

# 3

## UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC (A CRITICAL ANALYSIS ON THE STABILIZATION OF ANTECIPATED JUDICIAL PROTECTION IN THE NEW CPC)

Clênderson Rodrigues da Cruz<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente ensaio tem como objeto a análise crítica do novo regime da tutela provisória no Novo CPC, especificamente a previsão da estabilização da tutela antecipada e sua eficácia no controle da litigiosidade. Nesse influxo, a fim de conhecer o regime que antecedeu o novel diploma, analisaremos criticamente a Tutela Provisória no CPC de 1973, fruto de alterações legislativas ao longo dos últimos 20 anos. Demonstraremos que essas alterações que prestigiam a celeridade (urgência) foram prestigiadas conjuntamente com a “simplificação” do processo, o que culminou na mitigação de suas garantias fundamentais. Por fim analisaremos a estabilização da tutela antecipada em face da duração razoável do processo.

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Processual PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual da Fapam. Advogado. E-mail: [clendersoncruz@gmail.com](mailto:clendersoncruz@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7986631822670463>.

**Palavras-chaves:** Novo CPC. Tutela Provisória. Estabilização. Celeridade. Devido Processo Constitucional.

### ABSTRACT

This essay is subject to critical analysis of the new regime of interim protection in the New CPC. This influx, in order to know what regime that preceded the novel diploma, critically analyze the Trusteeship Early in 1973 CPC, the result of legislative changes over the past 20 years. We demonstrate that these changes that give prestige to the speed (urgency) were jointly sung with the choir for the “simplification” of the process, which culminated in the mitigation of its fundamental guarantees. Finally, we will analyze the stabilization of early guardianship due to the reasonable length of the process.

**Keywords:** New CPC. Provisional protection. Stabilization. Speed. Due process.

**SUMÁRIO:** Introdução; 2. O discurso pela celeridade; 3. As alterações legislativas que antecederam o novo CPC e implantaram as tutelas da urgencialidade; 4. A estabilização da tutela antecipada no novo CPC; Conclusão; Referência bibliográfica.

### INTRODUÇÃO

A carência pela implementação de direitos fundamentais tem como resultado direto o forte apelo popular que culmina, muitas vezes, no pleito de uma atividade jurisdicional célere como forma de diminuir suas mazelas cotidianas.

Entrementes, nesse contexto, multiplicam-se propostas de acesso rápido à justiça, às vezes, em prejuízo do devido processo constitucional. O resultado obtido é descompassado com o Estado Democrático de Direito e representa a subvalorização das conquistas processuais pós-Constituição de 1988, em proveito de um famigerado discurso da “pressa”.

Não negligenciamos que a duração razoável do processo também é uma garantia fundamental prevista em nosso CPC, em nossa Constituição e, até mesmo, em Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil. Contudo, a duração razoável do processo não se confunde com rapidez,

garantias processuais não são delongas e a participação da parte não é um capricho.

Assim, pretendemos com o presente artigo analisar as alterações legislativas que prestigiam a celeridade (urgência) através de “tutelas” emergenciais estabilizadas em confronto com a principiologia do processo constitucional.

## 2. O DISCURSO PELA CELERIDADE

A ineficiência do Estado perante a atividade-dever de exercer a jurisdição é uma realidade na sociedade. Vislumbramos nas secretarias dos Fóruns uma crescente carga de ações judiciais que permanecem por um longo tempo aguardando seu desfecho em inversa proporção à estruturação do próprio Judiciário. A sensação de abandono do jurisdicionado impera e ele se sente incapaz de participar ou adentrar na “Lei”, aos moldes *Kafkianos*<sup>2</sup>.

Nesse contexto, as manifestações críticas e as insatisfações com a função jurisdicional são de matrizes variadas perpassando desde a demora crônica em que é prestada até mesmo por sua perspectiva institucional, que embora negligenciada por seus órgãos, assume grande responsabilidade, uma vez que a sociedade deposita esperança nesses órgãos. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2012, p. 155)

Com efeito, é de se esperar que a referida ineficiência tenha consequências e, uma de suas principais, é o clamor social por um processo célere, capaz de lhe ofertar o bem da vida jurídica<sup>3</sup> pretendido no menor tempo cronológico<sup>4</sup> possível, que tem como consequência a propagação da crença de que as responsáveis pela demora seriam as

<sup>2</sup> *Diante da Lei. Franz Kafka.*

<sup>3</sup> LEAL substitui a expressão bem da vida por bem da vida jurídica por se tratar essa da *res in judicium deducta*, ou seja, o provimento deverá observar o princípio da substanciação e se limitar ao que fora pedido na petição inicial, como forma de resguardar o contraditório e a ampla defesa. (2012, p. 138)

<sup>4</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. Exposição: “O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil”. II Encontro Nacional do IBRASPP, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 2012.

garantias constitucionais do processo, tais como: o contraditório efetivo, a ampla defesa exauriente e seus efeitos no processo<sup>5</sup>.

