



## O CONTRADITÓRIO NA TUTELA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA

RODRIGUES, Edmilosn Araújo\*; VELOSO, Cynara Silde Mesquita\*\*.

\*Estudante regular do programa de curso para doutorado em direito constitucional da Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA (2019). Professor orientador do Centro de Pesquisa da Funorte; \*\*Doutora em Direito Processual pela PUCMinas, docente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFIPMOC e da Universidade Estadual do Norte de Minas Gerais.

**RESUMO:** O estudo envolve a tutela provisória de urgência antecipada com previsão no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Essa temática foi perspectiva no contraditório, ou seja, na necessidade de previsão da audiência de justificação prévia obrigatória a ser realizada antes da liminar a ser proferida em decisão sumária e sem direito à defesa da parte. No plano teórico metodológico, as matrizes teóricas utilizadas foram a visão de Leal, (2014); de Habermas (2013); de Fazzalari (2006); e, de Dinamarco (2003), dentre outros estudiosos do direito. O objetivo desse artigo fora analisar se a tutela provisória de urgência antecipada segue respeitando-se o contraditório e ampla defesa e se essa decisão é passível de reviravoltas e quais as consequências em caso de uma decisão desfavorável que reverte à tutela antecipada anteriormente concedida. Metodologicamente, a pesquisa fora de caráter qualitativo e com uma abordagem exploratória cujo desiderato fora averiguar se o instituto guarda pertinência com o contexto de um processo em que se respeite o devido processo legal. No que se refere aos procedimentos, a pesquisa fora realizada por meio da pesquisa bibliográfica e documental por meio de livros e jurisprudências. Os resultados da investigação demonstraram que existe um desequilíbrio envolvendo o acesso á justiça. Percebeu-se a não possibilidade do contraditório e da ampla defesa para o polo passivo da relação processual, o que contraria a paridade de armas e o princípio da cooperação. Concluiu-se que uma audiência de justificação prévia obrigatória para o instituto da tutela de urgência antecipada é indispensável, uma vez que poderia evitar decisões prematuras e possíveis de reviravoltas ao final do processo. Essa constatação é fruto da previsão processual descrita no art. 302 do CPC/2015, onde o autor prematuramente é beneficiado por uma liminar durante todo o desenvolvimento do processo. Mas, ao final o seu pedido é julgado improcedente. Essa

reviravolta do processo proporciona uma responsabilidade objetiva ao autor que terá que responder pelo dano processual à parte adversa no processo.

**Palavras-chaves:** Teoria neo-institucionalista do processo. Contraditório. Ampla defesa. Audiência de Justificação Prévia obrigatória. Tutela provisória de urgência antecipada.

**RESUMEN:** El estudio involucra la tutela provisional de urgencia anticipada con previsión en el Código de Proceso Civil de 2015 (CPC/15). Esta temática fue perspectiva en el contradictorio, es decir, en la necesidad de previsión de la audiencia de justificación previa obligatoria a realizarse antes de la liminar a ser dictada en decisión sumaria y sin derecho a la defensa de la parte. En el plano teórico metodológico, las matrices teóricas utilizadas fueron la visión de Leal, (2014); de Habermas (2013); de Fazzalari (2006); y de Dinamarco (2003), entre otros estudiosos del derecho. El objetivo de este artículo era analizar si la tutela provisional de urgencia anticipada sigue respetando el contradictorio y amplia defensa y si esa decisión es pasible de vuelcos y cuáles son las consecuencias en caso de una decisión desfavorable que revierte a la tutela anticipada anteriormente concedida. Metodológicamente, la investigación fuera de carácter cualitativo y con un enfoque exploratorio cuyo desiderato fuera averiguar si el instituto guarda pertinencia con el contexto de un proceso en que se respete el debido proceso legal. En lo que se refiere a los procedimientos, la investigación fue realizada por medio de la investigación bibliográfica y documental por medio de libros y jurisprudencias. Los resultados de la investigación han demostrado que existe un desequilibrio que implica el acceso a la justicia. Se percibió la no posibilidad del contradictorio y de la amplia defensa para el polo pasivo de la relación procesal, lo que contradice la paridad de armas y el principio de la cooperación. Se concluyó que una audiencia de justificación previa obligatoria para el instituto de la tutela de urgencia anticipada es indispensable, ya que podría evitar decisiones prematuras y posibles de vuelcos al final del proceso. Esta constatación es fruto de la previsión procesal descrita en el art. 302 del CPC / 2015, donde el autor prematuramente es beneficiado por una liminar durante todo el desarrollo del proceso. Pero, al final se desestima su solicitud. Este giro del proceso proporciona una responsabilidad objetiva al autor que tendrá que responder por el daño procesal a la parte adversa en el proceso.

