

**GARANTISMO PROCESSUAL E A
CONCESSÃO DE LIMINAR DE
TUTELA PROVISÓRIA *INAUDITA*
*ALTERA PARTE***

*Márcio Candido da Silva*⁶⁸

1. Introito.

Uma crescente doutrina no Brasil, minoritária, mas não acanhada, tem buscado passar em revista a real finalidade do processo, de modo a estabelecer-lhe uma nova roupagem, ressignificando-o segundo seus verdadeiros escopos. Tal empresa não se deveu à reconhecida ineficiência estatal da famigerada “*distribuição da justiça*”, mas em razão do avanço do ativismo judicial, em que o juiz acaba por exercer um papel no processo que não lhe pertence, pois não é conferido pela ordem constitucional, sendo que tal revisionismo importa em reconhecer que, em verdade, o processo

constitui-se, no dizer do Prof. Eduardo José da Fonseca Costa, uma garantia contrajurisdicional do cidadão.

O debate que envolve o ativismo *versus* garantismo, em verdade, não é uma novidade em muitos países, destacando-se processualistas da envergadura de Juan Montero Aroca, na Espanha, Franco Cipriani, na Itália e o argentino Adolfo Alvarado Velloso, no âmbito da América Latina. No entanto, até pouco tempo atrás, o assunto era praticamente desconhecido no Brasil e, para orgulho de nossa querida Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA), um dos primeiros a pôr luz nesta penumbra, e por meio do qual tomei contato com a temática, fora um de seus destacados lentes e egresso desta honrosa instituição de ensino, o professor Glaucio Gumerato Ramos, a quem me ombreei na colação de grau da 25ª Turma do Curso de Bacharelado em Direito da FADIPA,

⁶⁸ Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Academia Jundiáense de Letras

Jurídicas (cadeira n. 30). Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil. Advogado.

no ano de 1997* **.

Nos tempos de bancos escolares, isto é, na graduação e mesmo na pós-graduação em Direito, acostumamos com a ideia de que o processo é “*um instrumento a serviço da jurisdição*”. Em qualquer manual de Direito Processual Civil, nas suas edições mais atuais, ainda se afirma isto. Toda a doutrina produzida até a minha geração de estudante de Direito sempre compreendeu o fenômeno do processo como sendo um instrumento que se presta para o exercício do poder jurisdicional do Estado e, curiosamente, não se tem questionado o fato de que a garantia do processo está inserta dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, CF/88) e não na topologia constitucional que trata da estrutura e

organização do Poder Judiciário (arts. 92 a 126, CF/88).

Este depoimento inicial se faz necessário a fim de reconhecer que toda minha geração compreendeu o processo como um instrumento de poder e não como uma garantia do cidadão em face do poder, sendo que tal equívoco justifica que a cada edição de normas processuais que agigantam os poderes do juiz no processo, objetivando promover-se uma maior celeridade processual e combater-se a inefetividade do processo, seja amplamente comemorada. No entanto, o processo, em verdade, constitui-se numa garantia do cidadão contra o arbítrio do exercente do poder jurisdicional e não num instrumento de poder, de maneira que a atuação jurisdicional

* A primeira publicação de meu dileto amigo, o Prof. Glauco Gumerato Ramos, acerca do tema fora o artigo “*Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate.*”, publicado na Revista do MPMG. Ano IV – n. 18 – Out/Nov/Dez de 2009. Belo Horizonte. p. 8-15, seguindo-se inúmeras outras publicações sobre a mesma temática. Tal publicação fora a provocação pioneira para a instituição em nível nacional do debate acerca do ativismo *versus* garantismo processual, notadamente no âmbito do direito processual civil.

** O compromisso em defesa do garantismo processual foi ratificado em manifesto apresentado no I Colóquio Internacional de Jundiaí – Garantismo processual, realizado

na FADIPA, em 2017, organizado pelo Instituto Pan-americano de Direito Processual Civil (IPDP), pela Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e pela Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro) e coordenado pelo Professor Glauco Gumerato Ramos, em que tivemos oportunidade de subscrever a Carta de Jundiaí em defesa do Garantismo Processual, sendo que o colóquio tornou-se um evento tradicional da instituição, já estando em sua quarta edição, até o ano de 2020.

somente se legitima quando observado o devido processo legal.