Nada obstante, o discurso de que *o tempo é inimigo do direito* ganha relevância na doutrina, alçando as tutelas de urgência o *status* de arma em face desse inimigo (DINAMARCO, 2009, p. 166). Isso porque, conforme Bedaque, o apego exagerado à forma é o fator decisivo para o agravamento da crise no Judiciário, mormente após a expansão do acesso à justiça (2010, p. 22), de forma que as tutelas emergenciais, despidas de formalidades, representariam a solução do problema da litigiosidade.<sup>6</sup>

Sob tais balizamentos, há alguns anos Bedaque propõe a estabilização da tutela sumária de conteúdo antecipatório afastando seu critério provisório e revogável, dispensando a cognição plena. Esta, só teria lugar se alguma das partes requeresse formalmente a tutela de cognição exauriente. (2010, p. 56)

Com efeito, Bedaque cogitava a ideia de que uma vez preenchidos os requisitos da tutela antecipatória, a instauração de processo com a finalidade instrutória de cognição plena seria desnecessária, o que parece redundar em uma confiança sobre-humana que o órgão julgador, da exposição sumária de provas e elementos, pudesse decidir, isoladamente, o caso. A sobredita medida proporcionaria, segundo o autor, uma decisão estável, de caráter definitivo, em uma tutela antecipatória, sem se perpassar pelas fases cognitivas do processo, o que representaria um ganho temporal enorme. (2000)

Santos Filho, na esteira do acima mencionado, afirma que a diminuição da cognição pelo julgador, através do emprego de técnicas de sumarização processual, seria de fundamental importância para uma tutela de efetividade substancial (2005, p. 84).

<sup>5</sup> Essas garantias constitucionais, juntamente com a isonomia, o direito ao advogado, a fundamentação das decisões, a imparcialidade, a duração razoável do processo representam a observância do devido processo constitucional no procedimento, como condições sem as quais não se efetiva o processo democrático. (CRUZ, 2016)

<sup>6</sup> Devemos esclarecer que Bedaque elenca o problema estrutural do Judiciário como uma causa para a crise, entretanto, não vê possibilidade de melhora estrutural por ser inviável economicamente. (2010, p. 22)

Para Santos Filho, é absolutamente ineficaz o direito processual que tenha preocupação com sua autonomia e não servir ao direito material, o que segundo ele, redundara em um tratamento do réu como digno de perdão e caridade e privilegiado destinatário da ampla defesa, debitando ao autor o ônus temporal do processo (2005, 107).

É neste contexto que ganha prestígio as chamadas tutelas de urgência<sup>7</sup> como sendo aquelas capazes de permitir a medida satisfativa final sem a necessidade de percorrer as fases do processo de conhecimento. Corrobora com fato, a adoção de práticas informais e pela redução do processo a uma sequência lógica de atos (procedimento) com a mitigação de garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação das decisões, direito ao advogado e a imparcialidade).

Entretanto, ao coletar dados sobre a Justiça, percebemos que a sumarização dos procedimentos não gerou o efeito desejado nos últimos anos. Aliás, o colapso do Judiciário está demonstrado pelo “Justiça em Números” do CNJ e sugere um problema estrutural.

Hodiernamente, o Conselho Nacional de Justiça divulga o censo do Judiciário através do Projeto “Justiça em números”, no qual demonstra procurar analisar a litigiosidade no país, tomando por base os números do Judiciário.