**Palabras claves:** Teoría neo-institucionalista del proceso. Contradictorios. Ampla defensa. Audiencia de Justificación Previa obligatoria. Tutela provisional de urgencia anticipada.

## INTRODUÇÃO

A tutela provisória no estado democrático de direito representa um aparato de direitos processuais previstos no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Apresentando-se alinhado aos ditames constitucionais, a nova forma de tutela jurisdicional de cognição sumária tem novo formato descrito nos artigos 294 a 311 do CPC/15 (BRASIL, 2015; 2019).

Consigna nesse ponto aduzir que a tutela provisória é proferida mediante cognição sumária uma vez que o decididor “ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica” (NEVES, 2016, p. 411).

Não obstante, é importante destacar que em alguns casos a tutela provisória de urgência antecipada poderá ser concedida por meio de cognição exauriente, onde exista o cumprimento de toda a fase processual, onde exista o deferimento de uma sentença (NEVES, 2016).

No que se refere à tutela provisória de urgência cautelar, disposta no art. 294 c/c art. 308, §1º do CPC/15, percebe-se que a concessão da medida se dá de três formas, quais sejam: de forma cumulativa ao processo principal, de forma incidental ou antecedente. Já a tutela de evidência, essa se dá somente pela forma cumulativa, prevista no art. 311 do CPC/2015 (BRASIL; 2015; 2019).

Quanto ao conceito, na visão de Bueno (2004) a tutela antecipada segue o grande intento do legislador aos aspectos técnicos em prol da efetividade da jurisdição e o acesso à justiça<sup>1</sup> constante no art. 5º inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). (BRASIL, 1988; 2019).

Nunca é demais lembrar que dentro do gênero tutela provisória que engloba as tutelas de urgência e evidência, o campo de análise fora atinente à tutela provisória de urgência, sendo esta ramificada pelas tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada.

---

<sup>11</sup> Quanto ao acesso à justiça, não pode ser esquecido o tratamento dado na Argentina em relação ao Código de Defesa do Consumidor que assegura ao conjunto de todos os consumidores a gratuidade de justiça estampada no art. 53 da Lei nº 24.240. Ou seja, se o caso enquadra-se na relação de consumo o direito à gratuidade de justiça é de natureza objetiva, explicando melhor: não necessita de comprovação (ARGENTINA, 1993; 2019).

Entretanto, o foco do estudo concentrou sua abordagem na tutela provisória de urgência antecipada.

Convém frisar que a temática da pesquisa fez uma reflexo em relação à decisão liminar sem a audiência de justificação prévia que segundo Rodrigues e Veloso (2017; 2019) deveria ser obrigatória como instrumento de respeito ao contraditório.

E nesse mesmo sentido percebe-se que a audiência de justificação prévia obrigatória, poderia em certa medida reduzir as decisões de improcedência como forma de minizar os impactos previstos no artigo 302 do CPC/15.

E nesse mesmo patamar de questionamentos essa pesquisa teve a inquietação de estudar as reviravoltas no curso da demanda processual envolvendo de um lado a concessão da tutela provisória de urgência antecipada prevista no art. 300 do CPC/15 e em outro sentido o evidente contraste com a reparação do dano em caso de sentença desfavorável à parte beneficiária da concessão da medida liminar preteritamente concedida, previsão essa corroborada pelo art. 302 do CPC/2015 (RODRIGUES; VELOSO, 2018; 2019).

É importante salientar, outrossim, que o intento desse trabalho fora analisar a tutela provisória na modalidade de urgência com ênfase na tutela antecipada à partir da sua adequação aos princípios constitucionais do devido processo legal, quais sejam: os princípios do contraditório e da ampla defesa.

É de todo proveitoso ressaltar que o desiderato aduzido nesse trabalho fora trazer uma discussão sobre o tema e suas consequências advindas do art. 302 do CPC/15 susodito e confrontar a teoria instrumentalista que instituiu a tutela provisória com a teoria crítica denominada teoria neo-institucionalista do processo.

