



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

A TUTELA ANTECIPADA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

ORIENTANDA: THAYRINE MURIELL DE BRITO SOARES
ORIENTADOR: PROF. MA ELIANE RODRIGUES NUNES

GOIÂNIA
2021

ORIENTANDA: THAYRINE MURIELL DE BRITO SOARES

A TUTELA ANTECIPADA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Artigo Científico apresentado a disciplina de Trabalho de Curso II, do Departamento Ciências Jurídicas, curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUCGOIÁS.

Orientadora: Profa. Ma. Eliane Rodrigues Nunes

GOIÂNIA
2021

THAYRINE MURIELL DE BRITO SOARES

A TUTELA ANTECIPADA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Data da Defesa: 02 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Profa. Ma. Eliane Rodrigues Nunes nota: 10

Examinador Convidado: Des. Dr. José Carlos de Oliveira nota: 10

A Deus, aos meus pais Idalberto Dias Soares e Nilva de Brito Dias (*in memoriam*) e ao meu esposo Jonathas dedico este trabalho, na esperança de poder merecer o sentimento de orgulho pelo esforço alcançado.

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo.” - Nelson Mandela.

Agradeço a Deus por conseguir chegar até esta etapa de minha vida. Agradeço a Professora Ma. Eliane Rodrigues Nunes e ao Professor Des. José Carlos de Oliveira, pela experiência transmitida nos ensinamentos, bem como pela paciência e dedicação, fatores que, sem dúvida, contribuíram para que este trabalho pudesse ter êxito.

A todos aqueles, de uma ou outra forma, caminharam comigo, transmitindo-me serenidade e concedendo-me o apoio da amizade, imprescindível no convívio acadêmico.

SUMÁRIO

RESUMO	6
INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	9
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA FEIÇÃO SUBSTANCIAL E FORMAL	11
2 A TUTELA ANTECIPADA	13
2.1 CONCEITO	14
2.2 FUNDAMENTO LEGAL	15
2.3 REQUISITOS.....	16
2.4 PROCEDIMENTO.....	17
3 DECISÕES ANTECIPATÓRIAS DE TUTELA	19
3.1 A IMPORTÂNCIA DA PROVA PARA O DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	20
3.2 A ADEQUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	22
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS	28
APÊNDICE(S)	30

A TUTELA ANTECIPADA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Thayrine Muriell de Brito Soares*¹

RESUMO

O presente trabalho analisa a antecipação de tutela prevista no Código de Processo Civil sob a ótica do devido processo legal, posto que configura aparente violação ao devido processo legal. Dentro dessa perspectiva de análise, foram realizadas pesquisas bibliográficas que se mostraram essenciais, considerando que forneceram um estudo teórico, embasado na lei e na jurisprudência. Como foco de análise, este artigo, optou pelo estudo pormenorizado do devido processo legal, com a sua evolução histórica, bem como a análise de sua feição substancial e formal. Em seguida, foi estudada a abordagem da previsão legal, fundamentação e função da tutela antecipada. Após a realização dessa abordagem, foi realizado o levantamento de correntes doutrinárias divergentes com a apresentação de solução cabível quando se acredita que há a colisão entre o princípio em que a tutela antecipada se baseia e o do devido processo legal. Foi realizada também pesquisa de campo por meio da elaboração de questionário e de entrevista com uma Juíza de Direito, com o objetivo de analisar se a concessão de tutela antecipada de forma antecedente fere o princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Devido Processo Legal. Tutela Antecipada. Adequação.

* Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, estagiária na 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Goiás, thayrinemuriel@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo da adequação da tutela antecipada ao devido processo legal, apresentando o conceito do devido processo legal, expondo acerca de sua evolução histórica, discorrendo a respeito da tutela prevista no Código de Processo Civil, e, por fim, selecionando teorias conflitantes a respeito da figura da tutela antecipada e o devido processo legal, bem como possíveis respostas a problemática apresentada.

Dessa forma, questiona-se a adequação da tutela antecipada ao devido processo legal, apresentando posicionamentos divergentes a respeito do assunto, expondo a função do supracitado princípio, bem como da antecipação de tutela na seara de efetivação dos direitos.

O Princípio do Devido Processo Constitucional é previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, e garante ao titular de direito a segurança de participar de um processo pautado em todas as garantias constitucionais.

Sobre o Devido Processo Legal, imperioso salientar outros dois princípios que o compõem, quais sejam: o do contraditório e da ampla defesa, sendo este a oportunidade de ambas as partes terem acesso a todos os meios de provas possíveis para alcançar o seu direito e, aquele, o direito de contradizer todas as acusações feitas em um processo.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que consagra o princípio do devido processo legal, também garante a todos o direito a um processo efetivo e de duração razoável, sem que a morosidade presente na justiça brasileira frustrate o objetivo almejado pelas partes da relação jurídica processual: a solução da controvérsia jurídica.

Para isso, o Código de Processo Civil utiliza-se da Tutela Provisória, que tem como objetivo maior trazer efetividade ao processo. Por sua vez, a tutela provisória se subdivide em tutela de urgência e evidência, sendo requerido a probabilidade do direito e o perigo da demora para as de urgência e, para o deferimento da tutela de evidência, é dispensado o requisito do perigo da demora.

Desse modo, a tutela de urgência se subdivide em tutela cautelar e antecipada, sendo a cautelar deferida com o objetivo de assegurar os resultados até o deslinde da lide e a antecipada possuindo cunho satisfativo, de modo a antecipar os

resultados. Importante ressaltar que o deferimento da tutela de antecipada, visando garantir a efetividade de direitos fundamentais, ocasiona diversas consequências, considerando que essa será deferida ao autor se presente os requisitos que a autorizam, a saber: o perigo da demora e a probabilidade do direito.