Levando em consideração apenas a Justiça Mineira, referente ao exercício de 2014 publicado em 2015<sup>8</sup>, o Relatório revelou que a Movimentação Processual da Justiça Estadual de Minas Gerais possui 4.079.337 casos pendentes, sendo 1.976.428 de casos novos. No mesmo ano foram baixados (encerrados) cerca de 1.730.819 processos. Ao se realizar uma análise desses números, percebemos que os casos novos superam os casos baixados em um percentual de 14% (doze por cento), ou seja, aproximadamente 245.000 processos. (CNJ, 2015, p. 141)

Por outro lado, a taxa de congestionamento em Minas Gerais é de 71,4% (setenta e um inteiros e quatro décimos por cento), sendo

<sup>7</sup> Segundo Flaviane Magalhães as tutelas de urgência antecipatórias “possuem como característica a satisfatividade, ou seja, atinge o bem da vida pretendido no processo principal, o fato discutido no mérito da causa”. (2011, p. 14)

<sup>8</sup> Optamos por utilizar os números de 2014 de forma a evidenciar que esses números se referem a vigência do CPC de 1973.

que cada Magistrado possui 6.111 processos sob sua responsabilidade em média. Cada magistrado recebeu aproximadamente outros 1.641 processos no ano sob análise, enquanto os Desembargadores mineiros receberam em média 2.022 processos. No ano em análise, foram proferidas, em média, cerca de 1.553 sentenças por magistrado. Assim, levando em consideração que haviam 6.111 processos sob a responsabilidade de um único magistrado e houve uma média de 1.553 sentenças por magistrado, permaneceram sem solução cerca de 4.500 processos. (CNJ, 2015, p. 141)

Outro dado importante, é que hoje existem 1.645 vagas para magistrados, sendo que dessas vagas, 577 estão sem ocupação, ou seja, quase 30% dos cargos encontram-se em vacância. O mesmo ocorre com os servidores que de 16.363 cargos existentes existem 14.094 providos, restando em vacância cerca de 2.269 cargos, ou seja, quase 15% das vagas. (CNJ, 2015, p. 140)

Vale destacar que, paradoxalmente, mesmo diante desse quadro caótico, ao invés de buscar meios alternativos para desafogamento do Judiciário, o TJMG possuía no ano em análise apenas dezessete centros judiciários de solução de conflito e cidadania<sup>9</sup>. (CNJ, 2015, p. 70)

Outro dado relevante para nossa discussão é que o maior número de ações pendentes na justiça é de natureza executiva, ou seja, aquelas nas quais não há a fase cognitiva ou essa fase já se exauriu. Na verdade, o problema judicial se concentra na ausência de cumprimento da obrigação e não propriamente na cognição do direito, o que se relaciona integralmente com a estruturação. Se a premissa de que a cognição plenária é a responsável pelo grande número de casos e pela demora em sua solução fosse verdadeira, obviamente, deveria se ter uma taxa de congestionamento maior no número de processos de conhecimento.

Visualizamos ainda outro instrumento de coleta de dados, o Relatório de Inspeção Preventiva do Poder Judiciário do Estado de Minas realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - Corregedoria, publicado em setembro de 2012. Ele ressalta, a título de exemplo, que a 3ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte possuía na data da análise

<sup>9</sup> O número de CEJUSC's aumentaram muito, contando o Judiciário mineiro hoje com 95 CEJUSC, após a obrigatoriedade e vigência do Novo CPC.

1.449 processos paralisados há mais de 30 dias, além de 1.153 processos conclusos há mais de 30 dias, sendo 302 processos para despacho e 851 para sentença.

Destacamos, que tais números não demonstram a ineficiência dos servidores lá alocados, pelo contrário, existiam na referida vara 5.711 processos em tramitação para um único Juiz responsável e 14 servidores, sendo que desses, apenas 11 eram efetivos. O que se vê, destarte, é que a estrutura administrativa e funcional ofertada pelo Estado é insuficiente para se ofertar a duração razoável do processo. O Estado submete tais servidores a condições de trabalho subumanas e as medidas de sumarização da cognição não são suficientes a estancar tal quadro.

Ainda mais, em recente estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas FGV-SP em parceria com o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, chegou-se à conclusão que há vários canais de incentivo à judicialização, como é o caso conscientização do cidadão de seus direitos (o que é louvável), a violação de direitos pelo setor público, a busca de novos nichos pela advocacia de massa e a própria mídia, que ao tentar conscientizar a população de informações sobre seus direitos, dissemina informações equivocadas incentivando o ingresso de pretensões descabidas em juízo.

Com efeito, estes fundamentos demonstram que a cognição exauriente não é a culpada pela não observância da duração razoável do processo, mas, sim, um evidente problema estrutural do Estado.