Ainda nesse linear, cabe ponderar que a tutela provisória de urgência antecipada, embora seja um instituto de suma importância para o ordenamento brasileiro, na perspectiva da teoria instrumentalista do processo vinculada ao estereótipo da celeridade na perspectiva do autor que não pode suportar o ônus do tempo, necessita, pois de uma reflexão e aprimoramento.

Como contraponto dessa análise, entende-se que a tutela provisória de urgência antecipada, para ser compatível com o devido processo legal, necessita de adaptações, visto

que a decisão liminar entabulada na lei, não cria como regra a participação da parte adversa no limiar do processo, precedente à decisão judicial.

Esse fenômeno representa uma relativização ao princípio constitucional do contraditório que irrompe contra a teoria de Fazzalari (2006) que pensara o processo como sendo um procedimento em contraditório.

Nesse íterim, necessário contextualizar o tema da instrumentalidade, na visão de Dinamarco (2003) ao aduzir que a instrumentalidade é alimentada pela visão dos resultados esperados pela sociedade com fulcro na visão conectada com a dimensão teleológica, possibilitando um coreto dimensionamento e adequação ao instrumento posto em debate em busca de produzir melhores resultados.

Nesse diapasão, pensar o direito das partes em uma perspectiva apenas finalística é desconsiderar por completo o intento da norma, qual seja: possibilitar que as partes em um discurso em contraditório produzam mecanismos suficientes para que haja elementos suficientemente satisfatórios para que contribuam na decisão a ser proferida em juízo.

Essa decisão é a premissa do respeito ao devido processo legal, em harmonia com o efetivo direito demonstrado pelos litigantes em respeito ao contraditório, ampla defesa e isonomia que sem dúvida é a ligação perfeita seja para instrumentalidade seja para teoria neo-institucionalista do processo.

Nessa perspectiva, a decisão solipsista do julgador ao conceder inaudita altera pars<sup>2</sup> a tutela provisória de urgência antecipada sem ouvir a parte adversa não tem compatibilidade com direito ao acesso à justiça em sua plenitude, pensada em uma dinâmica bilateral, isto é: direito de ação e direito de exceção.

Essa reflexão cria mecanismos de análise sobre o princípio da igualdade de condições entre as partes e também em relação ao princípio da cooperação e a aplicabilidade da paridade de armas previsão respectivamente inserida no Art. 6º e 7º do CPC/15 (BRASIL, 2015; 2019).

Esse axial é o escólio do poder de influência das partes rechaçado pela decisão do magistrado perspectivada unilateralmente. Nesse sentido, o que se questiona no presente

---

<sup>2</sup> Inaudita altera pars – Sem ouvir a outra parte (SILVA, 2013).

trabalho é se a tutela provisória de urgência antecipada prevista no CPC/15 está de acordo com o Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2015; 2019).

Ao que se percebeu com a pesquisa realizada sobre o instituto em questão é que para existir essa sintonia, mister, pois que o legislador inclua no texto normativo processual as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e da isonomia para que os litigantes tenham condições de manifestar-se antes da decisão, respeitando-se assim o poder de influência trazido pelas partes ao processo.

E no mesmo sentido como hipótese, traria como solução uma maior segurança diante do paradoxo criado e das inúmeras reviravoltas a ocorrer em função de uma decisão proferida de forma solipsista em sede de liminar, passível de inúmeras modificações em casos de reforma da decisão liminar por meio de uma sentença de improcedência.

Todo esse aparato de flutuações, ou seja toda decisão liminar favorável e sentença de improcedência posterior demonstra a existência da lacuna legislativa em não ratificar como obrigatória a audiência de justificação prévia como requisito necessário em todas as decisões liminares relacionadas ao instituto da tutela provisória de urgência antecipada.

Esse vácuo processual tem proporcionado às partes a responsabilidade objetiva tendo como as liminares deferidas no limiar do processo. E que posteriormente, após análise exauriente, percebeu-se a necessidade de indeferir o pedido inicial, rechaçando a liminar preteritamente concedida.

Essa instabilidade processual é fruto de uma lacuna legislativa que poderia fixar a obrigatoriedade de audiência de justificação obrigatória como forma de amenizar as reviravoltas das liminares incipientes ora deferidas e em momento posterior serem revogadas em prol da maturação do processo e em respeito ao contraditório.

