

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FREDERICO AUGUSTO GOMES

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

CURITIBA

2017

FREDERICO AUGUSTO GOMES

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito das Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito, tutela e efetividade.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FREDERICO AUGUSTO GOMES

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

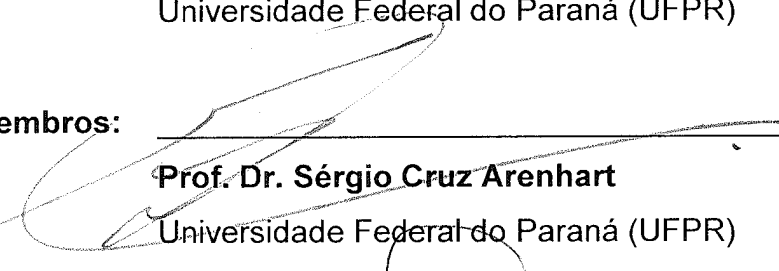
Orientador:



Prof. Dr. Eduardo Talamini

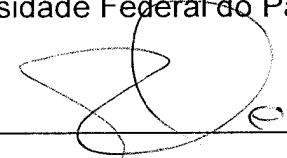
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Membros:



Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque

Universidade de São Paulo (USP)

Curitiba, 04 de abril de 2017.

*À Carolina Martins Uscocovich,
porque o tempo decerto nos será gentil.*

AGRADECIMENTOS

A estrada até aqui foi tortuosa e longa e, em cada momento, minha mãe Celi do Rocio Silva Gomes me apoiou. É sem dúvida ela a grande propiciadora dessa oportunidade tão rica que é a vida e, no bojo da qual, pude vivenciar essa experiência tão grata de cursar mestrado na Faculdade de Direito da UFPR. Sem dúvida alguma é a ela que devo deixar meu primeiro e maior muito obrigado.

O ano de 2016 foi mais leve por causa de Carolina Martins Usocovich e essa dissertação só foi possível pelas vezes que me ouviu, me acalmou, me incentivou e esteve ao meu lado. É por isso que, além de meu amor, dou meu muito obrigado pela companheira e amiga que tem sido e pela importância gigante que teve na produção desse trabalho.

Sou muito grato ao meu orientador, o Prof. Dr. Eduardo Talamini pelos anos de aprendizado, desde minha primeira participação no programa de iniciação à docência sob sua orientação até a conclusão dessa importante etapa de minha vida acadêmica.

Agradeço ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart e Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque pela prontidão e disponibilidade para participar de minha banca.

No caminho até aqui, foram essenciais meus professores de processo civil durante a graduação e o mestrado, razão pela qual registro meu agradecimento aos Professores Alcides Alberto Munhoz da Cunha (*in memoriam*), Clayton de Albuquerque Maranhão, Sérgio Cruz Arenhart, Elton Venturi e Eduardo Talamini.

Os amigos processualistas, colegas de PPGD-UFPR, fizeram a jornada mais fácil, com conselhos, empréstimos de livros, indicações bibliográficas ou mesmo simples conversas. São eles Paula Pessoa Pereira, Rogério Rudiniki Neto, Ricardo Alexandre da Silva, Luiz Henrique Krassuski Fortes, Thaís Paschoal Lunardi, André Luiz Bäuml Tesser, Rogéria Dotti, Paulo Mazini, Maurício Doutor, Fernando Castelo, Ramon Ouais, Viviane Lemes da Rosa, Jordão Violin, Fernanda Fujiwara e André Luiz Arnt Ramos, o qual não é processualista, mas considero como se fosse.

Elencar os amigos que foram importantes no percurso até aqui é uma tarefa perigosa. Tanta gente participou de minha vida durante a execução desse projeto que o risco de deixar alguém de fora é gigante.

Dentre os amigos, não posso deixar de agradecer, separadamente a Amanda Pacheco Quadros, porque seu suporte durante o ano em que essa dissertação foi redigida se mostrou fundamental.

Não posso deixar de mencionar também Patrícia Oliveira Bom, Rafaella Moscalewsky, Letícia Garcia Romero, Elisa Camargo Padilha, Patrícia Pilan, Andreza Ayres, Sabrina Auer Castellani, Bárbara Souza, Caroline Paglia Nadal, Daniela Braggio Carreira, Emerson Dal Pozzo, Felipe Augusto Araújo, Gonçalo Rebello, Lucas Cabral, Rosana Karin Rocco, Vitória Segato, Nathalia Alves, Roberta Kronland, Sérgio Beggiato, Lucas Zapater, Rodrigo Bley e Antônio Seixas.

Enfim, agradeço a todos aqueles que em algum momento fizeram parte da minha vida nesses dois anos de mestrado e, por via de consequência, também fazem parte desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto construir dogmaticamente o conceito de estabilização da tutela antecipada, diante de sua inserção no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015. Busca-se, para tanto, uma análise de suas características, seus requisitos, de modo a compreender de que se trata essa nova forma de estabilidade, bem como estabelecer qual é sua finalidade e seu objeto, relacionando-a com as formas de imutabilidade conhecidas e com as tutelas sumárias autônomas italianas e com o *référé* francês, que a inspiraram. A seguir, são discutidas as relações da estabilização da tutela antecipada com outros institutos do processo civil, seus aspectos procedimentais e os pormenores da ação para rever, invalidar ou reformar a tutela antecipada estabilizada. A estabilização da tutela antecipada é uma mudança paradigmática na função atribuída às tutelas de urgência, uma vez que essas passam a não ser mais absolutamente dependentes de uma decisão posterior baseada em cognição exauriente. Rompe-se, assim, com a teoria processual de Calamandrei, atribuindo-se autonomia funcional às tutelas de urgência.

Palavras-chave: Processo civil; Tutela antecipada; Estabilização da tutela antecipada; Imutabilidade; Coisa julgada.

ABSTRACT

This academic work inquires to build dogmatically the concept of stabilization of injunctive relief because it is a new institute created by the Civil Procedure Code of 2015. It seeks, therefore, a review of its features and requirements to understand what is the new modality of stability, moreover to establish its goals in the system, relating it to the other forms of immutability, the Italian summary relief, and the French *référé*. Hereafter the relationship of the stabilization of the injunctive relief with others civil procedure institutes are discussed, its aspects and procedural features of the injunction to discuss the injunctive relief. The referred stabilization is a paradigmatic change in the function assign to injunctive relief so that they are no longer completely dependable of a final sentence. Therefore, there is a rupture with the procedural theory of Calamandrei, allowing a functional autonomy to injunctive relief.

Keywords: Civil procedure; Preliminary injunction; Stabilization of the injunctive relief; immutability; *Res judicata*.

SUMÁRIO

Introdução	1
Parte I: Perfil conceitual.....	4
Capítulo 1: A estabilização da tutela antecipada.....	4
1.1 Breves apontamentos sobre o direito comparado	8
1.2 Tutelas sumárias no direito italiano.....	10
1.3 Os <i>référés</i> franceses.....	14
1.4 Requisitos para a estabilização	20
1.4.1 Concessão de medida antecipatória em procedimento antecedente.....	20
1.4.2 Tutela de urgência satisfativa e tutela de urgência cautelar.....	20
1.4.3 Requerimento incidental e em procedimento antecedente	39
1.4.4. Urgência contemporânea a propositura da demanda	49
1.4.5. Não interposição de recurso pelo réu.....	52
Capítulo 2: Função da estabilização da tutela antecipada no sistema processual civil brasileiro.....	59
2.1 Finalidade	59
2.2 Interesse privado na estabilização da tutela antecipada.....	59
2.3 Interesse público na estabilização	60
2.4 Ausência de finalidade única	61
2.5 Função da estabilização da tutela antecipada e devido processo legal..	62
Capítulo 3: Natureza da estabilização da tutela antecipada.....	66
3.1 A estabilização como negócio jurídico qualificado.....	66
3.2 Estabilização da tutela antecipada como forma de imutabilidade e como técnica monitoria.....	73
3.3 Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada.....	73
3.3.1. Grau de cognição	79
3.3.2 Ausência de declaração de direito	88

3.3.3 Eficácia negativa e eficácia positiva da estabilização da tutela antecipada.....	89
3.4 A estabilização da tutela antecipada como técnica monitoria.....	92
3.5 Características da técnica monitoria e sua presença na estabilização da tutela antecipada	94
3.5.1 Aceleração procedimental mediante cognição sumária	95
3.5.2 Transferência do ônus de iniciativa do contraditório com atribuição de força preclusiva à inércia do réu	98
3.5.3 Não produção de coisa julgada material	100
3.6 A impossibilidade de enquadrar estabilização da tutela antecipada em modelos já conhecidos de imutabilidade	103
3.7 A estabilização da tutela antecipada para além da técnica monitoria...	104
4. Conclusão parcial.....	115
Parte II: Perfil Dinâmico.....	117
Capítulo 1: Aspectos procedimentais	117
1.1 O procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada....	117
1.2 Direitos não suscetíveis de estabilização	120
1.3 Estabilização parcial	122
1.4 Tutela antecipada antecedente nos tribunais	127
1.5 Estabilização da tutela antecipada em ação rescisória.....	131
1.6 Vencimento do prazo para aditamento da petição inicial e interposição do recurso vencem no mesmo dia.....	134
1.7 Estabilização da tutela antecipada e verbas de sucumbência.....	137
1.7.1 O procedimento antecedente para concessão de tutela antecipada é um procedimento especial?	137
1.7.2 Natureza da decisão que põe fim ao procedimento antecedente...	138
1.7.3 Procedimento antecedente e ônus de sucumbência.....	139
1.8 Impossibilidade de revogação de ofício da tutela estabilizada	143

1.9 Formulação do pedido principal nos mesmos autos da decisão estabilizada	145
1.10 Estabilização da tutela antecipada pré-arbitral	146
1.11 Negócio jurídico sobre a estabilização da tutela antecipada	149
Capítulo 2: Estabilização da tutela antecipada e o Poder Público.....	154
2.1 Notas sobre a antecipação de tutela contra o Poder Público	154
2.2 A indisponibilidade do interesse público	156
2.3 O reexame necessário.....	159
2.4 O pedido de suspensão da liminar.....	163
2.5 Conclusões parciais sobre a estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública	166
Capítulo 3: Ação para desconstituir ou confirmar a tutela antecipada.....	168
3.1 A ação.....	168
3.2 O ônus da prova na ação de impugnação à tutela antecipada estabilizada	171
3.3 Legitimidade para ajuizamento	176
3.4 Consequências do resultado da demanda sobre a tutela antecipada estabilizada.....	178
3.5 Interesse do réu em pleitear a desconstituição da tutela antecipada mediante reconvenção.....	182
3.6 Eficácia temporal da desconstituição da tutela antecipada estabilizada e responsabilidade por sua efetivação.....	184
3.7 Antecipação de tutela em ação para desconstituir estabilização da tutela antecipada	185
3.8 Ação principal após o prazo de dois anos	187
Capítulo 4: Estabilização da tutela antecipada inconstitucional	189
Capítulo 5: Estabilização da tutela antecipada e os efeitos do tempo sobre o direito tutelado.....	198
6. Conclusão	204

BIBLIOGRAFIA	206
--------------------	-----

Introdução

O Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015 reformulou integralmente o sistema de tutela cautelar e antecipada. Tanto as fórmulas redacionais quanto a sistematização das tutelas sumárias foram alteradas no Código de Processo Civil de 2015. De início, nota-se que todas essas medidas foram agrupadas no Livro V da Parte Geral do Código, sob o nome de tutela provisória.

Tal nomenclatura recebeu pesadas críticas da doutrina.¹ A censura, contudo, parece, se não injustificada, excessiva. É que, conquanto a provisoriedade seja há muito associada a essa modalidade de tutela,² o nome dado ao mencionado Livro V nada é além disso: um nome. Se em outros momentos históricos ele foi associado a construções não preocupadas com a tutela dos direitos, mas com uma visão meramente processual, isso é passado. É preciso verificar se a técnica, tal qual insculpida no novo código, responde aos anseios do direito material.

É bem verdade que há outra crítica em relação à nomenclatura: ela não corresponde a nenhuma das quais constou do processo legislativo. O Projeto do Senado, a exemplo do Anteprojeto, utilizava os nomes “tutela da urgência e tutela da evidência”; o Projeto da Câmara denominava o instituto de “tutela

¹ Assim, por exemplo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A adoção da terminologia empregada pelo legislador deixa na sombra aquilo que mais interessa para quem vai ao processo – a busca pela *tutela do direito*. Ao falar em *tutelas provisórias* o legislador imagina mais uma vez – voltando mais de cem anos na história do processo civil – que é possível tratar o direito material com uma categoria interna, única e invariável que não fornece qualquer pista a respeito dos pressupostos materiais que devem ser alegados e provados para proteção do direito material. Aludir simplesmente a *tutelas provisórias* e a *tutelas sumárias* – e aos conceitos correlatos de tutelas definitivas e tutelas exaurientes – sem iluminá-las com o conceito de *tutela dos direitos* é perder de vista aquilo que a parte efetivamente foi procurar no processo. É fazer com que o legislador falte com o seu dever de legislar de modo a guiar a ação dos juízes e advogados para prestação de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II, p. 196; “Essa terminologia obscurece a relação entre técnica processual e tutela do direito, turvando os pressupostos que são necessários para prestar diferentes tutelas mediante a técnica antecipatória” MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 774.

² CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 38-41.

antecipada”. Houve a alteração para “Tutela provisória” na última etapa do processo legislativo, a revisão redacional.³

Tratando-se de mera alteração redacional, não há qualquer violação ao devido processo legislativo e “de qualquer sorte, nomes são nomes e, por definição, não podem se sobrepor às realidades, ainda que normativas, que eles descrevem”.⁴ Portanto, o tema não merece maior alarme.

Segundo o art. 294, parágrafo único, do CPC, “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. Destarte, a lei classifica a tutela antecipada como espécie do gênero tutela de urgência, cujos requisitos para concessão são, a teor do art. 300 do CPC, a existência de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

As inovações trazidas pelo novo código no âmbito da tutela provisória são inúmeras. Não há dúvidas, contudo, de que a maior e talvez mais controversa delas seja a estabilização da tutela antecipada, a qual não encontrava precedentes no regime do Código de Processo Civil de 1973.

Além ser uma inovação em relação ao regime anterior, afirma-se na doutrina que a estabilização da tutela antecipada não é um instituto nascido da experiência pátria, mas importado, ao menos em seu germe, de ordenamentos estrangeiros.⁵

A bem da verdade, a estabilização da tutela antecipada não é um rompimento apenas com aquilo que estava previsto na vigência do Código Buzaid, mas também com a compreensão clássica das tutelas provisórias, segundo a qual as medidas urgentes seriam sempre predestinadas à substituição pela tutela definitiva.

Essa racionalidade decorre da formação do direito moderno, fortemente influenciado pelos valores liberais que pautaram o rompimento institucional

³ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, p. 217.

⁴ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, p. 218.

⁵ LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 167-187.

representado pela Revolução Francesa e que se expandiram, inspirando governos e legislações pelo mundo afora.⁶

Por ser uma nova forma de estabilidade da decisão proferida no âmbito de uma tutela sumária, a estabilização da tutela antecipada trouxe consigo acirrada divergência doutrinária. Diga-se com clareza: não há consenso quando se trata de estabilização da tutela antecipada. O tema é novo, polêmico e toca diversos pontos do direito processual civil, seja porque força os conceitos elaborados pela doutrina processual até então, uma vez que o novo instituto a eles não se amolda e exige uma revisitação a fim de se atribuir sentido àquilo que foi instituído pela nova lei, seja porque em sua estrutura, ou seja, seu perfil dinâmico, as dificuldades de aplicação e interpretação são inúmeras, sobretudo quando há relação com outros institutos jurídicos de direito material e de direito processual, como a prescrição, a ação rescisória, a eficácia sobre os litisconsortes passivos, a condenação em verbas de sucumbência e honorários advocatícios, o reexame necessário e outros tantos temas que adiante serão abordados.

Desse modo, convém analisar de que se trata a estabilização da tutela antecipada, construindo o perfil conceitual que permitirá uma análise posterior das questões processuais relativas à sua aplicação.

⁶ Sobre a função do magistrado e do Poder Judiciário no Estado liberal clássico, bem como sobre as limitações aos poderes executórios e a impossibilidade de postecipação do contraditório, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 29-40.

Parte I: Perfil conceitual

Capítulo 1: A estabilização da tutela antecipada

Como já dito, o novo código de processo civil trouxe alterações substanciais na autonomia e na eficácia temporal da tutela de urgência, em razão da previsão de sua estabilização no art. 304, *caput*, do CPC/15. No novo diploma, passa a ser possível que a tutela antecipada concedida em procedimento antecedente se torne estável no tempo sem a necessidade de confirmação por um pronunciamento de mérito.

À tutela antecipada foi atribuída uma nova paleta de cores, com a possibilidade de ela receber estabilidade permanente independentemente de uma tutela declaratória final. Ora, a estabilização da tutela antecipada é uma mudança sensível no modo como deve ser compreendida a técnica antecipatória, uma vez que, no novo regime, passa a ser possível que a tutela antecipada concedida em procedimento antecedente se torne estável no tempo, sem a necessidade de confirmação por um pronunciamento final, o que discrepa frontalmente do regime instituído pelo Código Buzaid e pela Lei nº 8.52/94 para as tutelas sumárias.⁷

⁷ Ao longo de todo o trabalho, a possibilidade de uma medida de urgência autônoma e independente de um processo principal será tratada como absoluta novidade dentro do regime processual brasileiro. Não há como negar que a estabilização da tutela antecipada pleiteada em procedimento antecedente seja uma inovação no ordenamento trazida pelo novo diploma processual.

É preciso notar, no entanto, que a possibilidade de medidas sumárias autônomas já era contemplada, ainda que de forma absolutamente restrita, pelo Código de Processo Civil de 1973. A Seção XV do Capítulo II do Livro III do CPC/73, denominado “de outras medidas provisionais” arrolava, em seu art. 888, “medidas que em sua maioria não tem natureza cautelar, mas *satisfativas*”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*, p. 888). A doutrina aponta que o adjetivo “provisionais” na seção em questão tem sentido ambíguo, não tratando apenas da provisoriedade, mas podendo ser relativo a “provisão”, ligando-se a tomada de providências. Desse modo, a sentença da medida provisional não estaria atrelada a sentença do processo principal da mesma maneira que ocorre em relação aos processos cautelares (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentário ao código de processo civil, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889*, p.366-367). É por isso que se diz que “no art. 888, o legislador usou e abusou do conceito de *provisionalidade*, reunindo sob tal dispositivo pretensões heterogêneas, dentre as quais com dificuldade se descobrem alguma medida realmente cautelar, além de serem várias delas de cunho visivelmente definitivo, sem qualquer vestígio de provisionalidade” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 539).

Chama atenção dentre as medidas em comento aquela disposta no inciso VIII do art. 888, que regula “a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público”, conhecida como ação demolitória. Nela, como é óbvio, pede-se a interdição

A estabilização da tutela antecipada é um instituto bastante novo e cuja aplicação e efetividade ainda serão testados pelos atores processuais. Trata-se de técnica aplicada a tutelas sumárias na França e na Itália, com peculiaridades tais que a análise do direito comparado, apesar de instrutiva, é insuficiente para resolver os problemas criados pela legislação pátria.⁸

O art. 303, caput, do CPC/15 autoriza a parte, nas hipóteses em que a urgência for contemporânea ao ajuizamento da ação, a se valer do benefício de requerer, em petição simplificada, medida antecipatória, indicando a lide da ação principal que, eventualmente, será ajuizada.

Por sua vez, o art. 304, caput, do CPC/15 determina que a tutela antecipada antecedente concedida nos termos do art. 303, caput, do CPC/15 se estabilizará, caso contra tal decisão não seja interposto o respectivo recurso. Esses efeitos podem ser revistos em ação proposta para desconstituí-los, cujo prazo para ajuizamento é de dois anos. Após esse lapso temporal, os efeitos não mais poderão ser desfeitos.⁹

Segundo Horival Marques de Freitas Junior, é uma hipótese de técnica antecipatória não cautelar que, em termos carnelluttianos, compõe a lide, sem a necessidade de passar em julgado, de modo que sua eficácia não cessa com a

ou demolição de uma edificação e a jurisprudência reconheceu que a providência nela pleiteada não tem caráter cautelar, mas é satisfativa (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentário ao código de processo civil*, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889, p.381). Tanto a interdição quanto a demolição do prédio não têm natureza cautelar. São medidas preventivas e, sendo possível dar tratamento definitivo ao estado perigoso, não há que se confundir tais provimentos com tutela cautelar (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 557).

Não obstante essas considerações, é preciso ter em conta que essas medidas provisionais do art. 888 do CPC/73, em especial a interdição e a demolição de prédio, decorrem do *standard* de teoria do processo da época de elaboração do código, que confundia cautelaridade com prevenção (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 88-90). Não fosse por isso, tais medidas são absolutamente excepcionais no sistema, razão pela qual a estabilização da tutela antecipada, que é genérica e se destina, a princípio, a todas as medidas antecipatórias não perde sua originalidade no sistema pela pré-existência de tutelas sumárias autônomas, como a demanda demolitória. A esse respeito, José Eduardo Carneira Alvim é peremptório ao afirmar que “a regra constante do *caput* do art. 303 do NCPC é inédita no ordenamento processual brasileiro, disciplinando a tutela de urgência de natureza satisfativa, quando for contemporânea à propositura da ação” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 178).

⁸ Discorrendo sobre os modelos francês e italiano, Giovanni Bonato indica que nas legislações desses países não existe o prazo de dois anos para a propositura da demanda em que se discutirá o mérito da questão, diferença essa que importa em sensível diferença em relação ao regime a ser aplicado ao modelo pátrio. BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 7-14.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 35.

extinção do feito.¹⁰ Nesse sistema, “à semelhança do *référé* francês, as partes não estão obrigadas a intentar a ação principal”¹¹ e passa a haver uma quebra no vínculo de instrumentalidade e obrigatoriedade entre tutela antecipatória e a decisão de cognição exauriente,¹² “privilegiando-se a cognição sumária como meio para a prestação da tutela dos direitos”.¹³

A proposta de estabilização da tutela de urgência surgiu em um contexto específico: desde a última década do século XX, o Código de Processo Civil brasileiro vem passando por alterações legislativas e reformas, visando garantir uma mais efetiva tutela dos direitos.

A preocupação com a demora do trâmite processual esteve presente nessas reformas e pautou outras tantas propostas de mudanças, tendo especial destaque no Código de Processo Civil de 2015.

Já no ano de 1997, a professora Ada Pellegrini Grinover veiculou na Revista de Processo uma proposta de alteração do Código de Processo Civil. Dentre outras sugestões, sua proposta encaminhava duas ideias: a execução da medida antecipatória deveria dar-se nos moldes da execução provisória e a falta de impugnação à tutela antecipatória concedida a converteria em sentença de mérito, protegida pela qualidade da coisa julgada.¹⁴

Sua preocupação com a execução da medida antecipatória advém do fato de que o regime inserido em 1994 dava a uma decisão de cognição sumária métodos mais efetivos de execução do que aqueles previstos para decisões fundadas em cognição exauriente.¹⁵ Há de se repudiar tal proposta, uma vez que, ao invés propor meios mais idôneos e adequados para a efetivação de

¹⁰ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 184.

¹¹ MACHADO, Marcelo Pacheco. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto de novo Código de Processo Civil*, p. 188.

¹² “A tutela sumária sai da sua condição de mera suplência da tutela de cognição plena e ganha o palco da justiça civil e passa a constituir autonomamente, ao lado dos processos de cognição plena, uma alternativa autônoma para a solução mais célere das crises de direito material, sem, contudo, eliminar-se ou suprimir-se a possibilidade de escolha da via de cognição plena”. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 23.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*, p. 111.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Proposta de alteração ao Código de Processo Civil justificativa*, p. 191-192.

¹⁵ *Ibidem*, p. 192-193.

direitos, simplesmente se preocupa em retirar a efetividade¹⁶ em nome de uma suposta coerência interna da sistemática processual.

A segunda proposta, por outro lado, merece ser lida e pensada com atenção. A ideia trazida é a de que não há motivo para prosseguimento do feito após a concessão de uma tutela de urgência se contra ela o réu não se insurgir, ou seja, se o réu com ela concordar. A autora aponta as semelhanças entre a estabilização da tutela de urgência e a técnica monitoria,¹⁷ que já vigorava na legislação pátria à época.

No projeto:

Prevía-se que, verificada eventual preclusão quanto à decisão proferida em procedimento antecedente, o réu teria 60 dias para propor a demanda principal, e ali questionar a medida concedida. Se deferida parcialmente, o autor também poderia propor a ação principal, no mesmo prazo de 60 dias. Em qualquer hipótese, se não proposta a ação principal, previa o projeto que a decisão então adquiriria força de coisa julgada, nos limites em que foi proferida.

E quando proferida a decisão de modo incidental, a parte interessada poderia então requerer o prosseguimento da demanda, no prazo de 30 dias após a preclusão da decisão antecipatória, sob o ônus dessa decisão também adquirir força de coisa julgada material¹⁸.

¹⁶ A redação dos artigos 273 e 461 do CPC, dada pela lei 8.952/94, permitia, desde a época da proposta de alteração de Ada Pellegrini Grinover, o manejo de ações de conhecimento diversas das abarcadas pela classificação trinária. Isso é, o magistrado, ao dar cumprimento a uma medida antecipatória, poderia agir sobre a vontade do réu, fazendo-o cumprir sua obrigação contratual ou dever legal, por meio de um provimento jurisdicional mandamental, ou então subrogar-se em seu lugar, valendo-se do aparato estatal para faticamente proteger os interesses do autor cuja aparência de direito se tutelava.

A proposta previa que não seria mais possível a utilização desses efetivos mecanismos de tutela dos direitos. A execução da medida liminar dar-se-ia nos moldes típicos do processo de execução e, ainda, com a necessidade de depósito de caução para atos de alienação ou que causassem graves danos ao executado. Assim, a proposta sugere que, para a execução de uma medida concedida tão somente por conta da urgência, deveria haver citação do réu para pagar ou indicar bens à penhora – isso com possibilidade de oposição de embargos, que poderiam ser dotadas de efeito suspensivo –, penhora de bens, avaliação, alienação – condicionada a depósito prévio de caução – para só então se satisfazer o direito do autor.