O momento presente das novas gerações de estudantes de Direito já é outro, sendo que no Brasil vem se construindo abalizada doutrina acerca dos verdadeiros escopos do processo, de modo a guindá-lo ao seu *status* de servir como uma garantia do cidadão. Tal compreensão nos impõe a desenvolver uma aptidão exegética das normas de procedimento, segundo as balizas constantes da norma constitucional, que destina o processo à dignidade de servir como limite ao exercício do poder pelo Estado.

2. Finalidade do Estado.

Não é necessário retroceder a um passado tão longínquo para termos a real compreensão da finalidade do Estado nos tempos atuais. O Estado moderno nasceu com a crise do Antigo Regime, no final do século XVIII, caracterizado por inúmeras transformações no campo das ideias, correspondente ao *pensamento ilustrado*, a partir de pensadores como Montesquieu, Voltaire, Diderot, Rousseau, que numa visão

racionalista chegou-se à compreensão da existência de leis naturais que regem a sociedade, de modo que o Estado não pertence e nem está a serviço dos governantes, cabendo a estes, no exercício do poder, o cumprimento de um conjunto de atribuições, de modo que o Estado esteja a serviço de prover o atendimento do bem-estar dos povos.

No campo social, o Liberalismo preconizou o respeito à liberdade individual, que se colocaria como um pressuposto para o próprio desenvolvimento da sociedade, já que a liberdade humana tende a levar o indivíduo e, conseqüentemente, a própria sociedade, ao progresso; no campo econômico, procurou-se restringir a interferência estatal, limitando-se o Estado a suprir as necessidades básicas da sociedade, como a segurança e a educação; finalmente, no plano político, compreendeu-se que os governantes teriam a incumbência de representação das pessoas no exercício do poder, uma vez que este não pertencia ao soberano, mas emanava do povo, de maneira que o Estado deveria ser organizado a partir

de uma Constituição, reitora de suas atribuições, impondo limites aos agentes estatais no exercício do poder.

Esse movimento gerou a categoria dos chamados direitos humanos de primeira geração, mediante o reconhecimento da liberdade individual, dos direitos civis e políticos, cujo marco histórico fora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datado de 1789.

Com o implemento do movimento revolucionário industrial, a partir do século XIX, e no primeiro quartel do século XX, começou-se a tomar corpo a compreensão de que não bastava ao Estado garantir as liberdades individuais e os direitos civis e políticos, mas deveria assegurar a igualdade de oportunidades a todas as pessoas, por meio de políticas públicas que propiciassem o acesso de todos os cidadãos aos serviços essenciais como a saúde, a educação, a habitação, o trabalho, o lazer, de modo que o chamado Estado do Bem-Estar Social deveria garantir os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados de direitos de segunda geração, cuja

expressão máxima, que influenciaria a maioria dos países democráticos, fora a Constituição de Weimar, de 1919.

Não obstante a esta ampliação do papel do Estado perante à sociedade, com maior capacidade de intervenção para aplacar as desigualdades sociais e as deformações produzidas por uma sociedade de mercado, ainda assim, pautados na ideia inicial acerca da necessidade de limitação dos poderes do Estado, tem-se insistido em não conferir ao Estado o protagonismo social que muitos pretendem, uma vez que o Estado nada mais representa do que uma técnica para consecução de determinados fins, de modo que não se constitui num fim em si mesmo, mas concebido como um instrumento para o atingimento de determinadas finalidades sociais.

Não se pode perder de vista que o movimento constitucionalista, na sua forma mais generalizada, a partir da segunda metade do século XVIII, concebeu o Estado como uma iniciativa dos cidadãos que, imbuídos da intenção de viabilizar suas aspirações dentro do convívio social, reuniram-se por meio de seus

representantes, em assembleia nacional constituinte, e a partir da declaração de seus direitos, destinou o Estado a servir como um instrumento para atingimento de fins sociais, resumidos na ideia de *bem comum*, regulamentando a atuação de seus agentes, que deveria circunscrever-se às balizas prescritas na norma constitucional.