## **TUTELA PROVISÓRIA**

Para que seja feita uma análise pormenorizada sobre tutela provisória de urgência antecipada, liminarmente, é fundamental descrever as classificações envolvendo esse instituto

da tutela provisória que é compreendido dentro dos seguintes critérios, segundo o art. 294 do CPC/15, quais sejam:

- i) Quanto ao fundamento: existe a Tutela de urgência e a tutela de evidência;
- ii) Quanto às formas de requerimento: podem ser por meio da via antecedente ou incidental; e,
- iii) Quanto ao momento de concessão: vai envolver a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Desenvolvendo melhor esse raciocínio, é possível perceber que a tutela provisória sempre terá seu fundamento na urgência ou na evidência. Não podendo ser esquecido que a tutela de evidência nunca poderá ser requerida de forma antecedente.

Nesse mesmo caminhar, quanto ao momento de concessão, é necessário frisar que a tutela provisória de evidência também nunca será concedida na forma cautelar. E no mesmo sentido afirmativo, ratifica-se que a tutela de evidência será sempre de natureza satisfativa.

Quanto à tutela provisória de urgência antecipada, o tema é de abordagem especial, onde serão desenvolvidos todos os aspectos envolvendo esse fenômeno relacionado ao relativismo do contraditório com fulcro na seguinte premissa: “autor que tem razão”. (MARINONI, 2006).

Nesse sentido, a tutela provisória de urgência antecipada será tratada por meio de uma visão sistemática entre o CPC/73 e o CPC/15 cujo intento é demonstrar as similitudes e mudanças e as novas formas de tratamento do instituto passível de questionamentos e aperfeiçoamento.

Não sendo demais aduzir que o tema central do trabalho é demonstrar a importância da audiência de justificação prévia obrigatória e as diversas nuances e consequências envolvendo o artigo 302 do CPC/15.

## **TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA**

A primeira abordagem a ser feita sobre a tutela provisória de urgência antecipada é em relação aos seus pressupostos de admissibilidade, ancorados na probabilidade do direito

e no perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo previsto tanto para tutela antecipada como para a tutela cautelar.

Ainda sobre a tutela provisória, destaca-se que os requisitos para a tutela de urgência e para a tutela evidência são diferentes. Nessa toada, percebe-se que a tutela de urgência contempla como requisito a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo.

Em outra direção, está a tutela de evidência que tem requisitos específicos cujos pormenores estão descritos no art. 311 do CPC/15 e independentemente do perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo haverá concessão da medida (BRASIL, 2005; 2019).

Ao tratar sobre tutela provisória de urgência, é imprescindível destacar que no CPC/73 havia os seguintes requisitos para a concessão da tutela antecipada, quais sejam: a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Quanto ao processo cautelar, (atualmente denominado pelo CPC/15 como tutela provisória de urgência cautelar) os requisitos para a concessão da medida de urgência eram *fumus buni iuris*<sup>3</sup> e *periculum in mora*<sup>4</sup>.

Esse conjunto de exigências para a concessão da tutela cautelar de outrora representa respectivamente o amálgama atual denominado de Probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco de resultado útil ao processo.

Dentro desse raciocínio, percebe-se que os requisitos que antes eram específicos para cada tipo de tutela (cautelar e antecipada), foram aglutinados para os dois tipos de tutela provisória de urgência seja para a tutela antecipada seja para a tutela cautelar.

Quanto ao contraditório, em decisão liminar, seja na tutela antecedente, seja na cumulativa com o processo principal, manteve-se o legislador a sistemática de relativizar o

---

<sup>3</sup> [...] o alegado direito é plausível (fumaça de bom direito). A expressão é geralmente usada como requisito ou critério para a concessão de medidas liminares. [...] (SILVA, 2013).

<sup>4</sup> **Periculum in mora** (perigo na demora): Isso significa que se o magistrado não conceder a liminar imediatamente, mais tarde será muito tarde, ou seja, o direito da pessoa já terá sido danificado de forma irreparável [...]. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/exemplo-de-fumus-boni-iuris-e-periculum-in-mora>>. Acesso em: 02 mar. 2019.



direito ao contraditório no polo adverso, para as decisões envolvendo a tutela provisória de urgência antecipada.