É evidente que tal *iter* procedimental é absolutamente incompatível com a urgência que autoriza a concessão de uma medida de urgência, assim como é evidente que o depósito de caução impossibilita a satisfação do direito em questão. Por exemplo, se determinado indivíduo com doença grave tem a cirurgia de que precisa negada pelo seu plano de saúde e ajuíza ação com pedido liminar, caso a medida antecipatória fosse deferida e executada pelo procedimento sugerido por Ada Pellegrini Grinover, esse autor deveria depositar caução. Ora, tivesse ele a quantia para pagar a cirurgia, parece muito mais crível que a faria desde logo com seus próprios recursos, ajuizando ação de reparação contra o plano depois. Por fim, com a devida vênia, a sugestão em comento beira o absurdo e é pensada para a satisfação de interesses puramente patrimoniais que, via de regra, não são objeto de preocupação da tutela de urgência, que se preocupa precipuamente com direitos existenciais.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Proposta de alteração ao Código de Processo Civil justificativa*, p. 193.

¹⁸ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 199.

Se seria constitucional ou não a atribuição de coisa julgada¹⁹ à decisão obtida não mediante contraditório é problema que, naquele momento, importou muito pouco, porque a proposta em comento chegou ao Senado Federal como Projeto de Lei 186/2005 e por razões diversas nunca foi aprovada.

Conquanto o PL 186/05 tenha inovado ao atribuir coisa julgada material à decisão de cognição sumária não impugnada, não se pode dizer que a estabilização da tutela de urgência não encontre precedentes no direito alienígena.

O referido projeto buscou inspiração no direito italiano e no direito francês, influências que se fizeram presentes na estabilização da tutela antecipada, constante do CPC aprovado em 2014.²⁰

1.1 Breves apontamentos sobre o direito comparado

É preciso pontuar com bastante clareza: no presente trabalho, a menção a tutelas sumárias potencialmente autônomas no direito italiano e francês não é e não pretende ser uma pesquisa ou trabalho de direito comparado.

A intenção do presente tópico é tão somente ilustrar de onde se buscou inspiração para a inserção da estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. Não se trata, de modo algum, de um esforço comparativo dos sistemas processuais ou mesmo da função que os institutos têm em cada um dos sistemas.

¹⁹ Não obstante, parece ser entendimento majoritário que seria inconstitucional a atribuição de coisa julgada à decisão fundada em cognição sumária. Nesse sentido: “É claro que é legítimo, desde o ponto de vista do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF), criar vias alternativas ao procedimento comum. Nada obsta que o legislador desenhe procedimentos diferenciados sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (com cognição sumária, limitada à probabilidade do direito). O que é de duvidosa legitimidade constitucional é *equiparar os efeitos* do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. (...) Em resumo: o *direito a adequada cognição da lide* constitui corolário do *direito ao processo justo* e determina a *inafastabilidade da ação exauriente* para formação da coisa julgada” MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 791.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 789; LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 106.

Tal empreitada demandaria esforço próprio e incompatível com o objetivo do presente trabalho, exigindo emprego de metodologia adequada, seja de micro ou de macro comparação,²¹ sem olvidar de um estudo adequado e consideravelmente aprofundado de cada um dos sistemas jurídicos em questão, a fim de comparar e pensar as possibilidades da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro.

Pode-se dizer que no atual estado até seria pouco produtiva a comparação da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro com outros sistemas. Isso porque há elementos bastante diversos entre as figuras (como se verá, o prazo para propositura da demanda principal inexistente nas figuras brevemente visitadas) e, além disso, a produção doutrinária acerca da estabilização da tutela antecipada se circunscreve a artigos, capítulos de livros, algumas dissertações de mestrado, não havendo obras de fôlego tratando do tema após a promulgação do novo código.²² No campo da jurisprudência a situação é parecida, uma vez que não há decisões importantes sobre o tema, o que deverá ocorrer apenas daqui a alguns anos, após a estabilização definitiva de decisões antecipatórias.

Soma-se a isso que fazer estudo de direito comparado não se trata de colocar lado a lado textos de lei e evidenciar as diferenças. É preciso um estudo da inserção do instituto no sistema,²³ qual sua finalidade (qual problema busca resolver),²⁴ o que a doutrina diz sobre ele e como os tribunais o aplicam.

²¹ Sobre metodologia de direito comparado, conferir: SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014; ÖRÜCÜ, A Esin. *Methodology of comparative law*. In: SMITAS, Jan M. *Elgar encyclopedia of comparative law*. Chenttenham: Edward Elagr, 2206, p. 442-454.

²² Provavelmente na atualidade a obra monográfica mais importante sobre o tema seja a de Gustavo Bohrer Paim, publicada em 2012, quando o código ainda estava em discussão no parlamento.

²³ "At the level of micro comparison, it has been widely argued that the true basis of comparative law is 'functional equivalence'. Two distinct currents of functionalism are on offer: the 'functionalist method', one of the best-known working tools in comparative law, and 'functionalism' in the sense that law responds to human needs and therefore all rules and institutions have the purpose of answering these needs. The functional-institutional approach answers the question 'Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?' From the answer to this question the concept of 'functional equivalence' emerges. Comparative lawyers seek out institutions having the same role, i.e., having 'functional comparability', or solving the same problem, 'similarity of solutions'. What is undertaken here can also be the 'functional juxtaposition' of comparable solutions" ÖRÜCÜ, A Esin. *Methodology of comparative law*, p. 443.

²⁴ "The problem-solving approach – the other side of the same coin – asks the question, 'How is a specific social or legal problem, encountered both in society A and society B, resolved?'; i.e., 'Which legal or other institutions cope with this problem?' This approach, similar to the

Obviamente, isso deve ser feito com o instituto em ambos os países, afinal não há comparação de uma coisa só. Comparam-se institutos de dois ou mais sistemas jurídicos.²⁵

Desse modo, seria potencialmente inútil um exercício de direito comparado, uma vez que no direito brasileiro há não muito mais que a legislação sobre a estabilização da tutela antecipada e alguns trabalhos que não buscaram sistematizá-la de forma bastante completa ainda.

Portanto, os itens a seguir não devem ser tratados como direito comparado. São meras ilustrações das tutelas sumárias autônomas na Itália e na França para que seja possível compreender de onde veio a inspiração da estabilização tutela antecipada, que ganhou notas bastante diferentes daquelas presentes nos institutos que lhe serviram de base.

1.2 Tutelas sumárias no direito italiano

Em 1998, Andrea Proto Pisani fez uma breve exposição das tutelas sumárias e do procedimento de injunção no direito italiano. Segundo ele, o art. 24 da Constituição italiana dispõe que “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, de modo que é reconhecida a atipicidade do direito de ação, não sendo necessária uma norma especificando a possibilidade de tutela jurisdicional do direito deduzido em juízo.²⁶

No entanto, essa atipicidade se aplica ao procedimento padrão ordinário, em tese, apto a tutelar todas as formas de direito. Os processos sumários se submetem a hipóteses típicas, de modo que para deles se socorrer o demandante deve preencher os requisitos de admissibilidade específicos.²⁷

‘functionalist’ approach, springs from the belief that similar problems have similar solutions across legal systems, though reached by different routes. It is said that ‘the fact that the problem is one and the same warrants the comparability’ (Schmitthoff, 1939). According to the functional–institutional approach the above questions, once answered, are immediately translated into functional questions. Functional inquiry also suits the utilitarian approach to comparative law” ÖRÜCÜ, A Esin. Methodology of comparative law. In: SMITS, Jan M. *Elgar encyclopedia of comparative law*, p. 443.

²⁵ Para mais detalhes sobre o que é “comparar, verificar: SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*, p. 45-64

²⁶ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, p. 22.

²⁷ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, 1998, p. 23.

Todavia, o art. 700 do Código de Processo Civil italiano prevê a possibilidade de emanção de provimentos de urgência atípicos, diante da impossibilidade de fazer valer o direito pela via ordinária sem um prejuízo grave e irreparável.²⁸

Assim, os provimentos de urgência autorizados pelo art. 700 não têm um campo de aplicação predeterminado pela lei, não havendo uma vinculação com um pressuposto objetivo, a não ser a impossibilidade de se socorrer de um procedimento cautelar específico.²⁹

Às tutelas sumárias é associado um grau de cognição diverso daquele encontrado no procedimento ordinário de cognição plena. A cognição plena é caracterizada, no direito italiano, pela predeterminação legal das formas, dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, em relação a alegações, provas, bem como pela realização plena do contraditório previamente à prolação de uma decisão apta a fazer coisa julgada,³⁰ ao passo que a cognição sumária é marcada, sobretudo, pela postecipação do contraditório,³¹ muito embora um processo possa ser caracterizado de sumário pela limitação das matérias passíveis de arguição.³²

²⁸ "Il provvedimento d'urgenza, che il legislatore há introdotto per integrare il sistema dei provvedimenti cautelari, può essere emanato su un presupposto di pericolo non specificamente preveduto; e anche il contenuto di questo provvedimento non è specificamente stabilito dalla legge, ma dev'essere determinato dal giudice, con riferimento al prevedibile contenuto del provvedimento definitivo di merito.

Il provvedimento può essere chiesto da chi, fuori delle ipotesi in cui possono esse emessi i provvedimenti cautelari tipici fin qui esaminati, abbia fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio grave e irreparabile (art. 700)". LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*, p. 354; "L'art 700 dell'attuale codice processuale há risolto in parte la questione disponendo che in mancanza di misura cautelare specifica, colui che há fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, può chiedere al giudice il provvedimento d'urgenza che appariranno, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare gli effetti della decisione sul merito" DINI, Mario. *La denuncia di danno temuto nel diritto sostanziale e processuale (articolo 1172 codice civile e 688 a 691 cod. proc. civile)*, p. 59.

²⁹ "Il campo di applicazione del provvedimento di urgenza è apparentemente indeterminato nella previsione della legge, perchè l'articolo 700 non sembra vincolare la concessione del provvedimento stesso a un presupposto obiettivo. La sola condizione, del resto importante, che è dato rilevare è quella negativa della impossibilità di ricorrere a un altro provvedimento cautelare nominato: onde anche della designazione di *innominati* attribuita ai provvedimenti in esame" SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, p. 589.

³⁰ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, p. 23.

³¹ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, 1998, p. 24.

³² PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, p. 25.

No direito italiano as tutelas sumárias são justificadas pela exigência de economia processual, pela necessidade de evitar o abuso do direito de defesa (compreendido como uma abusividade no caso concreto das garantias previstas para o processo de cognição plena) e pela imposição de uma tutela efetiva, o que não raro era obstado pelo procedimento de cognição exauriente.³³

Note-se que a legislação italiana adotou a lição de Piero Calamandrei ao não distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar, mas, ao contrário, tratando aquela como gênero dessa.³⁴

Ademais, não obstante a existência de um procedimento de injunção, aplicado à técnica monitória, no direito italiano,³⁵ tradicionalmente o direito italiano acolheu a ideia de que tutelas sumárias se submetem a eficácia temporal precária.³⁶

No entanto já é de longa data a discussão, inclusive no âmbito do Poder Legislativo italiano, acerca da possibilidade de adoção de um modelo de tutelas sumárias autônomas. Muito embora, buscando inspiração na legislação francesa, a Itália tenha adotado somente apenas a partir 2003 um sistema que confere autonomia ao provimento sumário, já em 1978 foi instituída uma comissão presidida por Enrico Tullio Liebman para tal finalidade. Não obtida a aprovação, em 1994 houve a criação de uma nova comissão, dessa vez encabeçada por Giuseppe Tarzia, cujo projeto também não angariou apoio parlamentar suficiente.³⁷ De todo modo, fica bastante claro que a resolução do litígio mediante medida provisória não obrigatoriamente dependente de um procedimento ordinário de conhecimento, com franca inspiração no *référé* francês, já vinha sendo objeto de reflexão há muito tempo na Itália.

³³ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, p. 25.

³⁴ LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. "Porque tudo que é vivo, morre" comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 171; CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 51-61.

³⁵ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano*, p. 27-34.

³⁶ Tanto é assim que Giovanni Bonato reconhece ter havia uma atenuação da instrumentalidade hipotética com o advento do Decreto Legislativo 5/2003 no direito italiano. BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 11.

³⁷ PAIM, Gustavo Bohter. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 185.

O projeto elaborado por Liebman tinha por ideia base a noção de que com a concessão de determinadas medidas provisórias poderia desaparecer o interesse das partes no prosseguimento da demanda, em razão da satisfação plena do interesse do autor. Por essa razão, a proposta era de que o prazo para a propositura da demanda principal, cujo termo final marcava o fim dos efeitos da medida cautelar deferida, poderia ser modulado, mediante requerimento das partes, pelo magistrado da causa. Não havendo estipulação judicial desse prazo, ele simplesmente não existiria, desobrigando a parte autora de intentar a demanda.³⁸

Por sua vez, o projeto de Tarzia focava na possibilidade de economia processual nas hipóteses nas quais o julgamento mediante cognição sumária fosse suficiente para tutelar a crise de direito material. Permitia-se, assim, a conservação da eficácia da tutela provisória por tempo indeterminado e independente da tutela final.³⁹

A autonomia do provimento sumário cautelar antecipatório foi inserida no direito italiano pelo Decreto Legislativo 5/2003, que regulava a questão no âmbito do direito societário,⁴⁰ “tornando facultativa a instauração do processo de mérito após a concessão de uma tutela cautelar, permitindo um caráter definitivo aos efeitos produzidos por essas tutelas, sem, contudo, adquirir a eficácia de coisa julgada”.⁴¹

Posteriormente, em 2005, o Decreto Legislativo 35 estendeu essa possibilidade à generalidade dos direitos tutelados no processo civil, não a restringindo a questões societárias.⁴² A matéria sofreu modificações pelas Leis 80/2005, 51/2006 e 69/2009, bem como pelo Decreto Legislativo 273/2005.⁴³

³⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 185.

³⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 186.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 18; FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 187; LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 171; BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 12.

⁴¹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 186.

⁴² FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 187; BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 12.

⁴³ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 187.

Foi a Lei 80/2005 que deu nova redação ao art. 669-octies,⁴⁴ referindo-se aos provimentos de urgência fundados no art. 700 do CPC italiano, afastando a necessidade de propositura da ação principal.⁴⁵ Das novas disposições, a que aparenta ter maior relevância é o sexto parágrafo, segundo o qual a subordinação da manutenção dos efeitos da medida cautelar à propositura da ação principal não atinge as medidas de urgência fundadas no art. 700 do CPC.⁴⁶

A previsão inicialmente inserida pelo Decreto Legislativo 5/2003 acabou por ser revogada pela Lei 69/2009,⁴⁷ não obstante permaneça a possibilidade de uma tutela sumária autonomia, em razão do art. 669-octies.

1.3 Os *référés* franceses

44 “Art. 669-octies. Provvedimento di accoglimento
L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies.

In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni.

Il termine decorre dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione.

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni. Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un'atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonche' ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte puo' iniziare il giudizio di merito

Il giudice, quando emette uno dei provvedimenti di cui al sesto comma prima dell'inizio della causa di merito, provvede sulle spese del procedimento cautelare.

L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e' stata proposta in corso di causa.

L'autorità del provvedimento cautelare non e' invocabile in un diverso processo.”

45 FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 187; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*, p. 173.

46 PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 187.

47 PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 188; FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 187; THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 24; LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. *“Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC*, p. 172.

Os *référés* são um mecanismo processual que, no direito francês, permite uma rápida análise da lide, aplicável em todos os órgãos jurisdicionais, mediante procedimento simples e rápido, formando uma decisão provisória que poderá se tornar, na prática a solução final do litígio.⁴⁸

O termo *référé* não é unívoco. Ele é utilizado tanto para nomear esse procedimento abreviado e simples quanto para se referir ao juízo dos *référés*, um órgão jurisdicional autônomo em relação ao julgamento do mérito.⁴⁹

O *référé* tem suas linhas gerais reguladas pelo art. 484 do CPC francês. No entanto, não existe uma única modalidade de *référé*. Além disso, com a evolução do instituto, deixou de haver uma ligação necessária entre ele e a urgência, tornando-se o *référé* uma importante ferramenta em prol da celeridade no direito francês, sobretudo diante da impossibilidade de execução provisória das sentenças de primeira instância.⁵⁰

O *référé* francês remonta ao século XVII⁵¹ e foi formalmente instituído pelo Decreto Real de 22 de janeiro de 1685. Inicialmente ele se destinava a regular as hipóteses taxativas nas quais a urgência autorizaria a prolação de uma decisão provisória, mediante procedimento rápido e informal. No entanto, as disposições aplicavam-se tão somente ao procedimento do *Châtelet* de Paris.⁵²

No Código de Processo Civil de 1806, a aplicabilidade do *référé* se estendeu a toda França, sendo de cada presidente de tribunal a competência para proferir o provimento.⁵³ Ainda que a regulamentação do instituto fosse singela entre os artigos 806 e 812 do CPC de 1806, houve avanços jurisprudenciais significativos na aplicação do *référé*.⁵⁴

A essa época, o *référé* ainda tinha por finalidade tutelar situações urgentes, afastando o perigo de atraso da prestação jurisdicional pela demora do procedimento ordinário. Por outro lado, essa era a única condição para a obtenção dessa decisão provisória mediante procedimento informal e

⁴⁸ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 218.

⁴⁹ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 218.

⁵⁰ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 219.

⁵¹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 170.

⁵² BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 219.

⁵³ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 219.

BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 219.

simplificado. Optou-se por não arrolar hipóteses taxativas, concedendo aos juízes um poder cautelar atípico e geral.⁵⁵

Havia ainda um segundo tipo de *référé* disciplinado pelo art. 806 do Código, o *référé execution*, destinado a decidir de modo provisório sobre as dificuldades do processo de execução. Nessa hipótese presumia-se a urgência no bojo do procedimento executivo.⁵⁶

A par disso, o art. 809 do CPC de 1806 dispunha que a decisão do *référé* não prejudicava o juízo de mérito, estatuinto que não se tratava de uma decisão imutável.⁵⁷

No curso do século XX houve uma clara tendência de expansão do *référé*, que foi introduzido em matérias comerciais, rurais e administrativa, bem como passou a ser possível perante o *tribunal de grande instance* e perante os demais órgãos jurisdicionais, pois foi atribuído, “primeiramente, o poder de proferir o provimento em questão ao presidente da corte de apelação (...) e depois com a introdução do *référé prud’homal* (...) perante o *tribunal d’instance* (...) e, em fim, perante o *tribunal de la sécurité sociale*”.⁵⁸

No Código de Processo Civil de 1975, em vigor na França, o *référé* é regido pelos artigos 484 a 492, no bojo do livro primeiro do CPC, que regula as disposições comuns a todos os órgãos judiciais. No segundo livro do código há diversas regras específicas para cada uma das modalidades de *référé*, bem como é possível encontrar normas na legislação extravagante ou em outros códigos.⁵⁹ Segundo o art. 484 do CPC, que define o *référé*, ele “é uma decisão provisória tomada a pedido de uma parte, na presença de outra ou sendo esta chamada, no caso em que a lei confere a um juiz, que não é responsável pelo processo principal o poder de ordenar imediatamente as tutelas necessárias”.⁶⁰

No direito francês atual, as principais características do *référé*, compreendido como gênero dentro do qual se encontram diversas espécies, são

⁵⁵ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os *référés* no ordenamento francês. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 255, maio, 2016, p. 532.

⁵⁶ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 533.

⁵⁷ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 533.

⁵⁸ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 533-534.

⁵⁹ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 534.

⁶⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 171.

a sumariedade do procedimento e a ausência de coisa julgada sobre o mérito do litígio.⁶¹

A competência para o juízo *référé*, via de regra, é incumbida ao presidente do órgão judiciário – muito embora ele possa delegar esses poderes a outros magistrados⁶² – e está presente na maior parte dos órgãos jurisdicionais, como “o *tribunal de grande instance*, o *tribunal d'instance*, o *tribunal de commerce*, os *prud'hommes* e o *tribunal paritaire de baux ruraux*, o *tribunal des affaires de sécurité sociale* e a corte de apelação”.⁶³ Por outro lado, a Corte de cassação e o Conselho constitucional não detêm competência em matéria de *référé*.⁶⁴

É possível a instauração de processo acerca da questão principal e do *référé* paralelamente, sem que haja conexão ou litispendência, diante das eficácias diversas atribuídas ao ato decisório de cada procedimento.⁶⁵ Há uma divergência em relação aos sistemas brasileiro e italiano, nos quais incumbe a resolução da questão urgente ao juízo competente para apreciar o mérito.

O procedimento do *référé* é sumário, simples, informal e célere, seu primeiro ato é a citação, ato que interrompe a prescrição nos termos dos artigos 2.241 e 2.242 do Código Civil Francês, a fim de que o réu compareça a audiência. Há autorização legislativa para a citação da parte em prazo brevíssimo, mesmo de poucas horas. A decisão somente será proferida após efetivado o contraditório no procedimento, que é oral e não exige a representação por advogado.⁶⁶ A ordem do *référé* sempre será proferida em audiência pública, devendo ser motivada.⁶⁷ A par disso, não há repercussão do juízo do *référé* sobre o juízo de mérito,⁶⁸ uma vez que ele é independente em relação ao processo de fundo.⁶⁹

⁶¹ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 534-535.

⁶² PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 172.

⁶³ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 535.

⁶⁴ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 536.

⁶⁵ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 536.

⁶⁶ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 539-541.

⁶⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 175.

⁶⁸ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référés no ordenamento francês*, p. 539-541.

⁶⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*, p. 176.

A principal característica do provimento do *référé* é sua provisoriedade e possibilidade de execução imediata. Se proferido por um juiz de primeiro grau é apelável e impugnável via *opposition*. Sendo proferido pela corte de apelação, a decisão desafia o recurso de cassação. Nada obsta que terceiro se oponha ao *référé*, no entanto não é possível o manejo de ação rescisória, por ser possível a revogação ou modificação com base na alteração das circunstâncias fáticas que o ensejaram.⁷⁰

Ainda que se esgotem os meios de impugnação do *référé*, o juízo do mérito poderá proferir decisão em sentido contrário ao nele estabelecido, como contrapartida da brevidade e sumariedade do rito que o embasa.⁷¹

Contudo, há uma estabilidade denominada de “coisa julgada provisória” que incide sobre a decisão do *référé*, impedindo que o magistrado do *référé* volte a decidir a questão de modo diverso.⁷²

Dentre os *référés* previstos nos procedimentos dos *tribunaux de grande instance*, que possuem ampla competência cível não especializada⁷³, estão:

(a) *Référé classique* ou *référé en cas d'urgence*, previsto para as situações de urgência (art. 808); (b) *référé de prévention* ou *de remise en état*, que visa a evitar um dano iminente ou transtornos manifestamente ilícitos art. 809); (c) *référé provision*, concedendo um provimento sobre crédito pecuniário e (d) *référé provision*, ordenando o cumprimento de uma obrigação de fazer (art. 809).⁷⁴

Além dessa divisão, há quem os classifique em apenas três modelos: o *référé* baseado na urgência (art. 808 do CPC francês), o *référé* cuja urgência é presumida (art. 809, 1.^a parte, do CPC francês) e o *référé* em que a urgência é dispensada (art. 809, 2.^a parte, do CPC francês).⁷⁵

O procedimento francês acaba por prever uma hipótese na qual “a decisão não será alterada se o devedor assim não requerer”.⁷⁶ Dessa maneira,

⁷⁰ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référé no ordenamento francês*, p. 542.

⁷¹ BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référé no ordenamento francês*, p. 543-544.

⁷² BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. *Os référé no ordenamento francês*, p. 544.

⁷³ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 182.

⁷⁴ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 183.

⁷⁵ THEODORO JÚNIO, Humberto. ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 30-31.

⁷⁶ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 184.

se a decisão de cognição sumária satisfaz aos interesses de ambas as partes da relação jurídica de direito processual, não é a lei que impõe o prosseguimento do feito, empenhando tempo e recursos para declarar algo a respeito de uma causa que no plano dos fatos já está resolvida. Trata-se de uma hipótese de técnica antecipatória não cautelar que, em termos carneluttianos, compõe a lide, sem a necessidade de passar em julgado, de modo que não cessa sua eficácia com a extinção do feito.⁷⁷

Os *référés* acabam por criar “procedimentos simples que impedem o devedor de má-fé ou que queira se valer do processo para fins meramente protelatórios se valha de todos os artifícios do processo de cognição plena para evitar que a obrigação seja rapidamente acertada pelo juízo”.⁷⁸ Conforme reconhecido pela doutrina francesa, o *référé* faz com que o réu busque o procedimento de cognição plena quando possui motivo sério para contestar o teor da decisão.⁷⁹

Segundo pesquisa realizada por Ada Pellegrini Grinover, no sistema francês, mais de 90% dos casos são resolvidos sem a necessidade de se recorrer ao procedimento ordinário de cognição exauriente.⁸⁰

Entretanto, esse dado precisa ser lido com cautela e não significa que a estabilização da tutela de urgência seja a solução milagrosa para os problemas do judiciário brasileiro. A pesquisa desenvolvida pela professora Grinover consistiu em uma série de perguntas realizadas para doutrinadores de diversos países e a estatística apontada não indica sua fonte, de forma que pode muito bem corresponder a percepção individual e aproximada – diga-se, sem um critério objetivo de aferição – do professor entrevistado.

Impende ainda destacar que, no sistema francês, a decisão antecipatória estabilizada é provisória, porque pode vir a ser substituída por uma de cognição

⁷⁷ FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência*, p. 184.

⁷⁸ THEODORO JÚNIO, Humberto. ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 32.

⁷⁹ THEODORO JÚNIO, Humberto. ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 32.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: antecipação e sua estabilização*, p. 95.

exauriente, mas não temporária, já que, se não questionada, tende a produzir efeitos indefinidamente.⁸¹

1.4 Requisitos para a estabilização

Não é a concessão de toda tutela antecipada, em quaisquer circunstâncias, que autoriza sua estabilização. Para ganhar esses ares de definitividade, a tutela antecipada deve preencher alguns requisitos.

1.4.1 Concessão de medida antecipatória em procedimento antecedente

A estabilização da tutela antecipada está regulada nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil, ou seja, dentro do capítulo referente ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, inserido no título da tutela de urgência e no livro que regula a tutela provisória.