Por isso, endossamos o posicionamento teórico do Prof. Brêtas de Carvalho Dias, para quem a restrição a qualquer das garantias fundamentais do processo sob justificativa de tornar célere o procedimento revela-se inconstitucional e antidemocrática, estimulando o arbítrio dos juízes e fomentando a insegurança jurídica. (2012, p. 163)

Destarte, ao pensarmos em um sistema de “urgência” não podemos descurar da exigência constitucional do devido processo legal e, conseqüentemente, da cognição plena, bem como imaginar que esse represente a salvação da litigiosidade.

### 3. AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ANTECEDERAM O NOVO CPC E IMPLANTARAM AS TUTELAS DA URGENCIALIDADE

Conforme nos informa Andrade e Nunes, o tema das tutelas processuais diferenciadas passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho do italiano Proto Pisani, em 1973, com a finalidade de se adequar as técnicas de acolhimento do direito as diversas hipóteses de pretensão, quebrando a partir daí o modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena. (2015)

Informam ainda que o CPC de 1973, da lavra de Alfredo Buzaid, buscava a tutela comum, sem as preocupações com o fator temporal. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, o direito processual tornou-se mais sensível as tutelas antecipadas, culminando em várias reformas, com a introdução dessas técnicas da urgencialidade, seguindo a tendência recorrente e existente desde a década de 1970, conforme informa o Relatório Geral do Projeto *Firenze*, de Cappelletti e Garth. (ANDRADE; NUNES, 2015)

Muito embora a preocupação essencial de Alfredo Buzaid no CPC de 1973 era a tutela comum, ele dedicou um capítulo específico para a Tutela Cautelar, criando o Livro IV, do Processo Cautelar. O livro relacionava-se com a ideia de cautelaridade proposta por Calamandrei, em que a tutela cautelar seria o “instrumento do instrumento”. (TALAMINI, 2012, p. 14)

Todavia, evidenciou-se que a função tipicamente cautelar do procedimento impedia a tutela satisfativa. Ademais, o procedimento era dotado de um formalismo desnecessário, ocasionando a duplicidade de processos e conseqüentemente de seus atos, culminando no desuso do processo autônomo, popularizando a cautelar incidental. (TALAMINI, 2012, p. 14)

Por suposto, a cautelaridade prevista originalmente no CPC de 1973 não foi suficiente para afastar o que chamam de “demora inerente ao conhecimento das alegações dos litigantes”. (MARINONI, 2007, p. 365)

Nesta quadra, em meados de 1994 o Código de Processo Civil foi alterado pela Lei n. 8.952/94 com propósito de incluir a antecipação



de tutela de cunho satisfativo em caso de abuso do direito de defesa. A referida alteração normativa teve como fundamento antecipar parte dos resultados do processo, e segundo alguns, como Ovídio Baptista, representou uma profunda reforma ao “envelhecido e arcaico” procedimento ordinário (*apud* Santos Filho, 2005, p. 111). Em 2002, foi incluída mais uma hipótese de antecipação ao permitir a tutela antecipatória da parcela da demanda que se tornou incontroversa.

Essas alterações foram defendidas com veemência por parte da doutrina. Marinoni, um dos percussores no tema, que foi estudado por ele em estágio doutoral na Itália, afirma que nosso Processo Civil é visivelmente atrelado ao liberalismo clássico, donde surge uma posição de vantagem para o réu, que teria a plena realização da oportunidade de defesa antes do provimento, enquanto o autor suportaria o ônus do tempo por essa “proteção”. (2007, p. 367)

Dessarte, o autor propõe que a distribuição do tempo no processo deve seguir a lógica da distribuição do ônus da prova, o que justificaria a tutela antecipatória. Se o autor fez prova de seu direito, surge a possibilidade de ser concedida a tutela satisfativa, enquanto se aguarda que o réu se desincumba do ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (MARINONI, 2007, p. 369)

Com efeito, para Marinoni, a divisão do “ônus” do tempo representaria a prevalência do princípio da isonomia processual. O ônus do tempo do processo é transferido ao réu, por utilizar provas diferentes da documental. (2007, p. 307)

Respeitosamente não podemos concordar com as conclusões acima apresentadas. A tutela antecipada só teria lugar quando se tivesse um direito líquido e certo a ser tutelado. Ao se permitir a antecipação da tutela por probabilidade, rompe-se com o equilíbrio processual. É se aceitar um provimento que venha a causar uma restrição de patrimônio ou de direito ao réu como sanção pelo uso do devido processo legal.