Esta compreensão nos remete à ideia de que o Estado não é o elemento central da sociedade organizada e os cidadãos não são seus súditos, mas os verdadeiros titulares de direitos, pois precedem ao Estado, e por meio de seus representantes autorizam sua instituição, e exigem que este atue de modo a viabilizar o atingimento das aspirações sociais, tendo delimitada sua atuação por intermédio dos marcos republicanos definidos na norma constitucional.

3. O processo como garantia do cidadão em face do arbítrio estatal.

A partir desta perspectiva, de que o Estado não é o protagonista da cena social, mas está a serviço dos cidadãos, torna-se fácil entender que

os agentes estatais exercem atribuições no âmbito de suas competências, que foram delineadas pela ordem constitucional, e tal circunstância impõe uma revisão da compreensão do próprio fenômeno do processo.

A intervenção estatal, quando provocada, visa a promover a resolução do conflito que lhe fora submetido, pareando a jurisdição com outras metodologias de resolução de conflitos de caráter extrajudicial, como a arbitragem, a mediação e a conciliação. No entanto, o processo não pode mais ser concebido como um instrumento a serviço da jurisdição, isto é, do Estado, mas como uma poderosa garantia de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, impondo-se aos agentes públicos, juízes e tribunais, quando no exercício do poder jurisdicional, o dever é submisso ao devido processo legal.

O processo não se identifica mais como um instrumento do Estado, para fazer atuar o poder jurisdicional, mas como uma medida contrajurisdicional, que impõe limites à atuação do Estado no exercício do

poder, pois é submetido a uma série de restrições, que compreendem as chamadas *garantias processuais* ou *garantias constitucionais do processo*. Tais garantias estabelecem as balizas que o cidadão prescreveu na Constituição Federal de como a jurisdição deve atuar, cujo arcabouço legal reduz-se no chamado *devido processo legal*.

Esta ideia do processo como uma garantia do cidadão é corroborada pela própria topologia das garantias processuais definidas na Constituição Federal, pois conforme já advertimos, o modelo constitucional de processo está prescrito dentre os direitos e garantias fundamentais e não no tópico que trata da estrutura e organização do Poder Judiciário. Tal fato evidencia que o processo não está vocacionado a ser um *instrumento da jurisdição*, ou como preferem alguns, um *instrumento a serviço da jurisdição*, mas a uma garantia do cidadão de submeter-se à solução jurisdicional do litígio, desde que o exercício do poder estatal se desenvolva dentro das prescrições estabelecidas pela norma constitucional, que desenham os

marcos do devido processo legal, representando o processo, assim, uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal.

O devido processo legal representa os parâmetros da atuação da jurisdição estatal. Delimita, portanto, a atuação do Estado-juiz no exercício do poder jurisdicional. Assim, dentro dos marcos republicanos prescritos pela Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se como ponto de partida que todas as pessoas, sem quaisquer distinções, têm direito de valer-se do processo para buscar a composição do litígio, de maneira a garantir-se o pleno *acesso à justiça* (art. 5, inc. XXXV), inclusive com possibilidade de *assistência judiciária integral e gratuita* proporcionada pelo Estado (art. 5, inc. LXXIV), para fazer frente aos óbices econômicos relativos aos custos do processo; que o processo deve ter *duração razoável*, assegurando-se os meios que garantam sua celeridade, a fim de ser capaz de prover uma solução útil e de modo eficiente (art. 5, inc. LXXVIII); que àqueles que se valem do processo deve ser garantido de forma efetiva o

direito ao *contraditório* e assegurado o pleno exercício da *ampla defesa* (art. 5º, LV), sendo que é dever das partes agir com lealdade, não podendo valer-se, por exemplo, de *provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, inc. LVI).

De outra parte, em relação ao agente estatal que participa do processo, concernente à figura do juiz, além do dever inafastável de assegurar as garantias mencionadas por força do *princípio da legalidade* (art. 37, *caput* CF/88), deve ser *imparcial e competente* (art. 5, inc. LIII), sendo vedada a criação de *tribunais de exceção* (art. 5º, inc. XXXVII), cabendo-lhe *fundamentar as decisões*, sob pena de nulidade (art. 93, incs. IX e X), e, ainda, submetida sua atuação à fiscalização por qualquer cidadão, pois o processo é *público*, salvo nas hipóteses de preservação da intimidade ou por interesse social (art. 5º, LX), inclusive, estando sujeito ao *controle interno*, por meio de *órgãos correccionais* e por *órgãos jurisdicionais de revisão*, mediante a *recursos*.