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente é proferida com base em uma cognição sumária, sem que o magistrado tenha acesso a outra parte do processo, ou seja, sem a citação do réu. Desse modo, a decisão não será fundamentada em uma cognição exauriente, o que não obsta que ela produza seus efeitos no mundo dos fatos, impondo a outra parte uma obrigação de cumprir a referida decisão.

Diante disso, considerando essa possibilidade presente no Código de Processo Civil, que possibilita ao provável detentor do direito a oportunidade de obter decisão judicial que antecipe os efeitos práticos da tutela jurisdicional, fundamentada em uma cognição sumária e sem a participação do Réu, e, ao mesmo tempo, a necessidade de respeitar os princípios do devido processo legal, balizador de todo ordenamento jurídico, nasce a necessidade, já levantada pela doutrina, de questionar a adequação da tutela antecipada ao devido processo legal.

A pesquisa utilizou-se de métodos científicos para melhor compreensão do tema anteriormente apresentado. Sempre nos limites dos objetivos propostos, a pesquisa se desenvolveu da seguinte forma: método indutivo, na medida em que foram observadas várias posições doutrinárias divergentes. A pesquisa de campo também foi realizada, com a entrevista com uma juíza de direito, para identificar os problemas e necessidades para o respeito do devido processo legal na tutela antecipada.

Este artigo contém três seções: a primeira discorre sobre o princípio do devido processo legal, sua evolução histórica, bem como sua feição substancial e formal. A segunda seção trata da tutela antecipada, seu conceito e a presença dos requisitos autorizadores de sua concessão. Por fim, o terceiro capítulo se dedica à análise das decisões antecipatórias de tutela, assim como a necessidade de prova inequívoca, apresentando opiniões divergentes sobre a adequação da tutela antecipada ao devido processo legal.

1 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Os princípios estão presentes no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente são uma das fontes de nosso direito. O presente trabalho se dedicará a análise do devido processo legal como garantia e princípio. Não resta dúvida de que este princípio é o norteador de toda estrutura processual brasileira, e sem ele, recairíamos sobre a aplicação do direito sem a devida equidade.

Para melhor compreensão acerca do aludido princípio, é de curial importância mencionar a definição elaborada por Tavares (2012, p. 740):

É imprescindível, preliminarmente, destrinchar os elementos da consagrada expressão “devido processo legal”. Para tanto, proceder-se-á, preliminarmente, à verificação do conteúdo de cada termo componente da expressão. Assim, considera-se que o termo “devido” assume o sentido de algo “previsto”, “tipificado”. Mas não é só. Também requer que seja justo. “Processo”, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos trâmites, formalidades, procedimentos, garantias. São as práticas do mundo jurídico em geral. “Legal”, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a Constituição como a legislação. Reunindo, nesses termos, os componentes, tem-se: “garantias previstas juridicamente”. Esse, sucintamente, o significado da expressão “devido processo legal”.

De igual forma, é de grande valia transcrever as considerações feitas por Dinamarco & Lopes (2017, p. 75):

A doutrina tem muita dificuldade em conceito o devido processo legal e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga e caracterizada pela amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência americana empenhada em expressar o que sente por *due process of law*², diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos.

Ademais, o devido processo constitucional encontra-se seu fundamento na Carta Magna de 1988, sendo a garantia e, ao mesmo tempo, o limite dos direitos e liberdades dos cidadãos, proporcionando a convergência entre os direitos processuais e constitucionais. A Constituição, por sua vez, além de prever os direitos processuais,

1. ² Law of the land (expressão que daria origem, mais tarde, ao due process of law) foi utilizada, pela primeira vez, no texto da Carta Magna, de 1275 (subscrita pelo Rei João Sem Terra). (SOAREZ & CARABELLI, 2019, p. 24)

instituiu os princípios garantidores desses direitos, tais como: o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Quanto à ideia do devido processo legal em sua feição substancial, a primeira vez, necessária se faz a lição trazida por Rodrigues *apud* Ramos (2007, p. 108).

Ela passaria, agora, a ser instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame do seu acordo com a razão (*reasonableness*). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se (...) na consideração mais importante do direito constitucional americano. E, uma vez que, pela aplicação da 'regra da razão' (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O surgimento do devido processo legal se deu na Idade Média, por meio da Carta Magna de 1215, inicialmente concebida como simples limitação às ações reais (Borges Netto, 2000).

O contexto de criação da Carta Magna de João Sem Terra se deu no período de transição entre a alta idade média e a baixa idade média (século X ao XI), marcado pelo afastamento do sistema feudal e origem do capitalismo, e tinha como objetivo limitar as ações do Rei da Inglaterra.

Em seguida, o princípio do devido processo legal acobertou-se inicialmente sob a locução "*law of the land*". Em 1354, editada lei pelo Parlamento inglês que substitui o termo "*law of the land*" por "*due process of law*". (Borges Netto, 2000).

Essa expressão fazia referência estritamente à vedação ou limitação dos direitos de vida, liberdade e patrimoniais de um homem sem que houvesse a instauração de um processo, ainda que precário, ao se comparar ao modelo atual.

Posteriormente, o devido processo legal teve sua primeira aparição nos Estados Unidos por meio das Emendas Constitucionais, e a sua aplicação se deu em litígios de natureza patrimonial de terras.

Nos Estados Unidos da América, o princípio se fez presente por meio das Emendas Constitucionais V e XIV, sendo que até mesmo antes dessas alterações já havia Estados que adotavam a cláusula do devido processo legal (entre eles, Virgínia, Massachusetts, Nova York, Pensilvânia e Maryland).¹² A aplicação do princípio durante séculos nos tribunais anglo-

saxões fez mostrar a verdadeira face do devido processo legal, cunhando-o e justificando-o como princípio-síntese, do qual decorrem todos os demais. (SOARES & CARABELLI, 2019, p. 22).