É preciso notar que aí há três contraposições. A primeira delas é que apenas a tutela antecipada satisfativa é apta a se estabilizar, e não a tutela cautelar. A segunda é que apenas a tutela antecipada requerida em procedimento antecedente pode sofrer a estabilização, ao contrário da tutela antecipatória requerida incidentalmente no processo. A terceira é que, como não há autorização para tutela da evidência antecedente, apenas a tutela de urgência pode estabilizar-se.

1.4.2 Tutela de urgência satisfativa e tutela de urgência cautelar

No novo código, a tutela de urgência é gênero dentro do qual se encontram as espécies tutela cautelar (medidas conservativas) e tutela antecipada (medidas satisfativas).⁸² Estabiliza-se não toda e qualquer tutela urgente concedida em procedimento antecedente, mas apenas a tutela antecipatória.

⁸¹ THEODORO JÚNIO, Humberto. ANDRADE, Érico. *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, p. 35.

⁸² MACHADO, Marcelo Pacheco. *Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto de novo código de processo civil*, p. 236-237.

Para Heitor Vitor Mendonça Sica, a bem da verdade, esse é o grande problema e a pergunta sem resposta sobre a estabilização da tutela antecipada: como diferenciar a antecipação de tutela, apta a estabilizar-se, da tutela cautelar, que não poderia ganhar essa imutabilidade?⁸³

A compreensão das dimensões do problema passa por uma breve análise do desenvolvimento histórico das tutelas sumárias na doutrina, partindo-se do primeiro a sistematiza-las de modo coerente, Piero Calamandrei.⁸⁴

Para o referido professor italiano, o traço característico dos procedimentos cautelares não é sua provisoriedade,⁸⁵ mas sim que nunca constituem fins em si próprios e existem em razão de um procedimento definitivo. Sua teoria processual das cautelares compreende o processo cautelar como um instrumento hipotético, vale dizer, um instrumento de outro instrumento (o processo), na hipótese de o direito alegado ser verdadeiro.⁸⁶⁸⁷ Assim, “para

⁸³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 249-250.

⁸⁴ A opção por iniciar a análise dos procedimentos de urgência com Piero Calamandrei encontra amplo respaldo na doutrina. Sobre a importância do referido autor, Daniel Mitidiero ensina: “É inquestionável que o grande teórico da tutela cautelar no período do desenvolvimento das bases da ciência processual civil foi Piero Calamandrei. Com a publicação de seu clássico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, em 1936, estabeleceram-se os principais traços que posteriormente serviriam para a doutrina e para a legislação trabalharem o tema”. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 27.

Ainda, Alcides Munhoz da Cunha não deixa dúvidas sobre a recepção e importância do estudo da teoria processual das cautelares no CPC de 1973: “O esquema do processo cautelar delineado por CALAMANDREI, CARNELUTTI, LIEBMAN foi recepcionado com todo o vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, no Livro III, no qual se conferiu à função cautelar a dignidade de uma categoria de processo ao lado dos processos de conhecimento e de execução. *Processo e não procedimento* como acentuava CARNELUTTI para destacar sua autonomia funcional, como categoria de tutela, em confronto com o processo principal e para distingui-lo dos processos especiais enquanto estes se enquadravam como variantes do processo de conhecimento do tipo padrão”. MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Comentários ao código de processo civil*, v. 11: *do processo cautelar*, arts. 796 a 812, p. 130.

Tendo em vista a repercussão da doutrina de Piero Calamandrei sobre o direito brasileiro e, como via de consequência, sobre a racionalidade do jurista pátrio, considera-se plenamente justificado o início da discussão teórica por tal autor.

⁸⁵ Calamandrei faz a distinção entre provisoriedade e temporariedade. Enquanto temporário é aquilo que tem duração limitada no tempo e não será substituído, provisório é aquilo que também sofre essa limitação temporal, mas que será substituído por algo definitivo. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 38-40.

⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 41.

⁸⁷ Calamandrei aponta que todas as sentenças prolatadas com cláusula *rebus sic standibus* são provisórias, sem, contudo, serem cautelares, de forma que resta evidente que a provisoriedade não é a característica distintiva das cautelares.

Calamandrei, os provimentos cautelares são fenômenos exclusivamente processuais”.⁸⁸

Essa visão a respeito das medidas antecipatórias é localizada no tempo e espaço, de maneira que não pode ser acriticamente transportada para o direito processual de hoje.

Piero Calamandrei foi discípulo de Giuseppe Chiovenda, que por sua vez bebeu das fontes alemãs (em especial Oskar von Bülow e Adolf Wach), marcadamente influenciadas pela escola pandectística.⁸⁹

Oskar von Bülow separou, a partir da busca de conceitos puros, a relação jurídica de direito material da relação jurídica de direito processual, demonstrando que têm partes, objetos e pressupostos distintos⁹⁰ e, por meio de Chiovenda, esse pensamento tem influência sobre a teorização a respeito das cautelares desenvolvida por Piero Calamandrei.

Ocorre que há muito a ideia de relação jurídica tem sido contestada por sua matriz eminentemente individualista, pois surgiu num contexto moderno que valorizava demasiadamente essa característica, além de que a relação jurídica pressupõe direito e obrigação correlata, o que é incapaz de explicar o fenômeno processual.⁹¹

A teoria da relação jurídica, colocou o juiz no centro do fenômeno processual, relegando às partes o papel de simples colaboradoras. Entretanto, “a defesa do aludido protagonismo judicial em Bülow somente se apresenta de modo indiscutível em sua obra de 1885, *Gesetz und Richteramt* (*Lei e função judicial*)”⁹². Existe, assim, uma centralidade do juiz e do Estado na teoria de Bülow,⁹³ que, como se verá, não deixou de influenciar Calamandrei.

⁸⁸ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo da demora*, p. 44

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *O processualismo e a formação do código Buzaid*, p. 172.

⁹⁰ BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

⁹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 59-86 e p. 124-134; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, p. 53-74.

⁹² COELHO NUNES, Dierle Jose. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 100.

⁹³ Discorrendo sobre a obra “*Gesetz und Richteramt*” de Bülow, Karl Larenz explicita: “A ideia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito. A lei não logra criar logo o Direito; é “somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica” (p. 45). Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para que não existe ainda a pronta na lei a determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com absoluta segurança, de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei” (p. 32). Sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei” oculta-se uma

Além da influência das correntes de socialização do processo, a teoria processual das cautelares de Piero Calamandrei pode ser problematizada por um outro aspecto.

Piero Calamandrei tomou uma posição bastante ambígua em relação ao fascismo italiano. Conquanto fosse discípulo de Giuseppe Chiovenda e não escapasse da visão autoritária de seu mestre,⁹⁴ foi adversário e conspirou contra o regime fascista. Todavia, integrou a comissão ministerial da reforma do Código Processual proclamado como “a codificação fascista” ao lado de Redenti e Carnelutti.⁹⁵

Giovanni Tarello encontra na escrita da Calamandrei marcas autoritárias ligadas ao regime fascista,⁹⁶ que talvez sejam, na verdade, decorrência apenas de uma visão “estatista” do processo civil, o que fica evidenciado na principal produção teórica de Piero Calamandrei, a já mencionada “Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares”, isso porque, nessa obra, o procedimento cautelar, segundo sua teoria processual, serve à tutela da seriedade e eficiência da prestação jurisdicional. Há uma preocupação exacerbada com a tutela do Estado, do processo judicial, e não com o direito da parte.

Assim, a teoria processual das cautelares não se refere a qualquer noção de processo, mas ao processo compreendido como relação jurídica de direito público, cuja posição central é ocupada pelo magistrado em detrimento das partes.

Ante a necessidade de encontrar uma justificativa adequada à adoção das cautelares, Calamandrei foi o primeiro teórico a formular uma teoria verdadeiramente consistente a respeito das medidas de urgência no direito

pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média a mais justa” (p. 36). Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjetivo, porventura do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria do Direito livre” – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido. Apud. COELHO NUNES. Dierle Jose. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 100-101.

⁹⁴ Possivelmente em razão da influência das correntes alemãs de socialização do processo.

⁹⁵ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p. 252.

⁹⁶ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p. 252. Quais são, especificamente, essas marcas, Giovanni Tarello não diz.

italiano. Antes dele, Chiovenda as estudou a partir da ação e Carnelutti, do processo.⁹⁷ Todavia, não conseguiram resolver os problemas teóricos que se colocavam, como a distinção das providências cautelares de outras tantas medidas processuais.

Chiovenda, em 1903, incluiu o conceito de ação dentre as categorias processuais em uma generalização neopandectística afirmando que a ação processual se exerce em face do adversário e é um verdadeiro direito potestativo de seu titular.⁹⁸ Para ele, a ação é o ponto de contato entre o interesse estatal e o privado através da atuação da lei.⁹⁹

Giuseppe Chiovenda, em suas *Instituições de Direito Processual Civil*, trata as medidas de urgência como decorrentes de uma mera ação, uma vez que o direito de pleitear uma dessas medidas “não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe”.¹⁰⁰

Assim, a medida provisória provém da necessidade de se evitar um dano jurídico e “atua a vontade da lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade de lei”.¹⁰¹ Chiovenda aponta, ainda, como condições para expedição dessas medidas provisórias urgentes o justificado temor de um evento danoso e a cognição superficial.¹⁰²

Segundo Francesco Carnelutti “cautelar se chama o processo que, em lugar de ser autônomo, serve para garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)”¹⁰³ e sua função implica a existência de dois processos para a mesma lide.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ Esse processo é concluído com a

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 235-244; CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, p. 133-138.

⁹⁸ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p. 244.

⁹⁹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p. 244-245.

¹⁰⁰ “Medidas especiais, determinadas pelo perigo ou urgência, dizem-se provisórias acautelatórias ou conservadores, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática; e são várias, conforme varia a natureza do bem a que aspira”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 332.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 333.

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 334.

¹⁰³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, p. 134.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, p. 135.

¹⁰⁵ É importante ter em mente que Carnelutti pensa a atividade jurisdicional a partir da função de realizar a justa composição da lide. CARNELUTTI, Francesco. *Lite e processo*, p. 99-105.

constituição da cautela e tem efeitos análogos à cognição e à execução, mas opera de maneira mediata sobre a lide. Carnelutti aponta que sua eficácia temporal é condicionada ao processo definitivo e sua eficácia processual é mutável, dependendo da verificação de seus pressupostos.¹⁰⁶ Quanto às diferenças entre o processo cautelar e os demais gêneros, Carnelutti destaca seu caráter constitutivo provisional.¹⁰⁷

Na doutrina brasileira, constata-se que o Código de Processo Civil de 1973 se aproximou da lição de Carnelutti, disciplinando o processo cautelar como *tertium genus*, ao lado de conhecimento e execução.¹⁰⁸

Calamandrei analisou as cautelares a partir do procedimento, ou seja, não as contrapõe aos processos de conhecimento e execução. Sustentou que “pode-se, portanto, falar de um *conhecimento cautelar* contraposto àquele ordinário; de um título *executivo cautelar* e de uma *execução cautelar* distinta daquela execução ordinária forçada”.¹⁰⁹

Entretanto, para ele não é a provisoriedade¹¹⁰ a característica diferenciadora dos procedimentos cautelares. É, sim, que nunca constituem fins em si próprios e existem em razão de um procedimento definitivo.¹¹¹¹¹²

É sabido que o processo civil se desenvolve entre a tensão de duas garantias opostas, a rápida solução do litígio e a segurança jurídica, calcada em

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*, p. 205-207.

¹⁰⁷ “A differenza dal processo giurisdizionale e dal processo esecutivo, il processo cautelare non mette capo nè alla cosa giudicata, nè alla restituzione forzata: non alla cosa giudicata, perchè, non ha lo scopo di dar ragione e di dar torto all'uno e all'altro dei litiganti; non alla restituzione forzata perchè non ha lo scopo di rimediare alla lesione di una pretesa; invece si tratta di disporre uno stato giuridico provvisorio, il quale dura fino a tanto che si compia il processo giurisdizionale o il processo esecutivo” CARNELUTTI, Francesco *Sistema di diritto processuale civile*, p. 332.

¹⁰⁸ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, do processo cautelar, p. 97-100 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VIII, p. 1-3; CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*, p. 29-42; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 33.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 24.

¹¹⁰ Calamandrei faz a distinção entre provisoriedade e temporariedade. Enquanto temporário é aquilo que tem duração limitada no tempo e não será substituído por nada, provisório é aquilo que também sofre essa limitação temporal, mas que será definido por algo definitivo. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 25-26.

¹¹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 41.

¹¹² Indica ainda que todas as sentenças prolatadas com cláusulas *rebus sic standibus* são provisórias, sem, contudo, serem cautelares, de forma que resta evidente que a provisoriedade não é a característica distintiva dos procedimentos cautelares. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 26.

garantias de defesa, contraditório, formalidades nas realizações de atos e na fluência de prazos.¹¹³ Os procedimentos cautelares têm por escopo justamente “impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave naquela espera”.¹¹⁴ São, na visão de Calamandrei, a conciliação entre essas duas exigências do direito processual civil.¹¹⁵

Calamandrei aponta que a melhor terminologia para os procedimentos cautelares é de acessórios, uma vez que há posição de subordinação entre eles e procedimento principal.¹¹⁶ Ressalta que “há nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito”.¹¹⁷

Portanto, o procedimento cautelar é um procedimento que serve à tutela da seriedade e eficiência da prestação jurisdicional. Há uma preocupação exacerbada com a tutela do Estado, do processo judicial, e não com o direito da parte.

A par disso, Piero Calamandrei classifica as providências cautelares em quatro modalidades, a saber: a) providências instrutórias antecipadas; b) providências destinadas a assegurar a execução forçada; c) antecipação das providências decisórias; e d) cauções processuais.¹¹⁸

As providências instrutórias antecipadas têm por finalidade preservar a produção de provas que, se não obtidas antecipadamente, poderão se perder com o decurso do tempo, uma vez que “normalmente tais providências instrutórias são adotadas no curso do procedimento ordinário e dele fazem parte, porém quando, antes que o processo se inicie, há motivo para temer que, caso a providência instrutória tarde, seus resultados possam ser menos eficazes, esta

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 144-145.

¹¹⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 36.

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 39.

¹¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p.43-47.

¹¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 42.

¹¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 51-65.

providência pode ser requerida imediatamente através de um procedimento autônomo”.¹¹⁹

De outra parte, as providências destinadas a assegurar a execução forçada tem por função precípua fazer com que o bem objeto de futura execução não se perca até o momento de expropriação ou entrega ao credor, seja pela constrição do patrimônio suficiente para adimplemento da obrigação pecuniária, seja pelo sequestro do bem que deve ser entregue ao credor.¹²⁰

A antecipação das providências decisórias constitui um grupo das medidas que decidem interinamente o processo, nas hipóteses em que a espera pela decisão definitiva poderia causar danos irreparáveis.¹²¹ Como se vê, para Calamandrei, dentro dessa espécie do gênero provimentos cautelares estão as medidas que antecipam aquilo que se obteria com a decisão final. São tutelas satisfativas concedidas antecipadamente, aquilo que se conhece no direito brasileiro como antecipação de tutela.

As cauções processuais, tratadas por Calamandrei como o quarto grupo de provimentos cautelares, são as prestações ordenadas ao interessado como condição para obtenção de uma providência jurisdicional. São verdadeiras modalidades de contracautela, a fim de evitar que eventual dano causado àquele que teve medida judicial contra si proferida não seja reparado.¹²²

Note-se que para Piero Calamandrei a execução provisória não é essencialmente cautelar, embora possa ganhar tal característica quando desenvolvida para combater o *periculum in mora*.¹²³

Na literatura jurídica do Brasil, a alegada diferença entre as medidas antecipatórias satisfativas e as meramente assecuratórias passou, muito tempo, sem despertar atenção. Pode-se ver que, há muito, se considerava que o

¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 51.

¹²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 51.

¹²¹ “Constituem este terceiro grupo as providências pelas quais se decide interinamente, enquanto se espera que através do procedimento ordinário se chegue até a decisão definitiva, uma relação definitiva, uma relação controvertida de indecisão que, caso perdure até a prolação da decisão definitiva, poderia causar a uma das partes danos irreparáveis” CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 58.

¹²² CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 63-65

¹²³ CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p.61-62.

processo cautelar como gênero de variadas espécies, porque “a expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no L. III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal”.¹²⁴

Autores do calibre de Galeno Lacerda afirmavam a satisfatividade de diversas medidas cautelares, como aquelas concedidas no direito de família, defendendo que a nota essencial da tutela cautelar é a satisfação de uma necessidade de segurança.¹²⁵

Nessa perspectiva, Galeno Lacerda defende a classificação das medidas cautelares segundo a segurança pretendida. São possíveis as pretensões de segurança quanto à prova, segurança quanto a execução (ou aos bens) e segurança quanto a antecipação provisória da tutela jurisdicional, ou seja, a antecipação de tutela.¹²⁶

¹²⁴ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Do processo cautelar no Código de Processo Civil de 1973*, p. 138

¹²⁵ “Alimentos não têm caráter satisfativo? Evidentemente têm. Em matéria de família todos os processos cautelares têm caráter satisfativo. Em relação aos direitos reais, grande parte tem caráter satisfativo” e prossegue “qual o ponto comum a todas essas medidas? E, dentre elas, e o importantíssimo poder cautelar geral? O ponto comum é este: através da tutela cautelar procura-se *satisfazer* uma *necessidade de segurança*” LACERDA, Galeno. *Processo cautelar*, p. 187; “Não se pode deixar de reconhecer que a ação de alimentos provisionais, ao mesmo tempo em que satisfaz a pretensão à segurança, atende também, em certa medida, ao direito material, pois com a ordem cautelar o autor passa, desde logo, a receber a quota alimentar. O problema torna-se ainda mais agudo em virtude do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, consagrado na doutrina e jurisprudência brasileiras, isto é, recebidos, ainda que em função de ordem de natureza cautelar, o beneficiário não poderá ser compelido a devolvê-los. A matéria está inserida no âmbito mais amplo da tutela cautelar antecipatória” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, p. 366

¹²⁶ “No meu livro, nas primeiras páginas, estão três esquemas básicos para compreensão deste assunto. Primeiro critério: classificação das cautelas segundo a *finalidade* da medida. Nesta perspectiva, nós vamos encontrar esses *três tipos de segurança*: 1) *segurança*, quanto à *prova* visando facilitar a cognição nesta perspectiva. Exemplos: produção antecipada de prova, exibição, justificação, etc. É que a segurança visa tornar possível a prestação jurisdicional de mérito; 2) *segurança* quantos aos *bens*, visando tornar possível a *execução*, a segunda função principal jurisdicional. Exemplos: arresto, sequestro, caução, etc. e também grande número de medidas inominadas. E por fim, está aqui, afirmado por mim, muito antes de que fosse reconhecido na Itália: *segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional*; 3) *segurança* satisfativa, provisoriamente satisfativa, necessariamente satisfativa. Exemplos: alimentos, guarda de filhos, de incapazes, outras medidas de direito de família, regulamentação de visitas” LACERDA, Galeno. *Processo cautelar*, p. 188; “No processo cautelar, o interesse resulta da necessidade de segurança para a garantia do resultado útil do processo principal. Nesta perspectiva e neste plano, tal interesse se reveste de caráter meramente processual, caráter genérico e permanente em todas as medidas cautelares.” LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, pl. 31.

Fica bastante evidente que, inicialmente, na doutrina processual clássica a distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar não recebeu importância, sendo tratada a primeira como espécie da segunda. Pode-se acusar que essa postura decorre de uma concepção equivocada do próprio processo cautelar, a qual o atrela a um direito meramente processual, descurando-se das posições materiais tuteladas pela jurisdição e, também, pela jurisdição cautelar.

É a partir dessa lógica que a doutrina processual brasileira abordou a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar. Essa diferenciação foi capitaneada por Ovídio Araújo Batista da Silva ao discorrer sobre distinção, de raízes medievais, entre processos monitorios ou injuncionais, em que há postecipação do contraditório com satisfação antecipada do direito, e os verdadeiramente cautelares, nos quais apenas se assegura sua posterior satisfação.¹²⁷

A esse respeito, confira-se o seguinte excerto de lavra do processualista gaúcho:

Vejamos então o que eu pessoalmente entendo como tutela cautelar – e confesso aos senhores que meu entendimento é absolutamente divergente do entendimento pacífico e tranquilo da doutrina nacional. De modo que eu, frequentemente, sinto-me como um “estranho no ninho”, em matéria de processo cautelar, frente à mansidão doutrinária com que se costuma escrever no Brasil sobre este assunto. Eu entendo o processo cautelar como uma forma de tutela, uma forma de proteção jurisdicional que deve assegurar, que deve proteger cautelarmente sem jamais satisfazer o direito acautelado. Então eu contraponho *tutela cautelar à tutela satisfativa*. Para mim, aquilo que satisfaz vai além da simples segurança, como forma de tutela *somente de segurança*.¹²⁸

Ovídio Baptista da Silva defendia uma concepção de processo cautelar bastante diversa da visão dominante na doutrina, não por uma mera divergência

¹²⁷ “A distinção entre satisfação antecipada– equivalente a satisfação do direito concedida em processo sumário – e a forma de tutela outorgada contra o estado perigoso, sem implicar satisfação do direito protegido, era, no entanto, feita com razoável clareza pelos juristas medievais, através do manejo de dois conceitos fundamentais que nos foram transmitidos e de que ainda hoje nos valem: os conceitos de *damnum irreparabile* e de *periculum in mora*. Veremos que a categoria a que correspondia este último conceito, dizia respeito a certas causas que, por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que se as tratasse por meio de um processo sumário, enquanto a tutela concedida nos casos de perigo de *damnum irreparabile* a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a natureza da causa, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer causa”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 12.

¹²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria da ação cautelar*, p. 188.

quanto às conclusões, mas por verdadeiro desacordo em seus pressupostos.¹²⁹ Enquanto a doutrina tradicional via no processo cautelar um mero instrumento do instrumento, com uma feição puramente processual, Ovídio Baptista da Silva reconhecia nele a satisfação de um interesse material, uma pretensão à segurança existente no plano de direito material, desenvolvida à luz da teoria material das cautelares.

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni discrimina a técnica antecipatória da tutela cautelar demonstrando que, enquanto a antecipação realiza, a cautelar tão somente assegura.¹³⁰ No que toca a diferenciação entre cautelar e tutela antecipada, outra não é a lição de Paulo Furtado.¹³¹

Descrevendo a posição de Ovídio Baptista da Silva, Carlos Eduardo Manfredini Hapner explica que “o que realmente caracteriza o processo cautelar é ser ele forma especial de proteção estatal de *mera segurança*, equivalente a uma forma de tutela preventiva e *não-satisfativa* da pressuposta e provável situação de direito material ou processual a que se presta auxílio jurisdicional”.¹³²

Assim se construiu a noção de que as medidas cautelares têm caráter conservativo, não avançando, ainda, sobre medidas executivas, que somente se realizariam após a ocorrência da penhora.¹³³ Daí que “no plano teórico, o que se coloca, em suma, é a questão essencial da distinção entre as tutelas jurisdicionais ditas normais e a tutela cautelar, compreendido pelo pensamento dominante que as primeiras tendem a satisfazer o Direito Material e a última tão-somente a pretensão à segurança”.¹³⁴

Na verdade, Piero Calamandrei em sua clássica obra sobre os provimentos cautelares já indicava haver distinção entre os tipos de perigo autorizadores da concessão de providências cautelares (para Calamandrei, a

¹²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria da ação cautelar*, p. 190.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória não é tutela cautelar*, p. 99-101.

¹³¹ “Em verdade, é preciso pôr em evidência o caráter instrumental do processo e da ação cautelar, até para afastar a ideia equívoca de que ele também se presta à satisfação, objetivo do processo principal. Ou, por outra, é indispensável ter em conta que a atividade jurisdicional, no processo cautelar, não tem caráter satisfativo, e, por isso, imperioso se torna dissociar o contexto de direito processual, que se desenha na atividade cautelar, do contexto de direito material, que é a razão final do processo principal, cognitivo ou executivo” FURTADO, Paulo. *Processo cautelar*, p. 133.

¹³² HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. *Ação cautelar e seu uso contra atos do juiz*, p. 97

¹³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela cautelar antecipatória e os alimentos “initio litis”*, p. 92.

¹³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela cautelar antecipatória e os alimentos “initio litis”*, p. 91.

antecipação de tutela era uma espécie do gênero cautelar).¹³⁵ É a partir dessa distinção entre o perigo de dano e o perigo da demora que André Luiz Bäuml Tesser diferencia as providencias cautelares da técnica antecipatória.¹³⁶

Os debates acerca das naturezas diversas do processo cautelar, que tão somente garantiria a efetividade da prestação jurisdicional, e da técnica antecipatória, que satisfaria antecipadamente o direito discutido, ocuparam posição de destaque no ambiente acadêmico brasileiro, sobretudo nos anos que sucederam a edição da Lei nº 8.952/94, por meio da qual foi alterada a redação do art. 273 do CPC/73, com a introdução de possibilidade genérica de concessão de medidas antecipatórias satisfativas no bojo do antigo procedimento ordinário.

A doutrina se mostrou consternada com um suposto uso inadequado do poder geral de cautela previsto no art. 798 do código de processo revogado. A despeito do mencionado dispositivo, a doutrina majoritária não admitia a concessão de medidas satisfativas a título de medida cautelar.¹³⁷

Apontava-se que o uso do poder geral de cautelar para concessão de medidas preventivas somente se justificava porque “esta última não podia ser desempenhada por meio do processo de conhecimento, o qual, conforme já foi dito, foi imaginado para realizar funções meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias, e jamais se importou com a tempestividade e a preventividade da tutela dos direitos”.¹³⁸ Alegadamente, a falta de possibilidade ampla de concessão de medidas antecipatórias teria gerado uma época de verdadeira

¹³⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 88-90.