Tais premissas representam

alguns dos preceitos contidos na Constituição, que desenham o modelo constitucional de processo, cuja observância se impõe ao juiz a fim de assegurar a legitimidade de sua atuação no exercício do poder jurisdicional, sendo que tal compreensão exige que reconheçamos que a lei infraconstitucional, quando muito, define regras de procedimento, que disciplinam a dinâmica processual, não podendo alterar as balizas definidoras do modelo constitucional de processo, de modo que eventuais exageros do legislador infraconstitucional, preocupado com o justicamento social da voz corrente de momento, devem ser rechaçados, pois desvirtuam o modelo constitucional de processo.

4. Atuação do juiz no processo.

Diante dessa nova roupagem do processo, como uma garantia do jurisdicionado em face do arbítrio estatal, impõe-se reconhecer que a missão do juiz no processo não é a de *fazer justiça*, mas sim de *aplicar o direito ao caso concreto*. Sua atuação deve estar em conformidade com o

devido processo legal e sua atribuição específica no exercício do poder jurisdicional é o de aplicar o direito à questão que lhe foi submetida pelo cidadão. Assim, sua função não é política, mas eminentemente técnica.

O juiz não representa o cidadão no exercício do poder jurisdicional, até porque não fora investido no poder por meio do sufrágio popular, mas ingressou na carreira da magistratura por concurso de provas e títulos, ou mediante nomeação, como ocorre nas vagas destinadas ao quinto constitucional e nas vagas de ministro dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Em razão de não representar o cidadão no exercício do poder, o juiz não deve atuar politicamente no processo, não lhe sendo autorizado fazer escolhas com base em critérios de conveniência e oportunidade, devendo atuar em conformidade com a lei. Não tendo atribuição política, o juiz não tem o dever de prestar contas a qualquer eleitorado acerca de sua atuação, de modo que não cabe ao magistrado julgar com base no clamor popular, decidindo de forma a atender a vontade das multidões, mas decidir

com base na lei, como se escravo dela fosse, razão pela qual a validade de sua decisão depende, inexoravelmente, da fundamentação jurídica.

Assim, o magistrado deve observar e fazer com que as partes observem o devido processo legal, segundo os cânones constitucionais, sendo que tal compromisso não é um favor que o magistrado faz ao jurisdicionado, mas representa o cumprimento de uma atribuição que lhe foi outorgada na Constituição Federal.

5. Perspectivas do garantismo processual na disciplina das tutelas provisórias.

De todo o exposto, podemos consolidar as seguintes premissas em que se assenta o garantismo processual: i) o juiz é o agente estatal a quem a ordem constitucional atribuiu o exercício do poder jurisdicional; ii) o exercício do poder jurisdicional somente se mostra legítimo, quando observado o devido processo legal; iii) o processo representa uma garantia do cidadão

contra o arbítrio estatal, de modo a assegurar que a atuação do exercente do poder jurisdicional ocorrerá mediante à observância do devido processo legal.

A consequência prática do garantismo processual está em proceder a hermenêutica das normas de procedimento, constantes da legislação infraconstitucional, a partir das garantias constitucionais do processo, fato que implica em munir o operador do direito de um espírito crítico de tais normas, já que não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer normas de processo e muito menos de mitigar ou flexibilizar preceitos que constituem o devido processo legal.

Para compreendermos o significado desta nova perspectiva do fenômeno processual, faremos a análise da concessão da tutela provisória *inaudita altera parte*, providência consagrada em nossa legislação processual e autorizada pelo CPC de 2015 (art. 9º, parágrafo único).