No Brasil, a primeira Constituição Federal que abarcou o princípio foi a de 1988, que adotou o devido processo legal de forma expressa em seu texto, entretanto, a Constituição de 1824 trazia uma feição substancial em seu texto. Anteriormente, a aplicação do devido processo era defendida doutrinariamente.

A respeito da previsão constitucional do princípio do devido processo legal:

Foi somente na Constituição de 1988 (art. 5º, LIV)¹⁴ que se consagrou o princípio como norma escrita. Todavia, como se verá, trata-se de um macroprincípio ou princípio-síntese que norteia vários outros, independentemente de participar ou não da legislação escrita. Assim, onde estiverem os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso à justiça, para citar alguns, sejam isolados ou, como modernamente se defende, pela confluência entre eles, estará presente também o princípio do devido processo legal. (SOARES & CARABELLI, 2019, p. 24).

No sistema norte-americano, “o conceito de devido processo abraçado na Constituição remonta diretamente, há 600 anos, a Runnymede. É mais do que um conceito técnico, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema e nosso modo de vida – a toda pessoa deverá ser concedido o que é devido”.¹⁶ No sistema italiano, ainda que não seja para elaborar um conceito, mas no que toca à evolução dele, observa-se a afirmação categórica de que “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.¹⁷ Dois bons exemplos da dimensão processual e material que podem alcançar o princípio – o processo que dá os meios adequados à produção de resultados adequados. É visível a bipartição do devido processo legal, a contemplar a sua faceta processual e a material. (SOARES & CARABELLI, 2019, p. 25).

1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA FEIÇÃO SUBSTANCIAL E FORMAL

O devido processo legal pode ser estudado a partir de duas facetas: a substancial e a forma. A substancial constitui no controle do poder estatal, e a formal consiste nas diretrizes pelas quais o processo, seja ele civil, trabalhista, penal, administrativo, deve obedecer.

Neste sentido:

Atualmente, o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (substantive due process) e devido processo legal forma (procedural due process). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das

normas jurídicas. (...) No sentido formal, encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigindo ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos. (THEODORO JR. *apud* NEVES, 2019, P. 175).

Outrossim, sobre o devido processo legal substantivo aduz Soares & Carabelli (2019, p. 44):

A amplitude da expressão do devido processo legal substancial diz respeito, de um modo geral, “à limitação imposta ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade”.⁸⁵ Representa uma limitação ao mérito das ações estatais, sobretudo aos Poderes Legislativo e Executivo, devendo as leis e os atos manifestar a razoabilidade e a justiça desde sua elaboração. Por outras palavras, trata-se da fusão objetiva da aplicação de vários princípios (legalidade, moralidade, eticidade etc.), que permite uma aproximação entre o ideal e o real, de modo a garantir “o exercício pleno e absoluto dos direitos”,⁸⁶ em sentido amplo, que sejam relacionados à liberdade, à propriedade, dentre outros.

Por sua vez, aduz Tavares (2012, p. 741):

O devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de “paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa”². Na realidade, a paridade de “armas” tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária. É, em realidade, o próprio contraditório. A plenitude de defesa, referida no conceito de devido processo legal, significa o direito à defesa técnica, à publicidade da decisão, à citação, à produção ampla de provas, ao juiz natural, aos recursos legais e constitucionais, à decisão final imutável, à revisão criminal, ao duplo grau de jurisdição³. Já o devido processo legal aplicado no âmbito material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade. Em sede de ação direta de inconstitucionalidade, em concessão de medida liminar, o Ministro CELSO DE MELLO entendeu que o princípio da razoabilidade infere-se “enquanto projeção concretizadora do ‘substantive due process of law’, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado”⁴.

Dessa maneira, não há dúvidas sobre a importância do devido processo legal, sendo corolário do contraditório e ampla defesa e aplicado em processos judiciais e administrativos. Pode-se afirmar que o devido processo legal em sua feição formal é voltado para dentro do processo, enquanto a sua faceta substancial se faz presente no campo extraprocessual.

2 A TUTELA ANTECIPADA

Este capítulo terá por objetivo o estudo da figura da tutela no processo civil brasileiro, sua previsão legal, aplicabilidade e conceito.

Inicialmente, importante salientar que a tutela antecipada se trata de uma das espécies de tutela provisória que, por sua vez, foi criada pelo legislador como forma de se referir à tutela cautelar e à tutela antecipada, sendo esta última a que iremos aprofundar o debate neste trabalho.

Dessa maneira, pode-se dizer que a expressão tutela provisória é o gênero, e tutela de urgência e evidência espécie e, por fim, a tutela cautelar e antecipada, subespécies.

A seguir, o conceito de tutela provisória usado no Código de Processo Civil, segundo Luiz Rodrigues Wambier *et al.* (2016, p. 179):

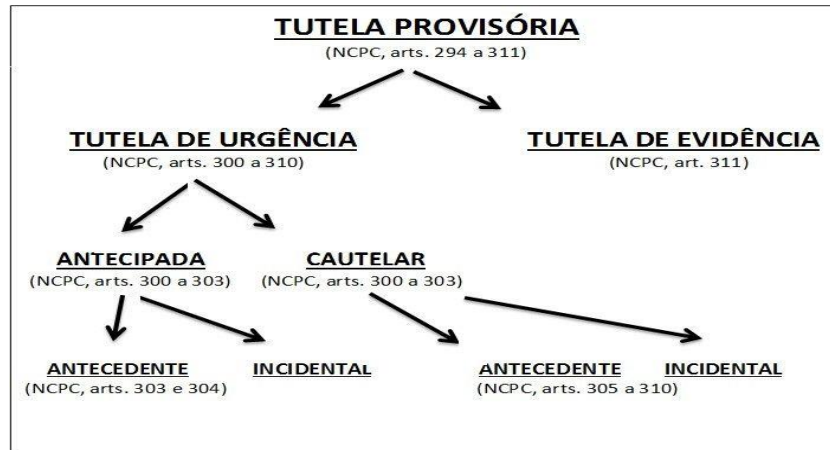
O projeto do Senado, na esteira do Ante projeto, propunha a denominação de “tutela de urgência e tutela da evidência. O projeto da Câmara propôs, em seu lugar, chamá-la genericamente de “tutela antecipada”, independentemente da natureza satisfativa ou cautelar da medida. Na última etapa do processo legislativo, o Senado modificou mais uma vez a denominação para adotar o termo “tutela provisória”, ora empregado no NCPC.