Obviamente, antecipar a tutela satisfativa para evitar o perecimento do direito ou evitar um dano irreparável quando se tratar de um direito pré-cógnito é compatível, todavia, adotar a antecipação da tutela como sanção ou como sumarização do procedimento, é anular toda a conquista dos últimos setenta anos, ignorando o moderno

contraditório e a necessária participação dos sujeitos processuais na decisão.

Outra alteração legislativa antecedente que se assemelha ao instituto que pretendemos estudar e que merece destaque foi a inclusão do art. 285-A no CPC através da Lei n. 11.277/2006. O dispositivo legal citado permitiu ao juiz, antes mesmo de completar a formação da relação processual com a citação do réu, sentenciar pela improcedência liminar do pedido, desde que a matéria tratasse exclusivamente de direito e outros casos idênticos já tivessem tido seus pedidos julgados totalmente improcedentes<sup>10</sup>.

Com efeito, o principal fundamento da doutrina para aceitá-la é que não havia afronta ao direito de defesa e a imparcialidade, já que o réu, que não participou, seria o principal beneficiado pela sentença, inclusive por nada suportar. (MARINONI, 2007, p. 364).

É de se ver que o artigo ignorou a concepção mais moderna sobre o contraditório, desconhecendo a essencial participação das partes na construção da decisão. No dispositivo legal citado, verificamos que ainda não superamos o íntimo convencimento do juiz, prejudicando a ampla defesa como argumentação exauriente, uma vez que a decisão nesse caso é ato solitário do juiz. Ademais, representa o dispositivo um abono ao elevado grau de subjetividade do magistrado para aferir o que venha a ser uma causa cuja discussão seja exclusivamente de direito, bem como para confrontar o caso em julgamento com os casos anteriores.

Destarte, desde o código anterior a urgencialidade e a sumarização do direito são realidades em nosso sistema, sem se aperceber que a litigiosidade persiste. O Estado permanece ineficaz, não se estrutura e, o mais grave, exerce uma dominação absoluta através das tutelas socializadoras (escopos metajurídicos do processo).

Ilegitimamente, a lógica de resolução de conflitos por números através da sumarização do processo possui “*uma lógica funcionalista*”

<sup>10</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (CPC, 1973)

*e perversa, que, certamente, deve ser problematizada discursiva e incessantemente*” (NUNES, 2009, p. 174 e 175). Ainda pior, a lógica adotada se mostra ineficaz para diminuir a litigiosidade, conforme demonstramos no item anterior.

#### **4. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC**

Conquanto vivamos a era da Constitucionalização do Direito, uma tendência mundial, insistimos em criar meios autocráticos de resolução de nossos conflitos, em boa medida apoiados na celeridade. O Novo CPC reproduz parcialmente tais anseios, o que pode ser verificado a partir da leitura de seu anteprojeto e atual exposição de motivos.

A Comissão de Juristas deixa clara sua opção pela “celeridade”, quando afirma que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. Esse potencial está explicitado ao longo do texto legislativo com várias previsões de constitucionalidade questionável.

Na mesma esteira, a comissão de juristas apresenta como marco a “duração razoável do processo”, porque, segundo eles, “a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”. Entretanto, percebemos na Exposição de Motivos que a duração razoável do processo foi compreendida como sinônimo de celeridade, o que é um equívoco, uma vez que a duração razoável do processo é um dos corolários do devido processo constitucional e, por óbvio, não admitiria atropelos autocráticos que tem como fundamento a celeridade.

Nesse diapasão, o Novo CPC dedicou um Livro exclusivo ao tema da “Tutela Provisória”, que poderia se fundamentar em urgência (cautelar ou antecipada) e evidência. A primeira pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental e dispensa a existência de processo autônomo para sua instrumentalização aproximando-se do sistema francês, como nos informa Andrade e Nunes. (2015)

Entretanto, nossa atenção se volta principalmente para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista no art. 303 do

Novo CPC<sup>11</sup>. Autoriza o dispositivo que, se a urgência for contemporânea a propositura da ação, o autor restrinja sua petição exclusivamente ao pedido da tutela antecipada e a indicação do pedido da tutela final, com uma breve exposição da lide, do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Esses elementos seriam suficientes a ofertar ao Juiz material fático e jurídico suficiente aos fundamentos de “seu” convencimento, que deverão ser expostos de forma clara e precisa<sup>12</sup>.