Essa filosofia de raciocínio em prol do autor da demanda, demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro tenta subverter a ordem e sistemática processual relativizando o contraditório entabulado outrora por Fazzalari (2006), criando a figura do contraditório diferido.

Não é difícil perceber que o contraditório diferido vem destituído de fundamentos perenes. Essa constatação é perfeitamente notada ao confrontar os requisitos utilizados para a concessão da medida antecipatória que no CPC/73 exigia-se a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação (BRASIL, 1973; 2019).

Ao fazer a comparação dos requisitos para a concessão da tutela antecipada com CPC/73 e o CPC/15 nota-se que essa exigência não é mais a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação. O requisito agora é a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo.

Diante dessa comparação, nota-se, com esse enfrentamento, que o próprio legislador não foi capaz de sustentar os requisitos adotados para o Código de 1973 ora revogados, qual seja prova inequívoca e verossimilhança da alegação. (BRASIL, 1973; 2019)

Não sendo nenhum absurdo afirmar que esse requisito já revogado, mostra-se de uma interpretação muito particular e quiçá contraditória: ou seja, como a prova seria inequívoca e verossimilhante? Apesar da existência de inúmeros entendimentos doutrinários que tentavam explicá-los como não contraditórios entre si.

Entrementes, caminha-se para direcionar o estudo sobre as várias formas de tutela antecipada, sendo necessário trazer o escólio de vários doutrinadores como forma de compreender o sentido da tutela antecipada no ordenamento jurídico.

Assim, Melo (2010) delinea a tutela antecipada como sendo a proteção ou o amparo antes do tempo que lhe seria próprio. Convém mencionar por oportuno que a Autora alhures lembra que, para a maioria dos autores, a tutela antecipada “é a decisão que antecipa alguns dos efeitos da sentença definitiva” (MELO, 2010, p. 36).

Na perspectiva de Teodoro Júnior (2016) tutelar o direito é função da justiça o desiderato do processo é caminhar em busca da efetividade do tutela. E acrescenta que o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a materialização da sobredita tutela aduzida no processo.

Dentro desse viés, tem razão Bueno (2016) ao descrever de modo lapidar o conceito de tutela provisória caracterizando-se como um conjunto de técnicas que possibilitam uma decisão, atendidos determinados pressupostos que gravitam em torno da urgência e evidência. Sendo, portanto prestada a tutela jurisdicional com base em decisão estável apta a assegurar ou satisfazer desde logo o intento do autor.

De modo consequente, na teoria do processo, os vários conceitos do que venha a ser a tutela provisória de urgência antecipada, parece haver uma unanimidade de que o seu significado está relacionado a uma medida de urgência ou à prestação jurisdicional que visa a satisfazer o direito do autor antes do momento adequado, ou seja, da decisão final.

Mas a definição de tutela provisória de urgência antecipada tem que ser pensada e problematizada no prisma da pragmática onde o significado da controvérsia tem sentido é exatamente nos sujeitos e na linguagem por onde o leito da discussão se apresenta.

O fio condutor dessa dimensão é ratificada por Habermas (2003) que por meio da razão comunicativa apresenta a solução para a reconstrução de emaranhados de discursos formadores de opinião e preparadores de decisões onde está embutido o poder democrático exercido conforme o direito.

Caminhar nessa forma de pensar o direito é o fio condutor dessa temática de abordagem que direciona o entendimento patrocinado pelo art. 302 do CPC/15 que relativiza o pensamento da teoria instrumentalista do processo na perspectiva do autor que tem razão (MARINONI, 2006).

E é diante dessa crítica que o debate seguinte irá trazer as diversas reviravoltas ligadas ao processo por meio de decisões que ratificam que o autor não tinha razão.

## **A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA E SEUS PARADOXOS**

Sem embargos, encampada na tutela provisória de urgência antecipada do novo texto processual, e várias repercussões das decisões liminares que carecem de um estudo pormenorizado, contudo, essa pretensão não é objeto do presente trabalho que passará a descrever de forma específica sobre a análise da tutela provisória de urgência antecipada na perspectiva do artigo 302 do CPC/15 objeto de questionamentos.

A abordagem a ser apresentada tem como parâmetro as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais onde surgem debates envolvendo o art. 302 do CPC/15 que em certa medida cria um constrangimento para as diversas decisões liminares baseadas no esteriótipo do direito do autor em contraste com o direito ao contraditório denominado de contraditório diferido.