Sobre o objetivo a que se presta a tutela provisória, importante transcrever o ensinamento do doutrinador Luiz Rodrigues Wambier *et al.*(2016, p. 179):

A tutela provisória trazida pelo NCPC é plasmada em cognição sumária e, portanto, revogável, voltada à satisfação do autor (antecipação de tutela) ou à proteção de seu direito (tutela cautelar), que pode ser deferida de forma antecedente ou incidental ao processo, mediante urgência ou evidência, conforme o caso.

Para melhor compreensão, a figura abaixo contém as espécies de tutela provisória presentes no Código de Processo Civil de 2015:

Figura 1: Tipos de tutela provisória



Fonte: Instituto de Direito Contemporâneo, 2016.

Com relação à sua previsão legal, a tutela provisória encontra-se disciplinada no artigo 294 e seguintes do Código de Processo Civil:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Em que pese a tutela provisória tenha sido objeto de inovação no Código de Processo Civil de 2015, sua origem pode ser verificada no Direito Romano Clássico, que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 CONCEITO

Diante o exposto, após a compreensão da previsão legal e da origem da tutela antecipada, passa-se ao estudo de seu conceito. Segundo Dídimo Santana Barros Filho (2005, p. 55):

Tutelar, no sentido comum, significa proteger, ampara e defender. Antecipar, por sua vez, significa chegar antes, adiantar, anteceder. E é justamente nesse sentido que a expressão deve ser entendida no campo jurídico. Ou seja, antecipar os efeitos da tutela é deliberar de forma positiva, em um momento anterior ao normal, mediante a atuação de algumas circunstâncias, condições ou requisitos, o pedido expressamente formulado quando do ajuizamento da ação.

Ademais, segundo Elpidio Donizetti (1999, p. 519): “Dá-se o nome de tutela antecipada ao adiantamento dos efeitos da decisão final, a ser proferida em processo de conhecimento, com a finalidade de evitar dano ao direito subjetivo da parte”.

Com as inovações trazidas pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, verifica-se a possibilidade de concessão de tutela antecipada de forma antecedente ou incidental. No entanto, o momento em que é requerida não altera seu conceito: antecipar os efeitos da tutela jurisdicional.

No que diz respeito à sua função, como já demonstrado anteriormente, a tutela antecipada tem o objetivo de adiantar os efeitos do provimento jurisdicional final, de modo que o autor se vale desse instituto para não sofrer as consequências ocasionadas pelo decurso do tempo até o julgamento de mérito da ação.

2.2 FUNDAMENTO LEGAL

Prosseguindo com o estudo da tutela antecipada, importante o enfrentamento de sua fundamentação jurídica. A Constituição Federal de 1988 é reconhecida como o fundamento principal da tutela antecipada, em seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, que garantem, respectivamente, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Do inciso acima mencionado, decorre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante um amplo acesso à uma prestação jurisdicional do Estado-Juiz, de forma adequada e efetiva.

Deste cenário, é comum o seguinte questionamento: de que adiante um processo ser adequado e não eficiente? Inevitável o confronto entre os princípios do devido processo legal e da efetividade do processo, que será mais bem discutido na seção seguinte.

A primeira vez em que a tutela antecipada foi prevista no ordenamento jurídico, de forma direta, ocorreu na Lei 8.952/94, que alterou o antigo código de 1973, dispondo sobre as medidas cautelares passíveis de serem tomadas nas ações do rito comum.

Com o advento da Novo Código de Processo Civil em 2015, a tutela antecipada passou a ser disciplinada no artigo 300 e seguintes, adotando-se um procedimento especial quando requerida em caráter antecedente.

2.3 REQUISITOS

Os elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada encontram-se expressamente previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Desse modo, passa-se ao aprofundamento de tais requisitos, bem como a intenção do legislador ao condicionar o deferimento da medida antecipatória a esses elementos.

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há "elementos que evidenciem" a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC). Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor-96. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. (DIDIER, 2020, p. 608).

Outrossim, quanto ao perigo da demora:

o perigo da demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de "dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC). A redação é ruim. Nem sempre há necessidade de risco de dano (art. 497, par. ún., CPC), muito menos a tutela de urgência serve para resguardar o resultado útil do-processo- na verdade, como examinado, a tutela cautelar serve para tutelar o próprio direito material. Mais simples e correto compreender o disposto no art. 300 como "perigo da demora"⁰⁰• Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito⁰ "" 0 '. Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação. Didier (DIDIER, 2020, p. 608).

Diante o exposto, é inequívoca a presença do princípio da efetividade do processo, no qual se baseia o Código de Processo Civil. Como já ressaltado anteriormente, a tutela antecipada tem o objetivo de amenizar os efeitos causados pela demora no provimento jurisdicional.

Ademais, convém ressaltar a presença de um requisito negativo, previsto no § 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil, onde é vedada a concessão da tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 518) assevera que:

Tornando-se por base a irreversibilidade fática, deve-se analisar a situação fática anterior à concessão da tutela antecipada e aquela que será criada quando a tutela for efetivada. Sendo possível após sua revogação o retorno à situação fática anterior à sua concessão, a tutela será reversível, não sendo aplicado o impedimento do art. 300, no § 3º do CPC. Caso contrário, haverá irreversibilidade, sendo, ao menos em tese, vedada pela lei a concessão da tutela antecipada.