Frisamos, a análise desse dispositivo sob a óptica do capítulo das normas fundamentais do processo civil, qualifica-o como um típico instrumento totalitário, em que o Judiciário decidirá e ofertará a tutela de urgência com ausência de provas robustas e de argumentação exauriente, uma vez que o art. 303 as exige.

Acaso seja concedida a tutela, o autor terá o prazo de 15 dias para aditar a inicial, complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar a tutela do pedido final, enquanto o réu será intimado para audiência de conciliação, momento no qual, não havendo composição, será iniciado o prazo para defesa.

No entanto, o objeto de nosso estudo se encontra no art. 304<sup>13</sup>, que prevê que se o réu não interpuser o Recurso em face da concessão da medida, ou seja, Agravo de Instrumento (art. 1015, I), torna-se estável a decisão que concedeu a tutela, com a consequente extinção do processo. Trata-se de uma decisão com exame de mérito, como qualquer outra produzida em um procedimento de cognição exauriente. (RAATZ; ANCHIETA, 2015).

Portanto, mesmo sem haver contraditório ou participação ativa da parte demandada, poderá ser verificado uma decisão estável, passível de execução. Ressaltamos, como pontua Raatz e Anchieta, que essa

<sup>11</sup> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

<sup>12</sup> Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

<sup>13</sup> Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

decisão não tem como pressuposto prova, mas, sim, um juízo de probabilidade. (2015)

O instituto jurídico criado da estabilização da tutela provisória a partir do art. 304 do CPC representa a atribuição do caráter monitorio a tutela urgente. Busca o Novo CPC com tal inovação acelerar a produção de resultados práticos (atalho para a execução), atribuir força preclusiva intensa a inercia do réu, transferir o ônus da instauração do processo de conhecimento ao réu e não produz coisa julgada material. (TALAMINI, 2015, p. 24)

Verificamos, assim, a estabilização de uma decisão judicial sem a participação da parte ré, em completa afronta ao contraditório (arts. 7º e 9º). E isso é bem lembrado por Talamini: não há contraditório no processo, nem em sua modalidade eventual, nem em sua modalidade invertida. (2012, p. 23)

Segundo Andrade e Nunes, o Novo CPC trilhou a linha de evolução da tutela sumária, a partir dos modelos francês e italiano, que admitem, como o sistema brasileiro agora, a desvinculação entre a tutela de cognição sumária da tutela de cognição exauriente, tendo como consequência a estabilização da tutela de urgência antecipada sem a necessidade de confirmação ao final pela decisão fruto de uma cognição exauriente. (2015)

Dessa forma, é dever do réu evitar a extinção do processo e consequentemente provocar a cognição exauriente. Para tanto, o meio posto à disposição do réu pelo novo CPC é interpor o recurso cabível, que é o Agravo de Instrumento (art. 1015, I), para evitar assim a extinção do processo e consequente estabilização da decisão, conforme se vê no *caput* do art. 304.

Entretanto, há discussões acadêmicas sobre a taxatividade do meio de evitar a extinção do processo e estabilização da decisão. Há aqueles que acreditam que qualquer manifestação defensiva é apta a impedir a extinção e estabilização do processo, em uma análise lógico-sistemática do parágrafo quarto do art. 304. Assim como há quem creia que a ausência de interposição de Agravo de Instrumento acarreta de imediato a extinção do processo, com a dispensa do autor até mesmo de aditar sua inicial conforme lhe determina o inciso primeiro do parágrafo primeiro do art. 303.

Ademais, restaria ao réu, em caso de extinção, a possibilidade de demandar a modificação ou revogação da tutela antecipada concedida, através de propositura de nova demanda, conforme autoriza o art. 304, § 4º, do CPC. Decerto, esse prazo é limitado, conforme se vê no parágrafo seguinte, limitando-se ao prazo de 2 anos a partir da decisão. Após esse prazo a decisão torna-se estável e não é mais passível de modificação, embora não sofra os efeitos da coisa julgada.