A reflexão a ser feita, compatibiliza com o questionamento da necessidade de audiência de justificação prévia obrigatória como forma de possibilitar ao réu o direito ao contraditório no início da lide.

Dentro dessa perspectiva, vejamos decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais onde uma decisão liminar fora revertida em sentença de mérito, nesse sentido, vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - DEFERIMENTO EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA - REVOGAÇÃO EM POSTERIOR SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS À PARTE AUTORA EM RAZÃO DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA - NECESSIDADE - PROCESSAMENTO DO REQUERIMENTO DE RESTITUIÇÃO NOS MESMOS AUTOS EM QUE CONCEDIDA A MEDIDA - VIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 302, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO PROVIDO - DECISÃO AGRAVADA REFORMADA.

Conforme disposto no **artigo 302 do Código de Processo Civil**, o litigante responde por eventual prejuízo, causado à parte contrária, **em decorrência de tutela provisória de urgência anteriormente deferida na demanda**, mas, posteriormente, **revogada na sentença**, sendo cabível, sempre que possível, a liquidação do valor cobrado, a título de indenização, nos mesmos autos em que concedida a medida em referência.

Posterior revogação, por força de sentença de improcedência, de tutela provisória de urgência antecipada que ordena o restabelecimento de benefício previdenciário em favor da parte Autora, enseja, por conseguinte, a responsabilidade dela pela devolução dos valores recebidos, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito, inexistindo óbice ao processamento do pedido de indenização nos próprios autos em que concedida a medida liminar cuja revogação lhe deu causa. [...] (MINAS GERAIS, 2018; 2019, grifo nosso).

Diante do sobredito, é evidenciada a transformação do entendimento envolvendo a decisão de primeiro grau que teria concedido liminarmente o efetivo restabelecimento do pagamento de auxílio doença em decisão liminar sumária.

Entretanto, essa decisão perfunctória, e, sem previsão da audiência de justificação prévia obrigatória, após o exaurimento das discussões processuais não fora mantida pelo mesmo juízo, explicando melhor, em sentença, houve reversão da decisão liminar da tutela provisória de urgência antecipada, já que o pedido inicial fora julgado improcedente.

Nota-se, pois, que o Tribunal de Minas Gerais, conforme alhures, confirmou a sentença em primeiro grau. E em respeito ao que estabelece o Art. 302 do CPC/15 a parte Requerente fora obrigada a reparar o dano causado ao Apelante/Requerido conforme descrito no art. 302, inciso I do CPC/15 nos seguintes termos:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, **a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa**, se: I - a sentença lhe for desfavorável; [...]. (BRASIL, 2015; 2019, grifo nosso, não paginado).

Diante dessa decisão susodita, percebe-se a necessidade de reflexão e questionamento envolvendo o problema de pesquisa aqui aventado, ou seja: sem a audiência de justificação prévia obrigatória, o contraditório ficará sempre mitigado e a possibilidade de reversão da decisão é uma realidade posta com previsão descrita no mesmo Livro V do CPC/2015, por meio do Art. 302, inciso I já descrito.

Em sentido combativo e aliando à teoria neo-institucionalista do processo com uma visão perspectivada no debate democrático, entende-se que o processo deve ser “um

espaço jurídico-discursivo de alta inclusão do legitimado processual *na comunidade jurídica* para construção conjunta da *sociedade jurídico-política*” (LEAL, 2002, p. 150).

E ademais, para essa teoria, o espaço jurídico deve ser estendido a todos no que se refere à “validação e eficácia processual contínua, negativa ou afirmativa, do ordenamento jurídico” (LEAL, 2002, p. 151).

Quanto ao dano processual advindo da sentença que rechaçara a liminar deferida em cognição sumária, é necessário destacar que o dano processual é caracterizado de forma objetiva, independe de culpa ou má-fé do beneficiário da medida liminar.

Outro ponto importante é que tal efeito da decisão independe de pedido da parte e é representado como um pedido implícito *mutatis mutandis*<sup>5</sup> cuja execução se dá nos próprios autos do processo em que fora revogada a medida liminar incipiente e prematura deferida no limiar do processo.

Nesse sentido, percebe-se que independe de pedido reconvenicional e muito menos de ajuizamento de ação própria a execução da medida se dá nos próprios autos em que a medida liminar fora executada provisoriamente e com decisão posterior de indeferimento do pedido.