Um dos problemas a serem enfrentados por aqueles que adotam uma postura garantista do processo e

se opõem ao ativismo judicial, não há dúvida, está no campo da possibilidade de o juiz outorgar tutela provisória, a fim de mitigar os efeitos deletérios que o tempo exerce no processo, que podem se revestir como medidas de urgência de caráter cautelar ou de antecipação de tutela (fundadas no *periculum in mora*), ou tutela de evidência (fundadas na certeza do direito), consoante prescreve o art. 294 do CPC/15. Este é um problema, porque o juiz está a conceder uma tutela jurisdicional, muitas vezes no início do procedimento (liminarmente), sem que tenha a compreensão de todos os elementos fáticos e jurídicos que envolvem determinada relação litigiosa, portanto, em cognição sumária, de maneira que uma atuação jurisdicional precipitada e descuidada pode implicar numa invasão indevida na órbita de direitos da parte, com potencial chance de comprometimento das garantias processuais.

Não se desconhece que o processo, em razão de sua dialeticidade, não é capaz de emanar uma providência jurisdicional em

curto espaço de tempo, pois este propicia um verdadeiro debate entre os litigantes concernente aos fatos e ao direito aplicável ao caso concreto, de maneira que é praticamente impossível que a solução do conflito se faça de forma imediata, colocando-se o tempo como uma característica intrínseca ao processo.

Além disso, em razão da necessária observância das balizas que desenham o modelo constitucional de processo, que garantem a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88), impõe-se a oitiva prévia das partes antes da emanção de qualquer deliberação judicial que possa repercutir na órbita de seus direitos, assegurando-se-lhes o conhecimento da demanda, a possibilidade de reação e a plenitude do exercício do direito de ação e de defesa, de modo a influir na solução judicial a ser dada ao litígio.

Não obstante a isto, em muitas situações verifica-se que há necessidade de adoção de medidas emergenciais para proteção do direito

do demandante, sendo que a oitiva prévia da parte adversa poderá implicar num sacrifício do próprio direito de acesso à justiça, o que determinaria a ineficiência da jurisdição e ineficácia da tutela jurisdicional.

E aí surge, inexoravelmente, a colisão de dois interesses, de duas garantias processuais constantes da Constituição Federal, contrapondo-se o direito de contraditório e ampla defesa ao direito de acesso à justiça.

A fim de problematizarmos a questão em termos práticos, imaginemos que um juiz se depare com um pedido de tutela liminar *inaudita altera parte*, em que o autor de uma ação de obrigação de fazer necessite de imediata intervenção médica de urgência, cuja cobertura está sendo negada, supostamente de forma indevida, pela operadora do plano de saúde. A observância do prévio contraditório, a fim de ouvir-se a operadora do plano de saúde, pode implicar na própria ineficácia da tutela jurisdicional e desatendimento da garantia do acesso à justiça; porém, a concessão da medida em sede de liminar, com caráter

irreversível, sem que seja ouvida a parte contrária, pode determinar um dano irreparável, além do fato de mitigar o princípio do contraditório, e, conseqüentemente, o comprometimento do devido processo legal.

Por opção do legislador infraconstitucional, caminhou-se no sentido de compatibilizar tais garantias (contraditório *versus* acesso à justiça), permitindo que em certas situações seja possível a concessão de tutela jurisdicional, em caráter liminar, sem ouvir a parte contrária (*inaudita altera parte*), embora sempre de modo excepcional e justificada pelo asseguramento do direito de acesso à justiça e aplicação de critérios de proporcionalidade.

Esta parece ser a diretriz que se depreende do art. 9º do CPC/15 que prescreve que “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”, excepcionando o parágrafo único do referido dispositivo legal nas hipóteses de tutela provisória de urgência, em algumas hipóteses de tutela de evidência (art. 311, incs. II e III, CPC/15) e no caso de

deferimento e expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou execução de obrigação de fazer ou não fazer, no âmbito da ação monitória.

A observância prévia do contraditório, como regra, ainda é acentuada pelo art. 10 do CPC/15, que prescreve que “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”, evitando-se, assim, as *decisões surpresas*, de maneira que a atuação do juiz no processo deve ser compartilhada com as partes, diante da natureza dialética do processo.