Deve-se esclarecer que a teor do parágrafo sexto do mesmo artigo, essa decisão não é apta a formar coisa julgada, em razão da ausência de contraditório. Talamini esclarece que o “instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente”. (2015, p. 28)

Contudo há informações de que a doutrina estaria proclamando a necessidade de relativizar o parágrafo quinto do art. 304 e conferir um tratamento conjunto para as estabilidades dos atos processuais, com a superação da abordagem cognitivista que concentra na declaração do mérito e conferir caráter regulatório também aos efeitos do ato jurisdicional. (RAATZ; ANCHIETA, 2015). Decerto, faltaria a esse caráter regulatório legitimação democrática, pois essa é oriunda da participação das partes em contraditório e não da normatividade atribuída ao ato pela atividade jurisdicional. Ao que parece, o prazo de 2 anos para exercício de impugnação a tutela antecipada concedida deverá ser considerado um prazo decadencial. (ANDRADE; NUNES, 2015)

Outrossim, a decisão estabilizada oriunda da tutela provisória de urgência nos termos dos arts. 303 e 304, afronta o art. 9º do CPC, uma vez que o inciso primeiro do parágrafo único de tal artigo permite, taxativamente, a inobservância do contraditório em relação a tutela provisória de urgência, e não em relação a decisão estabilizada. Não podemos considerar que a simples oportunidade do contraditório como sua exauriência, até porque não se pode ter certeza de aquele que o réu citado tenha o real entendimento sobre as consequências de sua inércia.

Com efeito, a estabilização da tutela antecipada é recebida de forma festiva pela doutrina que acredita que por meio dela e por técnicas de sumarização, o juiz poderá decidir com base em cognição sumária

com alto grau de estabilidade, prestigiando a celeridade e efetividade do processo. (RAATZ; ANCHIETA, 2015)

Mesmo que justifiquem que a estabilização da tutela antecipada prestigia a celeridade processual, os teóricos que apoiam tal medida esquecem da vigência do Estado Democrático, que exige a cognição exauriente por apresentar maior segurança jurídica e maior grau de participação do sujeito processual na formação da decisão, conforme pontuam Andrade e Nunes:

o processo de cognição exauriente tem as seguintes características básicas: (a) plena realização do contraditório de forma antecipada, ou seja, antes de qualquer decisão de mérito; (b) o contraditório se realiza conforme modelo normativo mais estrito; (c) 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 acertamento judicial; (d) aos provimentos de cognição plena e exauriente se atribui a autoridade de coisa julgada; (2015)

Mais do que isso. A adoção de técnicas de estabilização das tutelas antecipadas redundam em várias questões sem resposta. Conquanto não seja possível declinar todas, trazemos algumas delas: como se daria essa estabilização no caso de citação ficta (edital ou hora certa) quando o réu não comparecer e não tiver ciência da existência do processo. Ele sofrerá as consequências dessa tutela? E se apenas descobrir a existência do processo depois de dois anos, operar-se-á a decadência de seu direito de provocar a cognição exauriente? Da mesma forma, e nas ações em que estão sendo discutidos direitos indisponíveis, seria lícito a estabilização sem a cognição exauriente? Sejamos simples, seria possível a estabilização sem oportunizar o contraditório? Isso sem imaginar os processos em face da Fazenda Pública. O recurso seria obrigatório ou haveria a remessa obrigatória da decisão concessiva para controle pelo segundo grau? Essas perguntas encontram-se sem resposta, e como diz Talamini, após relacionar os limites e as dúvidas acima, diferentemente da ação monitória, no processo comum nem sempre o que está sendo discutido são cobranças de direitos obrigacionais, o que poderia gerar problemas jurídicos de altíssima gravidade. (2012, p. 25 e 26)

Na verdade, mais do que dúvidas de técnica processual, as questões acima demonstram a ausência de legitimação democrática de tais medidas, que podem ter consequências extremamente severas.

E como se comprovou com dados oficiais no tópico anterior, a adoção de medidas de urgência há mais de vinte anos não nos garantiu uma diminuição de nossa litigiosidade, pois não ataca o verdadeiro problema que é a execução e a ausência de estrutura do Estado para solucionar todas as demandas. Pode até haver diminuição do tempo de uma sentença tencionada a ser definitiva, no entanto, a satisfação das obrigações representadas por esses direitos pode permanecer sem resolução.

Com essas medidas apenas reforçamos os déficits de democraticidade de nossa sociedade, entregando nossa sorte ao Judiciário, que mesmo imbuído de sentimentos castiços, não possui estrutura para recepcionar toda essa massa de conflitos. Por isso, devemos pensar um caminho alternativo e romper com a persistência dessas ideias de prestígio à “pressa”, à sumarização do direito, entre outras, que perduram há mais de meio século.