¹³⁶ “De toda sorte, a releitura da teorização de Piero Calamandrei sobre a existência de duas tipologias de *periculum*, cada uma delas ligada a um provimento de natureza diversa (cautelar ou antecipatório-satisfativo) aliada às observações de Ovídio Araújo Baptista da Silva sobre a ambiguidade da expressão *periculum in mora*, as diferenças entre ‘segurança para execução’ e ‘execução para segurança’ como medida distintiva entre antecipação de tutela satisfativa urgente e tutela cautelar, devidamente mediadas e ponderadas com observações doutrinárias de processualistas menos comprometidos com a doutrina clássica e mais atento a uma processualística mais moderna e adequada ao Estado Constitucional, conduz a uma conclusão indiscutivelmente clara: a situação de perigo que justifica a concessão de uma medida cautelar não é a mesma que condiciona a concessão de uma antecipação de tutela satisfativa urgente. E aceitando-se essa distinção, e a partir das premissas ora fixadas, é de se dizer que a tutela cautelar depende de um *perito de dano*, enquanto a antecipação de tutela urgente depende de um *perigo de demora*” (grifos no original). TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*, p. 98.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, p. 103.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, p. 69

hiperatividade do processo cautelar, quando a liminar cautelar era um dos principais instrumentos de solução rápida para os litígios.¹³⁹

É por isso que passou a ser defendida, encontrando amplo respaldo, a ideia de que enquanto a técnica antecipatória satisfaz, a tutela cautelar tão somente assegura.¹⁴⁰

Fato é que robusta doutrina, na vigência do CPC/73, defendeu o argumento de que tutela cautelar e tutela antecipatória são espécies do mesmo gênero, bem como que sua diferenciação se dá em razão de grau, e não de qualidade, devendo, portanto, submeterem-se a regime jurídico único.¹⁴¹

José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que quem não aceita a cautelar satisfativa contrapõe cautelar e tutela antecipada, mas ambas têm a mesma função no sistema e são não definitivas, de modo que a discussão é meramente terminológica. Toda a doutrina reconhece que essas tutelas têm características comuns: cognição sumária, precariedade e referibilidade, que são as que determinam a natureza cautelar do provimento. Ambas possuem a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais.¹⁴² A divergência se dá, portanto, em razão dos diversos conceitos de cautelaridade. Para alguns cautelar significa assegurar sem satisfazer; outros entendem como provimento instrumento e provisório que assegura o resultado final, satisfazendo ou não. Entretanto ninguém nega certa semelhança entre as medidas, daí que a divergência é meramente terminológica.¹⁴³

Nessa mesma linha, é interessante a posição de Eduardo Talamini, para quem os requisitos de verossimilhança e perigo não são interdependentes entre si, mas que se relacionam e quanto maior um deles menor será a necessidade

¹³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e processo cautelar*, p. 88.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória não é tutela cautelar*, p. 99-101.

¹⁴¹ BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 149-151 e 302-303; TALAMINI, Eduardo. *Medidas urgentes ("cautelares" e "antecipadas"): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único*, p. 19-27; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O regime jurídico único das medidas urgentes*, p. 5-28.

¹⁴² BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 309-312.

¹⁴³ BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 319-320.

da presença do outro para a concessão da medida,¹⁴⁴ no que é seguido por Eduardo José Fonseca Costa.¹⁴⁵

A bem da verdade, a irresignação doutrinária em relação ao uso do processo cautelar, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, para fins de obtenção de medida satisfativa antecipatória não encontra fundamento na natureza do processo cautelar ou em coisa que o valha.

O grande problema na utilização da extinta via cautelar para pleitear esse tipo de provimento era a duplicação de processos e, conforme se percebe dos debates acerca das diferenças entre as duas modalidades de medida, era essa a grande preocupação doutrinária.

Explica-se: utilizava-se do processo cautelar para alcançar uma medida antecipatória inviável de ser obtida no antigo procedimento comum ordinário, pois as medidas liminares estavam previstas apenas em alguns procedimentos.¹⁴⁶ Com isso, a pretensão da parte autora se via satisfeita na via

¹⁴⁴ "O maior ou menor grau de plausibilidade que se vai exigir decorrerá de circunstâncias concretas. O requisito de plausibilidade do direito está em necessária correlação com o risco de ineficácia do provimento final - e ambos se colocam em uma razão inversamente proporcional: quanto maior o periculum in mora, menor grau de probabilidade do direito invocado será necessário para a concessão da medida, e vice-versa" TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84*, p. 353.

¹⁴⁵ "No entanto, a despeito do que se lê em manuais de direito processual civil, *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não são requisitos autônomos entre si – tal como sempre acreditaram os conceitualistas e os exegetas -, mas interimplicativos. Promovendo-se o exercício de uma dogmática jurídica que descortina o direito como um sistema lógico de normas jurídicas gerais e abstratas (isto é, de uma dogmática eminentemente legalista), sempre se acreditou que: (a) se o direito alegado pelo autor fosse improvável ou pouco provável, mas o risco de dano iminente fosse insuportável, mesmo assim não se deveria conceder a liminar; (b) se o direito afirmado pelo autor fosse altamente provável, mas o risco de dano iminente fosse acanhado, ainda assim a liminar não deveria ser concedida. Em outras palavras: tanto em um, quanto noutro caso, o suporte fático seria deficiente ou insuficiente, razão pela qual a norma de concessão da medida de urgência não incidiria e, por via de consequência, não nasceria da pretensão processual do autor à referida tutela jurisdicional. Está-se aqui diante do princípio da incondicionalidade ou infalibilidade da incidência da norma jurídica, isto é, do princípio segundo o qual a vontade individual e o arbítrio do julgador não podem afastar a incidência da norma quando o suporte fático se haja materializado, ou provocar-lhe a incidência, malgrado a insuficiência do suporte fático. Por essa razão, dentro desse modelo "mecanicista", basta que um dos elementos descritos abstratamente na hipótese legal não haja sido concretizado no plano empírico-social para que a norma jurídica deixe de incidir" COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Notas pragmáticas sobre concessão de liminares*, p. 8-9.

¹⁴⁶ A esse respeito, confira-se a arguta crítica de Ovídio Bapstita da Silva à ideologia por detrás da universalização do procedimento ordinário: "Há uma curiosa e mal encoberta ideologia neste enaltecimento das virtudes do procedimento ordinário, que faz com que o poder formal e informal que o canta em prosa e verso, dele não se valha.

O procedimento ordinário é bom para a plebe, porque o Estado quando necessita valer-se da tutela jurisdicional, cria para si próprio instrumentos especiais, em geral drástica e severamente sumários.

As esferas de poder que gravitam em torno do poder formal, igualmente não se utilizam do procedimento ordinário, a começar pelo comércio e indústria que têm seus títulos de crédito, que

cautelar e nada sobrava para ser de fato pleiteado no processo dito principal, o que forçava a parte autora, para não ver cessar a eficácia da medida nos termos dos arts. 806 e 808, II, do código revogado, a ajuizar uma ação meramente “protocolar”, sobrecarregando o Poder Judiciário com ações versando sobre os mesmos objetos.

Ou seja, embora se defenda a existência de naturezas diversas entre a tutela cautelar e a técnica antecipatória, havia no debate uma preocupação prática que não mais subsiste, diante da extinção da autonomia procedimental da tutela cautelar.

Outro ponto de distinção é a alegação de que a antecipação de tutela é uma técnica e, a bem da verdade, uma técnica de distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, ao passo de que a cautelar é uma tutela.¹⁴⁷

Embora tenha ganho algum relevo na doutrina, a distinção comporta algumas críticas. O processo civil e seus elementos são todos técnicos. Tudo que é discutido em relação ao direito processual tem estreita relação com a técnica processual que, por sua vez, é voltada para a tutela jurisdicional dos direitos. Distinguir entre “técnica” e “tutela” é não muito mais que um jogo de palavras para forçar uma diferenciação com base na alegação de que aquela que se denomina tutela satisfaz um interesse existente no plano material, um interesse a segurança. Ora, não é impossível se afirmar que existe no plano do direito material um verdadeiro direito à proteção da situação aparente, seja satisfazendo o direito antecipadamente, seja acautelando-o. O elemento diferenciador para essa linha doutrinária perde seu sentido quando se amplia um tanto sua própria posição.¹⁴⁸

têm suas duplicatas, e essa infinidade de títulos especiais de crédito que fazem com que seus titulares transponham o procedimento ordinário, indo diretamente ao processo de execução” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria da ação cautelar*, p. 193-194.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 54-60; em sentido análogo, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que a tutela definitiva pode ser satisfativa ou cautelar, bipartição que é replicada na tutela provisória, mediante técnica de antecipação dos efeitos da decisão final. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 575-576.

¹⁴⁸ “A rigor toda a crítica que se formula à concepção tradicional de tutela cautelar é empregável, com as devidas adaptações, também contra a ideia de que a antecipação de tutela seria simples técnica de adiantamento da tutela principal, tendo ambas o mesmo objeto. Como justificar os casos em que a tutela antecipada é concedida e, ao final, se constata que o autor, beneficiário da antecipação, não tinha razão quanto à tutela principal? Ou como explicar as situações em que a antecipação da tutela reveste-se de caga eficácia distinta da tutela principal, por vezes mais intensa do que essa (p. ex., a urgência, em certas ocasiões, justifica que a execução de uma

Poder-se-ia afirmar que com isso se subverteria a própria doutrina defensora da teoria material das cautelares. Não é verdade. É que os institutos jurídicos não têm natureza própria, dependem de uma leitura do sistema em que estão inseridos e, não se pode esquecer, de um tanto de retórica.

Percebe-se, assim, que os elementos de distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar não são tão nítidos e os problemas decorrentes da suposta confusão eram muito pequenos na vigência do CPC/73, sendo sanáveis com alterações na autonomia do processo cautelar.

As discussões, sobretudo na década de 90, prenderam-se às supostas naturezas diversas das medidas satisfativas e acautelatórias¹⁴⁹ e, fosse esse de fato o problema a ser resolvido, a Lei nº 8.952/94 teria apaziguado o debate doutrinário, instituindo um requerimento interinal de medidas satisfativas e, nesse passo, excluindo a necessidade do uso “anômalo” do processo cautelar para tanto.

Não foi isso, todavia, que ocorreu. A nova legislação resolveu um problema que a doutrina havia criado¹⁵⁰ e deu espaço a uma série de

tutela antecipada, em ação condenatória, faça-se por medidas atípicas executivas e mandamentais)?

A rigor, também a tutela antecipada recai sobre um direito próprio, o direito à proteção urgente ou, no caso da tutela da evidência, o direito à proteção da aparência”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 868.

¹⁴⁹ Sobre os debates doutrinários acerca da tutela antecipada e da tutela cautelar na década de 1990, confirmam-se os seguintes artigos: PINTO, Nelson Luiz. *Medidas cautelares – poder cautelar geral de juiz*, p. 179-186 (1990); SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria da ação cautelar*, p. 187-200 (1990); TUCCI, Rogério Lauria. *Medidas cautelares constritivas patrimoniais*, p. 40-61 (1992); LIPMANN JR., Edgard Antônio. *Providências cautelares no contexto atual*, p. 111-115 (1992); MARINONI, Luiz Guilherme. *Novidades sobre a tutela antecipatória*, p. 105-110 (1993); HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. *Ação cautelar e seu uso contra atos do juiz*, p. 85-109 (1993); VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de. *Perfil do processo cautelar*, p. 40-52 (1993); MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória não é tutela cautelar*, p. 98-101 (1994); OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e processo cautelar*, p. 88-93 (1994); MARINONI, Luiz Guilherme. *Observações sobre a tutela antecipatória*, p. 104-117 (1995); BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil*, p. 198-211 (1996); LIPMANN JR., Edgard Antonio. *Antecipação de tutela: utopia ou realidade*, p. 37-41 (1996); RAGONE, Álvaro J. D. Perez. *Introducción al estudio dela tutela anticipatoria*, p. 135-140 (1996); MAGALHÃES, José Eudeni. *Da tutela antecipatória* (1997); THEODORO JR., Humberto. *Tutela de segurança*, p. 9-30 (1997); THEODORO JR., Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*, p. 24-33 (1999); ALVIM, Arruda. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias*, p. 51-106 (2000).

¹⁵⁰ BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 149-151 e 302-303; TALAMINI, Eduardo. *Medidas*

complicações. O problema que não escapa, de modo algum, à vista é a de que, havendo procedimento distintos para a concessão de antecipação de tutela e para o pedido de tutela cautelar, o erro no procedimento passou a gerar o indeferimento do pedido, não por não se preencherem os pressupostos de urgência e aparência do direito, mas pelo suposto equívoco na via eleita para seu manejo.

Não é por outro motivo que na década seguinte o principal debate sobre as tutelas de urgência foi sobre a fungibilidade entre a antecipação de tutela e a tutela cautelar,¹⁵¹ visando a resolução de um problema que a doutrina havia ela mesma criado em sua necessidade de uma suposta coerência teórica, com preocupação menor sobre o impacto das alterações legislativas na efetiva tutela dos direitos.

É por isso que surgiu a Lei nº 10.444/02, que inseriu no art. 273 do CPC/73 o seu § 7.º, o qual consagra que “se o autor, a título de antecipação de

urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único, p. 19-27

¹⁵¹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*, p. 107-131; “Esse raciocínio leva a concluir que não há qualquer contrariedade entre o poder geral de cautela e a vinculação do juiz ao pedido da parte, na medida em que, estando autorizado a conceder medida que julgar adequada – inclusive diversa da solicitada – está o juiz “desvinculado” do pedido imediato formulado pela parte, mas vinculado ao pedido mediato, de neutralização da situação de risco” VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7.º, do CPC)*, p. 77 (2003); GONÇALVES, Denise Willhelm. *Tutela antecipada e tutela cautelar*, p. 161-175 (2004); “A necessidade de superar definitivamente o problema levou o legislador pátrio a incluir, por meio da Lei 10.444, o § 7.º ao art. 273 do CPC. A iniciativa, além de louvável, incrementou o espírito de instrumentalidade que abraça a ciência processual hodierna, destacando, por assim dizer a supremacia da carga quando comparada ao veículo” DELFINO, Lúcio. *Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência*, p. 188 (2005); CARNEIRO, Athos Gusmão. *Tutelas de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*, p. 72-85 (2006); “Qualquer cotejo entre tutela cautelar e tutela antecipatória deve levar em conta que, embora sejam institutos de espécies diferentes, uma outra se legitimam pela *função de prevenção do dano* – ainda que diversas as naturezas do *receio de lesão* -, compondo ambas o gênero *tutelas de urgência*, técnica que integra a preocupação com a efetividade do processo, tendo como elemento comum a inaptidão para produzir a coisa julgada material” VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7.º do art. 273 do CPC)*, p. 24-25, (2007); “Ademais, olvidou-se a existência de imensa zona nebulosa, em que as diferenças apontadas pela doutrina e pela legislação processual não são suficientes para aferirmos se deve ser requerida e/ou concedida medida cautelar ou antecipada diante do caso concreto a ser submetido à apreciação jurisdicional, bem como verificar se os requisitos para a concessão de cautelar foram atendidos, mas não os da antecipação.

Importantíssimo chamar a atenção para o fato de que apenas perante o ordenamento jurídico brasileiro essa diferenciação é de tal forma acentuada, o que se deu justamente em decorrência da opção de conceder autonomia ao processo cautelar. Isso, porque em virtude de o processo cautelar não poder albergar em seu bojo medidas tipicamente de conhecimento, sentiu-se a necessidade de criação de um instrumento próprio, a ser previsto no Livro I do Código de Processo Civil, a fim de possibilitar a concessão de medidas antecipadas” BAUERMANN, Desirê. *Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade*, p. 58-59 (2009).

tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

A extensão do dispositivo foi objeto de profundos debates discutindo a possibilidade de se prestar também tutela antecipada quando requerida tutela cautelar, o que a doutrina chamou de fungibilidade de mão dupla. Por ora, importa menos saber os argumentos do debate do que de sua existência.

A diferenciação causou problemas que se tentaram resolver por meio da fungibilidade, uma vez que nem sempre é fácil dizer se a medida assegura ou desde logo satisfaz o direito pretendido. Aliás, mesmo a distinção baseada nesses elementos não é por si só suficiente. Afinal para que haja acordo sobre a natureza da medida, é necessário também consenso entre os conceitos de satisfazer e de assegurar, que são menos evidentes do que se pensa, pois não parece haver profundo debates sobre eles e, se fossem tão óbvios, não haveria tão acirrada divergência sobre a natureza de algumas tutelas sumárias. A esse respeito, Araken de Assis leciona que “assume fundamental importância, repousando toda a distinção no contraste entre assegurar e satisfazer, o último conceito, examinado do ponto de vista jurídico. Vacilações neste ponto crítico produzirão, mais adiante, sérias dificuldades no reconhecimento da verdadeira natureza de algumas medidas de urgência”.¹⁵²

Contudo, ainda que a tese de que não há distinção efetiva entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela seja tentadora e possivelmente fosse a melhor opção a ser adotada pelo novo código, fato é que o novo CPC diferenciou radicalmente tutela cautelar e tutela antecipada, não tanto por seus fundamentos, mas por suas consequências, de modo que é imperioso ao intérprete diferenciá-las.

Apenas a antecipação de tutela pode se estabilizar e, com isso, certamente haverá no foro profundo debate sobre a natureza das medidas, a fim de averiguar a possibilidade de incidência da estabilização sobre elas.¹⁵³

¹⁵² ASSIS, Araken. *Fungibilidade das medidas denominadas cautelares e satisfativas*, p. 44

¹⁵³ A respeito da necessidade de diferenciação prática da tutela antecipada e da tutela cautelar, Gresiéle Taíse Ficanha afirma que: “o que se pode perceber desde já, contudo, é que, embora a nova legislação não diferencie o requerimento de antecipação da tutela ou de medidas cautelares diante de uma situação de urgência, a diferenciação continua sendo necessária para saber quando existe a estabilização do provimento, que apenas ocorre no caso da tutela antecipada”. (FICANHA, Gresiéle Taíse. *Apontamentos sobre a estabilização da tutela antecipada no novo*

Se a diferenciação, para fins de estabilização passa a ser um grande problema, não se pode esquecer que o art. 301 do CPC, de forma exemplificativa, arrola algumas das providências cautelares que podem ser adotadas pelo magistrado.¹⁵⁴ Ainda que se trate de um rol aberto, é tranquilo de se observar que além do arresto, do sequestro, do arrolamento de bens e do registro de protesto contra a alienação de bens (ainda que os conceitos de tais medidas não sejam dados pelo Código e precisem ser buscados na história do processo civil pátrio), o campo de atuação restante para a tutela cautelar é bastante estreito, sendo esse um bom critério inicial para a distinção que tende a resolver com tranquilidade a maior parte dos problemas do dia a dia do foro.

No entanto, existe outra possibilidade que dá menos azo à divergência quanto à natureza da medida.

É a adoção de um critério procedimental para se definir qual tratamento receberá a medida urgente pleiteada. Ora, os procedimentos antecedentes de tutela antecipada e de tutela cautelar têm plásticas diferentes. Quer-se dizer que não são idênticos os modos como o legislador os conformou.

Embora não se possa precisar os motivos para essa diferenciação, certo é que são irrelevantes. Importa mais pontuar que, seguindo-se o rito da tutela antecipada requerida em procedimento antecedente, a medida deverá ser passível de estabilização.

Isso decorre dos deveres de cooperação processual,¹⁵⁵ cabendo ao magistrado também indicar que a não interposição de recurso ensejará a

Código de Processo Civil, p. 517), Observação semelhante é feita por Giovanni Bonato, que segundo o qual: *“a questo riguardo, bisogna rilevare che il codice opta per una soluzione alquanto restrittiva, poiché, stando alla lettera dell'art. 304, si stabilizza esclusivamente la misura anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente, secondo il procedimento descritto dall'art. 303 (su cui vedi retro par. 5). Ne risulta che, in base ad una interpretazione strettamente letterale degli artt. 303 e 304, non sono idonee a stabilizzarsi: le misure di urgenza a carattere conservativo-cautelar; le misure emanate in relazione alla tutela di evidenza⁸⁹; le misure anticipatorie di urgenza concesse in via incidentale. In ragione di tale differenziazione, come già sottolineato, l'unitarietà della tutela di urgenza nel nuovo c.p.c. è solo apparente e non effettiva, visto che, ai fini della applicabilità dell'istituto della stabilizzazione, si dovrà nuovamente distinguere in base al tipo di provvedimento provvisorio concesso, con tutte le conseguenti difficoltà di qualificazione”* (BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 27-28).

¹⁵⁴ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

¹⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 100-106.

estabilização da medida concedida, porque seguido o rito dos arts. 303 e 304 do CPC/15.

Não se quer dizer que é impossível discutir que o procedimento correto a ser observado seja o da medida cautelar requerida em procedimento antecedente, mas tão somente que esse debate não poderá ser realizado em momento posterior, quando já estabilizada a medida pela não interposição do recurso, diante da preclusão da faculdade de impugnar o procedimento eleito pela parte autora e deferido pelo magistrado.

1.4.3 Requerimento incidental e em procedimento antecedente

Somente poderá se estabilizar a tutela antecipada requerida no procedimento antecedente ou preparatório regulado nos referidos dispositivos. Vale dizer, a tutela antecipada requerida no curso do processo não se pode estabilizar definitivamente, independentemente do preenchimento de qualquer um dos outros requisitos (v.g. a inércia do réu em relação a ela).

Essa é a opinião de Heitor Vitor Mendonça Sica, para quem, “face tais considerações, extrai-se da literalidade do dispositivo acima transcrito que a estabilização não se aplicaria (...) à tutela provisória requerida em caráter ‘incidental’ (art. 294 *caput*, e 295)”.¹⁵⁶

Igual é a opinião de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, segundo os quais “é preciso que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente. Somente ela tem aptidão para estabilizar-se nos termos do art. 304 do CPC”.¹⁵⁷

Não haveria óbice para a estabilização da tutela antecipada concedida incidentalmente no processo, ainda que de forma liminar.¹⁵⁸ Acabou por não ser esse o consenso retirado dos trabalhos legislativos, limitando-se a estabilização da tutela antecipada apenas aos requerimentos formulados.

¹⁵⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 237.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 618.

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 774.

Como dito anteriormente, havia na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por conta da redação do art. 273, § 7.º, certa polêmica sobre a possibilidade de obtenção de um provimento satisfativo em procedimento antecedente, uma vez que era prevista tão somente a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar antecedente. O novo código inovou ao prever a possibilidade de requerimento de medida satisfativa antes da formulação do pedido principal. Se não era novidade a possibilidade de tal requerimento, ao menos a autorização expressa para tanto é.

A petição inicial, nas hipóteses de procedimento antecedente de requerimento de antecipação de tutela, “pode limitar-se o 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”, nos termos do art. 303, *caput*, do CPC/15.

É uma petição inicial simplificada, que não precisa conter todos os requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil em vigor, embora certamente deva tomar alguns deles como padrões. A bipartição do pedido de tutela antecipatória do pedido de tutela final em dois momentos distintos tem sido alvo de críticas, por ser praxe o protocolo de petições completas, nas quais há coincidência o efeito prático do pedido final e as providências que se pretendem antecipar, ao fundamento de que ela seria contraproducente e caminhar na contramão da celeridade.¹⁵⁹

¹⁵⁹ “Para um sistema processual que persegue a celeridade processual, o art. 303 do novo Código parece caminhar na contramão desse objetivo, quando *fraciona* o procedimento destinado à obtenção da tutela antecipada satisfativa, porque não é o peticionamento nos moldes tradicionais (art. 319) que provoca a lentidão da prestação jurisdicional, mas a estrutura judiciária que não está preparada, como devia, para dar a resposta à pretensão dos jurisdicionados.

(...)

No geral, o pedido de tutela antecipada satisfativa é, quase sempre, *integral*, o que faz coincidir o pedido de *liminar* com o pedido de *tutela final*, tornando desnecessário que, tendo o autor formulado (requerido) o primeiro, se veja onerado em confirmar o segundo, a não ser que tenha feito a exposição (sumária) da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano, caso em que terá a oportunidade de fazê-lo por ocasião do aditamento da petição inicial.

Assim, se tiver o autor postulado, a título de tutela antecipada, a sua inscrição num concurso público, por lhe ter sido administrativamente indeferida essa pretensão, por ilegalidade ou abusividade de poder, o *pedido de tutela final* consistirá na confirmação da decisão liminar, que já terá determinado a sua inscrição, nada mais se fazendo necessário além disso”. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 185.

Como parâmetro interpretativo acerca dos requisitos dessa petição inicial simplificada, pode-se utilizar aquilo que foi construído à luz do art. 801 do CPC/73.

É evidente que a petição inicial, ainda que sucinta e limitando-se aos elementos requisitados pelo art. 303, *caput*, do CPC/15 deverá indicar o juízo a que é dirigida, sobretudo para se viabilizar a distribuição, autuação e demais trâmites administrativos necessários para que os autos cheguem às mãos do magistrado, razão pela qual o requisito do art. 319, I, do CPC/15 deverá ser observado.

Tão importante quanto a identificação do juízo em que se processará o procedimento antecedente é a delimitação das partes que litigarão naquele processo, a fim de se possibilitar o contraditório e, também, para definição daqueles que serão atingidos pela eficácia jurídica de eventual estabilização da tutela antecipada que pode ser concedida. É por isso que deverão constar da petição inicial simplificada “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”, tal qual disposto pelo art. 319, II, do CPC/15. Ainda, conforme os termos dos §§ 2.º e 3.º do art. 319 do CPC/15, a falta desses dados não ensejará, por si só, o indeferimento da petição inicial se for possível a citação do réu ou se a obtenção das informações for impossível ou excessivamente onerosa, em prejuízo do acesso à justiça.

Em relação ao requisito do art. 319, III, do CPC/15, que determina que constem da petição inicial os fatos e fundamentos jurídicos do pedido há alguma diferença entre a petição inicial do procedimento antecedente de requerimento de antecipação de tutela e a petição inicial que inaugura um procedimento de cognição exauriente. Esse requisito deve ser tratado com o constante do art. 319, IV, do CPC/15, segundo o qual a petição inicial deverá conter o pedido com suas especificações.

Não há, nesse momento processual, necessidade de formulação completa dos elementos dos incisos III e IV do art. 319. Basta, por ora a indicação do pedido e a exposição, breve, do conflito entre as partes e do direito que se pretende satisfazer. Não é necessário trazer todos os fundamentos de fato e de

direito que devem constar de uma petição inicial e que delimitam o campo de atuação do Estado-juiz.