Assim, ainda que se evidencie que a opção do legislador fora no sentido de que a concessão de tutela provisória dependa do prévio atendimento do contraditório, o legislador infraconstitucional definiu exceções que mitigam tal garantia constitucional, que estão previstas no parágrafo único do art. 9º do CPC/15, sendo que a compreensão do processo na visão garantista nos impõe analisarmos de forma crítica as

excepcionalidades criadas pelo legislador infraconstitucional e admitidas pelos tribunais, que veem como legítima tal mitigação, embora não previstas pela norma constitucional.

Em relação à primeira excepcionalidade, constante do inc. I do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, que dispensa a oitiva prévia da parte na hipótese de concessão de tutela de urgência, tem-se identificado que tal dispositivo busca compatibilizar as garantias do acesso à justiça e do contraditório, sendo que a tutela de urgência se justificaria diante da circunstância emergencial que compromete o direito, de maneira que a observância prévia do contraditório poderia implicar num dano irreparável à parte, restando letra morta a garantia constitucional do acesso à justiça.

Não obstante a autorização legal da excepcionalidade, sob a ótica garantista, compreendemos ser indevida a mitigação do contraditório, e tal entendimento se justifica pelo simples fato de tal disposição infraconstitucional ser contrária a Constituição Federal, que assegura o

contraditório prévio antes de qualquer deliberação judicial, de maneira que aquilo que se costumou chamar de “*contraditório postergado ou diferido*” é uma das invencionices que serve para justificar o ativismo judicial.

A observância prévia do contraditório não representa um mero fetiche da parte, mas a garantia constitucional de que a parte seja ouvida previamente antes de qualquer deliberação judicial que possa afetar sua órbita de direitos, de maneira a oportunizar a oposição à pretensão veiculada pela parte adversa, com argumentos fáticos e jurídicos que possam contribuir e influir para a tomada da decisão judicial.

Na maioria das vezes, mostra-se totalmente possível ouvir-se a parte contrária, antes da deliberação judicial e, assim sendo, não se deve admitir a concessão da medida liminar sem que a parte adversa seja ouvida. Diante de um pedido liminar de urgência, a parte contrária deverá ser convocada, mediante ato citatório, mas com o fim exclusivo de se manifestar a respeito do pedido liminar, postergando-se a

apresentação de sua defesa aos demais pedidos formulados para momento posterior. Trata-se de uma medida que prestigia a garantia constitucional do contraditório, sem que haja comprometimento do direito de acesso à justiça.

Excepcionalmente, pode ocorrer que não seja possível a localização e convocação prévia da parte adversa, justificando-se a concessão de liminar *inaudita altera parte*. Para tanto, o juiz deve observar os seguintes pressupostos para concessão da medida: i) a necessidade da medida de urgência, sob pena de restar lesado o direito que se pretende proteger; ii) impossibilidade de convocação da parte adversa para sua oitiva prévia, como, por exemplo, a sua não localização ou impossibilidade de oitiva. Em tal circunstância, o juiz deve fundamentar sua decisão, indicando precisamente os elementos fáticos e jurídicos que autorizam a tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), bem como a comprovada impossibilidade de oitiva da parte adversa.

Nas segunda e terceira hipóteses contempladas pelo parágrafo único do

art. 9º do CPC/15, não se justifica a concessão de liminar *inaudita altera parte*, sob pena de restar lesada a garantia constitucional ao contraditório prévio.

Na segunda hipótese, que trata da concessão de tutela de evidência, o legislador pretendeu uma melhor distribuição entre as partes do tempo do processo, prestigiando-se o princípio da isonomia processual, pois não se mostra razoável aguardar-se o exaurimento de toda atividade procedimental quando o direito do demandante se mostra evidente já no início do procedimento, razão pela qual se permite a antecipação de tutela com base na evidência do direito, sendo que nas hipóteses dos incs. II e III do art. 311 a lei processual admitiu sua concessão *inaudita altera parte*.

