da probabilidade do direito independe de provas e é suficiente para que o juiz justifique as razões do seu convencimento. Para a legitimidade da decisão, basta que a narração do fato seja verossímil, ou seja, “[...] aparentemente verdadeira em razão das regras de experiência.” (NEVES, 2017, p. 503).

Raatz (2018) entende louvável a possibilidade de o juiz provisoriamente prever o resultado do processo, antecipando seus efeitos com um conhecimento incompleto do processo, fundamentando a decisão em probabilidades. Assim, tutela provisória é “[...] sinônimo de tutela

de cognição sumária [...] como nos interditos pretorianos do direito romano e nas liminares do direito contemporâneo” (RAATZ, 2018, p. 49), sendo importante compreender:

[...] o que representa a noção de processo sumário (*summatim cognoscere*), cuja origem remonta às atividades desenvolvidas pelo pretor romano, e que não se confunde com sumariedade meramente formal (procedimento sumário ou acelerado). [...] A cognição é incompleta porque superficial em todas as situações nas quais é dado ao juiz decidir com base em juízo de probabilidade, sem exaurir todas as possibilidades de conhecimento da matéria em apreço (RAATZ, 2018, p. 49).

A escolha legislativa da expressão “probabilidade de direito” em vez de verossimilhança corrige o equívoco, no entender de Raatz, da péssima redação do art. 273, do CPC/1973, que exigia prova inequívoca e que o juiz se convencesse da verossimilhança da alegação (RAATZ, 2018, p. 147-148).

A concessão de tutelas de urgência com *fumus boni iuris* pautado na probabilidade de direito impõe às partes e ao juiz um ônus argumentativo fundado em noções de possibilidades de direito colhidas da tradição. A probabilidade de direito, enquanto *standard* probatório menos rigoroso que aquele a ser construído linguisticamente quando da concessão da tutela definitiva, “[...] afasta-se da obsessão da busca pela verdade”, admitindo que a prova exigida em determinados casos seja aquela construída a partir de uma “verossimilhança preponderante.” (RAATZ, 2018, p. 149-150).

Esclarece Raatz que diverge da compreensão sobre probabilidade de direito de Michelle Taruffo porque, apesar de Taruffo concordar que verossimilhança e probabilidade são conceitos distintos, compreende-os como parâmetros de aproximação de uma verdade contextual (Taruffo, 2014, p. 26). Taruffo entende que há incerteza quanto aos fatos porque “[...] ninguém nega seriamente a natureza carregada de contexto de qualquer enunciado em geral, assim como todos sabem que em contextos jurídicos os fatos são ‘carregados de direito’” (TARUFFO, 2014, p. 17).

Para construir a noção de probabilidade, Taruffo parte da premissa de que a verdade relativa, contextual, é um conceito vago, por isso, há de ser fundado em probabilidade, que seria um conhecimento intermediário, uma medida incerta entre 0 (nenhum conhecimento confiável) e 1 (conhecimento absoluto ou certeza). Pode-se utilizar a probabilidade quantitativa para alguns casos, devendo sempre ser associada à probabilidade lógica, porque se considera que a probabilidade lógica conduz racionalizações confiáveis do uso das provas na tomada de decisões (TARUFFO, 2014, p. 32).

A verossimilhança gravitativa no plano abstrato, e sua constatação implicaria a aparente correspondência a um padrão típico (TARUFFO, 2008, p. 134), enquanto a probabilidade corresponderia ao plano concreto, com sua aptidão de se identificar logicamente e, se possível, quantitativamente, na medida certa com a realidade. (TARUFFO, 2014, p. 32).

Marinoni afirma que “[...] é inegável que as exigências postas pelas novas situações de direito material ampliaram o poder decisório do juiz, que agora pode decidir no curso do processo apenas com base em convicção de probabilidade.” (MARINONI, 2018, p. 146). Apesar da afirmativa, conclui que a atribuição não significa ausência de participação adequada das partes ou impedimento ao controle da decisão jurisdicional, pois cabe ao juiz justificar suas decisões, submetendo seu raciocínio a “[...] sistemas e critérios racionais, embora não possa explicá-los através da lógica matemática.” e que o método sistemático “[...] muitas vezes exige a adição de outros, como os da coerência e da congruência, capazes de também auxiliar a decisão judicial” (MARINONI, 2018, p. 146).

As tutelas provisórias são fundamentadas, em maior ou menor grau, em probabilidade de direito. O juiz decide averiguando os riscos do processo e justificando a decisão no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo ou na evidência de que são elementos objetivos expostos racional e objetivamente. À decisão provisória “[...] basta evidenciar a probabilidade do dano ou ato contrário ao direito, demonstrando-se circunstâncias que indiquem uma situação de perigo capaz de fazer surgir dano ou ilícito no curso do processo.” (MARINONI, 2018, p. 128).

A partir da premissa de que o juiz, por sua limitação humana, não pode penetrar na essência da verdade (MARINONI, 2016, p. 141-142) e partindo, também, da compreensão de prova como meio de gerar convicção do juiz, Marinoni considera que, em se tratando de decisões de cognição sumária, “[...] a convicção de probabilidade é própria aos juízos que se formam no curso do processo.” (MARINONI, 2016, p. 144). A convicção, nesses termos, é permitida porque é regra (art. 300, do CPC/2015) e, por isso, em se tratando “[...] de tutela de urgência, basta que a probabilidade seja preponderante.” (MARINONI, 2016, p. 145).

Ao autorizar decisões sob o fundamento da evidência de probabilidade do direito, outorga-se expressamente ao juiz a possibilidade de decidir com base em probabilidade colhida do material trazido ao processo, indicando que o direito do autor é mais provável que o do réu. O dever de realizar juízo de probabilidade significa, no entender de Marinoni, que o juiz está proibido de pensar em uma convicção de verdade, própria à regra do ônus da prova. A convicção de probabilidade submete-se ao caso concreto, por isso, é marca da tutela de urgência a elasticidade que é incompatível com restringi-la à prova (MARINONI, 2016, p. 150).

A convicção sobre a probabilidade preponderante é o suficiente para o provimento provisório. Não há uma maior exigência de fundamentação da decisão que deva ter uma motivação tão racional quanto a motivação da sentença, com a diferença de que a decisão urgente é justificada numa verossimilhança que é sinônimo de convicção de probabilidade (MARINONI, 2018, p. 147-148). Portanto, a formação da convicção não advém necessariamente das provas, mas das percepções do juiz sobre os fatos. Tais percepções devem estar expressas na decisão:

Na tutela de urgência também assumem importância: i) As razões que levaram o juiz a acreditar, ou não, na prova; ii) a ligação que o juiz estabeleceu entre as provas e os fatos; iii) os motivos que levaram o juiz a estabelecer ou não uma presunção; iv) a consideração das regras de experiência que guiaram o raciocínio judicial. (MARINONI, 2018, p. 147).

Além da régua do ônus da prova indicando que o direito do autor é mais provável que o do réu, Marinoni defende que cabe ao juiz decidir com congruência e coerência, compreendidas como ausência de ilogicidades como, por exemplo, “[...] utilizar uma regra de experiência em uma situação e negar em outra sem qualquer motivo para discriminação” (MARINONI, 2016, p. 148). Assim, a congruência e a coerência têm dupla utilidade para guiar o juiz: podem ser utilizadas para testar a escolha da melhor versão dos fatos ou para definir sua própria versão judicial, além de qualificar a justificativa da decisão e servir para o seu controle por parte do tribunal. (MARINONI, 2016, p. 149).

O processo há de se submeter ao império do caso concreto para que o juiz tenha a liberdade coerente e justificada de exercer seu ofício de resolver os conflitos. Não podendo ficar adstrito aos fatos, provas e normas, submete sua convicção à racionalidade de sua justificação, que inclui a explicação de suas presunções e das regras de experiência aplicadas. Assim, a impossibilidade de prova pode ser suprida pelo critério da credibilidade das alegações:

Tanto a impossibilidade de produção de prova, quanto a legitimidade do emprego de tal critério, dependem da racionalidade da justificativa judicial. Vale dizer: a racionalidade da argumentação é que deve justificar a dificuldade de prova, a credibilidade das alegações e a idoneidade das regras de experiência que a fundaram (MARINONI, 2016, p. 159).

Contudo, se toda essa abertura não for suficiente para que o juiz forme convicção sobre a probabilidade do direito, resta à consciência do juiz analisar o “[...] valor dos direitos em conflito” (MARINONI, 2016, p. 159). Assim, para justificar sua decisão de, por exemplo, ignorar a “sugestão” (MARINONI, 2016, p. 161) do art. 300, §3º, do Código de Processo Civil,

de não se conceder tutela antecipada quando seus efeitos são irreversíveis, caso o juiz esteja convicto do provável direito do autor, deve sacrificar o improvável direito do réu. Para tanto, o juiz deve fixar caução, se for possível. (MARINONI, 2016, p. 161). A “[...] dificuldade de se formar uma convicção (mesmo que de probabilidade) diante da incompletude -----do contraditório” (MARINONI, 2016, p. 163), não o exime da proibição do *non liquet*. Portanto, há de decidir ainda que a ausência de informações mostre, futuramente, que a escolha supersticiosa foi catastrófica para quem arcou com suas consequências.

Não há obrigação de uma construção dialógica da justificativa, sequer da escolha de uma única lógica para garantir a objetividade da fundamentação. Cabe ao juiz explicar a decisão segundo critérios subjetivos e que dispensam prova, como aduz Dourando de Andrade (2017, p. 99-109) ao esclarecer sobre a fundamentação das tutelas de evidência. Isso porque a evidência se apoia numa veracidade inerente à linguagem (evidente é algo indubitável, claro, manifesto, revelado no contexto atual e que se julga verdadeiro) e à percepção (relacionada ao presente ou a um passado experimentado diretamente que possibilita o conhecimento direto dos fatos) que sustentam a convicção:

A convicção recebe os influxos do sentimento de preenchimento do destinatário da prova que, engendrado pela (ou a partir de uma) expectativa, serve de base para os discursos retóricos do garantismo-ativismo judicial e da celeridade e efetividade do processo com a redução ou eliminação de procedimentos. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 109).

A solidão do juiz é tamanha que há apenas uma sugestão da lei quando institui que “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (CPC/2015, art. 300, §3º), mesmo diante da clareza imperativa da redação utilizada” (MARINONI, 2016, p. 161). Percebe-se que o legislador sequer optou pela forma “deverá ser concedida”, que poderia, em tese, ser compreendida como uma cláusula aberta. Esclareceu que a tutela “não será concedida”. A escolha é diferente da utilizada no parágrafo segundo, em que o legislador autoriza que o juiz, diante da hipossuficiência do autor, deixe de exigir caução.

Marinoni vai ainda mais longe, entendendo que, em qualquer dos casos do artigo 300, cabe ao juiz analisar se irá ou não fixar caução, podendo deixar de fixar não só em razão da hipossuficiência, pois o juiz só a fixará “[...] quando for possível” (MARINONI, 2016, p. 161). Ainda que diante da irreversibilidade da decisão, compreende que a fixação de caução também é cláusula aberta, tornado a lei conselhos que podem ser ultrapassados pela convicção do juiz na realidade.

Por fim, Marinoni esclarece que, na resolução de conflitos, ao expor os critérios utilizados para justificar racionalmente a decisão tomada considerando o sistema jurídico e as circunstâncias do caso concreto, o juiz realiza a valoração a que é obrigado e, dessa forma, presta contas do seu trabalho. (MARINONI, 2016, p.163-164).