Ocorre entretanto, que, mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal para sua concessão. São, por exemplo, muitas as de medidas antecipadas em demandas em que se discute a saúde do autor, com a adoção de medidas faticamente irreversíveis, tais como a liberação de remédios, imediata internação e intervenção cirúrgica.

Outro ponto importante a ser debatido é o estabelecido no artigo parágrafo único do artigo 305 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Verifica-se a fungibilidade do pedido, sendo possível a conversão do pedido da tutela cautelar em tutela antecipada. No entanto, insta ressaltar que não há fungibilidade da finalidade tutela cautelar em tutela antecipada, possuindo esta objetivo diverso daquela, o que se admite é a fungibilidade do pedido, quando o juiz verificar a natureza do pedido diversa daquela em que se alega. Dessa forma, o deferimento da tutela de urgência suscita a contraposição existente entre cautelaridade e satisfatividade, indicando a impossibilidade do pedido cautelar ser satisfativo, pois a cautelaridade é contraposta à satisfatividade, pois essa é capaz de realizar o direito material. Quando há satisfação antecipada do direito não há cautelaridade.

2.4 PROCEDIMENTO

Quanto ao procedimento da tutela antecipada, este se definirá em razão do momento em que é requerida. Dessa forma, a tutela poderá ser requerida de forma antecedente ou incidental.

Em relação à tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, o artigo 303 do Código de Processo Civil dispõe sobre o seu procedimento, veja-se:

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.

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

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

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do [art. 334](#);

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do [art. 335](#).

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

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

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

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

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

Ainda sobre a tutela antecipada é importante destacar que há a possibilidade da estabilização de seus efeitos, caso não seja interposto recurso pelo Réu, de acordo com o artigo 304 do Código de Processo Civil. Neste caso, o processo será extinto e os efeitos da tutela antecipada irão se estabilizar.

No entanto, conforme preceitua o § 2º do artigo 304, existe a possibilidade de propositura de nova ação para reformar, invalidar ou rever a decisão concessiva de tutela antecedente, dentro do prazo de dois anos, conservando assim os efeitos da decisão concessiva enquanto não houver impugnação.

Sobre a estabilização dos efeitos da decisão da tutela antecipada, Fredie Didier Jr. (2016, p. 623) faz as seguintes ponderações:

Feitas essas considerações, pode-se dizer, sinteticamente, que os arts. 303 e 304, CPC, estabelecem como pressupostos para a estabilização: (i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização; (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada; (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente; (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.

Por fim, o artigo 304, § 6º do Código de Processo Civil, dispõe que:

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

Tal previsão se dá em razão da cognição que se baseia a tutela antecedente, de modo que no ordenamento brasileiro só seja possível a formação de coisa julgada em decisões fundadas em cognição exauriente. No entanto, escoado o prazo de dois anos a decisão não poderá mais ser discutida. Sobre tal fenômeno, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 532):

Ocorre, entretanto, que após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, mas a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas.

3 DECISÕES ANTECIPATÓRIAS DE TUTELA

Esta seção se dedicará a apresentar diferentes posicionamentos a respeito da temática envolvida, qual seja, se a tutela antecipada ofende o princípio do devido processo legal. Para isso, inclusive, serão apontadas decisões em que tratadas a adequação, apontando-se o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA PROVA PARA O DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

Para melhor compreensão da questão controversa na qual se baseia o presente artigo, necessária a apresentação de algumas decisões jurisprudenciais que evidenciem tal controvérsia.

É o caso do recente julgado do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que abordou a necessidade de prova inequívoca para o deferimento da tutela antecipatória:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITOS AUTORAIS. SEGREDO DE JUSTIÇA. DECISÃO LIMINAR COMO OBJETO DO APELO ESPECIAL. SÚMULA N. 735/STF. PROCESSO CIVIL MODERNO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA. DEPOIMENTO PESSOAL: MEIO DE PROVA. INTERROGATÓRIO LIVRE: PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ, SEM EFEITO PROBANTE. 1. Propriedade industrial e direitos autorais são institutos distintos, disciplinados em instrumentos normativos diversos: Lei n. 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e a Lei n. 9.610/1998, que disciplina os direitos autorais e conexos. 2. Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico; e a análise de sua necessidade e interesse, em regra, requer o revolvimento do contexto fático probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, à luz do enunciado da Súmula 7/STJ. 3. Esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula n. 735/STF, entende incabível o recurso especial, via de regra, para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, sendo possível a análise do apelo nos casos de violação direta do dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida. **4. O processo civil moderno interpreta a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) como elemento que legitima o exercício da jurisdição, não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo.** 5. A antecipação de tutela, nos moldes do disposto no art. 273 do CPC/1973, constitui relevante instrumentário de que dispõe o magistrado para que propicie resposta jurisdicional oportuna, adequada e efetiva à proteção do bem jurídico tutelado, abreviando, ainda que em caráter provisório, os efeitos práticos do provimento definitivo. 6. A tutela antecipatória, diversa da cautelar, representa a própria realização do direito material (e não mera garantia de utilidade e eficácia do próprio processo). Por esse motivo, para ser concedida, insuficiente a mera plausibilidade do direito - expressa na fórmula *fumus boni iuris* - que é suficiente para a tutela