Ainda que a tutela de evidência, sob a ótica legislativa, presta-se a compatibilizar princípios antagônicos, concernente ao direito de contraditório em face da isonomia processual, para fins de uma distribuição mais equânime do tempo do processo, entendemos injustificável a concessão de tal

medida antes da oitiva do réu, isto é, *inaudita altera parte*, pois caso tal providência jurisdicional fosse obtida somente após sua oitiva não estaria comprometido o direito de acesso à justiça e o direito à isonomia, de modo que, sob a ótica do garantismo processual, a concessão de tal medida liminar *inaudita altera parte* se caracteriza como atentatória ao princípio do contraditório. Após a oitiva do réu, evidenciado o direito do autor, justifica-se a concessão da medida, como forma de prestigiar-se o princípio da igualdade, como aliás sempre ocorreu ao permitir-se o julgamento antecipado de mérito e, agora com o novo CPC/15, a possibilidade de julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356, CPC/15), mas, antes de ser ouvido o réu, não parece razoável comprometer-se o direito ao contraditório, sobretudo porque na hipótese não há possibilidade de um dano irreparável a justificar a mitigação da referida garantia processual.

Por fim, na hipótese de deferimento da expedição de mandado para cumprimento da obrigação no

âmbito da ação monitória, terceira e última hipótese excepcionada pelo parágrafo único do art. 9º, não parece tratar-se de exceção à observância prévia do contraditório, porquanto a admissão da ação monitória pelo juiz, em verdade, representa apenas um juízo prévio de admissibilidade do procedimento monitório e não a concessão de uma tutela jurisdicional prévia, fato que, havendo dúvida quanto à idoneidade da prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum (art. 700, § 5º, CPC/15), além de que o réu poderá se insurgir em preliminar de embargos monitórios, demonstrando a inexistência de título monitório, de modo a ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito, por falta de interesse processual (inadequação procedimental).

Este fenômeno também se verifica no âmbito da ação de execução, embora não contemplado na excepcionalidade do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, em que o juiz procede um juízo prévio de admissibilidade da ação de execução,

mediante a verificação da existência de título executivo extrajudicial (parágrafo único do art. 803, CPC/15), cabendo-lhe intimar o autor para instruir o petitório com o título, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 801, CPC/15), sem prejuízo de, em que pese um juízo positivo de admissibilidade da ação de execução, o executado opor embargos à execução para arguição da inexistência do título executivo (art. 917, inc. I, CPC/15), cujo reconhecimento importará na procedência da ação de embargos e implicará na extinção do processo de execução.

Veja que em tais hipóteses (ação monitória e ação de execução), o juiz está somente admitindo a ação, sem que haja uma providência jurisdicional que tenha o condão de invadir a órbita de direitos do demandado, razão pela qual não se mostra uma excepcionalidade ao contraditório e, portanto, sequer deveria constar do parágrafo único do art. 9º do CPC/15.

Destarte, analisadas as excepcionalidades legais, que autorizam a concessão de tutela

provisória *inaudita altera parte*, frente ao modelo constitucional de processo e ao garantismo processual, evidencia-se flagrante inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 9º do CPC/15, pois a observância do contraditório prévio se coloca como premissa fundamental do modelo constitucional de processo, cabendo ao juiz zelar por seu atendimento, sempre ouvindo as partes anteriormente a qualquer deliberação judicial. É nesse sentido que devem ser interpretadas as normas procedimentais constantes da legislação processual infraconstitucional, sob pena de restarem lesadas as garantias constitucionais do processo.

6. À guisa de conclusão.

A sociedade brasileira destinou o Estado à consecução de certos fins sociais e conferiu aos seus agentes atribuições que são regradas e que somente se mostram legítimas quando atendem aos pressupostos constantes da carta constitucional. O juiz, como agente estatal, tem importante missão no âmbito do processo, qual seja de

exercer o poder jurisdicional para fins de concretização da vontade da lei, sendo estranha quaisquer outras responsabilidades que se lhe queiram atribuir, sendo que a atuação do magistrado deve atender aos cânones constitucionais que compõem o devido processo legal. O processo não é um instrumento do exercício da jurisdição, mas atua como uma garantia do cidadão de que a atuação do exercente do poder jurisdicional se

dará em conformidade com as diretrizes constitucionais. Esta compreensão do processo, como proteção do cidadão, é o cerne do garantismo processual e este movimento é o que deve orientar a compreensão das normas procedimentais e a atuação de todos aqueles que participam do processo.