Na decisão liminar toda a instrução é realizada e controlada pelo juiz: o autor apresenta sua versão, a versão do réu não é ainda conhecida e sob o fundamento de congruência e coerência, o juiz deve construir sua própria versão, cabendo também ao judiciário controlar por meio de resposta aos recursos se a decisão é congruente e coerente.

Ou seja, com sorte, as decisões provisórias são tomadas por boas presunções, que, como bem explica Thibau, são resultado do raciocínio sobre fatos, firmado no que ordinariamente acontece em eventos semelhantes. Melhor esclarecendo, são conclusões antecipadas consubstanciadas em suposições sobre fatos narrados (Thibau, 2011, p. 68). Não se vinculam necessariamente a provas, pois que as provas são instrumentos auxiliares de convicção do juiz, especialmente em se tratando de decisões fundamentadas em juízos de probabilidade.

Diante da urgência do risco e da proibição de *non liquet*, o juízo, com suporte na tradição e no império da realidade, conhecendo o resultado de eventos semelhantes ou idealizando as consequências do evento único posto à sua decisão, induz ou deduz racionalmente, com o uso de uma ou algumas lógicas, inclusive da probabilidade quantitativa, sua resposta, atentando-se à congruência e coesão. Quando possível, utiliza também as provas, presumindo a resposta final. A justificativa do poder de decidir encontra-se no dever de decidir (*proibição do non liquet*), o que permite que, ainda que a convicção de probabilidade seja minimamente superior à sua convicção de improbabilidade, sob o fundamento da convicção, o juiz reconheça ou negue a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Como se depreende da doutrina colacionada, por vezes, verossimilhança e probabilidade são tomadas por expressões sinônimas ou distinguem-se por exclusão da busca da verdade como premissa. Segundo Popper, a confusão ocorre por razões intuitivas, inclusive em vista da origem de ambas as palavras:

A noção de maior verossimilhança, ou de uma melhor aproximação da verdade, é muitas vezes confundida, intuitivamente, com a ideia da probabilidade (nos seus sentidos de “mais provável”, “mais frequente” “parece provavelmente verdadeiro”, “é plausível”, “é conveniente”). Trata-se de uma confusão muito antiga. Basta lembrar algumas das palavras empregadas em lugar de “provável” como o inglês “*likely*” que veio originalmente de “*like the truth*” (“como a verdade”) ou “verossimilar” (*eikotós, eikos, eoikotós*, etc. em grego; *verisimilis*, em latim; *wahrscheinlich*, em alemão), para localizar alguns dos sinais e talvez também algumas fontes dessa confusão (POPPER, 1972, p. 262).

Se as noções se aproximam porque ambas são conceitos de aproximação da verdade por degraus, distinguem-se quanto à combinação entre verdade e conteúdo.

É importante ressaltar que Popper conjectura a Teoria da Verdade, a partir da afirmativa de Xenófanes de que “[...] mesmo que pronunciássemos acidentalmente a verdade definitiva [para Popper “a verossimilhança perfeita”], não a reconheceríamos.” (POPPER, 1975, p. 263). Por isso, o filósofo compreende verdade por “[...] busca de teorias que se ajustam melhor aos fatos” (POPPER, 1975, p. 266) e considera que essa busca não pretende certeza, mas aproximação da verdade por testes de resistência teórica.

A escolha da teoria se dá porque, em tese, possui maior conteúdo e maior correspondência com a verdade que as teorias concorrentes, uma vez que faz assertivas mais precisas e resiste a testes também mais precisos, explica mais fatos, descreve e explica os fatos com mais detalhes, resiste a testes que refutaram teorias concorrentes, sugere novos testes experimentais não considerados antes da sua formulação, resistindo a eles, e permite reunir e relacionar entre si vários problemas que até então pareciam isolados. (POPPER, 1975, p. 258). A teoria resistente agrega o conteúdo de verdade<sup>9</sup> absorvido das anteriores e traz mais possibilidades de tentar prová-la falsa. Sua resistência permite admitir verossimilhança.

Lori Vali, explica que “[...] a probabilidade é o ramo da matemática que pretende modelar fenômenos não determinísticos, isto é, aqueles fenômenos em que o ‘acaso’ representa um papel preponderante.” (VALI, 2008, p. 143). Vali define acaso como “[...] um conjunto de forças, em geral, não determinadas ou controladas, que exercem individualmente ou coletivamente papel preponderante na ocorrência de diferentes resultados de um experimento ou fenômeno.” (VALI, 2008, p. 144) e informa que a probabilidade tem origem no Tali (jogo do osso), ancestral do dado moderno. Além de apostas, o jogo era utilizado para prever o futuro e também na decisão de disputas e divisão de heranças:

Os jogos dos gregos e romanos eram realizados com quatro astrágalos e o maior lance era a obtenção de quatro faces diferentes voltadas para cima, que era denominada de jogada de Vênus. O lance menos valioso, conhecido como “os cães” era a obtenção de quatro uns. Um tratamento mais formal dos jogos de azar consistiu inicialmente na enumeração das possibilidades de que o jogo fornecesse determinado resultado. O registro mais antigo deste tipo é o do bispo belga Wibold da cidade de Cambrai, que em alguma época em torno de 960, inventou um jogo de dados moral, a despeito da proibição, à época, dos jogos pela igreja. Ele enumerou 56 virtudes e atribuiu cada uma delas aos possíveis resultados do lance de três dados (David, 1998). Em outras

---

<sup>9</sup> Vinícius Diniz Monteiro de Barros explica, com fundamento em David Miller, que, para o racionalismo crítico, a verdade objetiva não é ilusória, possui valor lógico como ideia reguladora da aproximação à verdade. Não se trata de uma verdade objetiva justificada porque o racionalismo crítico não admite valor à crença da justificação. A verdade se situa no “desenvolvimento não justificacionista da resistência teórica a críticas ou tentativas de eliminação de erros.” (BARROS, 2016, p. 183).

obras medievais encontram-se referências aos jogos de dados (hazard games) que envolvem o lançamento de dois dados [...]. A Teoria das Probabilidades como disciplina matemática originou-se das teorias de riscos associados (a naufrágios, acidentes, morte, etc.) e da quantificação das de se ganhar em jogos de azar. Na realidade a palavra "azar" empregada aqui não está utilizada no habitual "má sorte", e sim, como sinônimo de "acaso". (VALI, 2009, p. 143- 44).

A probabilidade quantitativa oferece, por meio de cálculos matemáticos complexos, a oportunidade de, apesar da aleatoriedade do acaso, “[...] determinar o índice de probabilidade de um enunciado fático de acordo com os elementos de provas relevantes.” (TARUFO, 2014, p. 31). Além da dificuldade em compreender a Teoria Matemática que sustenta os cálculos, a expressão do peso da prova pela estatística produz resultados pouco confiáveis, sendo considerada em muitas situações inútil, fictícia e incorreta. (TARUFFO, 2014, p. 31).

A probabilidade lógica (inferência ou evidência) considera os elementos de prova como premissas a partir das quais é possível extrair inferências que seguem modelos lógicos (distintos, conforme a necessidade de cada caso) de argumentação como meio de racionalizá-las. Assim, “[...] a conclusão acerca do fato é logicamente provável, como uma função dos argumentos jurídicos baseado em provas disponíveis.”. (TARUFFO, 2014, p. 32). A probabilidade lógica não quantifica a prova, mas conduz a racionalizações confiáveis do uso da prova (TARUFFO, 2014, p. 32). Taruffo compreende haver um conteúdo de verdade na probabilidade lógica porque a associação à ideia de contexto (hábito) conduz por indução a interpretação analítica da prova judicial.

Todavia, o hábito não induz verdade e a premissa da probabilidade é considerar o caos (acaso) como um de seus elementos. Um fato se repetir mil vezes não traz nenhuma garantia de que ocorrerá novamente. “Acreditamos que o sol nascerá amanhã por ele assim ter feito no passado” (POPPER, 1972, p. 15), sendo a expectativa, nesse sentido, irracional<sup>10</sup>. Portanto, a “[...] inclinação irracional para impressionar-nos com o hábito e a repetição” (POPPER, 1975,

---

<sup>10</sup> Reporta-se ao problema lógico da indução solucionado por Hume: “Como se pode mostrar que inferências indutivas (pelo menos probabilísticas) são ou podem ser válidas?” Não se pode. Por maior que seja o número de repetições, não há justificativa racional para, a partir de exemplos repetidos, sobre os quais temos experiência, se inferirem outros exemplos e conclusões sobre os quais não temos experiência (POPPER, 1972, p. 16). Tampouco a racionalidade explica o problema psicológico da indução: “Por que muitas pessoas, e pessoas perfeitamente racionais, também acreditam na validade da indução?” (POPPER, 1986, p. 59). Hume respondeu a tais questionamentos afirmando que o mecanismo psicológico da associação força as pessoas a acreditarem por costume ou hábito. O mecanismo é biologicamente útil, mas não é racional. Popper propõe uma resposta mais resistente: o homem racional não age com base no hábito, mas em teorias que são o “[...] melhor aproveitamento do ponto de vista de uma busca da verdade ou da verossimilitude.” (POPPER, 1972, p. 59). Ao não buscar a certeza, e sim, a eliminação de erros de suas melhores teorias na procura de aproximação da verdade, o hábito mantém sua importância apenas como mecanismo biologicamente útil, mas não contribui para a procura da verdade. Mesmo porque, segundo Popper, toda observação impregna-se por preconceitos e norteia-se pelos problemas e pelo contexto das expectativas. “Não há experiência passiva, não há recebimento passivo de ideias previamente conectadas.” (POPPER, 1972, p. 59).

p. 99) fundamenta a crença na probabilidade. A ausência de necessidade de algum conteúdo de verdade para decisões por probabilidade impossibilita o falseamento dos fundamentos das decisões, porque “[...] as hipóteses de probabilidade não podem contradizer, nem serem contraditadas por um enunciado básico ou pela conjunção de enunciados básicos<sup>11</sup> e não podem ser contraditadas por qualquer número finito de observações.” (POPPER, 2008, p. 209). Por isso, como conclui Vinícius Diniz Monteiro de Barros, “A probabilidade não tem importância para o conhecimento jurídico científico. A probabilidade é não mais do que uma compensação pela ignorância” (BARROS, 2016, p. 181).

Enquanto na verossimilhança há aproximação de uma verdade compreensiva, combinando verdade e conteúdo, a probabilidade é vazia de conteúdo de verdade. (POPPER, 1975, p. 263). A verossimilhança não se sustenta por meio de torcidas, esperanças, orações ou confiança no acaso, e sim, em uma construção teórica controlada por testes que buscam, a todo o momento, prová-la falsa ou, com sorte, aprimorá-la.

O elemento “probabilidade de direito” é cláusula aberta a múltiplas interpretações e possibilidades infinitas, o que torna sua fiscalidade improvável.

A probabilidade de verdade do fato desconhecido, incerto, acolhido pela presunção não decorre de experiência endoprocedimental numa linguagem procedimentalizada, como acredita Raatz (2018, p. 148). Ela é alcançada mediante a desconsideração de que um fato somente pode ser classificado como de existência provável após a sua prévia fixação no procedimento pelos destinatários e igualmente coautores da decisão judicial e de sua apreciação por meio da valoração e valorização, “[...] mediante o exercício dos direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e livres de coerção que lhes são assegurados na Constitucionalidade Democrática.” (THIBAU, 2011, p. 109-110).