Como se sabe, o processo civil é pautado pelo princípio da demanda. A demanda é definida como ato de deduzir pretensão em Juízo.¹⁶⁰ O art. 2.º do Código de Processo Civil de 1973 já consagrava o princípio da demanda através da seguinte redação: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.¹⁶¹ Por conseguinte, é defeso ao magistrado prestar a tutela jurisdicional sem a prévia provocação da parte. Tal expediente tem por escopo principal preservar a imparcialidade¹⁶² de que não prescinde o Estado-juiz na resolução do conflito através da atividade jurisdicional.¹⁶³ Na realidade, o próprio conceito de Jurisdição tem como ínsita essa imparcialidade.¹⁶⁴

A atividade cognitiva do juiz fica “limitada à demanda e à exceção explicitadas pelas partes, exceto quando a própria lei permite que pronuncie de ofício”¹⁶⁵, uma vez que “o requerimento da parte tem a função insubstituível de fixar o *thema decidendum*”.¹⁶⁶

A respeito do objeto litigioso surgiram duas teorias na doutrina alemã. Segundo a primeira, seria dispensável a alegação dos fatos constitutivos do direito do autor por ocasião da propositura da demanda, bastando a dedução da relação jurídica: essa é a chamada teoria da individualização. Por outro lado, para a teoria da substanciação a demanda não prescinde da explanação dos fatos constitutivos do direito discutido¹⁶⁷. Para os adeptos da primeira teoria, os

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 307.

¹⁶¹ A opção pelo princípio da demanda também vem expressa nos artigos 141 e 492, ambos do CPC/15. *In verbis*: “Art. 141. O Juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.” e “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” Não se diga, todavia, que tal princípio tem caráter absoluto, uma vez que já é expresse no art. 2.º como limitável pela lei e, em nosso sistema processual, observa-se essa limitação em dispositivos como o art. 497.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*, p. 181-185.

¹⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. I, p. 40.

¹⁶⁴ CHIOVENDA, José. *Derecho procesal civil*, vol. I, p. 339.

¹⁶⁵ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. *O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau*, p. 26-27.

¹⁶⁶ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. *O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau*, p. 27.

¹⁶⁷ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. *O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau*, p. 21.

fatos não têm influência decisiva sobre a causa de pedir; aos da segunda, a substituição dos fatos narrados transformaria a ação em outra¹⁶⁸.

A bipartição se manifestou na Itália através de concepções distintas para a causa de pedir, a depender de se tratar de direito absoluto (autodeterminado) ou direito relativo (heterodeterminado). Os direitos heterodeterminados pertencem a uma relação jurídica que, por sua essência, não impede o estabelecimento de outra relação jurídica idêntica, em seu conteúdo, entre as mesmas partes. Os autodeterminados, por outro lado, somente podem existir uma única vez, entre as mesmas partes, entre as mesmas partes,¹⁶⁹ assim, “por exemplo, pode haver entre as mesmas partes, num mesmo momento, várias relações de crédito pecuniário de um mesmo valor, por diferentes fundamentos (...). Mas ninguém poderá pretender, num dado momento e simultaneamente, várias vezes proprietário de um mesmo bem”.¹⁷⁰

Dessa diferenciação, extrai-se que, a princípio, nos processos sobre direitos absolutos não seria necessária a alegação dos fatos constitutivos do direito, mas tão somente a dedução da relação jurídica. Por exemplo, em uma ação reivindicatória bastaria alegar a propriedade.

A depender da teoria adotada, os fatos narrados na petição inicial limitariam, em maior ou menor grau, o âmbito de cognição do juiz. Porém o radicalismo de ambas as teorias é demasiado, de forma que não se podem considerar fatos como irrelevantes ou como absolutamente relevantes para a identificação da demanda.¹⁷¹ É por isso que não é essa a orientação do direito brasileiro, no qual mesmo quando se litiga sobre direitos absolutos é necessário deduzir seus fatos constitutivos.¹⁷²

O art. 319, III, do CPC/15, assim como já fazia o art. 282, III, do CPC/73, impõe a necessidade de narrar os fundamentos de fato que levam a propositura da ação, em uma prevalência da teoria da substanciação. É preciso ter em mente que o tema é árduo e sua análise detalhada não compõe o objeto do presente

¹⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. I, p. 516.

¹⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 73.

¹⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 73.

¹⁷¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*, p. 159.

¹⁷² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 74.

trabalho. Note-se que após discorrer detalhadamente sobre o mérito do processo Cândido Rangel Dinamarco concluiu que:

Se a pretensão que vem assim para ser alvo da medida judicial e constituir o mérito é representada pela afirmação ou pelo pedido, ou se a *causa petendi* também se considera incluída nela para esse efeito (e mais: a causa de pedir é caracterizada segundo a “substanciação”, ou “individualização”?) – tais dúvidas constituem um desafio, a ser ainda enfrentado convenientemente em nossa doutrina.¹⁷³

Assim, quando do requerimento de tutela antecipada antecedente, o que deve ser exposto com completude, a bem da verdade, são os fatos que fundamentam justamente o requerimento de tutela antecipada, uma vez que não se está, nesse momento, a pleitear a tutela final.

Ademais, fosse necessário trazer todos os elementos que definem a controvérsia, seria impraticável a possibilidade de aditamento à petição inicial do procedimento antecedente que é expressamente prevista pela legislação processual civil.

É preciso ter em mente que se, de um lado, o novo código acabou completamente com a autonomia estrutural da tutela de urgência – que só existia no processo cautelar, é verdade –, de outra via, conferiu à tutela antecipada uma relativa autonomia funcional.

Ora, o procedimento antecedente de requerimento da tutela antecipada tem, para a parte, duas finalidades. A primeira delas é a possibilidade de receber alguma tutela jurisdicional quando não há tempo hábil para a elaboração de uma petição inicial, com exposição completa da lide e dos pedidos. A segunda é a obtenção da estabilização incidente sobre a tutela antecipada eventualmente concedida por decisão não recorrida.¹⁷⁴

Destarte, fica claro que exigir a exposição completa da lide, com seus fatos e fundamentos jurídicos, inviabilizaria essa primeira missão do procedimento antecedente, que é possibilitar o acesso à Justiça nas hipóteses em que o tempo necessário para a elaboração adequada de uma petição inicial obedecendo todos os preceitos do art. 319 do CPC/15 já é suficiente para a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 219.

¹⁷⁴ A finalidade da estabilização da tutela antecipada será discutida em tópico posterior.

Todavia, não é esse o único argumento para dispensa da exposição completa dos fatos e fundamentos jurídicos da causa, embora seja inegavelmente robusto.

A teleologia do procedimento antecedente aponta que ele exista, também, para viabilizar uma tutela do direito material baseada em cognição sumária, sem que seja preciso submeter às partes ao longo e tortuoso caminho oferecido pelo procedimento comum. A lei processual ofereceu novas possibilidades de tutela dos direitos tendente a definitividade.

Nessa nova possibilidade, não importa tanto a pretensão de tutela. Há uma quebra da instrumentalidade típica das tutelas sumárias, uma vez que, com a estabilização definitiva, a tendência é que não haja tutela final e, ainda que venha a ser proferida decisão sobre o mérito do direito, ela não poderá influir sobre a tutela estabilizada, como se verá adiante. Houve um rompimento com a instrumentalidade hipotética desenvolvida por Calamandrei, algo que até mesmo a doutrina italiana, reverente ao referido processualista, reconhece ao admitir que se trata de uma instrumentalidade atenuada.¹⁷⁵

Ou seja, o novo Código de Processo Civil consagrou a possibilidade de uma tutela para situação de urgência que pode se descolar da tutela a que ela se refere, em razão da inércia da parte ré. O que importa, para essa tutela, é a situação de urgência.

Não se quer dizer que se prescinde de qualquer referência à situação que dará ensejo ao pedido principal, sobretudo porque uma adequada narrativa dos fatos constitutivos do direito pode aumentar consideravelmente a probabilidade de concessão da medida. Aliás, narrar tão somente os fatos que acarretam a urgência faria com que não se cumprisse um dos requisitos para concessão da tutela antecipada (frise-se, concessão, e não admissibilidade do requerimento), qual seja, a probabilidade do direito, nos termos do art. 300, *caput*, do CPC/15.

Fica claro que será necessária uma exposição dos fatos que ensejam a concessão do pedido final indicado – embora ainda não formulado. No entanto,

¹⁷⁵ CAPONI, Remo. *La tutela somaria nel processo societario in prospettiva europea*. Disponível em: <https://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommatoria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea>. Acesso em 02/10/2016.

essa exposição não precisa ser exaustiva, não delimita de modo estreito a causa de pedir e poderá ser complementada quando do aditamento da petição inicial, momento em que deverão ser observados todos os requisitos da petição inicial, constantes do art. 319 do CPC/15.

Quanto a esse ponto esse é o aspecto relevante: deverá haver indicação do pedido e, da mesma forma, narrativa dos fatos que lhe dão ensejo. Todavia, os fatos poderão ser complementados e narrados de forma mais completa quando for efetivamente formulado o pedido principal.

Com relação ao pedido, a doutrina tem entendido de modo diferente. Diz-se que não seria possível a formulação de pedido diverso do indicado quando do requerimento antecedente de tutela antecipada, bem como não seria lícito ao autor cumular novos pedidos.¹⁷⁶ A ideia principal é de que o réu deve ter ciência do que está em “jogo” ao optar por interpor recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada ou por deixá-la estabilizar.

Contudo, é cediço que a jurisdição é indeclinável. Ou seja, se o autor pretender demandar a parte ré, ela nada poderá fazer licitamente para obstar o exercício do direito de ação que, lembre-se, tem assento constitucional no art. 5º, XXXV, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Dessa forma, se a parte autora pretender ajuizar ação com o pedido com que aditaria a petição inicial, ela o fará. Ademais, para poder ser cumulado com o pedido anteriormente indicado, deverá haver compatibilidade de ritos e competência absoluta do juízo para todos os pedidos. No mais das vezes, haverá alguma relação entre os pedidos formulados, fazendo incidir a regra de conexão, de modo que, independentemente de qualquer outra providência, haverá desde logo uma causa de modificação da competência, atraindo para o juízo a que foram distribuídos os autos do procedimento antecedente a atribuição para processar e julgar o novo pedido. Serão ações conexas que tramitarão conjuntamente e nada pode obstar seu ajuizamento.

¹⁷⁶ “Perceba-se que não se permite ao autor mudar o pedido principal no aditamento, mas sim confirmá-lo, até porque esse mesmo pedido já deve ter sido anteriormente explicitado na ‘petição inicial’ que serviu para o requerimento da tutela antecipada” RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/73 ao CPC/2015*, p. 216.

Assim, impedir que o autor adite a petição inicial acrescentando pedidos conexos ao que já fora indicado resultará tão somente no aumento de procedimentos burocráticos a serem realizados, como uma nova autuação e distribuição, sem a obtenção de qualquer proveito, o que afronta a economia processual, por gerar a prática de atos inúteis.

Além disso, o argumento de que o réu deve saber o que estabilizará também é falho, pois a estabilização incidirá sobre os efeitos da tutela antecipada concedida, a qual é conhecida pelo réu. É por isso que o réu sempre saberá qual o objeto da estabilização.

Note-se que a estabilização da tutela antecipada não se trata de uma espécie de transação ou coisa que o valha, na qual a parte ré opta por não prosseguir na discussão com a promessa de que não mais será instado judicialmente a realizar outros direitos que a parte autora venha a ter decorrentes dos mesmos fatos. A jurisdição é indeclinável e, se dos fatos que ensejaram o direito aparente satisfeito pela tutela antecipada puderem ser pleiteados novos direitos, não é a estabilização que protegerá a parte ré da nova ação.

O valor da causa da petição inicial do procedimento antecedente deverá levar em consideração a tutela final pretendida, nos termos do art. 303, § 4.º, do CPC/15.¹⁷⁷ Será ele o parâmetro, desde logo para aferição do valor da causa. Aqui há uma diferenciação em relação ao regime anterior da cautelar antecedente, que não deveria observar, necessariamente o valor da causa atribuído ao processo principal.¹⁷⁸

É com base nesse valor da causa que a parte autora deverá recolher as custas processuais e, caso o pedido a ser formulado no aditamento seja o

¹⁷⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 189.

¹⁷⁸ A esse respeito, confira-se a lição de Marcos Afonso Borges sobre o valor da causa no processo cautelar:

“Por outro lado, na fixação do quantum não é de se levar em conta o valor do pedido dito “principal”, nem o critério estabelecido pelos arts. 259 e 260 do CPC, porque a *causa petendi*, na cautela, também é independente, e o seu quantitativo deve estar alicerçado no prejuízo de Direito Material que o requerente pretende evitar, com a sua utilização.

Assim, p. ex., não se pode conceber que o valor da cautela inominada que visa, unicamente, sustar o protesto de título extrajudicial tenha que ser igual à importância inserida no mencionado documento, uma vez que seu fim não é ilidir o pagamento, mas evitar os danos de Direito Material que o protesto possa ocasionar.

De tudo o que ficou exposto deflui-se, *concessa vêniam*, que fica a critério do requerente (autor) a fixação do valor da causa do pedido na petição de ingresso da cautela, fixação essa que, obviamente, está sujeita à correção do julgador”. BORGES, Marcos Afonso. *O valor da “causa” na cautelar*, p. 16-17

mesmo que o indicado, o aditamento será realizado sem a incidência de novas custas, nos termos do art. 303, § 2.º, do CPC/15. Se for cumulado novo pedido, o valor da causa da petição inicial deverá ser readequado, com a complementação das custas processuais.

Em relação ao requisito constante do art. 319, VI, do CPC/15 há outra peculiaridade. O mencionado dispositivo determina que o autor indique as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Não é necessário, nesse momento, que o requerente indique todas as provas que pretende produzir no curso do procedimento ordinário. Aliás, a bem da verdade, ele não necessita indicar nenhuma prova que pretende ver produzida no curso da ação de cognição exauriente. Contudo, poderá requerer a realização de audiência de justificação prévia, a fim de dar subsídios para que o magistrado forme seu convencimento sobre a situação de urgência alegada. Não se trata propriamente de um requisito, mas de uma possibilidade que se abre à parte autora.

No que toca a realização da audiência de conciliação, essa opção deverá ser informada somente quando do aditamento da demanda, sendo desnecessário exigir-lhe desde logo, porque a audiência somente se realizará depois da citação do réu, que será levada a efeito após o aditamento da petição inicial.

Por fim, o art. 303, § 5.º, do CPC/15 coloca um outro requisito. É a necessidade de o autor informar que pretende se valer do benefício referido no *caput* do mesmo artigo. Esse benefício é o de apresentar uma petição inicial simplificada, sem todos os elementos do art. 319 do CPC/15 e que será aditada posteriormente.

Há alguma discussão na doutrina sobre o art. 303, §5º, do CPC, que dispõe que “o autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo”

O capítulo referente ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente também trata da estabilização da tutela antecipada e, em razão disso, levantou-se a hipótese de que o benefício a que se refere o parágrafo quinto do artigo 303 do CPC seria o benefício da estabilização.¹⁷⁹

¹⁷⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 237-238.

Assim, a parte ao ajuizar o procedimento antecedente deveria manifestar interesse ou não na estabilização da tutela antecipada.

Essa posição, no entanto, é francamente minoritária.

É que o caput do art. 303 do CPC não trata da estabilização da tutela antecipada. Fala tão somente dos requisitos da petição inicial. Desse modo, o único benefício nele previsto é a petição inicial simplificada.

Ou seja, ao ajuizar a petição inicial do procedimento antecedente de requerimento de antecipação de tutela, a parte deverá dizer que está trazendo essa petição sumária e que, por ora, só está discutindo a antecipação de tutela pretendida.¹⁸⁰ Essa exigência decorre da necessidade de o juiz saber se tratar da petição inicial simplificada prevista nesse procedimento ou de uma petição inicial completa para verificar se todos os requisitos da inicial (art. 319, CPC) estão presentes.

Fica claro, portanto, que não há qualquer relação entre o referido benefício e a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Tal expediente decorre do dever de colaboração entre as partes e, também, para que o julgador saiba inequivocamente, por assim estar expresso, que se trata de um requerimento de tutela antecipada antecedente e que não está ainda exposta em todos os seus termos.

1.4.4. Urgência contemporânea a propositura da demanda

O caput do art. 303 do CPC dispõe que “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”. Essa é a autorização para uma petição inicial simplificada que narre tão somente a

¹⁸⁰ Nesse sentido: DIDIER JR. Fredir; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 615; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*, p. 216; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*, p. 230; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 890; MACEDO. Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um caso de perempção?*, 201; REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, p. 170.

situação de urgência autorizadora do pedido de tutela antecipatória que aponte qual será o pedido final a ser decretado futuramente.

Uma leitura possível, porém equivocada, do dispositivo é compreensão da urgência contemporânea à propositura da demanda como requisito de admissibilidade do procedimento antecedente. No entanto, é preciso lembrar que a urgência, ao lado da probabilidade do direito, é o próprio mérito desse procedimento antecedente.

Convém aqui emprestar o entendimento firmado pela jurisprudência e pela doutrina na vigência do Código de Processo Civil de 1973 sobre as condições da ação e sobre a admissibilidade de recursos cujo mérito se confunde com os requisitos autorizadores de sua interposição. Ora, as condições da ação na vigência do CPC/73 (se elas subsistem no novo diploma é problema que de nada importa no momento) devem ser verificadas em tese, ou seja, segundo o alegado. Nos embargos de declaração, por sua vez, consolidou-se o entendimento que sua admissibilidade depende da afirmação de que a decisão atacada padece de um dos vícios passíveis de integração pelo referido recurso.

É dessa forma que se deve entender a urgência contemporânea à propositura da demanda. Se alegada, é suficiente para a admissibilidade do procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipatória, ainda que a urgência acabe por não ser provada ou por ser insuficiente para a concessão da medida.

Houve vozes na doutrina que entenderam serem o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* requisitos de admissibilidade do processo cautelar, quando vigente o Código de Processo Civil de 1973.

José Carlos Pestana de Aguiar Silva põe a aparência de direito e o perigo da demora como elementos caracterizadores da instrumentalidade e da acessoriedade do processo cautelar, mas as coloca também como requisitos específicos para que a ação cautelar possa ser admitida.¹⁸¹

¹⁸¹ “A acessoriedade instrumental se concretiza através do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, condições específicas de admissibilidade da ação cautelar as quais traduzidas para o vernáculo, podem ser denominadas de aparência de bom direito e urgência. Como tivemos oportunidade de defender no verbete “Ação Cautelar” do *Digesto de Processo* (vol. 1.º, p 6, 1980), as condições acima se acrescem à legitimidade *ad causam*, à possibilidade jurídica e ao interesse de agir na ação cautelar” SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. *Processo cautelar*, p. 29.

Outra não é a opinião de Paulo Furtado, para quem “ao lado das condições genéricas da ação (a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação), surgem duas tradicionais condições específicas da ação cautelar: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*”.¹⁸²

Segundo Nelson Luiz Pinto, “dois são os requisitos principais e essenciais a que se admita instauração do processo cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*”.¹⁸³

Humberto Theodoro Jr. espanca essa equivocada concepção ao demonstrar que não pode ser tratado como condição da ação aquilo que é apreciado para seu provimento ou não, uma vez que “a solução do pedido cautelar, já de ser feita à luz dos pressupostos da tutela cautelar, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Logo, o juiz examinará tais requisitos, não para determinar a eficácia da relação processual, mas sim para acolher ou rejeitar o *pedido*”.¹⁸⁴

Assim, a ocorrência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* são questão de mérito e “o objeto da controvérsia que gerou o processo é o mérito. Por isso mesmo, quando se repele o pedido da medida cautelar, porque falta a prova sumária do bom Direito ou do perigo que o ameaça, a sentença não é de carência de ação, mas de improcedência do pedido”.¹⁸⁵

É por isso que a urgência contemporânea a propositura da demanda não deve ser tratada como uma condição de admissibilidade do requerimento de tutela antecipada em procedimento antecedente.¹⁸⁶ Essa urgência faz parte do próprio mérito do procedimento antecedente. Sua inoccorrência deverá levar ao indeferimento do requerimento de tutela antecipada, e não à sua inadmissibilidade.

¹⁸² FURTADO, Paulo. *Processo cautelar*, p. 135.

¹⁸³ PINTO, Nelson Luiz. *Medidas cautelares – poder cautelar geral de juiz*, p. 181.

¹⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*, p. 19

¹⁸⁵ THEODORO JR., Humberto. *Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar*, p. 18

¹⁸⁶ Alinha-se a essa compreensão a lição de Daniel Mitidiero, para quem “a qualificação da urgência como contemporânea no *caput* do art. 303, embora à primeira vista possa sugerir uma restrição ao uso da tutela antecipada antecedente, é desmentida pelo incentivo que o legislador dá ao autor para sumarizar formal e materialmente o processo com a sua estabilização. Lida a autonomização da tutela antecipada sistematicamente, a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo na demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela provisória” MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 787.

1.4.5. Não interposição de recurso pelo réu

Um dos requisitos mais polêmicos para a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente é o da inércia do réu apta a ensejar a extinção do processo, com a perenização dos efeitos da medida concedida.

A redação do art. 304, *caput*, do CPC/15 é clara ao dispor que “a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

Sempre foi pacífico na doutrina que recurso é somente aquilo que a lei processual arrola como tal. Vale dizer, recurso é um conceito técnico extraído da lei por meio de um raciocínio indutivo, prevalecendo a ideia de que só pode ser considerado como recurso aquilo que a lei assim chama.

É por isso que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, prevaleceu a ideia de que recurso é um meio voluntário de impugnação das decisões judiciais que, no bojo dos mesmos autos, busca sua reforma, invalidação ou integração.¹⁸⁷ Assim, consolidou-se que recurso era tão somente aquilo que estava estritamente previsto na legislação.

Para condenar o equívoco ao de atribuir natureza recursal aos embargos monitórios, Leonardo Carneiro da Cunha ponderou que “somente se consideram recursos aqueles mecanismos expressamente previstos em lei como tal. Com efeito, diante do princípio da taxatividade, os recursos estão, todos eles, previstos ou taxados na lei, não podendo ser atribuída natureza recursal a um instrumento que não se encontre no rol dos recursos”.¹⁸⁸

É por isso que somente pode impedir a estabilização da tutela antecipada a interposição do recurso cabível, que, nos termos do art. 1.015, I, do CPC/15 é o agravo de instrumento o qual, como era de se esperar, encontra-se definido como recurso no art. 994, II, do mesmo código. Nada além disso, por expressa opção legal, pode obstar a estabilização da tutela antecipada concedida no procedimento antecedente.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos de conhecimento*, p. 498.

¹⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública e o procedimento monitório*, p. 63.

Contudo, parte da doutrina tem ignorado a tradição processual civil, bem como a própria literalidade do código, ao defender que outros mecanismos de impugnação – ou pior, quaisquer mecanismos de impugnação – são aptos a impedir que a medida se estabilize.

Imagina-se que tal posicionamento decorre de alguma frustração com a alteração redacional ocorrida no processo legislativo, pois na redação anterior, que não prevaleceu ao final, qualquer impugnação oferecida pelo réu impediria a estabilização da tutela antecipada. É possível que essa fosse uma opção mais acertada. Não é, contudo, a que prevaleceu no jogo democrático.

Cassio Scarpinella Bueno questiona a possibilidade de interpretar o art. 304, *caput*, do CPC/15 de forma ampla, possibilitando que outras formas de impugnação afastem a estabilização e conclui afirmando “a melhor resposta, penso, ao menos por ora, é a de aceitar a interpretação ampliada. Qualquer manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304”.¹⁸⁹

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam a mesma posição ao, após citarem a literalidade do art. 304, *caput*, do CPC/15, afirmarem que “a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe para a parte recorrer)”.¹⁹⁰

Além disso, o mencionado trio admite que “a eventual *apresentação da defesa* no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência da revelia”.¹⁹¹

Idêntica é a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, para quem a apresentação de contestação impede a

¹⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 130.105, de 16-3-2015*, p. 233.

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 621.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 622.

estabilização, com a “vantagem de *economizar o recurso* de agravo e de emprestar a devida *relevância à manifestação de vontade* constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do procedimento”.¹⁹²

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que “resta ao intérprete dizer que onde se lê ‘recurso’ deve se entender ‘impugnação’, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação)”.¹⁹³

Bruno Garcia Redondo aponta que “a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa é a de qualquer ato impugnativo *lato sensu* do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo”.¹⁹⁴ Arrola ainda como condutas capazes de obstar a estabilização o manejo de sucedâneo recursal, a propositura de demanda impugnativa autônoma e a apresentação de contestação ou reconvenção.¹⁹⁵

Há ainda quem defenda que “não é constitucionalmente compatível a restrição ao direito fundamental à obtenção de tutela jurisdicional adequada, de que também é titular o réu, a partir do momento em que dirige à instância efetiva postulação”.¹⁹⁶ Também opõem a inconstitucionalidade da interpretação Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz.¹⁹⁷ Desse modo, entende-se que seria inconstitucional a extinção do processo, com a estabilização da tutela antecipada concedida, caso o réu houvesse formulado sua resistência ao pedido do autor, demonstrando, assim, que tem interesse na decisão de cognição exauriente.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 216

¹⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*, p. 451-452.

¹⁹⁴ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias*, p. 175.

¹⁹⁵ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias*, p. 175.

¹⁹⁶ LIMA, Bernardo Silva; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 185.

¹⁹⁷ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 115.

Em sentido contrário é a opinião de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, segundo os quais “se o réu não interpuser recurso contra a decisão que, em primeiro grau, concede a tutela antecipada antecedente, essa estabilizar-se-á. O processo, uma vez efetivada integralmente a medida, será extinto. Todavia, a providência urgente manterá sua eficácia por tempo indeterminado”.¹⁹⁸

Igualmente aderindo a essa opção mais acertada, Leonardo Carneiro da Cunha lembra que “o texto normativo refere-se a *recurso*, que é, aliás, o único meio que impede a preclusão. A estabilização decorre, portanto, da ausência de agravo de instrumento, que é o recurso cabível contra a decisão que versa sobre tutela provisória (CPC, art. 1.105, I). Qualquer outro meio de impugnação não impede a estabilização”.¹⁹⁹

Os sucedâneos recursais e demais meios de impugnação da decisão concessiva da antecipação de tutela serão analisados na segunda parte do presente trabalho. Nesse momento a atenção se voltará para apenas dois aspectos acerca do mecanismo de impedimento da estabilização. São eles a literalidade do art. 304, *caput*, do CPC/15 e o argumento de que a simples contestação pode objetar a estabilização.