Ratificar esse entendimento é perfeitamente possível por meio do Resp nº 1.548.749/RS que tem como escólio a seguinte decisão:

[...] 1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à **revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não**. Com efeito, à luz da legislação, cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC/1973 (correspondentes aos arts. 297, parágrafo único, 520, I e II, e **302 do novo CPC**).

2. Em linha de princípio, a obrigação de indenizar o dano causado pela execução de **tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido**, decorrência *ex lege* da sentença, e, por isso, independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido da parte interessada. **A sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado**

<sup>5</sup> [...] significação de que se *deve mudar o que é para mudar* (SILVA, 2013, p. 941, grifo do autor).

**em liquidação nos próprios autos. [...]. (BRASIL, 2016; 2019).**

Urge estabelecer com certa exatidão o enorme caminho a ser desenvolvido pela teoria instrumental em prol de um processo em que haja a efetiva possibilidade do contraditório no início da lide, como forma de respeito ao devido processo legal e no mesmo sentido como forma de evitar decisões incipientes e passíveis de vulnerabilidades em função do tempo necessário para a maturação do processo.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esse trabalho teve como ponto de reflexão a análise da tutela provisória de urgência antecipada em contraste com a teoria neo-institucionalista do processo. E ao mesmo tempo fora ponto de combate a percepção da lacuna legislativa em não tornar obrigatória a audiência de justificação prévia obrigatória como forma de possibilitar no início da lide o direito fazzalariano ao contraditório.

Diante dessa circunstância, notou-se que esse instituto não está em consonância com o acesso à justiça pensado na perspectiva das partes, visto que ao autor é dado o direito ao efetivo acesso à justiça, mas ao réu esse direito é mitigado, sob a presunção da certeza das alegações do demandante.

O estudo constatou que a tutela provisória de urgência antecipada não se ajusta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que há uma supressão dessas garantias processuais em prol de uma das partes, sob o fundamento prematuro da probabilidade do direito aliado ao perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo.

Diante desse vácuo entre autor e réu patrocinado pela presunção da certeza do direito, surge outra problema, qual seja: o autor que hipoteticamente teria razão, é agora vítima do artigo 302 do CPC/15 na medida em que a decisão ora favorável ao autor, mostra-se imcompatível diante das provas produzidas no caminhar do processo.

Nesse sentido, percebe-se, pois, a necessidade de inclusão das partes no início da lide por meio da audiência de justificação obrigatória, como forma de amenizar possíveis divergências probatórias que são frutos da prematura afirmação ao direito ainda incipiente.

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 praticável e oportunizada no contraditório e na ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Ley nº 24.240**. Normas de protección y defensa los consumidores. Publicação: 13 out. 1993. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.952** de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do código de processo civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 02 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emenda constitucional n. 91 de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Resp. Nº 1.548.749/RS. Relator: Luiz Felipe Salomão. Reccorrente: Jose Luiz Castro Pithan. Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI. Dje.: 06 jun. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502004450&dt\\_publicacao=06/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502004450&dt_publicacao=06/06/2016)>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



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

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Antecipação de Tutela**, 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Maria Rita de Carvalho. **Aspectos atuais da tutela antecipada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

MINAS GERAIS. **TJ-MG**. AI nº 1.0035.11.013920-7/002. Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda. Agravante: Instituto nacional do seguro social - Agravado: Gisléia Gonçalves da S ilva. Dje: Disponível em: 23 jan. 2019.<[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=AAA598CEC0B2DCF63A381AB750595D54.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0035.11.013920-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=AAA598CEC0B2DCF63A381AB750595D54.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0035.11.013920-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 04 mar. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Bahia: J. Podivm. 2016.

RODRIGUES, Edmilson Araujo; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. (In) consonância da tutela antecipada no CPC de 2015 com o estado democrático de direito. In : **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.112-137, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/1237/471>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

RODRIGUES, Edmilson Araujo; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. **Tutela provisória de urgência antecipada e o paradoxo da responsabilidade objetiva**. In: SIMFIP, 2018, Montes Claros. SIMFIP. Montes Claros: Faculdades Integradas Pitágoras, 2018. Vv. I. p. 342-343. Disponível em: <<https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=SIMFIP+2018+ANAIS>>. Acesso em: Acesso em: 03 mar. 2019.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 30. ed. (Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes). Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.