Thibau afirma que, “[...] conforme Doutrina especializada, os conceitos de certeza, de probabilidade e de verossimilhança dizem respeito à medida (grau) do conhecimento da verdade.” (THIBAU, 2011, p. 40) e que o ser humano pode se colocar na condição de ignorância, credulidade, de probabilidade e de certeza em relação a um fato, asseverando, outrossim, que, enquanto a ignorância se coloca como um estado absolutamente negativo sobre

---

<sup>11</sup> É importante compreender que enunciados básicos “[...] têm a forma de enunciados existenciais singulares” (POPPER, 2008, p. 109). Eles são o princípio e condicionam a existência de uma teoria. Não se pode confundí-los com sentenças protocolares ou enunciados perceptuais que registram experiência (POPPER, 2008, p. 103). Os enunciados básicos sustentam um patrimônio de falseabilidade presente na própria teoria. Portanto, são enunciados de prova da teoria (POPPER, 2008, p. 108), enquanto enunciados protocolares são injunções da lógica indutiva, são enunciados de experiência. Além disso, “Um enunciado empírico deve satisfazer uma condição adicional: deve ser falseável.” (POPPER, 2008, p. 98).

um fato, a credulidade, a probabilidade e a certeza consistem em estados positivos (THIBAU, 2011, p. 40). Ao contrário da certeza, a probabilidade é graduável, embora não o deva ser em um número determinado. A probabilidade é passível de mensuração, mas quanto aos motivos que podem influir no seu estabelecimento, impõe-nos rejeitar quaisquer parâmetros fixos que a ela se correlacionem. (THIBAU, 2011, p. 41)

Destaca Thibau que, para Calamandrei, a verossimilhança se baseia em um critério geral adquirido anteriormente a determinado evento que esteja alocado em nível de averiguação de verdade ou de falsidade. Esse critério geral é apontado como resultante da observação do que ordinariamente ocorre em eventos similares. A distinção existente entre verossimilhança e probabilidade dar-se-ia apenas pelo menor ou maior grau de proximidade da verdade perseguida. (THIBAU, 2011, p. 42). Na probabilidade, a aproximação da verdade se daria apoiando-se em afirmativas, razões positivas certas, confiáveis e muito prováveis, que induzem a uma crença a ser considerada, construindo-se uma verdade por justificação da verdade histórica. “[...] a certeza, a probabilidade e a verossimilhança destinam-se apenas ao julgador, a quem cabe solitariamente apreciar o resultado probatório.” (THIBAU, 2011, p. 43).

Há de se concordar com Miranda Filho no sentido de que permitir a fundamentação de decisões em probabilidade de direito “[...] rompe o aprisionamento do juiz à lei” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 236), conferindo ao magistrado maior liberdade discricionária (MIRANDA FILHO, 2003, p. 236) porque a probabilidade de direito, diferente da verossimilitude, permite que as decisões se deem por verossimilhança fundada em uma crença que se justifica por evidências positivas (POPPER, 1972, p. 254), suscetível a múltiplas e aceitáveis ideações.

A *contrario sensu*, numa tentativa de ressemantização democrática da verossimilhança e da inequivocidade, Leal afirma a impossibilidade de a evidência ser uma mera cogitação de possibilidade ou probabilidade pela qual o julgador compatibilizasse as alegações de fatos e a lei, porque a satisfação antecipada de direitos exige a existência, nos autos (suporte físico) do procedimento, de instrumento pré-constituído da prova. Assim, “[...] a expressão ‘elementos que evidenciam a probabilidade do direito’ refere-se à existência demonstrada dos conteúdos legais da prova (elemento, meio, instrumento), como matéria necessária das *alegações*”. (LEAL, 2021, p. 168).

### **3.2.1. O solipsismo, a interditalidade e o ordenamento jurídico constitucional**

Por vezes há uma compreensão de que o dever de efetivar direitos fundamentais isola o juiz da igualdade imposta pelo caput do artigo 5º da Constituição Brasileira, que estabelece

como direito fundamental a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, guardando a ele a solidão de quem decide e guia, especialmente diante da urgência de se efetivarem direitos. Luiz Fux, por exemplo, afirma que, na *ratio* do seu estudo, “[...] sobressai a preocupação de um homem em melhor servir à sua pátria, vislumbrando, nesse sentido, novos instrumentos para aqueles que exercem, como nós, o nobre sacerdócio da magistratura.” (FUX, 1996, p. XII).

Reconhece-se no juiz uma capacidade supletiva do ordenamento jurídico, que é sobre-humana, como idealiza Álvaro de Oliveira:

Ainda que a lei processual busque imprimir desejável uniformidade, a regra só indica o caminho, mas não o passo do caminhante. O subjetivismo, outrossim, revela-se ainda mais presente no próprio conhecer do juiz, na sua atitude epistemológica em face dos fatos, a variar infinitamente conforme sua capacidade intelectual com vistas a compreender, selecionar e combinar as informações e delas extrair as devidas inferências. O mesmo sucede, provavelmente com maior intensidade, na avaliação do material recolhido, tarefa em que, nada obstante a vinculação axiológica do sistema, passam a pesar, ainda que de modo inconsciente, também os próprios valores do órgão judicial, desempenhando papel importante sua sensibilidade pessoal às nuances do caso. (Álvaro de Oliveira, 2006, p. 73).

A atividade do magistrado “[...] pressupõe verdadeira criação do direito para o caso concreto, valorando pessoalmente aquilo que está em julgamento.” (BUENO, 2020b, p. 114-115). E, para a criação do juiz, contribuem os demais sujeitos processuais:

O CPC de 2015 é um código do século XXI, repleto de “princípios”, de “cláusulas gerais”, de “conceitos vagos” a serem considerados pelo magistrado (e, antes da sua decisão, também pelos demais sujeitos do processo que cooperam igualmente para aquele fim, como quer seu art. 6º) para decidir. É impossível querer constringer o direito processual civil aos seus artigos. (BUENO, 2020b, p. 115).

Bueno ressalta que textos jurídicos são matéria-prima sobre a qual recai o trabalho do aplicador do direito e atualmente é opção técnica legislativa a produção normativa de princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos e indeterminados, conduzindo o magistrado a se debruçar sobre cada fato apresentado para julgamento para extrair dele o que lhe parece mais sensível, mais importante, mais marcante, mais característico, a fim de interpretá-lo e aplicá-lo adequadamente, concretizando a norma jurídica. “São formas, enfim, de autorizar que o magistrado valora expressa e conscientemente o caso concreto que se lhe apresenta para julgamento.” (BUENO, 2020b, p. 115). O novo paradigma normativo tem o juiz como “elo fundamental” do ordenamento jurídico:

O magistrado, antes mero aplicador da norma jurídica, dada como pronta e acabada pelo legislador, hoje passa a ser compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa. É ele criador da norma jurídica. E, além de aplicar o direito, o juiz detém deveres-poderes para concretizar a sua decisão, o que, de sua parte, convida a uma reconstrução de outros temas do direito processual civil. (BUENO, 2020b, p. 124).

A liberdade de criação do juiz é mitigada pelo dever funcional de submeter a vontade pessoal à vontade coletiva, “[...] à vontade que, de forma mais ou menos clara, pode ser extraída, senão como a melhor, pelo menos como a mais aceita pela comunidade jurídica como um todo”, justificando suas decisões com “verdades compartilháveis”. (BUENO, 2020b, p. 115-116). Trata-se de uma liberdade-fim: “[...] menos de liberdade no sentido usual da palavra e muito mais de permissão para a captura dos valores dispersos pela sociedade e pelo Estado para interpretar adequadamente o texto jurídico com vistas à interpretação ótima da norma jurídica para ser aplicada em cada caso concreto.” (BUENO, 2020b, p. 117).

Miranda Filho (2003) compreende que tutelas provisórias, como atividade de *imperium*, não diferem da atividade do pretor romano:

Pretor e juiz brasileiro, em frente da reintegração de posse ou da antecipação de tutela, comportam-se dentro da mesma discricionariedade: enquanto aquele se valia do *imperium*, este, em face da maleabilidade e ductilidade das expressões “verossimilhança”, “prova inequívoca”, “fundado receio de dano”, “dano irreparável ou de difícil reparação”, “manifesto propósito protelatório”, “abuso do direito de defesa”, “irreversibilidade”. Não há como fugir da mesma discricionariedade, e até se o juiz brasileiro não cria o Direito, como fazia o pretor, pode descobri-lo, tal como se dá na *common law* (MIRANDA FILHO, 2003, p. 231).

A interditalização, segundo Miranda Filho, solidifica o princípio de igualdade de tratamento das partes, priorizando a tempestividade sobre a segurança das decisões e melhor distribuindo a questão do ônus do tempo do processo que, no procedimento ordinário, recai exclusivamente sobre o autor.

As tutelas de urgência satisfativas são para Miranda Filho “[...] a contemporaneização da tutela interdital romana.” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 194). Ao expor sobre tutela interdital e a atividade judicante do pretor (MIRANDA FILHO, 2003, p. 175-176), o autor afirma que “[...] no que concerne aos interditos, frutos do Direito pretoriano, suas origens remontam a épocas mais antigas ainda, pois não se pode afastar da ideia de interdito a ideia de *imperium regium*, pois o *imperium* do pretor prende suas raízes nos universais poderes do rei.” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 175) e também esclarece:

[...] o étimo interdito provém do latim *interictum-iterim dicuntur*, ou o que é dito por meio tempo – era a ordem do magistrado romano para pôr fim a divergências entre

dois cidadãos. Esta ordem era requerida por uma das partes, a fim de proibir ou impedir certos atos praticados pela outra. Como os interditos não solucionassem as divergências entre as partes de modo definitivo, fazendo-se necessária a propositura da ação, caso o réu não se conformasse, Carnelutti chegou a dizer que eram verdadeiras medidas cautelares (MIRANDA FILHO, 2003, p. 175-176).

Essa interditalização busca uma valoração do tempo do processo, de modo que seja mais efetivo, capacitando-se a dinamizar a tutela do direito. Também Luiz Guilherme Marinoni (2018, p. 23) afirma ser dever do Estado proteger os direitos fundamentais, sendo os procedimentos meios de justificar a proteção, o que corrobora a posição de Miranda Filho a justificar o caráter interdital de tutelas antecipadas.

Theodoro Júnior afirma que a reforma de 1994, ao incluir o instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro, mudou a percepção da cognição e da execução “[...] o processo de conhecimento tornou-se um verdadeiro processo interdital, transformando-o em sistema geral, o que, até então, era privilégio de alguns procedimentos possessórios.” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 48).

Também Ovídio Baptista da Silva compreende que tutelas de urgência se avizinham dos juízos interditalis do Direito Romano pela particularidade de que a cautelaridade pressupõe que a tutela jurisdicional atenda a uma situação de dano iminente, incapaz de ser tutelada pela jurisdição comum, a ser constatada pelo juiz no conjunto circunstancial do caso concreto. A função cautelar seria a de completar a tutela jurisdicional comum que se mostrasse insuficiente para assegurar, preventivamente, a realização do direito (SILVA, 1998, p. 52) e a tutela antecipada, acrescida ao Código de Processo Civil de 1973, seria uma espécie genérica de processo interdital porque “[...] antecipa a execução ou mandamento tal como fazia o pretor romano por meio do processo interdital.” (SILVA, 1996, p. 136).