Como já mencionado, o *caput* do art. 304 do CPC/15 condiciona a estabilização da tutela antecipada à não interposição de recurso. Recurso é um conceito técnico processual dado pelo próprio Código e não há dúvida de que são recursos aqueles mecanismos de impugnação elencados no art. 994 do Código de Processo Civil.

Não há qualquer dúvida razoável acerca do que é recurso ou do conceito de recurso. Não poderia haver, portanto, esse dissenso doutrinário a respeito de qual interpretação o termo “recurso” deve receber na leitura do dispositivo impugnado.

A adscrição de sentido a um texto legal – uma vez que, como é cediço, interpretar é atribuir sentido²⁰⁰ - não pode ignorar o significado das palavras daquele texto. Não pode ignorar também o sentido se constrói

¹⁹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional, (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2. 16.ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, p. 891.

¹⁹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 313.

²⁰⁰ Por todos: TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*, p. 4.

intersubjetivamente, ou seja, a partir dos campos de consenso acerca do que as palavras daquele texto podem significar.

Dessa forma, não é possível dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.²⁰¹ Os termos técnico-jurídicos têm história, foram debatidos doutrinariamente e ganharam significado na prática forense perante as decisões dos tribunais pátrios. Não é possível ignorar esse contexto e atribuir a um termo – o recurso – um significado que não prevaleceu.

Ademais, a defesa de que qualquer meio de impugnação a tutela antecipada antecedente concedida é apta a afastar sua estabilização é um verdadeiro golpe contra o produto do devido processo legislativo.

Não se pode esquecer que durante a tramitação do então Projeto de Código de Processo Civil foi alterada a redação do atual art. 304. À época, houve a mudança de “impugnação” para “recurso” contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente a fim de evitar a estabilização.

É claro que há forte doutrina contrária à interpretação baseada na “vontade do legislador” e no originalismo interpretativo.²⁰² No entanto, também é claro que essas objeções vêm de casos muito mais complexos, como fundar a interpretação da cláusula *equal protection under the law* à luz da vontade dos *founding fathers*, os pais fundadores, responsáveis pela Constituição dos Estados Unidos da América.

Fica evidente que são discussões diversas. Buscar a história legislativa e as opiniões que levaram a promulgação de um texto pode ser altamente condenável quando se trata da melhor interpretação de cláusula bastante aberta pensada séculos antes. Situação que não guarda qualquer comparação com essa é o uso de um conceito técnico jurídico bastante delimitado em um código elaborado por uma comissão técnica um ano e meio antes de sua aplicação prática.²⁰³

É por isso que atribuir ao termo recurso o significado amplo de qualquer impugnação é ignorar o consenso obtido no parlamento. A norma não é um dado pronto, isso é verdade. Ela é construída pelo interprete, mas o é a partir de uma

²⁰¹ STRECK, Lênio *Lições de crítica hermenêutica do direito*, p. 100-114.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, p. 141-150.

²⁰³ O argumento foi utilizado pelo Prof. Dr. Eduardo Talamini em disciplina ministrada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

base que é dada previamente pelo Poder Legislativo, a qual não pode ser simplesmente ignorada por se pensar ser mais conveniente.

Além disso, nem sequer é possível dizer que qualquer forma de impugnação – como o oferecimento de contestação – é de fato uma opção, por assim dizer, melhor para impedir a estabilização da tutela antecipada.

Ora, a petição inicial do procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada, como exposto anteriormente, é uma petição simplificada. Há apenas indicação do pedido, não há descrição de todos os fundamentos de fato e de direito que justificam a tutela final pretendida. É uma petição inicial simplificada que carrega apenas os elementos aptos a possibilitar a análise do pedido de tutela urgente.

Embora seja possível que a petição inicial traga mais elementos, não pode ser considerada essa a regra, porque há diversos casos em que a tutela de urgência precisa ser apreciada antes do tempo hábil para a confecção de uma petição inicial que possibilite à parte a defesa adequada de seus interesses em juízo. Exemplo disso é a praxe do direito aduaneiro, no qual o fisco costuma obstar o desembaraço aduaneiro de mercadorias diante da divergência no valor recolhido a título de tributos. Em muitos casos é necessária a obtenção da liminar, com embarque das mercadorias para exportação, em menos de um dia ou até mesmo em poucas horas.

Assim, uma contestação oferecida antes do protocolo da petição inicial completa – o que pode ocorrer após o decurso do prazo do agravo de instrumento a ser interposto contra a decisão – irá atravancar o procedimento. Uma solução mais adequada talvez fosse a desconsideração dessa contestação. Afinal, o que ela contesta? O requerimento já apreciado em face do qual aquele juízo já esgotou sua prestação jurisdicional²⁰⁴? Ou então os possíveis fatos que ainda serão alegados? Ademais, a citação, que pode ser suprida com o comparecimento espontâneo para contestar, marca a o fim da possibilidade de aditamento da petição inicial pelo autor, nos termos do art. 329,

²⁰⁴ É bem verdade que o art. 296 do CPC/15 possibilita a modificação da tutela antecipada a qualquer tempo. No entanto, é cediço que essa modificação depende de mudança no estado dos fatos, devendo sendo esse ser o norte interpretativo para a questão. Não bastaria, portanto, uma simples apresentação de argumentos do porque a decisão do juiz é equivocada a partir dos fatos que considerou, mas sim de que há elementos não apresentados pelo autor que podem influir na conclusão a que chegou o magistrado.

I, do CPC/15.²⁰⁵ E o aditamento da petição inicial, inclusive com complementação da causa de pedir, uma vez que a cauda de pedir da tutela urgente é diversa da causa *petendi* da tutela final, é indispensável para a passagem desse procedimento antecedente para o procedimento comum. Se o oferecimento de contestação a obstaria – e sequer faria sentido sistematicamente nesse momento – é difícil concordar que essa impugnação poderia ser admitida e, conseqüentemente, não pode impedir a estabilização da tutela antecipada.

Por outro lado, se a contestação vier após o pedido de tutela final – embora aqui possa haver alguma controvérsia que será tratada com mais vagar na segunda parte deste trabalho – o autor terá demonstrado seu interesse na cognição exauriente e na obtenção de decisão judicial revestida da imutabilidade típica da coisa julgada, de modo que a estabilização não terá efeito por conta dessa opção do autor, e não da conduta do réu em contestar.

Com esses argumentos, fica claro que a interpretação deve ser restritiva no que toca aos mecanismos aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada. Recurso é recurso, e não há dúvidas disso. Não é qualquer mecanismo de impugnação que pode lhe fazer as vezes, de modo que é certo que contestação não é suficiente para tanto.

Não obstante o fato de a interposição do recurso, de regra, competir à parte ré da demanda, nada impede que o terceiro prejudicado recorra da decisão, o que da mesma forma impedirá a estabilização da tutela antecipada concedida.²⁰⁶

Dúvida mais intrincada é a dos sucedâneos recursais, que são justamente mecanismos de impugnação que fazem as vezes de recurso. Por ser incabível mandado de segurança contra decisão em face da qual é cabível recurso ao qual pode se atribuir efeito suspensivo, restam, no mais, sucedâneos recursais típicos da Fazenda Pública, como o reexame necessário e o pedido de suspensão da segurança, os quais serão analisados quando do debate acerca do cabimento de estabilização contra a Administração Pública.

²⁰⁵ Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

²⁰⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 193.

Capítulo 2: Função da estabilização da tutela antecipada no sistema processual civil brasileiro

2.1 Finalidade

Há alguma controvérsia sobre a finalidade almejada pelo sistema processual ao permitir que uma tutela sumária receba definitividade independentemente de confirmação pela tutela final. A discussão ganha particular relevância, uma vez que as finalidades a que a norma da estabilização atende podem nortear uma interpretação teleológica dos dispositivos legais que, não raras vezes, são lacônicos e precisam de larga integração pelo intérprete.

2.2 Interesse privado na estabilização da tutela antecipada

De um lado a estabilização da tutela antecipada satisfaz um interesse privado das partes, na medida em que serve para não tornar necessário o longo e tortuoso caminho oferecido pelo procedimento comum até uma resposta jurisdicional com algum grau de estabilidade para os anseios das partes.

Ao autor para quem a satisfação de seu direito no plano dos fatos é mais relevante que a declaração judicial revestida de coisa julgada, é permitido não impulsionar o processo, que seria levado adiante tão somente para que a decisão judicial final se tornasse imutável, em virtude da coisa julgada. O direito já está satisfeito, muitas vezes irreversivelmente, e o prosseguimento do trâmite processual não trará nenhum benefício fático à parte autora. Ao contrário, trar-lhe-á despesas com custas processuais, realização de provas, honorários de seu advogado e, eventualmente, deslocamentos, perda de dias produtivos em virtude da necessidade de comparecimento a atos processuais, sem contar no desgaste psicológico que o simples fato de estar envolvido em um processo tende a impor sobre as pessoas.

Por óbvio, a estabilização da tutela antecipada antecedente não existe unicamente para satisfazer os interesses da parte autora.

Não raro o réu também poderá ter interesse em não dar prosseguimento ao processo após a decisão de cognição sumária, seja porque dela já se extrai

a baixíssima possibilidade de sucesso de sua defesa, por exemplo na hipótese de a probabilidade de o direito alegado estar consubstanciada em entendimento firmado por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos, seja porque a medida concedida e efetivada é faticamente irreversível, como na hipótese de custeio de uma cirurgia para autor que, ainda que venha a ser sucumbente ao final, nunca terá bens suficientes para custeá-la, de modo que a eventual execução promovida pelo réu está desde logo fada ao insucesso.

Nessas hipóteses, o réu não possui muito estímulo para impulsionar o feito, uma vez que já suportou a execução que efetivou o direito pretendido pela parte autora e não vislumbra grandes chances de êxito ao final do processo, seja porque o Direito dificilmente lhe assistirá, seja porque no plano dos fatos a situação tende a irreversibilidade.

Assim, prosseguir com a discussão somente lhe trará mais ônus. Ainda que não precise adiantar verbas como custas processuais ou honorários de perito, caso saia perdedor, por elas será responsabilizado.

A estabilização da tutela antecipada abre margem para que a parte autora reflita sobre o custo-benefício da coisa julgada e a parte ré leve em conta o custo de oportunidade da eventual reversão da medida antecipada concedida.

Assim, é evidente que a estabilização da tutela antecipada é uma resposta às necessidades do direito material e da realidade dos fatos,²⁰⁷ que muitas vezes não podem esperar pela cognição exauriente e para os quais a declaração contida na sentença ao final vale muito pouco, porque o que realmente importa é a atividade executiva que pode ser adiantada com a obtenção de uma medida antecipatória.

2.3 Interesse público na estabilização

²⁰⁷ Discorrendo sobre a satisfação de um interesse particular na opção pelo procedimento monitorio, Fátima Nancy Andrigli defende que “forte nestas razões, ousa afirmar que, ao titular de direito enquadrável no procedimento especial da ação monitoria há que ser observado o princípio da disponibilidade do rito, face às suas peculiaridades; acrescentando-se que, o rito imposto pela nova Lei à ação monitoria não figura entre aqueles considerados irredutivelmente especiais, eis que, obedecido procedimento inicialmente especial, este converte-se em ordinário, havendo embargos ao pedido” ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Da ação monitoria: opção do autor*, p. 17.

A estabilização da tutela antecipada, por outro lado, não está posta no Código de Processo Civil exclusivamente no interesse das partes. O discurso em seu entorno deixa evidente que se trata de uma medida voltada para a diminuição da litigância, com a finalidade de resolver conflitos mediante cognição sumária em procedimento bastante abreviado.

O interesse público por detrás da estabilização da tutela antecipada é o de diminuir os processos em tramitação, sobretudo quando o desenrolar processual não satisfaz os interesses das partes, servindo tão somente para abarrotar o Poder Judiciário de processos cujos conflitos já estão razoavelmente resolvidos pela decisão antecipatória.

Obviamente não seria lícito, ou melhor, não seria possível diante do perfil constitucional do direito de ação, obstar o acesso à cognição exauriente. No entanto, a partir do momento em que as partes entendem por prescindível essa cognição mais aprofundada, é lícito ao Estado abrir vias para que não sejam elas forçadas a discutir amplamente situação já suficientemente resolvida.

É claro que aí ainda se está na satisfação do interesse privado em não litigar sem motivos para tanto. Contudo, atende-se também ao interesse estatal na diminuição de processos em trâmite, interesse esse que, por determinação constitucional, não pode ser satisfeito a qualquer custo, mas deve obedecer alguns padrões e, o mais relevante deles, é o de possibilitar a discussão das lesões e ameaças a direitos perante o Poder Judiciário.

2.4 Ausência de finalidade única

A finalidade que se atribui à estabilização da tutela antecipada não é única. Ela não é um simples mecanismo pensado para desafogar o Judiciário, livrando-o do julgamento de demandas, uma vez que o acesso à Justiça é valor dos mais caros ao Estado Constitucional. Não é também um simples instituto processual posto à disposição das partes, sem considerar seus reflexos sobre a administração da Justiça.

Há na estabilização da tutela antecipada uma dupla face. É uma autorização ao Poder Judiciário para se abster de declarar direitos quando a mera atuação no plano dos fatos for suficiente para pacificar a relação social. Ou

seja, desempenha simultaneamente tanto uma função de “interesse público” quanto de “interesse privado”.

Diz-se que a relação social está pacificada porque o réu não interpôs o recurso, ou seja, contra a decisão concessiva da tutela antecipada não se insurgiu. É bem verdade que a omissão pode ter decorrido de outros inúmeros fatores: exatamente por isso o réu possui um alargado prazo de dois anos para ajuizar ação a fim de discutir o direito do autor satisfeito em sede de tutela antecipada antecedente.

Na verdade, esse é possivelmente o aspecto central da estabilização: o Judiciário se abstém de realizar uma ampla investigação para declarar um direito porque a declaração é tida como prescindível, tanto pelo autor, satisfeito com a mera atuação no plano dos fatos, quanto pelo réu, que se conformou com a tutela concedida à aparência de direito do autor.

Fixada essa premissa de finalidade a ser atingida pela estabilização da tutela antecipada, é necessário verificar se ela é compatível com o devido processo legal.

2.5 Função da estabilização da tutela antecipada e devido processo legal

A compreensão da tutela antecipada e de sua estabilização perpassa um ponto nodal do próprio direito processual civil: ele é um mecanismo de tutela dos direitos. Isso porque “a tutela dos direitos pode ser prestada pelo legislador, pelo administrador e pelo juiz. A tutela jurisdicional dos direitos, portanto, é apenas uma das formas pelas quais a tutela dos direitos pode ser prestada”.²⁰⁸

A tutela jurisdicional dos direitos, por se dar mediante processo, toma tempo. Contudo, o andar das coisas nem sempre suporta as demoras do processo: a realidade nem sempre pode esperar. Nesses casos, não podem ser as exigências formais do direito processual civil um óbice intransponível para a tutela do direito material, uma vez que o art. 5º, XXXV, da Constituição garante que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, tratando-se de direito fundamental constitucionalmente previsto,

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II, p. 39.

não pode a legislação ordinária impor restrições que contrariem a disposição constitucional. Vale dizer, a produção de uma decisão justa toma tempo, contudo, se esse tempo não está à disposição – sob pena de perecimento do direito –, alguma resposta há de vir do Judiciário. Destarte, “sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, com o direito à efetividade da jurisdição, ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora”.²⁰⁹

Essa compatibilização parece ser necessária diante do suposto conflito entre os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal. A simples aparência, todavia, é enganosa.

É que o acesso à justiça se amolda não apenas como garantia do autor da ação. Ainda que o réu não maneje ação propriamente dita,²¹⁰ sua resistência à pretensão do autor não é objeção ao acesso à justiça pela outra parte demandante, mas sim exercício do direito de defesa. Dessa forma, o acesso à justiça também protege a situação jurídica do demandado.

Da mesma forma, o princípio do devido processo legal é muito mais do que um conjunto de garantias processuais daquele que integra o polo passivo da demanda. Conforme assevera Fredie Didier Jr., “o processo, para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo para ser devido, precisa ser *adequado, leal e efetivo*”.²¹¹ Devido processo é, então, o processo pautado por garantias mínimas de meios e resultados,²¹² garantindo também o acesso à tutela jurisdicional.²¹³

Humberto Ávila aponta a ausência de contraposição entre devido processo legal procedimental e devido processo legal substancial, vale dizer,

²⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, p. 66.

²¹⁰ Aqui há de se fazer a ressalva que, ainda que o réu não apresente reconvenção nos termos do art. 343 do CPC, pode suscitar o debate acerca de questão prejudicial que, se decidida pelo juiz, respeitando os requisitos do art. 505, §1º, do CPC, transitará em julgado. Tal discussão transborda os limites do presente trabalho, mas parece haver autorização para se dizer que, em alguma medida, o simples conteúdo da defesa pode ter natureza de ação.

²¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 67.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 252.

²¹³ “Isso significa, em primeiro lugar, que nenhuma técnica ou prática processual poderá estreitar tanto os canais de acesso à tutela jurisdicional, que a Justiça se torne insuportavelmente seletiva e deixe resíduos não-jurisdicionalizáveis capazes de comprometer o sistema (p.ex., exacerbando exigências sem as quais o mérito das causas não possa ser julgado)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, p. 251.

não há separação entre a exigência de processo justo e a necessidade de que o processo seja proporcional e razoável.²¹⁴

Destarte, o devido processo legal exige que o processo seja apto a tutelar o direito material invocado, ainda quando o decurso do tempo necessário para formar a convicção judicial não possa ser aguardado. Nesses casos, a antecipação de tutela e sua estabilização, com seus requisitos, funções e procedimentos, são a concretização do devido processo legal dada pelo legislador ordinário.

Assim, segundo a opinião de Egon Bockmann Moreira, o processo para ser devido deve atender as expectativas mínimas de um Estado democrático de direito.²¹⁵ Ocorre que diante da pluralidade de interesses colocados no jogo democrático – decorrência direta da pluralidade de pessoas e classes que compõem a sociedade – o Estado democrático é, por assim dizer, um tanto “esquizofrênico”, uma vez que há diversos interesses conflitantes que lhe são caros. Isso se manifesta também no devido processo legal.

É de fato importante a adequação entre meios e fins, sendo manifestação do devido processo a possibilidade de postecipação do contraditório, de modo a adequar – tornar devido – o processo à urgência reclamada pelo direito material.²¹⁶

O processo, para ser devido, por outro lado, deve também oferecer garantias para que o réu não veja sua liberdade e sua propriedade invadidas por um ato arbitrário do Estado, afinal também são esses valores caros ao Estado democrático. Aqui se aplicam as mencionadas críticas de Calmon de Passos sobre a instrumentalidade do processo à luz do *due process of law*. Processo devido, assim, é o processo jurisdicional democrático, caracterizado pelo

²¹⁴ ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal?*, p. 57

²¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, p. 216.

²¹⁶ “Devido processo legal (*due process of law*) deve ser encarado sob uma ótica moderna, social, realista. A idade dos sonhos dogmáticos acabou. Impõe-se com urgência que todos aqueles que atuam no fenômeno jurídico (juízes, advogados, Ministério Público, juristas), passem a examinar e oferecer vias alternativas de tutela jurisdicional, bem como oferecer opções para a adoção de formas diferenciadas e simplificadas nos procedimentos, rompendo-se os conceitos tradicionalistas que só querem ver o aspecto técnico e formal.

Muito mais desagradável do que a alegação de eventual decisão precipitada é a acusação de que a decisão judicial tornou-se inexecutável com o perecimento de algum bem da vida.” LIPMANN JR., Edgard Antônio. *Providências cautelares no contexto atual*, p. 115.

policentrismo²¹⁷ e pelo contraditório como poder de influência e paridade de armas.

É justamente a observância ao contraditório que justifica a adequação da antecipação de tutela ao devido processo legal. Conquanto na técnica antecipatória a decisão seja proferida antes do contraditório pleno e por vezes até mesmo antes da oitiva da parte ré, sempre é possível o exercício posterior do contraditório. Esse contraditório, contudo, não é necessariamente efetivo: a parte ré pode dele abrir mão. Pode preferir se calar, não participar do processo por qualquer motivo que seja. É também por isso que não haverá violação ao devido processo legal mesmo na hipótese de a decisão antecipatória se tornar definitiva. Contraditório efetivo nem sempre haverá, contudo haverá latência de contraditório, contraditório potencial, o qual será realizado se a parte ré o entender necessário.

Destarte, a estabilização da tutela antecipada e as finalidades que a ela são atribuídas são plenamente compatíveis com o devido processo legal.

²¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 201-238.

Capítulo 3: Natureza da estabilização da tutela antecipada

Certamente um dos pontos mais polêmicos sobre a estabilização da tutela antecipada é sua natureza, afinal trata-se de uma autorização para que uma decisão fundada em cognição sumária se torne estável independentemente do julgamento de um pedido de tutela final, o que não encontra precedentes no regime das tutelas sumárias do Código de Processo Civil revogado.²¹⁸

O pensamento clássico busca associar a estabilização da tutela antecipada com as formas de estabilidade até então conhecidas no âmbito do direito processual: a coisa julgada, a preclusão e a perempção.

Antes de se adentrar na discussão de qual forma de estabilidade melhor comporta a estabilização da tutela antecipada – ou mesmo se nenhuma delas o faz de modo satisfatório – convém iniciar com uma perspectiva bastante diferente, a da estabilização da tutela antecipada como negócio jurídico qualificado.

3.1 A estabilização como negócio jurídico qualificado

Merece menção, embora para lhe manifestar discordância, a afirmação de José Herval Sampaio Júnior, segundo a qual a estabilização da tutela antecipada é um negócio jurídico processual qualificado.²¹⁹

O aludido autor afirma que a estabilização, prevista nos artigos 303 e 304 do CPC, é uma manifestação de vontade das partes que atinge o próprio direito material, ainda que restrito à dimensão fática. Desse modo, ao permitir que a decisão antecipatória se estabilizasse, com a não interposição de recurso, por parte do réu, e ausência de prosseguimento da ação com a propositura do pedido final, pelo autor, as partes estariam propriamente dispondo do direito material.²²⁰

²¹⁸ Há quem veja a possibilidade de ações sumárias satisfativas no CPC/73, como na ação demolitória do art. 888, VIII. Certo é que, independentemente de qualquer controvérsia a esse respeito, a possibilidade genérica de tutelas fundadas em cognição sumária estáveis e, portanto, com algum grau de definitividade, é uma inovação do CPC/15. O tema foi abordado na nota de rodapé nº 7, a qual se remete.

²¹⁹ Disponível em <<http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/>>. Acesso em 19/01/2016

²²⁰ Disponível em <<http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/>>. Acesso em 19/01/2016

A construção tem a vantagem de reconhecer o que aparentemente é o cerne da estabilização: a desnecessidade de se forçar as partes a prosseguirem com um processo que já conta com decisão judicial que supostamente as satisfizes, abarrotando o judiciário simplesmente em razão do culto à coisa julgada material e à cognição exauriente.²²¹

Essa afirmação ganha destaque quando se sabe que um dos fundamentos do novo Código de Processo Civil é a prevalência da vontade das partes,²²² em detrimento de um procedimento fixo e, por vezes, inapto para a tutela das situações jurídicas de direito material.²²³

Assim, o prazo de dois anos para a rediscussão da medida estabilizada se amoldaria como um período no qual às partes litigantes seria possível exercer uma espécie de direito de arrependimento em relação ao negócio jurídico antes celebrado.²²⁴

Apesar dos méritos da construção, ela ignora os pressupostos de configuração dos negócios jurídicos, sejam eles processuais ou materiais. É que para enquadrar qualquer fato jurídico como negócio é, pois, necessário recorrer à teoria do fato jurídico. Após, verificando-se sobre o que se dispõe nesse negócio é que é possível tachá-lo de processual ou material. Vale dizer, ainda que seja óbvio, o negócio processual é, antes de tudo, um negócio jurídico.

Os fatos jurídicos se dividem em fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos.²²⁵

“Fatos jurídicos são acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e de

²²¹ Paula Menna Barreto ressalta que a satisfação das partes pela medida provisória é a essência da estabilização da tutela antecipada: “essa estabilização é, portanto, um degrau de segurança aos jurisdicionados, que se contentarão com a sua provisoriedade, diante das circunstâncias do caso”. BARRETO, Paula Menna. *A estabilização da tutela de urgência antecipada*.

²²² DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 132-136; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, p. 66.

²²³ “Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito.” TALAMINI, Eduardo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>. Acesso em 27/01/2016.

²²⁴ Disponível em <<http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/>>. Acesso em 19/01/2016

²²⁵ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 157;

seus direitos”.²²⁶ Fatos jurídicos em sentido estrito são aqueles relevantes juridicamente, mas independentes da ação humana.²²⁷ A aquisição da propriedade por acessão é um dos exemplos. Ou seja, em decorrência de um fato natural, o qual não decorre da ação humana, surge um efeito juridicamente relevante. Outros exemplos que se podem citar são o nascimento e a morte.

O ato-fato jurídico é aquele que depende da ação humana, contudo, para a produção de seus efeitos, independe da manifestação de vontade.²²⁸ É interessante ressaltar que o ato-fato jurídico, por ser independente da vontade

²²⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 379.