cautelar (duplamente instrumental); exigindo, pois, prova inequívoca das alegações em que se fundamenta o demandante. 7. Não estará configurada a prova inequívoca, que autoriza a antecipação da tutela, quando a formação da convicção depender ainda da coleta de outros elementos probatórios não trazidos na inicial, reclamando, portanto, cognição mais aprofundada e cuidadosa. 8. O depoimento pessoal e o interrogatório livre são meios de se ouvir o que as partes têm a dizer sobre os fatos da causa, podendo interferir no convencimento do juiz. O depoimento pessoal é meio de prova destinado a provocar a confissão do adversário. O interrogatório livre não é meio de prova, mas expediente do juiz para aclarar pontos duvidosos ou obscuros das alegações e das provas. 9. No caso dos autos o interrogatório utilizado pelo juízo de piso, conforme declarado pelo próprio acórdão, não é meio de prova, mas instrumento de que se valeu o juiz para conferir direção ao processo, sendo insuficiente à concessão da antecipação de tutela, uma vez que a convicção estaria fundada exclusivamente em elementos formados pelo próprio requerente - sem o crivo do contraditório - e na dependência de outros elementos probatórios não trazidos na inicial. 10. Recurso especial provido para cassar a tutela antecipada deferida na origem. (REsp 1217171/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 04/08/2020). Grifei.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região também trouxe à tona a discussão a respeito da adequação da tutela antecipada ao princípio do devido processo legal, se posicionando contra a concessão da medida nas ações de reintegração de posse, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. ALEGAÇÃO DE OCUPAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO. PROVA UNILATERALMENTE PRODUZIDA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Agravo de instrumento interposto face à decisão interlocutória, proferida nos autos de ação de reintegração de posse, que deferiu, em sede liminar, o pedido de reintegração de posse de área supostamente situada na faixa de domínio da Rodovia BR-101/ES, bem como de demolição da construção existente nessa zona. 2. Apesar de as questões atinentes à competência da justiça federal e legitimidade do agravado para figurar no polo passivo do processo de origem, serem matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício, como não foram apreciadas pelo Juízo a quo, entendo que não devem ser analisadas por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido: TRF2, 5ª Turma Especializada, AG 0008575-43.2016.4.02.0000, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, DJe 31.3.2017. 3. Na espécie, é impossível determinar, de modo acurado, qual a real extensão da faixa de domínio da supracitada rodovia. Isso porque o laudo técnico que atesta a medida de 40m para a referida faixa foi produzido unilateralmente. Nesse sentido, depreende-se que o documento a partir do qual se conclui pela suposta irregularidade da ocupação não fora lastreado por um efetivo exercício do direito de defesa do interessado. 4. **Além disso, há necessidade da tutela de urgência adequar-se às garantias do devido processo legal, não sendo apropriada a sua concessão quando relevam-se imprescindíveis informações alcançadas a partir das exposições da parte adversa. Em outros termos, entende-se**

fundamental que o arcabouço probatório que compõe o processo seja sintetizado por ambos os querelantes, a fim de que se possa delinear com rigor e exatidão se o imóvel encontra-se ou não situado em faixa de domínio de rodovia federal. 5. Especialmente em ações dessa natureza, afigura-se incabível o deferimento de pedido de tutela antecipada por intermédio de lastro probante unilateralmente fornecido, sem que tenha sido oportunizada a manifestação da outra parte interessada, haja vista ser o meio probatório de extrema relevância para a formação do convencimento do juízo. Precedente: TRF2, 5ª Turma Especializada, AI00040773020184020000, E-DJF2R 9.11.2018. 6. Agravo de instrumento provido. Agravo de Instrumento - Turma Espec. III - Administrativo e Cível Nº CNJ : 0004842 98.2018.4.02.0000 (2018.00.00.004842-9) RELATOR: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO AGRAVANTE: ELANE MARIA DA SILVA NEVES, DEFENSOR PUBLICO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO AGRAVADO : ECO 101 CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS S.A., ADVOGADO: ES013527 - MARCELO PACHECO MACHADO E OUTRO ORIGEM: 1ª VF Serra (00347843220174025006). Grifei.

Conforme verifica-se dos julgados transcritos, o julgador, no momento em que decidiu pela revogação da tutela antecipada, se atentou à necessidade de adequação do meio probante cabível para a concessão da tutela, excetuando as hipóteses de deferimento da tutela antecipada em razão da prova apresentada unilateralmente produzida.

Percebe-se, desse modo, que há uma preocupação do julgador com a tutela antecipada, ressaltando a insuficiência da mera probabilidade do direito, apontando a necessidade de prova inequívoca a autorizar o deferimento da medida.

3.2 A ADEQUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme evidenciado anteriormente, a adequação da tutela antecipada ao devido processo legal é motivo de diferentes posicionamentos entre os operadores do direito no Brasil. Em que pese a doutrina majoritária entenda que não há ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, é necessário trazer à baila os posicionamentos divergentes.

Para uma esmerada pesquisa a respeito do tema abordado, realizou-se entrevista com a Dra. Lívia Vaz da Silva, Juíza de Direito em Goiânia. Segundo ela, a figura da tutela antecipada não ofende, ainda que transitoriamente, o devido processo legal, pois sua previsão encontra-se implícita na Constituição Federal, bem como no Código de Processo Civil de 1973 e 2015. Para ela, inclusive, de nada valeria um

processo longo em que o Juízo exaure a discussão do mérito e que não possui efetividade.

Ademais, perguntou-se a magistrada se a verificação dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito, implica em um juízo subjetivo do julgador. Em resposta, a Juíza afirma que, indubitavelmente sim, mas que em sua convicção tal subjetividade não traz prejuízo ao andamento processual pois o direito é produzido de homens para homens. Além disso, aduz que a imparcialidade do Juiz é restrita às partes, porém não há neutralidade quanto ao assunto discutido na demanda.