A evolução do conhecimento humano no intuito de redução de sofrimentos (POPPER, 1975) tende para a compreensão de que os seres humanos possuem igual direito de usufruir a vida-humana, a liberdade e a dignidade (LEAL, 2021). Portanto, não se compatibiliza com o apego ao Direito Antigo e seus valores em que ora as decisões eram tomadas por deuses, ora por reis ou sábios, mas sem a efetiva participação dos sujeitos que deverão arcar com as consequências da decisão tomada.

Max Weber (2004, p. 134) explica que o domínio é estabilizado e perpetua-se pelas bases jurídicas em que se funda a legitimidade, o que não pode ser esclarecido, sob o risco de abalar-se a estrutura da relação estabelecida (WEBER, 2004, p. 128). Afirma também que o domínio tradicional:

[...] reveste, em virtude das garantias que cercam as competências dos privilegiados, o caráter de um ‘fundamento jurídico’ de tipo especial (consequência da ‘divisão de poderes’ estamental) que falta às configurações de caráter patriarcal, com suas administrações totalmente dependentes do arbítrio do senhor. (WEBER, 2004, p. 134).

Weber prossegue observando que a dominação carismática funda-se na devoção afetiva e nos dotes sobrenaturais do senhor. Dentre esses dotes, o autor destaca o poder intelectual ou de oratória (WEBER, 2004, p. 134-135), que, por vezes, transmuta-se em dominação tradicional, pois a submissão torna-se independente das qualidades pessoais do dominador quando o domínio torna-se legítimo, “[...] pois se é senhor por pleno direito próprio.” (WEBER, 2004, p. 128).

A confiança depositada em representantes e mais especificamente no Juiz para a escolha interdita de decisões retrata a dominação legítima tradicional-carismática descrita por Weber: não depende do carisma do decisor; obedece-se, pois é ordem daquele que é senhor por direito próprio e sustenta-se “[...] na inclinação do súdito em obedecer” (WEBER, 2004, p. 128). Miranda Filho, estabelecendo em sua obra um paralelo entre o interdita e a antecipação de tutela, percebe que:

A origem dos *interdicta* datar-se-ia do lapso temporal compreendido entre a data da instituição do pretor urbano até o final do século III a.C. Motivaram seu surgimento não só a inexorável evolução dos tempos, como também a constatação de novas exigências sociais autorizadoras da criação de meios processuais de tutela, destinados a reparar eventuais iniquidades, provenientes da estrita observância das amorfas normas do *ius civile* ou até para preencher lacunas deste. (MIRANDA FILHO, 2003, p.1, grifos do autor).

Arenhart, Marinoni, e Mitidiero, ao dissertarem sobre ideologia e processo civil, também afirmam a necessidade de o juiz ter poderes interdita gerais para que, assim, todos tenham acesso a procedimentos especialíssimos. Denunciam que o legislador confere procedimentos diferenciados a sujeitos privilegiados enquanto a outros “[...] reserva a desproteção da ordinariedade, a frieza e a indiferença da tutela ressarcitória.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 58). No entanto, não percebem que a atribuição pretendida perpetua e aumenta o privilégio, pois que ao juiz é atribuído o poder de decidir quem, como e quando se terá acesso ao procedimento por ele escolhido.

Conceber a interditalidade de decisões não contribui para “[...] a solidificação do princípio da igualdade de tratamento das partes [...]”, como crê Miranda Filho (2003, p. 6), porque não compreende a decisão jurisdicional como uma construção participada, mas como

resultado da atividade de um senhor tradicional-carismático que não se deixa corromper pelo poder.

A experiência histórica demonstra que, apesar de desejável, a existência de bons representantes no poder é pouco provável, por isso, é importante que se concebam instituições que impeçam mesmo os maus representantes de causarem prejuízos à coletividade:

Precisamos não tanto de homens bons como de boas instituições. Mesmo os melhores governantes podem ser corrompidos pelo poder; mas boas instituições que permitem aos governados exercerem uma medida efetiva de controle sobre os governantes forçarão mesmo os maus governantes a fazer o que o povo considera de seu interesse. (POPPER, 1972, p. 375).

*O fumus boni iuris e o periculum in mora*, enquanto cláusulas abertas, a par do dever de dialogicidade das decisões, privilegia o protagonismo de um único sujeito processual “[...] de acordo com convicções, preferências, valores pautados na sensibilidade e subjetividade do julgador, preterindo os argumentos e provas produzidos pelos demais sujeitos processuais.” (FREITAS, 2020, p. 175). Além disso, resulta em decisão “[...] permeada de discricionariedade e do senso de justiça do julgador, que deixa de expurgar de seu pronunciamento os fundamentos axiológicos que maculam a formulação decisória procedimentalizada e, portanto, democrática” (FREITAS, 2020, p. 175). Como bem alerta Bedaque “Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional” (BEDAQUE, 2009, p. 103).

Na visão procedimental de um Estado Constitucionalizado, não mais se pode “[...] afirmar jurisdição como atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito ou em aplicá-lo ao caso concreto, mas sim, como o resultado necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo a partir de argumentos internos ao ordenamento.” (CORDEIRO LEAL, 2008. p. 34).

Ao serem declaradas existentes, as urgências jurídicas devem garantir a efetivação de direitos com fundamento em provas, reconhecendo direitos preconhecidos e vigentes no sistema jurídico. Não autorizam o caráter interdital de uma cognição sumária que se fortalece entre os integrantes do poder judiciário e seus sucessores em nome de uma justiça rápida e sob a razão racional de civis (LEAL, 2005b, p. 5) que, “[...] vestidos agora de magistrados de uma interditalidade eternizante, querem ser mais que juízes de uma racionalidade efêmera” (LEAL,

2005b, p. 5), numa orientação que Popper denomina utopismo<sup>12</sup> porque elege uma organização social ideal como objetivo que pode servir a todas as atuações políticas e pode levar facilmente ao recurso da violência, para reprimir o estabelecimento de objetivos concorrentes.

### 3.3 O caráter cominatório das tutelas provisórias no CPC 2015 e o devido processo

Calamandrei conjecturou um procedimento acautelatório que se distinguiu daqueles principais por ser classificado não por seu conteúdo, e sim, pela qualidade dos efeitos: as medidas cautelares podem ingressar entre provimentos de cognição ou entre provimentos de execução, e são encontradas na relação de instrumentalidade que liga a cautela, facilitando e assegurando antecipadamente o rendimento prático do procedimento principal. (CALAMANDREI, 2000, p. 200). A instrumentalidade da cautela garante preventivamente a eficácia da demanda principal e dirige-se mais do que a defender direitos subjetivos, à eficácia e à seriedade da função jurisdicional, impedindo longas protelações, colocando a salvo bens que depois da condenação estariam praticamente inatingíveis, “[...] impedindo que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão, que é aquela da justiça, se reduza a ser uma atrasada e inútil expressão, uma vã ostentação de lentos engenhos, destinados, como os guardas da bufa, a chegar sempre muito tarde.” (CALAMANDREI, 2000, p. 209-210).

Mais que pelos interesses dos indivíduos, as medidas cautelares são predispostas pelo interesse de administração da justiça, por isso, Calamandrei percebe nelas uma área-limite entre a função jurisdicional e a função de polícia:

Se a expressão “polícia judiciária” não tivesse já no nosso ordenamento jurídico um exato significado, ela poderia parecer singularmente adequada para designar a tutela cautelar, nesta encontram-se de fato, colocados a serviço da função jurisdicional os poderes de prevenção, exercitados com urgência e com base em um juízo provisório no qual têm parte extensa as considerações de oportunidade, que são sem dúvida característica verdadeira e própria da função de polícia. (CALAMANDREI, 2000, p. 210).

---

<sup>12</sup> Na conferência Utopismo e Violência, Popper expõe o necessário esforço que a razão deve exercer para dominar e controlar a violência. O esforço racional crítico de Popper é de produzir instrumentos com a ajuda dos quais se possa realizar objetivos intermediários ou parciais de eliminação de inconvenientes concretos, e não de alcance de objetivos ideais de tornar feliz a humanidade. Por mais benévolos que sejam seus objetivos, o racionalismo utópico, “[...] não traz a felicidade, mas apenas a desgraça tão conhecida de ser condenado a uma vida sob um governo tirânico. [...] A razão humana é um laço que une as pessoas e é o oposto de um instrumento do poder e do recurso à violência.” (POPPER, 1994, p. 9, 12) “O verdadeiro racionalista estará sempre consciente do pouco que sabe” e de “[...] tudo o que possa possuir pela razão, o deve à troca mútua de conjecturas com outras pessoas” (POPPER, 1994, p. 3-12)

A promulgação da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a qual deu nova redação ao artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade generalizada<sup>13</sup> de o juiz, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial em razão da presença de prova inequívoca e de seu convencimento da verossimilhança da alegação, aspectos que, se vierem a se confirmar no intercurso do processo, são verdadeiros riscos de difícil ou impossível reparação dos danos sofridos pelo titular do direito. Assim também, quando ficar demonstrado no processo que aquele que, sabendo não ser o titular do direito, abusa do direito de defesa ou realiza defesa no intuito de protelar o momento de provimento jurisdicional, poderá haver antecipação da tutela. A reforma configurou mudança na própria concepção do sistema processual, como conclui Teori Zavascki:

As medidas antecipatórias, até então previstas apenas para determinados procedimentos especiais, passaram a constituir providência alcançável, generalizadamente, em qualquer processo. A profundidade da mudança – que, como se disse, é mais que da lei, do próprio sistema – se faz sentir nas implicações que as medidas antecipatórias acarretam, não só no processo de conhecimento, como no processo de execução, no cautelar e até nos procedimentos especiais.

Em relação ao processo de conhecimento, o que se operou foi uma notável valorização do princípio da efetividade da função jurisdicional, ao atribuir ao juiz o poder de, já no curso do processo de conhecimento, deferir medidas atípicas de execução, a serem cumpridas inclusive mediante mandados, independentemente da propositura de nova ação, rompendo, com isso, a clássica segmentação das atividades cognitiva e executória [...] Quanto à execução, é preciso que se atente para a circunstância de que o sistema original do Código [1973] foi estruturado para, mediante ação autônoma, promover execução de sentenças condenatórias. [...] Efetiva-se antecipação mediante modificações no *status quo*, seja provocando, seja impedindo alterações no plano dos fatos. (ZAVASCKI, 1997, p. 70).

Explica Zavascki que a função primordial de toda norma que visa solucionar a colisão de direitos acarreta, em alguma medida, limitações à concretização de direitos colidentes. Desse modo, a norma que tutela direito contra dano irreparável, antecipando efeitos do provimento final, estabelece restrição ao direito à segurança jurídica, por isso, admitida para evitar o perecimento ou danificação do direito, a fim de se possibilitar o provimento definitivo, se for o caso (ZAVASCKI, 1997, p. 74).