Não olvidamos que a demora processual é prejudicial à instalação do Estado Democrático de Direito; também não sustentamos que a Constituição não trouxe em seu bojo a consagração da duração razoável do processo. Também não ignoramos os benefícios que podem ser verificados nas tutelas de urgência em casos específicos. O que pretendemos, destarte, é pensar um caminho para harmonizar o princípio da duração razoável e suas medidas de urgência com o processo constitucionalizado.

Brêtas de Carvalho Dias assevera que a exigência constitucional da duração razoável do processo não pode impor ao povo a aceleração de procedimentos pela diminuição das garantias processuais, sob pena de ser considerada inconstitucional. (2012, p. 163)

Nesse contexto, poderíamos ter como argumento ideológico e descompromissado com a Democracia a afirmação que a sumarização do procedimento através de estabilização de tutelas antecipadas seria capaz de eliminar a massa de conflitos e isso foi demonstrado acima. Pelo contrário, o referido argumento reforçará os grandes déficits de democraticidade, uma vez que a técnica estudada nesse artigo fortalece a figura do Juiz e importa diretamente em um ambiente totalitário.



Não acreditamos que seja necessária a escolha entre processo em tempo razoável (que insistem em chamar de *célere*) e garantias processuais, o que levaria supostamente na necessária escolha de um em prejuízo do outro. No Estado Democrático de Direito é vedada a referida exclusão, sendo certo que esses não se repelem, ao contrário, tem uma íntima ligação.

Com efeito, é possível o controle do tempo do processo pelo devido processo legal, quando esse é visto como uma estrutura técnica procedimental capaz de permitir a fiscalização absoluta por todos os sujeitos processuais<sup>14</sup>, de todos por todos.

Conquanto seja atraente o discurso da celeridade, as disposições constitucionais, mormente as de garantias fundamentais do processo, não são comandos normativos abstratos e entregues exclusivamente ao Juízo que recebe a missão de efetivá-los solitariamente. Ao contrário disso, o discurso constitucional tem sua interpretação sistêmica construtiva e operacional pelo povo por meio de uma teoria do processo. (LEAL, 2013, p. 37)

Com efeito, a duração razoável do processo assegurada na CF/88 não representa aceleração pela decisão segundo a consciência do juízo (com abolição da participação das partes na formação do provimento) (LEAL, 2013, p. 17).

Portanto, o que está assegurado é processo sem demasiada demora, com espaço-tempo adequado a realização de todos os atos, garantindo às partes a atuação e participação na formação do provimento, em todos os âmbitos. Outrossim, que permita, sem atropelos, o respeito às garantias fundamentais do processo e que satisfaça também aos anseios das partes, não se tornando um motivo de tortura psicológica.

## CONCLUSÃO

Em conclusão percebe-se que a estabilização das tutelas antecipadas, ou seja, a adoção de “tutelas” emergenciais não são suficientes para alcançar a razoável duração do processo. Em que pese os esforços

<sup>14</sup> Sujeitos processuais aqui considerados as partes, o juiz, o ministério público, os auxiliares da justiça, enfim, todos aqueles que de certa forma participam do procedimento.

teóricos no sentido de informalizar o processo, tal medida não importará em diminuição da litigiosidade.

Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça esclarecem que as medidas emergenciais adotadas há mais de 20 anos, inclusive com a mitigação de garantias constitucionais do processo, não vêm surtindo o esperado efeito, demonstrando que um dos problemas principais é a ausência de estrutura funcional da Função Jurisdicional.

É diante de tal quadro que se acredita que a estabilidade da tutela antecipada não trará diminuição efetiva da litigiosidade, mas sim a abertura da fiscalidade ampla e irrestrita em todos os níveis de poder pelo devido processo constitucional que poderá trazer benefícios e uma melhora ao sistema judicial, como forma de permitir aos legitimados a participação e fiscalização do tempo do processo.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ANCHIETA, Natasha; RAATZ, Igor. *Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

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*. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BAPTISTA, Ovídio. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira – Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2015: ano-base 2014/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório de Inspeção Preventiva – Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2012

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma trajetória conjectural*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Estudos em Avaliação Educacional*. São Paulo, n. 20, p. 183-202, jul-dez. 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. 4. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TALAMINI, EDUARDO. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. In Revista de Processo. REpro. Ano 2012. Edição 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VARGAS, Daniel Vianna. *Da tutela antecipada antecedente no Novo CPC – Breves Observações*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 106-113, set.-out. 2015.

*Recebido em 4/5/2017*

*Aprovado em 29/5/2017*