Neste sentido, inclusive, é o entendimento de Fredie Didier Jr. (2016, p. 581)

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predisposto à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo "demorado" é uma conquista da sociedade: os "poderosos" de amanhã poderiam decidir imediatamente. o que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na ii) razoabilidade da escolha de quem arcará com ônus do passar do tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência. Essa seria a função constitucional das tutelas provisória: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

Em contraposição, alguns autores apontam que, em que pese a tutela antecipada tenha o objetivo de antecipar os efeitos do provimento jurisdicional, de modo a amenizar os danos causados ao Autor pelo decurso do tempo, ao avaliá-la à luz do devido processo legal, verifica-se que o seu deferimento fere o princípio do devido processo legal.

Neste interim pontuam Edmilson Araujo Rodrigues *et al.* (2016, p. 87):

Com efeito, a ordem jurídico-constitucional brasileira, com essa determinação expressa, assume o propósito de contribuir para o melhor funcionamento do processo civil e de outros ramos do Direito. Todavia, a tutela provisória de urgência antecipada não é um instrumento democrático, uma vez que acaba por infringir a lei suprema do País não possibilitando o devido processo legal já garantido constitucionalmente.

De acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo, o espaço processual deve dar garantia ao debate entre as partes, na medida em que deve possibilitar aquilo que já previa os romanos no brocardo *auditur auter pars*. Essa perspectiva retira a figura do juiz Hércules que, com seus poderes,

decide não dar ao réu espaço de discursividade. Desse modo, ao réu deve ser dado o direito de participar de todas as fases do processo de modo a ter uma ampla defesa que o permita estar em paridade de armas com a parte adversa. Considera-se nesse estudo que a tutela provisória de urgência antecipada deverá ser apreciada mediante a participação do réu, sendo-lhe permitida uma audiência de justificação prévia obrigatória. Por isso é que se defende a necessidade da audiência de justificação prévia obrigatória como forma de o réu poder manifestar no processo, sob pena de uma decisão solipsista e desconectada com a dialogicidade.

Corroborando com o pensamento acima, conclui Lucas Eduardo Delefrate da Silva Dias (2017, p. 240-241):

De acordo com o exposto, a estabilização dos efeitos da tutela concedida em caráter antecedente ofende cabalmente o sobre princípio do devido processo legal, estatuído no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, haja vista a técnica processual não refletir a ideia e exigência de um processo justo e equânime em decorrência dos maiores obstáculos condicionados ao réu para combater o evento estabilizador verificado, os quais podem restar prejudicados por óbices de várias ordens, não obstante à possibilidade de o demandado ser detentor das razões de direito, fato este que não pode ser tido como razoável frente ao Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o fundamento da tutela antecipada encontra-se no princípio da efetividade e da razoável duração do processo, previstos implicitamente nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Dessa forma, é inequívoco o deferimento da tutela antecipada legitima o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça mais provável. O espírito instituidor da antecipação da tutela volta-se à asseguaração do equilíbrio nas relações jurídicas, à igualdade processual, sem que uma das partes sofra consequências em razão da má-fé, do tempo, da desproporcionalidade de condições entre os litigantes, firmando-se num supedâneo da maior relevância, de garantia constitucional a um processo justo e efetivo.

Sobre tal questão, é importante trazer ao debate o posicionamento de Dídimo Santana Barros Filho, que discute, em sua dissertação de mestrado, a colisão entre o princípio que sustenta a tutela antecipada - efetividade do processo - e o devido processo legal, bem como aponta a utilização de princípios apaziguadores, como o da proporcionalidade, para que se obtenha uma solução para esta questão. (BARROS FILHO, 2005).

Sobre a colisão entre princípios constitucionais, o posicionamento adotado pelos tribunais pátrios é de devem ser resolvidos através da técnica da proporcionalidade e a técnica de ponderação, em razão da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais em sua formação principiológica. Dessa forma o julgador deverá valer-se da técnica de ponderação para aplicar a proporcionalidade no caso concreto.

Sobre a necessidade de ponderação de princípios, é importante ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, emanado no voto do Min. Luiz Fux:

Na missão de dar a vida aos preceitos constitucionais, o próprio constituinte pode estabelecer normatizações com definição de conteúdo suficientemente aferível a nível da Constituição e outras que necessitam de mediação do legislador para dar-lhes um conteúdo determinado. As normas constitucionais cuja determinação de conteúdo impõe seja feito aquilo que o texto determina, são consideradas regras constitucionais, hipótese em que sua aplicação se dá “tudo ou nada” mediante o mecanismo de subsunção, nas conhecidas palavras de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, tradução e notas Nelson Boeira, Editora Martins Fontes, 2002, pág. 39), situação em que apenas será possível a sua não aplicação caso a regra não seja válida ou em se tratando de uma “cláusula de exceção” como refere o alemão Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 5ª edição, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 2012, págs. 104/105). De outro lado, há normas constitucionais que não ostentam um conteúdo definitivo na altura do texto constitucional, os conhecidos “princípios”, cuja incidência ao caso concreto demanda a dimensão “peso”, como “mandamentos de otimização”, que dada a sua textura aberta possibilita uma atividade hermenêutica mais intensa na obtenção do seu conteúdo.

Diante disso, verifica-se que os princípios constitucionais, ao aparentarem colisão, deverão ser valorados e, através da ponderação, aplicados um em detrimento ao outro. No caso da tutela antecipada, o contraditório é postergado, configurando a valoração do princípio da efetividade em detrimento do devido processo legal, onde o adiamento da manifestação da parte contrária só é cabível quando o contraditório tradicional oferecer risco à efetividade da medida.

CONCLUSÃO

O presente estudo partiu de uma análise da tutela antecipada sob a ótica do devido processo legal. Pretendeu-se com este trabalho conhecer as questões relacionadas a admissão de decisão judicial fundamentada em cognição sumária, atribuindo ao processo uma função social, entendido como o meio hábil de promover justiça, sem se desvencilhar dos escopos institucionais de um Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado em linhas pretéritas, a tutela antecipada deve ser requerida pela parte quando esta não pode esperar pela demora do processo, bem como demonstre a probabilidade do direito que suscita.