Miranda Filho ressalta que, na via da Reforma de 1994, permitiu-se tornar efetiva a tutela antecipada antes de condenar, tentando vencer o tempo ao conceber num só procedimento atos de accertamento, atos de execução e até mesmo de efetivação, agora, sem a predominância

---

<sup>13</sup> A nova redação do artigo 273 inaugurou, oficialmente, a possibilidade de, genericamente, se permitir que uma decisão instável, porque de cognição não exauriente e com contraditório postergado, diante do perigo de dano, fosse imediatamente executável, como já vinha sendo pontualmente prevista em procedimentos especiais.

de condenação precedente a ensejar execução posterior, permitindo a efetivação antes da cognição ou a efetivação e a cognição simultâneas numa intensificação da sumarização e redução e em breve permitiria a extinção da ordinarização, tal como era conhecida (MIRANDA FILHO, 2003, p. 123). Diferente do ato executivo do juiz contido na sentença condenatória, “[...] a mandamentalidade é instrumento da plena efetividade, do imediato ‘ordens a serem imediatamente executadas no plano objetivo do bem litigioso’” (MIRANDA FILHO, 2003, p. 126).

Ovídio Baptista afirma que é impossível a construção de uma teoria da tutela do direito substancial de segurança sem outorgar-lhe um instrumento que corresponda a essa forma especial de tutela jurisdicional, o que somente é possível por meio de um pronunciamento que contenha mais ordem que julgamento, mais império que cognição, “[...] enfim, onde o magistrado mais ordene do que julgue.” (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 98).

Ordinariamente, somente após provimento final ocorrerão os efeitos práticos pretendidos pelo autor quando apresenta sua pretensão ao Estado, o qual somente ao final de um procedimento previamente conhecido e estruturado em participação pelos interessados, pronuncia decisão que responderá à questão trazida pelo autor no exercício do seu direito constitucional de ação.

A eficácia que faz parte do conteúdo do ato jurisdicional e decide provisoriamente por cognição sumária atinge a esfera de direitos do interessado, sem que, contudo, seja a ele oportunizada a participação (em se tratando de decisões liminares) ou ampla participação (com todos os recursos inerentes à ampla defesa) na construção da decisão que, sem predominantemente condenar, declarar ou constituir direito, ordena com aptidão para produzir efeitos no plano prático. As tutelas provisórias rompem com a lógica da ordinariade, possibilitando, por meio de uma cognição sumária, que os efeitos práticos do ato jurisdicional final sejam imediatamente usufruídos por quem aparentemente é o titular do direito.

Segundo Ovídio Baptista, somente os efeitos executivo e mandamental poderão ser antecipados em forma de liminares (BAPTISTA DA SILVA, 2009, p. 90). As eficácias declaratórias, constitutivas e condenatórias não podem ser liminarmente antecipadas por se tratar de plano exclusivamente normativo. O elemento essencial das tutelas provisórias é atuar no plano dos efeitos práticos do pronunciamento jurisdicional sobre o direito. Em que pese não haver como conceder a satisfação do direito material relativamente ao que ocorre exclusivamente no plano normativo, a tutela provisória pode consistir na antecipação de alguma eficácia que não seja a preponderante, antecipando algo que é da essência da tutela definitiva pretendida e que não é o elemento diferenciador essencial da sentença, como explica Raatz:

Não há como o autor obter, antes da sentença, os efeitos normativos inerentes às sentenças declaratória e constitutiva porque “pressupõem que o juiz esteja em condições de reconhecer, de modo definitivo, uma determinada situação jurídica. Porém, mesmo nesses casos, além da declaração ou constituição/desconstituição que não modificam diretamente o plano dos fatos – a sentença poderá produzir efeitos práticos. Isso ocorre porque na sentença já estamos falando de outras eficácias distintas da que prepondera (RAATZ, 2018, p. 128).

Também a eficácia condenatória opera no plano normativo, não sendo possível sua antecipação. Porém, sua potencialidade de gerar título executivo permite a antecipação da essência executiva da condenação. A técnica da tutela antecipada, especialmente se relacionada a efeito de provimento condenatório, permite alcançar resultados práticos análogos aos obtidos com a denominada tutela executiva *lato sensu*, possibilitando sua autoexecutoriedade independentemente de um processo executivo *ex intervallo*, permitindo ao credor valer-se imediatamente dos efeitos do provimento a ser dado futuramente. (BEDAQUE, 2006, p. 355). A pretensão condenatória transforma-se em mandamental e sem a presença de um título executivo, alcançam-se seus efeitos:

A tutela executiva *lato sensu* possibilita a solução da crise de adimplemento no próprio processo cognitivo sem necessidade de execução *ex intervallo*, eliminando óbices normalmente trazidos pelo devedor inadimplente para evitar o cumprimento da decisão condenatória, não se podendo mais pensar no binômio condenação-execução como um dogma, admitindo-se outrossim a substituição por mecanismos mais adequados às necessidades do direito material sem que isso signifique sacrifício a postulados básicos do processo. (BEDAQUE, 2009, p. 112).

A concepção da tutela mandamental posta no artigo 461, do Código de Processo Civil de 1973, com redação dada pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, foi incorporada aos atuais 497 e 536 do Código de Processo Civil de 2015, que enumeram algumas das medidas a serem adotadas pelo juiz para a efetividade da tutela específica ou resultado prático equivalente e ressaltam que o juiz providenciará as medidas de apoio necessárias para a obtenção do resultado, podendo utilizar-se, dentre outras medidas, da imposição de multa, da busca e apreensão, da remoção de pessoas e coisas, da ordem de desfazimento de obras e do impedimento de atividade nociva, podendo inclusive requisitar auxílio de força policial (art. 536, §1º, do CPC/2015), ao autorizar a concessão da tutela específica e o uso dos meios necessários à efetivação da decisão.

Segundo Bedaque, as tutelas mandamentais diferenciam-se das executivas ou executivas *lato sensu* porque o cumprimento da decisão se dá por ato exclusivo do sujeito passivo, inadmitindo a efetivação da decisão por sub-rogação. A decisão mandamental

caracteriza-se por ser uma ordem a ser cumprida cujo descumprimento pode culminar em consequências civis e penais. Entretanto, o autor afirma que tende a concordar com Kazuo Watanabe, não vendo no novo ordenamento impedimentos para a sub-rogação. (BEDAQUE, 2009, p. 110-111).

Kazuo Watanabe afirma que pode o juiz “[...] nos limites da lei e das possibilidades práticas” valer-se de medidas compatíveis com o caso, diferentes do meio sub-rogatório tradicional de conversão da obrigação em equivalente pecuniário, para a efetivação do cumprimento da ordem judicial” (WATANABE, 1996, p. 24). O novo processo civil iniciado em 1994 almeja a efetividade de decisões jurisdicionais, “[...] combinando atividades de cognição e execução para adequação entre o processo e a natureza do direito ou a peculiaridade da pretensão material a ser tutelada” (WATANABE, 1996, p. 24), como diz Watanabe:

Nos arts. 273 e 461, o legislador teve em vista todos os cinco tipos de provimentos. Particularmente no art. 461, para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para a obtenção do resultado prático correspondente, valeu-se o legislador da técnica da combinação de todos eles para conceber um processo que realmente propiciasse uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária. (WATANABE, 1996, p. 28).

Bedaque também compreende que as modalidades de tutela (declaratória, condenatória-executiva, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*) têm em comum a natureza satisfativa. Destinam-se a resolver, de uma vez por todas, as crises de direito material, restabelecendo o ordenamento jurídico e a paz social. E ao se satisfazer um direito, há declaração, constituição ou condenação. No entanto, há também decisões judiciais que visam à efetividade do direito já declarado ou consubstanciado em outro tipo de título que legitime a atuação jurisdicional, ou seja, fundamentadas em título executivo judicial ou extrajudicial e que portanto, não visam declarar, mas realizar o direito, porque o autor tem, ao menos no momento inicial, uma posição de superioridade em relação ao sujeito passivo, autorizando as medidas executivas e que permitem a sub-rogação. (BEDAQUE, 2009, p. 113-115).

A cautelaridade (BEDAQUE, 2009, p. 119-122), por sua vez, implica atividade cognitiva e executiva sem título, pois leva em conta os limites impostos pelo tempo e o dever de efetividade do processo na proteção dos direitos, adotando soluções imediatas destinadas a afastar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à efetividade da tutela final. Para tanto, inevitável alguma mitigação de garantias processuais, permitindo obter antecipadamente o resultado da atuação jurisdicional. A sumariedade em que a cognição é desenvolvida, com a função de impedir que o tempo comprometa a efetividade do processo, permite ao juiz manejar

os instrumentos à sua disposição da forma mais favorável à efetivação dos direitos, como imagem de Carnelutti em *Tratado del processo civile. Diritto e processo* (1958, p. 304), colacionada por Bedaque:

No exercício da função cautelar o juiz atua como verdadeiro artesão. Para obter o melhor resultado possível do seu trabalho, coloca a matéria-prima e os instrumentos na posição mais favorável possível. Isso ele faz para impedir que o fator tempo possa comprometer a qualidade do produto de sua atividade. Para tanto, pode impedir a mudança provável de uma situação, eliminar a alteração já ocorrida ou antecipar modificação possível de uma situação. (BEDAQUE, 2009, p. 125).

O provimento cautelar produz na relação jurídica material efeitos substancialmente análogos àqueles determinados pelos provimentos cognitivos ou executivos, não havendo entre eles diferença qualitativa, senão pela interinidade (BEDAQUE, 2009, 130-131). Enquanto não há decisão definitiva, o provimento regra o caso concreto, interferindo interinamente nele. Como bem percebe Bedaque, “[...] muito embora a tutela cautelar, ainda que de conteúdo antecipatório, não represente a solução do litígio, [...] dúvida não pode haver a respeito da influência decisiva da situação material sobre ela.” (BEDAQUE, 2009, p. 190) Ainda que interinamente, a decisão provisória interfere regulando imediatamente o caso concreto, porque plausível o direito afirmado:

Para que o provimento possa ser classificado como cautelar é preciso que sua estrutura legal revele a existência de nexos instrumental necessário e inafastável entre ele e o provimento final, suficiente para estabelecer a instabilidade do reconhecimento do direito, inidôneo para fixar o regramento definitivo do caso concreto. (BEDAQUE, 2009, p. 137).

Machado já entendeu que era indevida a efetivação por sub-rogação das medidas acautelatórias por ser o título executivo indispensável à sub-rogação. Contudo, mudou seu posicionamento ao se aperceber que, ao ser reconhecida a natureza cautelar da tutela específica antecipatória e inadmitir a sub-rogação, ficariam enormemente prejudicados os titulares de direitos infungíveis ou de obrigação de não fazer. Havendo resistência do réu quanto ao adimplemento voluntário, mesmo sofrendo a imposição de multa diária, impedido estaria o juiz de acautelar o direito do autor, algo incompatível com a efetividade do processo, compreendida como utilidade das decisões, conforme defende o autor em sua obra. A partir disso, acrescenta que não há qualquer obstáculo à viabilidade do uso do preceito cominatório no âmbito das obrigações de fazer fungíveis, porque o ordenamento jurídico não faz qualquer distinção neste sentido. (MACHADO, 1999, p. 602-603 e 33).

Em se tratando de tutelas antecipatórias específicas, o mandamento tanto poderá vir acompanhado de fixação de prazo para cumprimento do preceito sob pena de fixação de multa, bem como de ameaça de prática de medidas executivas de reforço, traduzidas numa “[...] ordem de cumprimento imediato [...] a depender da urgência e da gravidade do perigo que a providência visa combater.” Havendo tempo para o cumprimento voluntário do preceito pelo réu, pode o juiz promover as medidas necessárias para que o “o réu opere dita neutralização” (MACHADO, 1999, p. 603-604).

O provimento antecipado que possui exclusivo caráter cominatório (ameaça de multa) compatibiliza-se com a tutela antecipada sancionatória, mas não com a acautelatória dado que o judiciário não pode depender da boa vontade do réu para que seja provido o acautelamento do direito do autor. [...] Eis o motivo pelo qual, na perspectiva acautelatória, o juiz deverá fazer constar da decisão liminar, além da cominação de multa, a ameaça de emprego de medida coercitiva para o caso de descumprimento do preceito (MACHADO, 1999, p. 605).

E, em se tratando de casos que admitem a providência que assegura o resultado prático equivalente como cominação única de sanção, prepondera a eficácia mandamental sobre a condenatória, porquanto o que se busca é alcançar a realização concreta e imediata do interesse do autor, que se encontra em risco de perecer, e não qualquer resultado econômico. Não atendida a ordem, prossegue-se com imediata execução da obrigação de fazer por interposta pessoa, bastando, diante do contexto de urgência, a autorização judicial (MACHADO, 1999, p. 605).

Também há caráter nitidamente mandamental em antecipação de tutela em processos declarativos ou constitutivos, efetivando-se por ordem jurisdicional realizada por intermédio do oficial de justiça, como ocorre no arresto e no sequestro. (MACHADO, 1999, p. 607).

Por fim, Machado assevera que não há no provimento de tutelas provisórias o cumprimento em totalidade das garantias do devido processo. Portanto, o autor responde pelos prejuízos que venha a causar ao réu se o restar vencido. (MACHADO, 1999, p. 623).

Castagna ressalta ser possível o cumprimento da medida pelo próprio Estado, sem o concurso necessário de ato volitivo do réu, bastando a expedição de mandado para o cumprimento da diligência. E, em sendo necessário comportamento a ser praticado pelo demandado, caberá ao magistrado expedir ordem nesse sentido, valendo-se das medidas coercitivas admitidas por lei, de modo a convencer o réu a cumprir o comando jurisdicional antecipatório. (CASTAGNA, 2008, p. 263).

Sob a compreensão de que “[...] quanto mais maleáveis forem os meios de execução do provimento de segurança, mais efetiva será a tutela jurisdicional”, Luiz Fux assevera que os

meios de coerção devem ser utilizados apenas se inviável a sub-rogação, porque “A execução do provimento de segurança, como evidente, não pode ficar à mercê dessas solenidades, por isso que se efetiva de, através de providência jurisdicional que instrumentalize o comando urgente.” (FUX, 1996, p. 127).

A ideia contemporânea de execução assimila a necessidade de realizabilidade prática do direito material (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 61). Pensar o processo na perspectiva da tutela de direitos implica dissociar a tutela do direito da coisa julgada material, deixando de lado a suposição de que a tutela jurisdicional é restrita à declaração, constituição e à condenação. Por isso, implementar a tutela do direito no curso do processo de conhecimento mediante emprego de força da jurisdição não pode ser outra coisa senão execução. A efetivação torna concreta a tutela do direito, porque executar é realizar faticamente, não pressupondo, necessariamente, um título executivo na sua acepção clássica. Assim, a necessidade prática é o título executivo:

Não há mais por que esconder a execução atrás da coisa julgada material, ou melhor, da “declaração definitiva” de que o demandado é responsável, uma vez que a lógica da tutela sumária do direito é coordenada pela “ética da probabilidade”, que justifica o sacrifício do improvável em prol do provável quando isto é necessário para a tutela urgente do direito material. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 61-62).

Segundo Marinoni, Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade da teoria que atribui função cautelar à proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente ao evidenciar que a tutela é marcada pela provisoriedade, qualidade que advém da sumariedade da cognição e se contrapõe à definitividade da tutela prestada ao final do processo, sendo definida não pelo fato de ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas em função do direito material. (MARINONI, 2018, p. 74). “A jurisdição tem o dever de tutelar o direito provável – ameaçado por dano – à tutela do direito.” (MARINONI, 2018, p. 76). Entretanto, alude a uma circunstância, no seu entender, fundamental, e que é ignorada por Ovídio Baptista ao compreender que as tutelas acautelatórias são instrumentais em relação ao processo: “[...] a de que a tutela cautelar objetiva tutelar uma tutela do direito, como por exemplo, a tutela ressarcitória” (MARINONI, 2018, p. 80), porque quem pretende ressarcimento pede que se promova a segurança para receber o equivalente ao dano sofrido e, neste intuito, a decisão de mérito que condena a ressarcir é apenas uma das técnicas que contribuem para a prestação da tutela do direito e que não é suficiente para a tutela pelo equivalente, sendo possível a utilização de técnicas acautelatórias, como o arresto, que irá

subsistir não apenas até a condenação, mas até o cumprimento da decisão com a consequente tutela definitiva do direito. Portanto, “[...] a cautelar tutela o direito à tutela do direito, e não simplesmente o direito material ou a pretensão de direito material.” (MARINONI, 2018, p. 81), não se destinando, igualmente, a resguardar o processo que culmina na condenação, mas a garantir a frutuosidade da tutela do direito material, que depende das técnicas condenatória e executiva. “Há casos em que a ameaça não recai sobre a efetividade da tutela do direito, mas sobre a própria situação tutelável. A tutela cautelar, então, deixa de assegurar a efetividade da tutela do direito para assegurar a situação tutelável.” (MARINONI, 2018, p. 81).

Quando o Estado passa a ter o dever de tutelar os direitos fundamentais, a jurisdição, além de ter de dar atuação às normas que lhes dão proteção e de suprir omissão de proteção legislativa a esses direitos, obviamente passa a ter de outorgar tutela efetiva, deixando de existir razão para afirmar que a decisão por verossimilhança não pode atuar a vontade da lei (MARINONI, 2018, p. 63). O ordenamento jurídico afeito à efetivação dos direitos fundamentais torna a função de execução imprescindível à jurisdição, restando à função declaratória um segundo plano:

É que a função de outorgar tutela de direitos requer execução, pouco importando a cognição que lhe dá suporte ou o momento em que a decisão é proferida no processo de conhecimento. Não é por outra razão, aliás, que o próprio conceito de título executivo judicial passou a ter relação com a realizabilidade do direito e não com a certeza. (MARINONI, 2018, p. 64).

Sérgio Bermudes (1995, p. 36) já afirmava que a possibilidade de executar-se provisoriamente e de forma sumária um provimento jurisdicional faz cair por terra o dogma do *nulla executio sine titulo*, e por ser tratar de verdadeiro mito, como afirma Marinoni, o parágrafo único artigo 297, do novo Código de Processo Civil, admite tanto a execução completa quanto a execução incompleta fundamentada no título provisório, importando restar claro que o direito objeto da tutela antecipada deve ser realizado pelas medidas executivas adequadas à sua natureza e à situação de urgência em que se encontra inserido. (MARINONI, 2018, p. 165-168). A decisão que concede tutela antecipada pode levar à integral realização do direito e, assim, a uma “execução completa”, embora seja “execução” fundada em cognição sumária e, portanto, na perspectiva da doutrina tradicional, “execução provisória” (MARINONI, 2018, p. 166).

De acordo com Marinoni, a atuação da tutela urgente não pode se subordinar ao princípio da tipicidade das formas executivas, tendo o juiz amplo poder destinado à determinação dos meios executivos:

De acordo com o art. 297, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória, a qual observará as normas referentes à execução provisória da sentença no que couber. Além de o art. 297 utilizar a expressão efetivação, deixa claro que os meios para a efetivação podem ser eleitos pelo juiz conforme as particularidades do caso concreto e, ainda, que esta, não obstante fundada em cognição sumária, pode ser completa. (MARINONI, 2018, p. 168).

Ronaldo Brêtas entende que a autorização para utilizar as medidas que considerar adequadas pelo juiz há de ser interpretada como dever de utilizar as medidas autorizadas pelo artigo 536, §1º, do CPC, dispositivo que explicita as medidas de apoio recomendadas de forma genérica no artigo 297, a serem determinadas quando e se necessárias em razão das particularidades dos casos concretos, com o objetivo de conferir efetividade ao processo (BRÊTAS, 2020, p. 79-80), privilegiando dessa forma os deveres de previsibilidade procedimental e de não-surpresa.

Já Marinoni entende que a autorização para medidas executivas deve ser interpretada da forma mais ampla possível, porque o direito deve ser efetivado:

Não há dúvida de que o direito perde a sua qualidade se não puder ser efetivamente tutelado. A proibição de fazer justiça de mão própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão judicial, pois nesse caso ele estará fazendo prevalecer a sua vontade como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição, cuja atuação efetiva é imprescindível para a existência do próprio ordenamento jurídico. Ninguém pode negar que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta. Porém, a multa não constitui a única forma de coerção indireta e nem se pode dizer que é suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional" (MARINONI, 2017. p. 173).

Neste intuito, inclusive, a prisão civil deve ser deferida, afinal, o que a Constituição Brasileira proíbe é a prisão por dívida:

A interpretação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais. Se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, é absolutamente indispensável admitir o seu uso para a efetivação da tutela de outros direitos fundamentais. [...]

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que, em determinadas situações, o processo não terá efetividade, e, assim, que nestas hipóteses o ordenamento jurídico estará apenas proclamando direitos. [...]

A doutrina contemporânea, consciente da relevância de certos direitos de natureza não patrimonial, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação dos direitos fundamentais do homem (MARINONI, 2018, p. 174-175).

Portanto, no intuito de fazer cumprir suas ordens, pode-se inclusive agir sobre o corpo do devedor, a “[...] atenção aos direitos fundamentais e moderna hermenêutica constitucional”

não admitem que se enxergue apenas o que há de negativo na prisão, “[...] sendo uma violência positiva” para induzir o réu ao comportamento adequado: “Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de se perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações que não dependam de dinheiro, mas apenas de comportamento do demandado.” (MARINONI, 2018, p. 176).

Sérgio Arenhart também afirma a possibilidade de utilização da prisão, como “instrumento de pressão psicológica genérica” capaz de dar efetividade às ordens jurisdicionais em situações extremas, desde que oportunizando o exercício prévio do contraditório e da ampla defesa:

De outra parte, ainda que justificável a utilização da prisão civil como meio coercitivo, perante o direito brasileiro, é certo que – diante da falta de regulamentação legal específica (que discipline o uso deste meio coercitivo nos casos não especificamente designados) – é sempre recomendável o uso como padrão de operacionalidade da medida, das regras previstas para os casos pontualmente disciplinados (alimentos e depósito). Assim, recomenda-se de ordinário, o exercício do contraditório antes da decretação da prisão, bem como a plena garantia da prova para o requerido – que pode demonstrar não ser o meio adequado (já que inviável a prestação ordenada) ou ser a prisão evidentemente desproporcional. Apenas com a observância adequada das garantias materiais e processuais parece ser viável sustentar o uso deste remédio extremo, como instrumento de apoio ao cumprimento de ordens judiciais. (ARENHART, 2003, p. 396).

Uma vez que os artigos 297 e 396, do Código de Processo Civil, constituem verdadeiras cláusulas gerais executivas, o juiz está autorizado a determinar as medidas adequadas e necessárias à efetivação da tutela:

[...] não há como lhe negar a possibilidade de ordenar sob pena de prisão. A prisão nesse caso, é apenas um meio para a efetivação das decisões do juiz civil e não um meio destinado a castigar alguém por um crime ou compelir ao cumprimento de uma dívida pecuniária. No caso em que se ordena um fazer cuja observância depende apenas do comportamento do réu e, além disso, não exige dispêndio de patrimônio, o juiz pode ordenar o cumprimento – obviamente dando para tanto prazo suficiente – sob pena de prisão. O demandado deve ter a oportunidade de justificar a eventual impossibilidade do cumprimento. Escoado o prazo sem manifestação ou rejeitada a justificativa, o juiz deve determinar a expedição do mandado de prisão. O tempo da prisão, no caso em que se pretende um fazer, deve servir para vencer a resistência do réu, embora deva ter um limite. (MARINONI, 2018, p. 176).