Neste sentido, a tutela antecipada é uma das medidas em que se admite o contraditório postergado, com o fito de trazer maior efetividade ao processo, atingido o seu fim. Para tanto, é imprescindível que os institutos processuais postos a serviço da efetividade sejam interpretados de acordo com o espírito que influenciou as reformas do Código de Processo Civil.

A pesquisa demonstrou que existem posicionamentos divergentes a respeito do tema. Percebeu-se, pela análise dos dados obtidos que, nas ações em que são antecipados os efeitos da tutela jurisdicional, há uma sobreposição do princípio da efetividade em relação ao devido processo legal, através da ponderação de princípios constitucionais, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso.

Nesta senda, legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça mais provável. No entanto, o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir.

Nota-se, da pesquisa jurisprudencial realizada, que o Poder Judiciário adota com muita cautela o deferimento da tutela de urgência de natureza antecipada, sendo também uma preocupação do próprio legislador, admitindo-se no caso em que o julgador encontrar dúvidas sobre os elementos autorizadores da concessão da tutela, a intimação do Autor para emendar sua petição, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Ademais, salienta-se que o pedido de tutela antecipada de natureza incidental deverá ser analisado, mesmo que extrapole os pedidos realizados na exordial, em razão da maleabilidade dos elementos da ação, consagrado pelo princípio da instrumentalidade das formas do processo civil.

Nesse sentido, pode-se admitir que quando o Código de Processo Civil exige a descrição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido, consagra o princípio da substanciação da causa de pedir.

Finalmente, as premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que há uma sobreposição do princípio da efetividade da jurisdição, corolário da tutela antecipada, em detrimento do devido processo legal. No entanto, por diversas vezes, o operador do direito se deparará com situações em que ocorre a colisão entre princípios constitucionalmente protegidos, sendo a utilização da técnica de ponderação, necessária ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei Maior aplicáveis ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Dídimo Santana. Antecipação dos efeitos da tutela versus devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Dissertação (Mestrado Direito Público) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2005. p.55.

BORGES NETO, André L. A Razoabilidade Constitucional. Revista Jurídica Virtual, 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1030/1014>. Acesso em: 25 de novembro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 10 de março de 2020. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919833035/recurso-especial-resp-1217171-rj-2010-0189767-2?ref=serp>. Acesso em: 22 de março de 2021.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil Brasília,DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 março. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 638.491 Paraná. Relator: Min. Luiz Fux. 17 de maio de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815394/recurso-extraordinario-re-638491-pr-parana/inteiro-teor-769815404>. Acesso em: 15 de abril 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Agravo de Instrumento. Nº 0004842 98.2018.4.02.0000 (2018.00.00.004842-9) Relator: Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/203034614/processo-n-00063810220184020000-do-trf-2>. Acesso em 22 de março de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DIAS, Lucas Eduardo Delefrate da Silva. A estabilização dos efeitos da tutela antecipada e o devido processo legal. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca – São Paulo. v. 6. n. 2. Dez, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 581,623.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 608.

DINAMARCO, Cândido Rangel & LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2018. P. 75.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 11 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 518, 532.

NUNES, Elpidio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.p. 519.

RODRIGUES, Lêda Boechat *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. In: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, 2007. P. 108. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328058404.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2020.

RODRIGUES. Edmilson Araujo *et al.* A Tutela Antecipada No Estado Democrático De Direito. Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros – Minas Gerais. v. 6, n. 2, p.87-95, jul-dez, 2016.

SOARES, Marcelo & CARABELLI, Thaís. (2019). Constituição, Devido Processo Legal e Coisa Julgada no Processo Civil. 2ª ed. atualizada de acordo com o CPC/2015 -- São Paulo : Blucher, 2019.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. P. 740 - 741.

THEODORO JR. *apud* NEVES. Daniel Amorim Assumpção. . In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. P. 175.

WAMBIER. Luiz Rodrigues *et al.* Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 179.

APÊNDICE(S)

APÊNCIA 1 - ROTEIRO DE ENTREVISTA

NOME DO ENTREVISTADO: (caso seja possível): Dra. Livia Vaz da Silva
Profissão: Juíza de Direito
Área de atuação: Cível e Criminal
Tempo de atuação: 12 anos.

Inicialmente, quero agradecer imensamente a disponibilidade de V. Excelência em responder a essa pesquisa, bem como em ajudar a enriquecer o conteúdo deste artigo.

QUESTÕES

1. Com a vasta experiência que a Dra. possui em todos esses anos como magistrada, a pergunta a se fazer é se pela ótica do Juiz de Direito, a tutela antecipada de alguma forma confronta, ainda que transitoriamente, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa?
2. Caso positivo, quais as possíveis consequências decorrentes do deferimento da tutela antecipada e, ainda, qual a possível solução para garantir a efetividade do processo sem ofender, ainda que minimamente, os princípios constitucionais processuais?
3. A verificação dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito, implica em um juízo subjetivo do julgador? Tal situação oferece risco à aplicação da lei?

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante THAYRINE MURRIEL DE BRITO SOARES, do Curso de DIREITO ,matrícula , telefone: (62) 981887151 e-mail: thayrinemurie@gmail.com , na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A tutela antecipada e o devido processo legal.

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

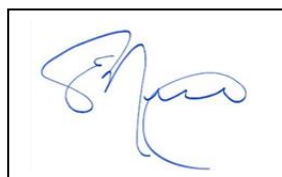
Goiânia, 02 de junho de 2021.



Assinatura do(s) autor(es):

Nome completo do autor: THAYRINE MURIELL DE BRITO SOARES

Assinatura do professor-orientador:



Nome completo do professor-orientador: ELIANE RODRIGUES NUNES