Por conseguinte, as tutelas provisórias são ordens a serem cumpridas porque ao juiz compete proteger os direitos fundamentais adaptando o procedimento às necessidades do caso concreto, permitindo a participação do interessado e garantindo a previsibilidade do procedimento, sendo uma interpretação possível do devido processo porque “[...] dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver

sua concretização nos locais em que sua própria razão recomenda. De outra maneira os direitos ficarão desprovidos de tutela [...]” (MARINONI, 2018, p. 175).

Neste sentido, também já se manifestava Donaldo Armelin, afirmando a urgência de dotar a jurisdição de instrumentos de coação indireta que permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa, plena e exaustiva, não se cogitando a prisão por dívida, mas de restrição de liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. (ARMELIN, 1985, p. 136).

A premissa para a ampliação da interpretação das possibilidades constitucionais de prisão civil é o paradoxo “violência-positiva” a legitimar: uma ordem, sem título executivo previamente constituído para garantir direitos invioláveis e fundamentais. Se o juiz interpretar a norma constitucional que proíbe apenas prisão por dívida em sentido restrito, para a efetividade da jurisdição e a bem da proteção de direitos fundamentais, pode, inclusive, decretar a prisão civil. Tudo se justifica para a efetivação de direitos, isso é ser um processualista contemporâneo, no entender de Arenhart, Marinoni e Mitidiero:

O critério da “adequação da tutela aos direitos fundamentais processuais” é elemento dogmático que dá à doutrina, ao juiz e ao advogado poder de argumentar diante da legislação processual. A sua compreensão, portanto, permite o afastamento do estado de inércia daqueles que, por ainda viverem mergulhados no processo civil do século XX, não questionam a adequação do Código de Processo Civil para a tutela. Por outro lado, elimina as opiniões doutrinárias e as decisões arbitrárias que, intuindo o equívoco do Código de 1973, não possuem fundamento dogmático para demonstrar que a legislação pode e deve ser corrigida. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO; 2016, p. 73).

Semanticamente, verbo “cominar” quer dizer “ameaçar com sanção” e se origina do latim *cominare*, que significa “ameaçar com pena ou castigo no caso de infração ou falta de cumprimento de ordem ou preceito”. A ação cominatória, também conhecida como ação de preceito cominatório ou de embargos à primeira, descende, no Brasil, das Ordenações Filipinas, que assim prescreviam:

Se algum se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar ou tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas cousas do outro, que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e, se, depois dela, receber ofensa daquele, de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornara tudo o que foi sentido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou e menosprezou seu mandado, como achar por direito. (Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título 78, §5º).

O Código de Processo Civil de 1939 instituiu procedimento de preceito cominatório em que se requeria ao juiz que determinasse a expedição de uma ordem, sem ouvir a parte contrária,

a fim de que o réu prestasse um ato ou se abstinhasse, em determinado tempo, sob pena de multa, bem como oferecesse defesa no prazo legal, ônus que, se não exercido, resultava na confirmação da ordem por sentença. Diferente da execução forçada, que exigia o título executivo alicerçando a pretensão do credor, a ordem cominatória fundamentava-se nas afirmações unilaterais do autor, que poderiam ou não ser sustentadas por provas documentais do alegado (MUNIZ, 1983, p. 28). Se suficientemente convicto, o juiz ordenava a pronta satisfação da pretensão do autor e cominava pena ao réu em caso de não cumprimento do preceito:

Além de apressar, à maneira do monitório, a obtenção do título executivo, pretendia emprestar-lhe uma certeza de concretização em qualquer circunstância, pela cominação de pena, em caso de não cumprimento da obrigação. Assim, não cumprida a obrigação, o réu passava a suportar a pena, por força do preceito, tão logo este fosse confirmado por sentença definitiva. [...] Do juiz, sim, era a competência para, determinando a expedição do preceito, ordenar do mandado constasse a cominação, estabelecida em conformidade com o caso concreto: fosse por força de contrato, ou a arbitrada pelo juiz, à falta da primeira. (MUNIZ, 1983, p. 27).

Entretanto, o código de 1939 limitava as pretensões obrigacionais, estabelecendo o art. 302, XII, que a ação cominatória competia a quem, por lei ou convenção, tivesse direito de exigir de outrem que se abstinhasse de ato ou prestasse fato, dentro de certo prazo, e a cominação era exclusivamente de multa, cuja execução ficava suspensa caso o réu contestasse a ação, o que acabou por esvaziar o conteúdo monitório da ação (MUNIZ, 1983, p. 45).

Ovídio Baptista ressalta que a característica essencial das ações cominatórias é de que a antecipação realizada vai além da mera segurança, satisfazendo a pretensão da parte, haja vista o ancestral §5º, do Título 78, do Livro 3º das Ordenações Filipinas, em que o juiz, ao despachar a inicial, sentenciava, o que significava que condenava, ainda que sob reserva. E ação cominatória do CPC/1939, em casos específicos, admitia a execução antes da condenação, diante da apresentação de títulos previstos naquele Código (Art. 298c/c 299), penhorando bens ordenando imediatamente para depois condenar. (BAPTISTA DA SILVA, 1979, p. 88).

À semelhança do que se admitia nas Ordenações Filipinas, Scarpanela Bueno tampouco vê óbices do novo Código de Processo Civil à realização de qualquer medida necessária para a efetivação de direitos sob cognição sumária, admitindo a possibilidade de o juiz inclusive tornar bens do réu não citado indisponíveis para a satisfação futura de direito do exequente ou de seu sócio ou da pessoa jurídica quando se tratar de desconsideração inversa da personalidade jurídica:

Pode acontecer de o tempo necessário para a concretização da citação poder, de alguma forma, comprometer a efetividade do direito material pelo e no processo. Neste caso, é viável, sistematicamente, a concessão de tutela provisória fundamentada em urgência (arts. 300 e 301) que signifique, por exemplo, a indisponibilidade de bens do citando – inclusive por meio eletrônico, observando-se, no particular, a disciplina do art. 854 –, com vistas à satisfação futura do direito do exequente também contra o patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica, quando se tratar de “desconsideração inversa”. É conclusão que decorre do sistema processual civil – “ordenado, disciplinado e interpretado” a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” –, sendo indiferente, pois, a inexistência de previsão expressa a esse respeito entre os arts. 133 a 137. (BUENO, 2020, p. 649).

A depender das elucubrações do solitário juiz no sacerdotal dever de fazer cumprir a Constituição Brasileira, a adaptação procedimental pode levá-lo a encontrar caminhos inimagináveis para alguns ou a repetir caminhos realizados numa época em que não havia o dever de observar os direitos hoje fundamentais, como dignidade, vida, liberdade, devido processo, contraditório, ampla defesa (com recursos inerentes) e reserva legal, por exemplo.

Reis Friede observa que o exercício do poder estatal por meio da jurisdição em nenhuma hipótese o autoriza ou atribui poder que não esteja nitidamente previsto e limitado na Constituição Brasileira e leis que com ela convergem. A Constituição Brasileira não outorga poderes aos juízes para fazer uma atécnica justiça, de forma ampla, subjetiva e absoluta, pois que o que lhes foi outorgado foi o dever de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente, majoritariamente criado em sua vertente legislativa. A atribuição jurisdicional encontra-se rigorosamente limitada à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que se convencionou chamar de justiça à sua acepção básica, objetiva e concreta, que depende da preexistência do direito. (FRIEDE, 1996, p. 3-4).

Diante disso, os pronunciamentos provisórios, fundados em cognição sumária, independem da simples vontade derivada da valoração particular e subjetiva do juiz, que não pode conceder qualquer tipo de medida liminar sem a comprovada presença da totalidade de seus requisitos condicionadores, bem como da observância da totalidade das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, como também tem o dever de concedê-las quando provados os pressupostos autorizadores.

As limitações e imperatividades impostas pela Constituição Brasileira atingem não somente os magistrados, como também as demais funções de Estado. Normas que autorizam o exercício de um poder infiscalizável não são exercício legítimo das prerrogativas constitucionais, como afirma Friede:

Trata-se, de maneira efetiva, da inafastável imperatividade – e por via de consequência, rigorosa observância – das normas jurídicas de direito positivo referentes (ou não) às medidas liminares – por todos (mas em especial, pelos aplicadores da lei) – como natural imposição da segurança das relações sociojurídicas, dentro do contexto amplo e binário básico do direito que privilegia, além da dimensão do valor justiça, fundamentalmente a segurança das relações jurídicas. (FRIEDIE, 1996, p. 6).

A subversão da ordem legal, divorciando-se de normas legais e da técnica jurídica própria, de modo a traduzir o que é mais conveniente para cada um ou para cada caso em particular gera instabilidade jurídica incompatível com o Estado de Direito:

Não é por outro motivo, portanto, que não cabe ao magistrado, em nenhuma hipótese, se contrapor à ordem jurídica vigente, através do reconhecimento de um Direito Insurgente que simplesmente desafia o imperativo da ordem jurídica e de seu consequente arcabouço técnico-científico que, em última análise, possui o condão de nortear a sua própria legitimidade técnica. (FRIEDIE, 1996, p. 18).

Decisões exaradas por cognição sumária, antecipando a execução de um conhecimento ainda não efetivado, invadem a esfera de interesses do réu, que neste passo, encontra-se em grande vulnerabilidade processual, porque a decisão é concebida sem sua efetiva participação no exercício do contraditório com as defesas e recursos inerentes, bem como sem a segurança da coisa julgada posta somente após a cognição exauriente.

Permitir executar antes do conhecer para declarar, por sua clara excepcionalidade, pede um procedimento que garanta fiscalidade, bem como torna imprescindíveis a reversibilidade da decisão e a limitação dos meios de se fazer cumprirem as decisões jurisdicionais provisórias como garantia da isonomia processual a que todos têm direito. Um estado constitucional que preza pela harmonia do ordenamento jurídico e afirma ter a Constituição e a efetivação de direitos fundamentais como primazia não pode olvidar que, assim como a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, também ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, bem como não será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o inafastável devido processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 atribui à jurisdição o dever de efetivação de direitos e, para tanto, optou por normas abertas, de modo que o juiz tenha maior liberdade na persecução da eficiência da jurisdição.

A marca essencial do código é a eficiência na efetivação de direitos fundamentais acertados constitucionalmente, entretanto, a doutrina diverge sobre a melhor maneira de efetivá-los ou ao menos harmonizá-los, havendo uma tendência a se compreender que a eficiência da jurisdição deve ser priorizada para assim se concretizarem os demais direitos.

Priorizar a eficiência induz à centralização da organização procedimental no juiz, que deve adaptar o procedimento à melhor forma de efetivar os direitos, cuidando para que a organização não represente prejuízo ao direito ao contraditório e à previsibilidade decisória.

O equilíbrio entre exercício do contraditório e eficiência jurisdicional na efetivação de direitos se dará pela motivação das decisões que precisam apresentar claramente os fundamentos das conclusões do magistrado.

Conhecidos os fundamentos da decisão, as partes, o judiciário e a sociedade em geral podem fiscalizá-las e verificar a adequação com o ordenamento jurídico constitucional.

Para o legislador brasileiro, a opção por normas abertas permite uma maior adequação procedimental, olvidando-se que dificulta e, por vezes, inviabiliza a fiscalização das interpretações dadas pelos magistrados aos direitos e deveres constitucionais, porque também as normas constitucionais são cláusulas que estão sujeitas à interpretação jurisdicional.

A demarcação pelo processo, entendido como procedimento em contraditório para estruturação da decisão, é meio de se permitir um mínimo de fiscalidade às decisões, se todos os sujeitos do processo se submeterem ao devido processo constitucional.

Ao se admitir que decisões provisórias têm, na realidade do caso concreto, a razão de serem, e ao se prescrever que o juiz usará de todos os meios admitidos pelo ordenamento jurídico para concretizar direitos, credita-se aos jurisdicionados ampla vulnerabilidade jurídica a ser suprida pela proteção judicial.

A escolha legislativa foi por uma flexibilização procedimental que privilegie a rapidez das decisões. Assim, a opção foi por apresentar normas abertas cujo o sentido seja preenchido pelos sujeitos processuais na estruturação procedimental. O preenchimento, por princípio, deverá ser realizado em contraditório, entretanto quando se percebe necessário para efetivação de direito evidente ou de difícil reparação, o exercício do contraditório pode ser postergado.

Diante da noção que nenhum dos direitos fundamentais é absoluto, mas que são harmônicos, a atual legislação brasileira prescreve que, em se tratando de decisões provisórias, o contraditório há que ser útil à efetivação de direitos, podendo ser postergado quando nesse intuito. Deprendendo-se também que o devido processo constitucional há que ser maleável para que novos direitos que venham a ser ameaçados possam ser eficientemente protegidos, depositando-se a confiança nos sujeitos processuais e, em especial, na autoridade Judicial certo que o pacto constitucional de efetivação imediata de direitos e das garantias fundamentais será respeitado.

Portanto, as normas abertas têm seu significado preenchido pelos intérpretes que são os sujeitos processuais que irão, na estrutura procedimental e no exercício do contraditório, influenciar o decisor no preenchimento das lacunas. A segurança jurídica não estaria abalada porque o ordenamento é unitário e todos os sujeitos processuais, em que pese seus interesses, deveres e ônus processuais, estão em contraditório e em colaboração buscando a efetivação de direitos.

Entretanto, em se tratando de decisões provisórias, entendeu-se que o decisor pode encontrar-se diante de uma realidade cujo significado emerge, dispensando a colaboração de outros sujeitos para o contraditório prévio que seria um formalismo a atravancar a efetivação de direitos, quebrando a harmonia do ordenamento. Portanto, é a própria realidade que preenche de significado as cláusulas de urgência ou evidência de direito e, eventual engano, será corrigido por meio da realização do contraditório postergado.

Assim, presente a evidência de direito em si ou a noção de urgência entendida como evidência de uma probabilidade de direito somada ao perigo de lesão ao direito ou risco ao resultado útil do processo, cabe ao juiz dar imediata efetivação aos direitos, como determina a Constituição.

É importante destacar que o legislador infraconstitucional admite a falibilidade do decisor e determina que as decisões devem ser reversíveis, entretanto, respeitada doutrina brasileira compreende que a realidade pode ser tão enfática que se houver risco de lesão irreversível ao direito, permite-se a concessão de tutelas de urgência, pois do contrário, significaria impedir o acesso ao judiciário.

A autorização do juízo de convicção está fundamentada na harmonia do ordenamento jurídico, porque, se o ordenamento jurídico é unívoco, o resultado do procedimento realizado em contraditório encontrará o mesmo significado que a realidade já evidenciou, portanto, exigir um contraditório prévio, seria mero formalismo e protelação da efetivação de direitos.

A autorização legislativa para que o decisor interprete diretamente a realidade que lhe é apresentada sem a prévia participação de todos os interessados, entrega o preenchimento das cláusulas abertas à subjetividade do decisor e essa entrega, não permite a fiscalização prévia e contínua das escolhas realizadas pelo decisor.

A ausência de um procedimento previamente estabelecido, ordenando e disciplinando o poder do juiz acarreta desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes, tornando imprescindível a clareza na motivação das decisões provisórias, de modo a afastar o arbítrio judicial.

Percebe-se também que somente é possível algum controle das decisões provisórias se fundamentadas em provas porque, se fundamentadas em probabilidade de direito, implica na percepção subjetiva do julgador. A escolha do Código de Processo Civil pode significar ganho na efetivação de direitos se os magistrados forem subjetivamente capazes de bem compreender e interpretar as normas constitucionais, fazendo jus à confiança do legislador. No entanto, há risco de ampliação da insegurança jurídica porque juízes diferentes decidindo casos concretos semelhantes, especialmente com fulcro em probabilidade e por cognição sumária, poderão chegar a conclusões diversas, exigindo maior controle por parte dos órgãos superiores, abarrotando os tribunais de recursos e tornando menos eficiente a jurisdição, mesmo considerando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

As decisões provisórias constituem-se de ordens fundamentadas em probabilidade, que devem ser primeiro cumpridas e somente depois discutidas. Por isso, têm caráter cominatório e não induzem a mínima segurança jurídica que se espera de um ordenamento jurídico, mesmo para pronunciamentos de urgência.

Por ser a urgência uma situação excepcional que permite inclusive a postergação da participação de interessados na construção da decisão, maiores devem ser os cuidados no tratamento do procedimento. Decisões que limitam direitos daqueles ainda não ouvidos precisam ser excepcionais, fundamentadas em provas e com consequências jurídicas previamente esclarecidas por lei.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 56, abr./jun. 2015. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Dierle\\_Nunes\\_&\\_Erico\\_Andrade.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1282730/Dierle_Nunes_&_Erico_Andrade.pdf). Acesso em: 17 mai. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Secretaria dos Negócios da Procuradoria de Justiça, n. 23, p. 136, jun-1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBALHO, João Uchôa Cavalcanti. **Constituição Federa Brasileira (1891) – Comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia, 1924.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. *In: Temas de Direito Processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. Disponível em: <file:///C:/Users/jagla/Downloads/8836-26017-1-PB>. Acesso em: 24 mai. 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, 1997, v. 9, n. 7, p. 197–208, jan./jun., 1995, p. 198. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOR EIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual>. Acesso em 25 abr. 2022.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Por um processo socialmente efetivo**. **Revista de Processo**. v. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 181 – 190, Jan/Mar, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. (Exposição sistemática do procedimento). 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Afonso. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Afonso. **Curso de Processo Civil**: processo cautelar (tutela de urgência). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência**: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico. 2016. (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BarrosVDM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosVDM_1.pdf) Acesso em: 7 de junho de 2022.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fundamentos e Inovações do Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Teoria Geral do Direito Processual Civil** – Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 10 ed. . São Paulo: Saraiva, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CANOTILHO, Gomes J. J. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed. Tradução de Hilomar Martins Oliveira, São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CASTAGNA, Ricardo Alessando. **Tutela de Urgência: Análise teórica e dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros. 20. ed. 2005.

CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio, 4. ed. São Paulo: Quorum, 2009.

CORDEIRO LEAL, André. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. v.1, 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. v.4, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. v.2, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 14. ed. 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. Execução provisória de mandado de segurança. São Paulo: **Justitia**, jul/set, 1980, disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/65c316>. Acesso em 07 de junho de 2022.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Helena. **Eficiência da jurisdição**: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

FRIEDIE, Reis. **Aspectos Fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica, tutela antecipada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência** (Fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os Princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. Brasília: **Revista do TST**, v. 82, n. 3, jul-set 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/96971> . Acesso em: 27 mai. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54201/34875>. Acesso em: 20 mai. 2022

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. 2. ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**; Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. v I, Tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LEAL, Rosemiro Pereira. Antecipação de Tutela - Fundado Receio de Dano Irreparável na Antecipação de Tutela no Processo Civil. **Revista de Direito Civil**. Jul/Ago 2000. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDC\\_06\\_54.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_54.pdf) Acesso em: 29 mai. 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus–Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Temática Processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Civil: Primeiros Estudos**. 15. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: Uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 43–55, 2016. DOI: 10.22197/rbdpp.v2i1.16. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/16>. Acesso em: 1 mai. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção. As cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado, 1998, n.139, p. 7. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>, Acesso em: 25 abr. 2022.

MUNIZ, Severino. **Ações cominatórias à luz do art. 287 do Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1983.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Erico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. nº 56, abr./jun. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 26, n. 26, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 4, 2004.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. Breves esclarecimentos sobre o sistema das Tutelas Provisórias. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n.13. Jan./Julho2016 – ISSN2176-977X. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/9383/10149> Acesso em: 09 mai. 2022.

POPPER, Karl Raimund. **Autobiografia intelectual**. 2. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1986.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1972.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária** (1972). Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, Karl. **O racionalismo crítico na Política**. 2. ed. Coletânea de Ensaios. Brasília: UnB., 1994.

RAATZ, Igor. **Tutelas Provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Organizador: Bruno Dantas. Brasília. Ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, ISSN: 0034-835x. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/ril\\_v48\\_n190-Tomo1.pdf#page=90](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ril_v48_n190-Tomo1.pdf#page=90) Acesso em 25 mai. 2022.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. A “prova” exigida para concessão da tutela de urgência: a demonstração, no plano processual, dos requisitos autorizadores para concessão da tutela cautelar e da antecipação de tutela. *In: A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). São Paulo: Ed. Verbatim, 2013, p. 407/426. Disponível em: <http://silvaribeiro.com.br/artigospdf/a4.pdf>. Acesso em 26 mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>.

Acesso em: 6 mai. 2022

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Tutela antecipada antecedente**: estabilização. Tomo: Processo Civil, Edição 1, Junho de 2018. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/192/edicao-1/tutela-antecipada-antecedente:-estabilizacao>. Acesso em: 05 mai. 2022.

TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Tradução de Laura Marinquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutelas provisórias segundo o novo código de processo civil: tutela de urgência e tutela da evidência. **Revista Jurídica de Seguros / CNseg** N. 6. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2017. Disponível em: [https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista\\_Juridica\\_Ed-6\\_mai17\\_completo.pdf#page=10](https://cnseg.org.br/data/files/03/90/74/15/D5B8B610948677B63A8AA8A8/Revista_Juridica_Ed-6_mai17_completo.pdf#page=10). Acesso em: 30 mai. 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do Processo Democrático e técnica probatória. *In: Técnica Processual*. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VALI, Lori. Algumas considerações sobre a origem da Teoria da Probabilidade. **Revista Brasileira de História da Matemática** - Vol. 8 no 16 (outubro/2008 -março/2009) - pág.143-153 Publicação Oficial da Sociedade Brasileira de História da Matemática ISSN 1519-955X, Disponível em: <http://rbhm.org.br/index.php/RBHM/article/view/177/163>. Acesso em: 13 jan. de 2022.

WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer. *In: A reforma do Código de Processo Civil*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER. Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In: Textos de Weber*. COHN, Gabriel (Org.). 7. ed. São Paulo: Ática, 2004.

WOLKART, Erick. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/17363>. Acesso em 7 de junho de 2022.

YASHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora. 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável – direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese. v.4, n.22, (mar./abr. 2003), p.14-29.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.