²²⁷ “Tais acontecimentos podem constituir-se em simples manifestação da natureza, sem qualquer participação da vontade humana. São acontecimentos naturais e chamam-se *fatos jurídicos em sentido estrito*. Podem ser *ordinários*, os mais comuns e de maior importância, por exemplo o nascimento, a morte, o decurso de tempo, a doença; e *extraordinários*, como o acaso, nas suas espécies de caso fortuito ou força maior” AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 380. “Pode acontecer que algumas vezes o *evento* suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a um ato humano, como ocorre com o nascimento do ser humano que tem sua origem na concepção. Outras vezes, até, o fato pode resultar de ato humano intencional, como na morte por assassinio ou por suicídio, ou como na *confusão* quando feita pelo homem. Isso, entretanto, não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático. A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano; do mesmo modo o nascimento não perde a sua característica de fato natural porque houve um ato que lhe deu origem. Sim, porque esse ato humano não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente. Conforme ficou explícito nos §§ 31 e 32, o critério para classificação se baseia na presença ou não *de ato humano como elemento necessário para a composição do suporte fático suficiente*. Isso não exclui a possibilidade de que haja eventual participação de ato humano na concreção do suporte fático do fato jurídico *stricto sensu*, que, pela sua não essencialidade, deve ser abandonado como dado fático excessivo, conforme esclarecemos antes. Em hipóteses dessa ordem, o intérprete deve considerar o suporte fático apenas conforme sua configuração prevista na norma jurídica”. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 165-166. “Há *fatos jurídicos processuais em sentido estrito* (fatos jurídicos não-humanos), como a força maior (art. 313, VI, CPC), a morte (art. 110, CPC), o parentesco (art. 144, III e IV) e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções (art. 222, §2º, CPC”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 375.

²²⁸ “Há outras espécies cujo suporte fático prevê uma situação de fato, a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. Exemplos: a caça, a pesca, a especificação, a comissão, a descoberta do tesouro, a sementeira, a ocupação, o abandono de bem móvel, a tomada de posse, a tradição da posse, o abandono da posse. Existem outros em que a conduta humana involuntária (sem culpa) causa danos a terceiros que precisam ser indenizados. Finalmente, há situações em que a isenção das pessoas em exercer certos direitos durante determinado tempo, intencionalmente ou não, acarreta a sua perda ou o seu encobrimento, de que são exemplos a prescrição, a decadência (= caducidade) e a preclusão.

É evidente que a situação de fato criada pela conduta, comissiva ou omissiva, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). Como o ato que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve, ou não, vontade* em praticá-lo” MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 168.

humana, não passa pelo crivo do plano da validade. Exemplo de ato-fato jurídico é o menor impúbere que encontra tesouro e, portanto, lhe adquire a propriedade, bem como o absolutamente incapaz que pinta um quadro e, da mesma forma, adquire-lhe a propriedade, independentemente de manifestação de vontade válida. Fredie Didier Jr. arrola uma série de atos-fato processuais, como: o adiantamento de custas e do preparo, a revelia, a admissão ou o dever de indenizar decorrente da execução fundada em título provisório que venha a ser desconstituído.²²⁹

Atos jurídicos são aqueles que dependem da ação humana e, da mesma forma, depende da manifestação de vontade, seja ela expressa ou seja ela tácita. Esse gênero de fatos jurídicos se subdivide em duas novas espécies: o ato jurídico em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Atos jurídicos em sentido estrito, por sua vez, são aqueles em que o sujeito de direito deve manifestar sua vontade para atingir as consequências previstas na lei, não as pode, contudo, modular.²³⁰ São exemplos o reconhecimento da paternidade e a adoção. Uma vez praticados tais atos, os efeitos são aqueles legalmente previstos, não podendo a pessoa afastar aqueles que não pretende obter. “No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis.²³¹ Pode-se fazer uma comparação, apenas para fins didáticos e deixando o rigor técnico de lado, com um contrato de adesão com a lei. O cidadão pode aderir aquilo que está

²²⁹ “a) *atos-fatos reais*: adiantamento de custas e do preparo (art. 1.007, CPC); b) *atos-fatos caducificantes*: a revelia (art. 344, CPC) e a *admissão* (art. 374, III, CPC) – em regra a perda de prazo é exemplo de ato-fato caducificante; c) *atos-fatos indenizativos*, como, por exemplo, a execução provisória que causou prejuízo ao executado, com superveniente reforma/ou anulação do título judicial (art. 520, I, CPC).” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 375-376.

²³⁰ “Quanto tais atos consistem em simples declarações de vontade que produzem efeitos já estabelecidos na lei, dizem-se *atos jurídicos em senso estrito*, como, por exemplo, o casamento, o reconhecimento de filho, a fixação de domicílio, a apropriação de coisa abandonada, ou de ninguém, a comistão, a confusão, a adjudicação, a especificação, a tradição, a percepção de frutos, a ocupação”. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 379. (Note-se que Francisco Amaral arrola como atos jurídicos em sentido estrito algumas hipóteses que Marcos Bernardes de Mello elenca como ato-fato jurídico. Isso ocorre porque o Francisco Amaral não adota a aludida categoria). “Há os atos jurídicos processuais em sentido estrito, como a citação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, a intimação etc.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 375.

²³¹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 199.

legalmente previsto, pode escolher ou não praticar o ato. Praticando-o, todas as consequências previstas na lei incidirão, ao menos juridicamente falando.

Nos negócios jurídicos, por outro lado, além da dependência da ação e da manifestação de vontade humanas, as partes negociantes podem dispor amplamente sobre o modo, o tempo e as consequências de seu ato negocial, tendo como limite a lei.²³² Exemplo por excelência de negócio jurídico é a compra e venda, que pode se dar a termo, a prazo, a vista, com direito de retrocessão, com exclusão da possibilidade de evicção e assim por diante.²³³

Destarte, negócio jurídico é marcado pela liberdade das partes. Não se quer dizer que nas hipóteses em que há alguma restrição da liberdade não se vislumbra negócio jurídico. Por ter o núcleo de seu suporte fático composto pela manifestação de vontade,²³⁴ sempre que houver restrições à vontade, haverá restrições ao negócio jurídico.

Assim, é plenamente possível que a lei estabeleça limites para a liberdade negocial.²³⁵ Contudo, se as partes puderem tão somente aderir ao que

²³² “Quando tais atos consistem em declarações de vontade humana destinadas a produzir determinados efeitos, permitidos em lei e desejados pelo agente, isto é, quando contém determinada intenção, chamam-se *negócios jurídicos*, como os contratos, o testamento, as declarações unilaterais de vontade. Temos então que, no ato jurídico, a eficácia decorre da lei, é *ex lege*, enquanto no negócio jurídico decorre da própria vontade do agente, é *ex voluntate*. Outra diferença existe na circunstância de que o ato jurídico em senso estrito é simples atuação de vontade, enquanto o negócio jurídico é instrumento da autonomia privada, poder que os particulares têm de criar as regras de seu próprio comportamento para a realização de seus interesses” AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 380.

²³³ “Diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. Assim é, por exemplo, nos contratos – que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem”. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 202.

²³⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 207-208.

²³⁵ “Esses ajustes concertados entre os litigantes caracterizam-se como autênticos atos de *autorregulação dos próprios interesses*, o que é da essência dos negócios jurídicos. Os efeitos jurídicos que produzem são aqueles determinados pela vontade dos próprios participantes, os quais estabelecem, por decisão própria, o conteúdo substancial dessas declarações. As limitações a que essa liberdade das partes se sujeita e a necessária aprovação do ajuste pelo juiz (CPC, art. 190, par.) não infirmam sua qualificação como *negócios jurídicos*, porque nenhum destes é totalmente livre, estando todos eles sujeitos à compatibilidade com superiores regras de direito, inclusive constitucional, quando for o caso”. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, p. 188. Casso Scarpinella Bueno arrola algumas matérias sobre as quais entende não ser passível a realização de negócio jurídico processual, a saber: “(i) deveres poderes do magistrado ou sobre deveres regentes na atuação das partes e de seus procuradores; (ii) sobre a força probante dos meios de prova; (iii) sobre os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e/ou exercício do direito de ação; (iv) sobre as hipóteses (e o regime) da tutela provisória; (v) sobre as formas e

está legalmente previsto, não se tem negócio, mas ato jurídico. E é esse o caso da estabilização da tutela antecipada.

Esse entendimento é corroborado pela noção de negócio jurídico processual de Fredie Didier Jr., para quem “*negócio processual* é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídico ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação”.²³⁶

Conforme ensinam Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier, “a voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição as suas consequências. Ou seja, o conteúdo e consequentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato”.²³⁷

A estabilização depende de omissões que indicam – ou a lei presume que indicam – a vontade das partes. O réu, ao não recorrer da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, sabendo das consequências advindas dessa omissão, aparentemente concorda com o nela decidido, não indicando sua vontade de continuar com a discussão sobre o objeto da tutela antecipada ou sobre a pretensão principal, que ainda viria a ser deduzida. O autor, ao não prosseguir com seu pedido principal, também aparenta estar satisfeito com a tutela obtida.

Contudo, isso apenas permite classificar a estabilização como sendo um ato jurídico. A partir daí, somente poderia ser denominada negócio jurídico se houvesse a possibilidade de as partes disporem sobre os efeitos. Nesse aspecto, não há liberdade.

É que estabilizada a decisão antecipatória, as partes têm dois anos para discuti-la e, a bem da verdade, essa estabilidade só poderá ser afastada, no

técnicas de cumprimento da sentença, inclusive o provisório, e de execução; (vi) sobre a coisa julgada; (vii) sobre o número de recursos cabíveis ou interponíveis; ou (viii) sobre as hipóteses de rescindibilidade”. BUENO, Cassio Scarpnella. *Manual de direito processual civil*, p. 192.

²³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 376-377.

²³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, vol. I, p. 513-514.

prazo de dois anos, pela ação mencionada no art. 304, §2º, do CPC, conforme se extrai da literalidade do art. 304, §4º, do CPC.

Após o decurso do prazo de dois anos, a decisão se torna imutável, embora não faça coisa julgada material. Sobre isso as partes também não podem dispor, uma vez que, se é verdade a existência de interesses privados na solução do litígio, também é verdade que o interesse estatal na rápida resolução dos conflitos, para que o Estado-juiz possa prestar jurisdição com eficiência ao maior número possível de jurisdicionados, impõe a indisponibilidade de imutabilidades legalmente previstas.

Assim sendo, a estabilização da tutela antecipada concedida em procedimento antecedente é um ato jurídico, pois depende de ato que a lei presume informar a vontade das partes. Não é, de modo algum, negócio jurídico processual, uma vez que não há ampla margem de disponibilidade pelas partes negociantes.

Fosse assim, teria que se admitir como negócio processual o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau contra a qual não foi interposto recurso. Da mesma forma, decorreu um prazo processual no qual não foi exercida pela parte sucumbente a faculdade de recorrer. O que se tem, contudo, é a preclusão e a coisa julgada, ambas indiscutivelmente atos jurídicos processuais.

Da mesma maneira, pode ser criticada a afirmação de que a estabilização se trata de um negócio jurídico processual qualificado. Seria qualificado, segundo José Herval Sampaio Júnior, porque incide de alguma maneira sobre o direito material, ainda que restrito em acepção fática. Não há como defender se tratar de negócio material e ao mesmo tempo afirmar que não tange o mérito da satisfação jurídica. Se há negócio material, o que se tem é a extinção do processo, ainda que parcial, nos termos de uma das alíneas do art. 487, III, do CPC. Não há como se dizer que as partes concordam com mérito daquilo que foi decidido se o único mérito levado ao juízo foi o mérito de urgência

Alegar se tratar de incidência sobre o direito material “ainda que restrito à sua acepção fática” não corresponde à realidade. Há sim um direito material em questão: o direito material à proteção da aparência, vale dizer, o direito material à tutela de urgência. Todavia, não se atinge o direito material objeto da chamada lide principal, de modo que, além de não se tratar de negócio processual, não é um negócio processual que atinge o direito material.

3.2 Estabilização da tutela antecipada como forma de imutabilidade e como técnica monitória

A par da posição teórica de Herval Sampaio, segundo a qual a estabilização da tutela antecipada seria um negócio jurídico processual qualificado por, em alguma medida, atingir o direito material, o grosso das polêmicas acerca da natureza da estabilização se centra na discussão sobre a estabilidade a ela conferida e sobre sua similitude com a técnica monitória.

Destarte, passa-se a analisar a natureza da estabilização da tutela antecipada em torno desse debate.

3.3 Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada

Uma das possibilidades atribuídas à natureza da estabilização da tutela antecipada é a de se tratar de coisa julgada, a preclusão máxima conhecida no âmbito do direito processual civil.

Antes de definir se, a despeito da previsão legal, a estabilização da tutela antecipada se confunde com a coisa julgada, é necessário construir dogmaticamente o referido conceito.

A redação do art. 304, §6º, do CPC/15²³⁸ é clara ao excluir a atribuição de qualidade de coisa julgada à decisão que extingue o processo por não interposição de recurso contra a concessão de tutela de urgência. Entretanto, embora haja a possibilidade de discussão posterior para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (art. 304, §2º, CPC/15), essa possibilidade se extingue com o decurso de dois anos da ciência da estabilização da tutela de urgência (art. 304, §5º, CPC/15).

Segundo o art. 467 do CPC/73 a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, tal concepção sofreu pesadas críticas

²³⁸ § 6º 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.

por se entender que a coisa julgada é uma qualidade da sentença e dos seus efeitos,²³⁹ qualidade essa que torna alguns dos efeitos imutáveis.²⁴⁰

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também apresenta um conceito de coisa julgada em seu art. 6.º, § 3.º, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. O equívoco aqui é patente porque se define o momento em que o fenômeno da coisa julgada ocorre, mas a definição nada auxilia na compreensão da ontologia que é própria do conceito.²⁴¹

O Código de Processo Civil de 2015 apurou a técnica redacional utilizada para a definição da coisa julgada, prevendo, em seu art. 504, que: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Com isso se acolheram de alguma forma os ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, para quem “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoantes as diferentes categorias das sentenças”.²⁴²

Não se pode confundir a coisa julgada com uma presunção de verdade, ou com uma declaração definitiva. A doutrina anterior, capitaneada por Hellwig identificou a coisa julgada com o elemento declaratório constante das sentenças judiciais.²⁴³

Liebman indica que é um erro lógico definir a coisa julgada como um efeito da sentença e, após, identifica-la com sua eficácia declaratória, que é contraposta aos demais efeitos da sentença judicial (constitutivo ou condenatório), uma vez que ela é “algo que a esses efeitos se ajunta para

²³⁹ “(...) cumpre notar que o pretenso conceito veiculado no art. 467 não é, em qualquer hipótese, de todo adequado. Sua inadequação não se põe em face dessa ou daquela concepção teórica (pois se fosse assim, seria uma inadequação irrelevante; ou, até mesmo, poderia estar desautorizando a concepção teórica). A pretensa formulação contida no art. 467 é falha tomando em conta o próprio conceito de coisa julgada extraível do ordenamento a partir da consideração de outros dispositivos (...). Vale dizer, a própria literalidade do art. 467 é desautorizada por outras normas contidas no próprio Código” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 44.

²⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 333.

²⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José, Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 10-11.

²⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 6

²⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 20-21.

qualifica-los e reforça-los em sentido bem determinado”.²⁴⁴ “Separa-se, portanto, Liebman, segundo ele próprio diz, da unanimidade da doutrina anterior, ao afirmar, com razão, que a coisa julgada não é um efeito da sentença, e sim uma qualidade que ao efeito, ou, segundo ele, a todos os efeitos, se adiciona para torna-los imutáveis. Ficariam, então, imutáveis o conteúdo e todos os efeitos da sentença”.²⁴⁵

Segundo Liebman, a coisa julgada se presta a fazer com que os efeitos de uma sentença permaneçam irrevogavelmente adquiridos pela parte que se sagrou vencedora.²⁴⁶ Isso porque “a eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, *como um comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica”.²⁴⁷

Nessa visão, a qualidade da coisa julgada reveste os efeitos da sentença, tornando-os imutáveis e impedindo que outro magistrado julgue novamente a causa de modo diverso, consequência que obviamente não decorre de qualquer efeito declaratório, constitutivo ou condenatória que a sentença pode vir a ter, conforme explica Enrico Tullio Liebman:

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar essa possibilidade, tornando o *comando* imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.²⁴⁸

²⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 41.

²⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 466.

²⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 42.

²⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 50.

²⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 50.

É por isso que à coisa julgada é atribuída uma função negativa, pela qual o caso passado em julgado não pode ser novamente decidido, e uma função positiva, que obriga os magistrados a reconhecerem – e pressuporem – o que foi decidido pelo ato transitado em julgado.²⁴⁹

Dessa forma, Enrico Tullio Liebman construiu sua noção adjetiva de coisa julgada, que lhe atribui um caráter de qualidade que adere aos efeitos da sentença, qualificando-os.²⁵⁰

Embora seja determinante para a configuração do direito brasileiro atual, a noção de coisa julgada desenvolvida por Liebman não deixou de sofrer críticas, uma vez que a realidade das coisas nega a ideia de que são os efeitos da sentença que se tornam imutáveis, conforme apontado por José Carlos Barbosa Moreira.²⁵¹ Isso porque os efeitos da sentença podem ser modificados por convenção das partes. Nada impede que o casal divorciado se case novamente, que a questão decidida seja objeto de transação e com isso os efeitos da sentença sequer venham a se produzir e, no caso do efeito condenatório, o pagamento da sentença tem justamente por consequência a sua extinção.

É por isso que, sobre a imutabilidade da coisa julgada, Barbosa Moreira apontou: que “a situação disciplinada pela sentença pode variar, e tal variação acarretará eventualmente a incidência da norma de direito substantivo que rege a matéria, alterando a obrigação no seu valor ou até fazendo-a cessar. Mas a

²⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 53-54.

²⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 10; FACHIN, Luiz Edson. *Coisa julgada no processo cautelar*, p. 44.

²⁵¹ “Ora, a quem observa, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se a verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao sêlo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso dêsse prazo, de comum acordo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo de ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito que já nascera com o normal destino de extinguir-se – a êle se aplicaria talvez melhor o epíteto, que Heidegger quis aplicar ao homem, de <ser-para-a-morte>...” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 12; “Os efeitos que a sentença produz são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes, como justamente afirma J.C. Barbosa Moreira” SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil* vol. 1, p. 466.

regra, concreta formulada pelo juiz para a situação que constitui o objeto de sua atividade cognitiva, essa permanece como tal, imutável”.²⁵²

Assim, é bem verdade que a sentença, quando do trânsito em julgado é “mais paciente que agente”²⁵³ e que a coisa julgada é de fato uma noção adjetiva, que incide sobre a sentença judicial, sem dela ser um efeito.²⁵⁴ No entanto, “os efeitos da sentença *não* se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível, é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial”.²⁵⁵ Desse modo, o comando sentencial enquanto ato jurídico cuja via de discussão está preclusa é imutável. Não se pode discutir mais a validade da condenação, por exemplo. Contudo, a dívida pode ser paga, perdoadada, pode haver confusão ou qualquer outra hipótese de extinção da dívida reconhecida judicialmente que acarretará o fim do efeito condenatório. A norma concreta, que é a sentença, está atrelada a uma situação: aquela vigente no momento de produção da sentença. Por isso, caso haja alteração na situação de fato, a norma concreta (judicial) pode deixar de produzir efeitos.²⁵⁶

Ovídio Baptista da Silva divergiu de José Carlos Barbosa Moreira, afirmando que “tanto no exemplo do restabelecimento da relação matrimonial desfeita pela sentença quanto no da modificação do valor do aluguel fixado em

²⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 15.

²⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, p. 88.

²⁵⁴ “La inmutabilidad de la norma concreta no constituye um efecto de la sentencia, ni de cualquiera de sus elementos. No es correcto suponer que la sentencia produzca sobre si misma el efecto de tornarse inmutable” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quinta série*, p. 107.

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, p. 89.

²⁵⁶ “Cabe poner de resalto que la inmutabilidad cubre a la norma concreta en tanto u en cuanto referida a una determinada situación: a la situación existente al tempo de la sentencia. Si vienen a ocurrir nuevos hechos, la cosa juzgada no constituye obstáculo a que el juez los tome em consideración y formule uma norma concreta igualmente nueva para la situación cambiada. Semejante posibilidad llhama la atención com particular intensidad em materia de relaciones jurídicas continuativas (v.g., obligación alimentaria), respecto a las cuales se suele hablar de sentencias sujetas a la cláusula *rebus sic standibus*. En el fondo, trátase de um fenómeno general, y aquella expresión no es tecnicamente exacta. La norma concreta formulada para la situación primitva permanece intacta como disciplina jurídica de dicha situación; lo pone de relieve el hecho de que nadie puede volver a discutir la justicia de la resolución, ni solicitar com éxito una segunda sentencia, basándose em los mismos hechos apreciados por el juez, que habia dictado la primera. En tal perspectiva, la autoridad de la cosa juzgada se destina a perdurar indefinidamente, salvo revocación por algún médio previsto em la ley; el problema de sus ‘limites temporales’ es, en realidad, un seudoproblema” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quinta série*, p. 107-108.

sentença renovatória, não obstante a *indiscutibilidade da declaração*, (...) o que ocorre é nada mais nada menos que a modificação do efeito constitutivo de uma sentença preponderantemente constitutiva”.²⁵⁷

Por isso, divergindo parcialmente de Enrico Tullio Liebman, Ovídio Baptista da Silva sustentou que “a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta, não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e assim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível”.²⁵⁸ Para ele, portanto, o que se torna imutável é a declaração eu o autor tinha direito a obter, por exemplo, a separação judicial, diante da incidência da norma sobre o caso concreto.²⁵⁹

Independentemente de se incidir sobre os efeitos da sentença, sobre o comando sentencial ou sobre o efeito declaratório da decisão, a coisa julgada se trata de uma indiscutibilidade. Algo que antes podia ser discutido passa a não mais poder ser, assim, “com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença”,²⁶⁰ de modo que é mais correto considerar a coisa julgada como um efeito do trânsito em julgado da sentença.²⁶¹

Além disso, é posição tranquila na doutrina que a coisa julgada material atinge tão somente as decisões de mérito. O mérito é justamente aquilo que é pedido em juízo,²⁶² ou seja, é a “pretensão trazida pela parte ao demandar (quer no processo de conhecimento, executivo ou monitório, com o pedido de sua satisfação por ato do juiz)”.²⁶³

Destarte, quando o novo código possibilita um processo antecedente em que se pleiteará tão somente uma medida urgente, que eventualmente poderá ser estabilizada, ele reconhece uma nova modalidade de mérito: o mérito de urgência.

²⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 467.

²⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 468.

²⁵⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 1, p. 470.

²⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 44.

²⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 45.

²⁶² “O vocábulo *mérito* provém do verbo *mereo*, *merere* que, entre outros significados, tem o de ‘pedir, pôr preço’ (...). Daí se entende que *mérito* é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir (...) etimologicamente é a *exigência* que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame. Julgar o mérito é julgar essa exigência, ou a *pretensão* que o autor traz da vida comum para o processo com o pedido de seu julgamento pelo juiz.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*, p. 186-187.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*, p. 366.

Aliás, a rigor não se pode dizer que se trata de uma nova modalidade de mérito já que a melhor doutrina já reconhecia a autonomia da lide cautelar, com mérito próprio, mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.²⁶⁴

Portanto, não parece ser essa uma objeção séria a se considerar a estabilização da tutela antecipada como coisa julgada. Os fundamentos que possibilitam a distinção são outros.

3.3.1. Grau de cognição

Há certo consenso doutrinário acerca da impossibilidade de uma decisão judicial se revestir da qualidade de coisa julgada material se houver sido fundada em cognição sumária, ou seja, não tiver sido precedida de ampla possibilidade de debate acerca dos fundamentos de fato e de direito que levou em conta.

No direito brasileiro anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015, a tutela de urgência submetia-se a uma eficácia temporal precária, nem tanto em razão de sua natureza intrínseca, mas por conta da formação histórica do processo civil clássico e da teorização acerca das tutelas de urgência no bojo dessa mentalidade processual. A opção do legislador foi associar perenidade a determinados tipos de cognição judicial.

A cognição judicial pode dar-se nos planos horizontal e vertical. Naquele, pode ser ampla, quando não há qualquer tipo de limitação quanto ao conhecimento do litígio trazido a juízo, ou parcial, naquelas hipóteses em que a lei impõe restrições como, por exemplo, nas ações possessórias em que é vedado discutir domínio. Já no plano vertical, a cognição é exauriente, quando possibilita vasta dilação probatória, com oportunidade de se exercer o amplamente contraditório, e sumária, naqueles provimentos judiciais urgentes proferidos previamente ao contraditório pleno.²⁶⁵²⁶⁶

Conquanto haja profunda discussão a respeito, simplificadamente, pode-se dizer que aos provimentos de cognição sumária a lei processual civil prevê

²⁶⁴ Por todos: MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A lide cautelar no processo civil*.

²⁶⁵ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Das técnicas de cognição e do grau de estabilidade das decisões judiciais*, p. 21-22;

²⁶⁶ A esse respeito, é importante ressaltar que, já em 1955, Piero Calamandrei demonstrou que toda reconstrução de um fato pretérito ensinará apenas um juízo de verossimilhança. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile*, p. 166.

uma eficácia temporal provisória:²⁶⁷ são destinados a serem substituídos por futuros provimentos de cognição exauriente.

Eduardo Talamini indica que a distinção entre cognição exauriente e cognição sumária não se dá em razão do grau de convencimento do magistrado, que é insondável, mas sim pelas atividades que puderam ser praticadas antes de se chegar a decisão, assim “processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente, plena. Já quando o provimento não é precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária”.²⁶⁸

A cognição sumária, na verdade, não guarda qualquer relação com a descoberta da verdade, que é insondável, mas é dada por um critério técnico-formal: a ampla possibilidade de investigação e debate para formar a cognição judicial.

Tradicionalmente, associou-se a cognição sumária a decisões de estabilidade precária, destinadas a serem substituídas por decisões fundadas em cognição mais aprofundada ou a garantirem a execução dessas decisões.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 1973 foi elaborado sob uma compreensão tal que seu principal responsável, Alfredo Buzaid, ao escrever sobre processo e verdade no processo brasileiro, se restringiu a tratar sobre o compromisso das testemunhas de falar a verdade e da má-fé processual.²⁶⁹ Assim, o CPC/73, bem como a distinção entre cognição sumária e exauriente, foi erigido sob uma lógica segundo a qual a cognição exauriente possibilitava a descoberta da verdade, o que não se coaduna com uma compreensão mais adequada da função da prova na formação do juízo sobre os fatos.²⁷⁰

²⁶⁷ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Das técnicas de cognição e do grau de estabilidade das decisões judiciais*, p. 33-34.

²⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 81.

²⁶⁹ BUZOID, Alfredo. *Processo e verdade no direito brasileiro*, p. 92-99.

²⁷⁰ “Sob o perfil epistemológico, independentemente da discussão quanto à função da prova, se meramente persuasiva ou demonstrativa, o que remete respectivamente, aos conceitos clássico e moderno de prova, é inegável que as decisões tendem a uma probabilidade na reconstrução das hipóteses possíveis dos fatos, afastando-se da certeza aspirada pela ciência. Não se trata de probabilidade matemática senão de probabilidade lógica como modelo de racionalidade perseguido pela atividade probatória judicial. Portanto “a medida da probabilidade não será expressa em números, mas, tomando-se como base o *grau* de confirmação fornecido pelas provas existentes, será possível afirmar-se que uma hipótese é mais *provável* do que outra”. Ademais, há uma significativa evolução metodológica na qual assume relevo o raciocínio tópico-problemático, o que privilegia a análise do fato em si, o que, outrora, poderia representar uma

Além disso, já foi defendido pelo autor do presente trabalho, em artigo publicado em coautoria com Rogério Rudiniki Neto, a inconsistência filosófica da distinção entre cognição exauriente e cognição sumária, conforme se extrai do trecho a seguir:

Assim, aos provimentos de cognição sumária a lei processual civil costumava atribuir eficácia temporal provisória, uma vez que são destinados a serem substituídos por um futuro provimento de cognição exauriente. Essa racionalidade é decorrência da necessidade de justificação para que o Estado-juiz – marcadamente liberal – interviesse na esfera jurídica do particular, dentro de uma base filosófica moderna.

Entretanto, hoje essa compreensão carece de base filosófica. Em primeiro lugar porque, como demonstrado por Heidegger, a possibilidade de cognição humana é limitada pela universalidade das coisas (*Weltlichkeit der sache*). Explica-se: nada é definido por aquilo que é, mas também pelo conjunto infinito daquilo que não é, de modo que em razão da compreensão finita do ser humano, é impossível uma cognição completa. Como consequência dessa complexidade sem fim do mundo e da limitada capacidade do homem, é possível peremptoriamente afirmar-se: cognição exauriente não há.

Não se diga que tal afirmação não poderia ser incorporada ao direito, sob pena de retirar a principal razão para a imutabilidade de certas decisões judiciais, bastando que se atribuam outros fundamentos filosoficamente mais coerentes para essa imutabilidade, quais sejam o contraditório ou a ausência de interesse da parte de participar de um contraditório possibilitado.²⁷¹

Tal posicionamento não olvidava que o homem necessita de estabilidade, a fim de que alcance a pacificação social e a segurança jurídica, considerando que “as disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuarão interminavelmente em qualquer sociedade, excepto nas mais pequenas, se não houver uma instância especialmente doada de poder para determinar, de forma definitiva e autoridade, o facto da violação”.²⁷²

incompatibilidade com o modelo eminentemente demonstrativo de prova, de inegável inspiração racionalista.

Por conseguinte, a prova não é apresentada como meio indispensável de obtenção da verdade. Não há como se pensar diferentemente, visto que a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta no processo civil encontra fundamentos teóricos, ideológicos e práticos. Por outro lado, não significa que o processo civil não tenha capacidade de produzir decisões verdadeiras sobre os fatos da causa, sob os mesmos fundamentos” ROSITO, Francisco. *A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato*, p. 54-55

²⁷¹ GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. *Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa*, p. 149-150.

²⁷² HART, Herbert L. *O conceito de direito*, p. 103.

É que, embora criticasse a distinção entre cognição sumária e cognição exauriente, propunha um modelo mais adequado de aferição da aptidão das decisões judiciais para se tornarem perenes. O critério apontado foi a possibilidade de contraditório.

Ora, a defesa é um direito disponível. O contraditório não precisa ser exercido, não é possível exigir que as partes, devidamente cientificadas do que está acontecendo no processo, se manifestem. Basta que seja possibilitado às partes o exercício do contraditório.²⁷³

O que se levava em conta naquele momento – o de defesa de que a estabilização da tutela antecipada pode fazer coisa julgada por não haver distinção razoável entre os níveis de cognição – é que a possibilidade de contraditório seria suficiente. Não parece, contudo, ser o caso.

É preciso definir melhor o que de fato diferencia a cognição sumária da dita cognição exauriente.

Giuseppe Chiovenda defina cognição sumária a partir de seu caráter provisório (execução provisória²⁷⁴), parcial (condenação com reserva de

²⁷³ “Ligados à ciência dos atos está o segundo pólo que compõe o núcleo essencial do princípio, a garantia de expressão (ou de reação) no processo (*Recht auf Äusserung*). As partes têm direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, sendo-lhes facultadas as vias oral e escrita através de seus advogados ou mesmo pessoalmente quando dispensada a capacidade postulatória. E, se por um lado, a informação aos interessados é imperativa, cabe frisar que sua reação é apenas possível, visto que, em homenagem à liberdade das partes, não se pode impor o exercício de um direito como o contraditório. Pense-se no exemplo da revelia, em que o réu, apesar de citado (e, portanto, informado do ajuizamento da demanda), não oferece contestação. O direito de expressão é uma porta aberta franqueada à passagem: entra quem quiser”. CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, p. 61

²⁷⁴ “In considerazione della prova particolarmente certa del diritto (perchè scritta) o della necessità di favorire in particolar nidi determinate obbligazioni (commerciali), la legge ammette che il giudice con particolare provvedimento possa dichiarare provvisoriamente esecutiva una sentenza soggetta ad appello o opposizione contumaciale e che quindi per legge non sarebbe esecutiva (condanna con esecuzione provvisoria)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale*, vol. I, p. 204.

exceção²⁷⁵) e superficial (procedimento monitorio²⁷⁶).²⁷⁷ No entanto, essa noção desenvolvida por Chiovenda é ainda bastante rudimentar, ao passo que trata como cognição sumária a execução provisória.

Piero Calamandrei, de outra parte, associa a cognição sumário ao modo de produção de uma providência sumária, destinada a ser substituída pela providência definitiva. Ou seja, para ele a cognição sumária está estritamente associada a um juízo de aparência que justificará a precariedade da decisão oriunda dessa cognição.²⁷⁸

Alcides Alberto Munhoz da Cunha caracteriza a cognição sumária pela “cognição não exauriente, isto é, com subversão do contraditório, mas ainda assim vocacionada a tutela de direitos subjetivos primários, pressupondo definição antecipada e geralmente combinada com a execução desses direitos”.²⁷⁹

Kazuo Watanabe utiliza a terminologia de Piero Calamandrei para tratar da cognição sumária, compreendendo que há diversos graus de cognição, que vão do menos intenso (possível) até o mais intenso (provável), passando pelo meio termo (verossímil). Watanabe aponta ainda que a cognição sumária é mero instrumento para a tutela de um direito aparente, não se prestando a sua declaração.²⁸⁰ Além disso, Kazuo Watanabe desenvolve a noção de cognição nos planos vertical e horizontal. No plano horizontal ela é marcada pelos limites do objeto litigioso, já no plano vertical é que ela será sumária ou exauriente, a

²⁷⁵ “In favore del titolo cambiario, la legge ammete che il giudice possa pronunciare condanna con riserva di determinate eccezioni da farsi valere in prosecuzione di giudizio; oppure, per favorire i crediti risultanti da prova scritta, ammete che il giudice possa pronunciare condanna al pagamento, con riserva della eccezione di compensazione (condanna con riserva)” CHIOVENDA. Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale*, vol. I, p. 204.

²⁷⁶ “Per favorire determinati crediti, o in vista delle persone dei creditori, o in vista della natura e delle prove del credito, la legge ammette che possa ordinarsi un pagamento senza citazione del preteso debitore e prima di sentire le sue ragioni, in base all'esame superficiale di alcune condizioni dell'azione e salva l'opposizione del debitore (procedimento monitorio o ingiunzionale)” CHIOVENDA. Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale*, vol. I, p. 204.

²⁷⁷ “In tutti questi casi la cognizione del giudice è diversa dalla cognizione piena e completa, o cognizione ordinaria, che può a questa contrapporsi col nome generico di cognizione di procedimento sommari

Essa è dunque una cognizione incompleta o perchè non definitiva (lettera a), o perchè parziale (lettera b), o perchè superficiale (lettera c)” CHIOVENDA. Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale*, vol. I, p. 205.

²⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cauteales*, p. 38-39.

²⁷⁹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Comentários ao código de processo civil*, vol 11, do processo cautelar, p 44.

²⁸⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 125-128.

depende da profundidade com que é analisada a questão.²⁸¹ Nesse sentido, a cognição poderá ser sumária em ambos os planos. A sumariedade horizontal implicará corte na matéria passível de ser conhecida (cognição parcial), já a sumariedade no plano vertical significa uma redução na profundidade da cognição. Apenas essa sumariedade vertical é incompatível com a coisa julgada.²⁸²

Ovídio Baptista da Silva, por outro lado, indica que a cognição sumária, é imposta pela tutela cautelar, que é formalmente e materialmente sumária, uma vez que a urgência é incompatível com o rito ordinário (hoje denominado de comum). Da lição de Ovídio Baptista da Silva se extrai também que a cognição sumária, marcada pelo juízo de aparência, não é só pressuposto, mas também limite, da tutela de urgência. Havendo mais do que mera aparência, outra deve ser a tutela jurisdicional prestada.²⁸³ Também focada na ideia de aparência e probabilidade está a noção de cognição sumária de Daniel Mitidiero.²⁸⁴

Muito embora dessas considerações não se veja radical diferença entre a noção de cognição sumária de Ovídio Baptista da Silva e a dos demais autores, o processualista gaúcho tem uma percepção bastante peculiar do fenômeno da sumarização. Na concepção aparentemente dominante, a sumarização da cognição se dá em relação ao provimento final daquele mesmo processo, ou seja, a decisão liminar ou, ainda que não seja liminar, proferida com postecipação do contraditório, é fundada em cognição sumária, em contraposição à sentença, que terá como base a cognição exauriente decorrente do debate realizado no curso do processo. Por outro lado, Ovídio Baptista assume posição segundo a qual há demandas materialmente sumárias, em razão do corte da cognição realizado pela impossibilidade de arguição de certas matérias em seu interim. Assim, mesmo as sentenças finais refletiriam a sumariedade do procedimento, a exemplo do que acontece nas ações

²⁸¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 112-113.

²⁸² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 57.

²⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 69-73.

²⁸⁴ "Cognição sumária é aquela que não exaure o conhecimento do caso, não permitindo a formação de um juízo de verdade e a convicção de certeza. Ela viabiliza tão somente um juízo de probabilidade a respeito das alegações fático-jurídicas formuladas no processo. Vale dizer: trabalha nos domínios da aparência do direito (*fumus boni iuris*). A cognição sumária é uma atividade que tem por objeto alegações e provas que visa à formação de um juízo de probabilidade" MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 94.

possessórias, nas quais é inviável arguir a propriedade, na ação de busca e apreensão ou na ação de imissão da posse. Em todas essas demandas, fica reservada a possibilidade de exceções não admitidas serem manejadas em ação autônoma, o que, segundo Ovídio Baptista da Silva as caracterizaria como sumárias, assim como sua cognição.²⁸⁵

Para fins de distinção entre cognição sumária e cognição exauriente, José Roberto dos Santos Bedaque utiliza como critério a necessidade de contraditório prévio a prolação de decisão. Por ter conhecimento apenas dos fatos deduzidos pelo autor, a cognição judicial da decisão liminar seria sumária, porque parcial. No entanto, ainda que haja algum contraditório (decisão acerca da antecipação de tutela após a citação e apresentação de defesa pelo réu), a sumariedade ficará caracterizada não pelo conhecimento de parte dos fatos, mas porque sua análise é superficial e anterior à ampla instrução probatória.²⁸⁶

Como já dito, a orientação geral é que a decisão fundada em cognição sumária não poderá se revestir da imutabilidade da coisa julgada material. A esse respeito, orientação interessante é a de Bernardo Silva de Lima e de Gabriela Expósito que, sem recorrerem à nomenclatura “cognição sumária”, afirmam que nem todas as hipóteses de cognição superficial que inviabiliza a incidência da coisa julgada, citando como exemplo a decisão fundada em ônus da prova e a embasada em presunções.²⁸⁷

Não parece ser o critério utilizado por Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito suficiente, uma vez que em certos casos o que se enquadraria na cognição sumária poderia formar coisa julgada e em outras hipóteses isso seria vedado, sem haver uma justificação razoável para tal distinção.

Parece ser cientificamente mais coerente e pragmaticamente mais útil um critério que correlacione cognição exauriente à possibilidade de formar coisa julgada e cognição sumária a outras formas de estabilidade. É à luz desse raciocínio se deve ser definido se na estabilização da tutela antecipada há cognição sumária ou cognição exauriente, apta a formar coisa julgada.

²⁸⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 253-286.

²⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 121-122.

²⁸⁷ LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 175.

Tratando da cognição do procedimento de injunção, Edoardo Garbagnati conclui que a decisão de expedição do decreto injuntivo é um provimento declaratório que é idêntico em sua substância como uma sentença definitiva de mérito proferida no bojo do procedimento ordinário, com a diferença que está submetido a uma condição suspensiva, a não oposição pela parte ré.²⁸⁸

Raciocínio semelhante é desenvolvido por Piero Calamandrei, para quem, no procedimento monitorio documental, a prova escrita tem uma dupla função. A primeira seria a de pressuposto processual específico para se ter acesso a esse procedimento formalmente sumário. A outra face da prova tem repercussão sobre a decisão de mérito sobre o litígio e, se não houver a impugnação pelo réu, essa prova embasará a constatação definitiva da existência do crédito.²⁸⁹

A decisão fundada em cognição sumária – sem desconsiderar todas as críticas filosóficas que podem ser levantadas – não apenas não é precedida de contraditório, como também é tomada em um contexto de urgência.²⁹⁰ Há, no

²⁸⁸ “In conclusione, il decreto d’ingiunzione e l’ordinanza di convalida contengono, a nostro credere, un provvedimento giurisdizionale dichiarativo (in senso lato), che nonostante la sua forma speciale è perfettamente identico, nella sostanza, ad una sentenza definitiva di merito pronunciata in un ordinario processo di cognizione: e precisamente ad una sentenza di condanna, ovvero di condanna e costitutiva insieme.

Osserva il Calamandrei, che il decreto d’ingiunzione, a differenza di una ordinaria sentenza di condannam è pronunciato sotto la condizione alternativa: << se il debitore non faccia opposizione nel termine o se ove egli faccia opposizione nel termine, il giudice non l’accolga>>; ma, in realtà, neanche sotto questo profilo il decreto d’ingiunzione può differenziarsi sostanzialmente da una sentenza definitiva di mérito, non ancora passata formalmente in giudicato. Inverso, ogni provvedimento giurisdizionale dichiarativo (in senso lato), pronunciato in forma di sentenza nell’ambito di un processo ordinario di cognizione, in mérito all’esistenza od inesistenza di una concreta volontà di legge, è a parer nostro subordinato, nella sua efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale, ad una *condicio iuris* suspensiva, consistente nella preclusione di tutti i mezzi di impugnazione di cui all’art 324.” GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*, p. 26-27.

²⁸⁹ “(...) la prueba escrita del crédito tiene también una directa repercusión sobre la decisión de mérito: em efecto, cuando en el proceso de inyunción el juez reconoce que el requisito de la prueba escrito del crédito ha sido, em unión de los otros presupuestos procesales, satisfecho por el acreedor, y que, por consecuencia, éste puede ser admitido a valerse del procedimiento especial que se inicia con la emanación de la inyunción, viene con ello a cumplir, al mismo tempo, un juicio de mérito, aun cuando pueda ser anticipado e hipotético, sobre el carácter concluyente de la prueba proporcionada por el acreedor, em cuanto considera que, si el deudor no hace oposición y no destruye em la segunda fase del procedimiento la eficacia de la prueba ya proporcionada por el acreedor, la existencia del crédito quedará definitivamente constatada”. CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*, p. 152.

²⁹⁰ “Ora, s-e a cognição é superficial, se o decisor não teve contato com todos os dados que suportariam uma análise satisfatória, a seu juízo, das questões postas à sua apreciação, de modo a gerar o conforto que o leve a formar convencimento, é fundamental reconhecer a fragilidade de sua decisão. Portanto, o sistema não atribuiria, via de regra, a uma tal decisão aptidão de formar coisa julgada” LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo

momento de prolação da decisão uma clara mensagem do sistema e das partes para o magistrado acerca da necessidade de uma prolação de decisão rápida, sem ampla investigação.²⁹¹

Não se trata, assim, da simples possibilidade de debate. A questão é também do quanto se possibilita ao magistrado investigar e refletir sobre a causa. Não se pede do magistrado uma decisão afobada e desconsiderando a prudência, no entanto, é pacífico, a decisão da tutela de urgência pressupõe pressa.

Uma análise mais detida do caso levado a júízo pode recomendar a produção de determinada prova, independentemente do requerimento realizado por uma das partes, ou a considerar determinada posição doutrinária sobre uma melhor interpretação do dispositivo legal invocado.

Acerca do critério para definição acerca do grau de cognição havido no bojo do procedimento, Eduardo Talamini apresenta o que parece ser o melhor critério:

Não é, em si e por si, mensurável o grau de convencimento de que é dotado o juiz no momento em que que sentencia acerca do mérito. Eventualmente, não há plena convicção pessoal do magistrado quanto aos fatos, e ele mesmo assim acaba tendo de decidir, valendo-se de máximas da experiência e dos critérios de distribuição dos ônus probatórios. Por isso, não é o grau de convencimento pessoal do juiz, no momento da sentença, que permite qualificar a atividade cognitiva então encerrada como exauriente ou não.

O adequado critério para tal classificação (sumário *versus* exauriente) é dado por aquilo que se fez antes, no curso do processo – melhor dizendo: o que *se possibilitou fazer* para chegar à decisão. Processo cujo momento da sentença encontra-se depois de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente, plena. Já quando o provimento não é precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária.

Resumindo: a estrutura procedimental instrutória repercute necessariamente na qualificação da cognição. A psicologia do juiz, seu efetivo 'grau de convencimento', é insondável.²⁹²

Fato é que, ainda que a dita cognição exauriente não seja de fato completa, por ser a verdade insondável, não há dúvidas que existe distinção entre a atividade exercida pelo magistrado quando prolata decisão de tutela de

que é vivo, morre" comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 167-187.

²⁹¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95*, p. 79-82.

²⁹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95*, p. 81.

urgência e decisão de tutela final. É que a primeira será decidida com base na aparência, sem muita possibilidade de o juiz impulsionar atividade probatória, a segunda, por sua vez, permite a ampla possibilidade de instrução do processo pelo magistrado e, cumpre ressaltar, sem a urgência pendendo sobre o juiz.

Portanto, esse por si só já seria um fundamento para afastar a possibilidade de se tratar a estabilização da tutela antecipada como coisa julgada. Há, porém, outras diferenças.

3.3.2 Ausência de declaração de direito

Argumento que poderia ser levantado acerca da estabilização da tutela antecipada é a ausência de declaração de direito, ou melhor, a declaração rarefeita que é própria das tutelas sumárias, pois fundada em aparência.

Embora o argumento possa impressionar de início, não parece ser suficiente para objetar a comparação – e até identificação – entre a estabilização da tutela antecipada e da coisa julgada. É que o elemento da sentença que se reveste de coisa julgada variará a depender da posição adotada.

Na posição de Liebman, o que se torna imutável e indiscutível são os efeitos da sentença e daí advém uma séria complicação, uma vez que os efeitos da decisão antecipatória estabilizada se tornam imutáveis após o decurso do prazo decadencial de dois anos, nos termos do art. 304, § 6.º, do CPC/15.

De modo coincidente, para quem adota a teoria de Liebman em sua forma pura, tanto a estabilização da tutela antecipada quanto a coisa julgada incidem sobre os efeitos da decisão.

Assim, a despeito de a Lei dizer não se tratar de coisa julgada, o nome que lhe é atribuído importa muito pouco. O que de fato é relevante é que se trata de uma imutabilidade não passível de revisão em razão do decurso de um prazo processual – o prazo de dois anos previsto no art. 304, §5º, do NCPC.

Cabe lembrar a célebre afirmação de José Joaquim Calmon de Passos ao tratar da coisa julgada no processo cautelar, segundo a qual:

“Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chama-la para não colocá-la na nobre família do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência: Hermengada,

Febronina, Ocridalina, ou coisa parecida. Mas que é mulher como outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito”²⁹³

Por outro lado, para aqueles que seguem Ovídio Baptista da Silva, a imutabilidade da coisa julgada incide sobre o elemento declaratório da sentença, de modo que, diante de sua ausência na tutela antecipada, seria impossível identificar sua estabilização com a coisa julgada.

Já para quem segue a noção de Barbosa Moreira, com a imutabilidade incidindo sobre o conteúdo do comando sentencial, a identificação com coisa julgada, apesar de possível, demanda algum esforço de compatibilização.

Portanto, afirmar que a estabilização da tutela antecipada se diferencia da coisa julgada pela ausência de declaração de direito não põe fim discussão, a não ser a partir de uma concepção de coisa julgada que, ainda que seja consistente e absolutamente respeitável, não é unânime.

Não obstante haja controvérsia acerca de se tratar ou não de coisa julgada, o importante é a concordância sobre a imutabilidade que incide sobre os efeitos da decisão definitivamente estabilizada.²⁹⁴ Leia-se com cautela: não se quer dizer, de modo algum, que a referida imutabilidade (coisa julgada) é efeito da decisão, mas, a contrário, que sobre os seus efeitos incide.

Com essa concordância, a discussão passa a ser terminológica. Que se chame de coisa estabilizada ou coisa definitivamente estabilizada, após o decurso do prazo em que é possível a revisão da decisão. O nome não alterará a natureza jurídica: decisão imutável – porque a via de revisão se encontra preclusa – cujos efeitos transcendem para além do processo em que proferida.

3.3.3 Eficácia negativa e eficácia positiva da estabilização da tutela antecipada

A estabilização da tutela antecipada, após o decurso do prazo de dois anos, impede a revisão dos efeitos da decisão. Embora não pareça ser correto tratar esse fenômeno como coisa julgada, certo é que se trata de uma estabilidade que está destinada a produzir efeitos para além do processo em que

²⁹³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, t. 1, p. 237.

²⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 43-45.

proferida a decisão, uma vez que, não fosse assim, não haveria sentido na extinção do processo e não haveria um prazo para ajuizamento de ação visando a discussão dos efeitos da decisão estabilizada.

Por ser uma estabilidade ou imutabilidade que produz efeitos pamprocessuais, certo é que em alguma medida é vedado aos magistrados reformar, invalidar ou modificar a decisão. Se não é assim imediatamente após a extinção do processo e estabilização da tutela antecipada, certo é que isso ocorre após o decurso do prazo de dois anos.

Há parcela da doutrina²⁹⁵ que não vê essa eficácia na estabilização da tutela antecipada. Ou melhor, não vê que ela possa obstar uma decisão posterior de cognição exauriente sobre o pedido principal, com a reversão dos efeitos concedidos quando da análise do pedido urgente.

Com o devido respeito, tal posicionamento comporta críticas.

É que, conquanto a estabilização da tutela antecipada ainda tivesse alguma utilidade caso pudesse ser revista a qualquer tempo (respeitados os prazos do direito material), por impor uma inversão no ônus de iniciativa do contraditório, certo é que o prazo de dois anos para discussão dos efeitos da tutela antecipada estabilizada seria uma previsão supérflua e carente de qualquer sentido. Se há um prazo para discussão da tutela antecipada após sua estabilização, certo é que após seu decurso ela não pode ser modificada. Chame-se isso de coisa julgada ou não, a tutela antecipada antecedente, após o decurso do prazo do art. 304, § 6.º, do CPC/15 ganha imutabilidade, mesmo diante de decisões fundadas em cognição exauriente.

É preciso, então, investigar os efeitos positivos e negativos da coisa julgada para averiguar se a estabilização da tutela antecipada possui alguma dessas eficácias.

A eficácia negativa “consiste na proibição (...) de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito de objeto do objeto processual sobre o qual

²⁹⁵ “Apesar disso, diante da perda do direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que antecipa os efeitos da tutela, preserva-se a possibilidade de obtenção de decisão prestadora de tutela definitiva de natureza certificadora, ainda que eventualmente essa decisão se apresente incompatível com a decisão estabilizada. Ou seja, ainda que ‘superestabilizados’ os efeitos da decisão, o seu teor ainda pode ser objeto de debate, porque coisa julgada nenhuma sobre ele terá sido formada” LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. *“Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC*, p. 185.

recai a coisa julgada”.²⁹⁶ Esse efeito negativo se aproxima “do princípio mais amplo do *ne bis in idem*, impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema”.²⁹⁷ É uma verdadeira vedação a uma nova análise do mérito por outros órgãos jurisdicionais, consistindo, nesse sentido, em pressuposto processual negativo.²⁹⁸

A eficácia negativa veda um novo julgamento, “é um efeito que visa a impedir que o processo se desenvolva e que a tutela jurisdicional seja prestada novamente”²⁹⁹ e se manifesta quando a coisa julgada é invocada como matéria de defesa pelas partes.

Na estabilização da tutela antecipada é possível enxergar uma manifestação dessa eficácia negativa, uma vez que não poderá outro magistrado decidir aquele pedido urgente novamente.

No que toca a eficácia positiva, parece ser mais problemática a questão.

A eficácia positiva é aquela pela qual “impõe-se a obediência ao julgado como norma concreta indiscutível, e então o que foi decidido passa a ser considerado *vinculante* não só naquele processo, mas em outros processos posteriores, quando nestes venha a ser alegada uma questão prejudicial já decidida, com força de coisa julgada no processo anterior”.³⁰⁰

A eficácia positiva da coisa julgada “atine à possibilidade de invocação da coisa julgada como ponto de apoio para uma *nova ação*. Vale dizer, a eficácia positiva da coisa julgada ocorre quando a parte alega na *causa de pedir de uma nova ação* a indiscutibilidade de determinada questão decidida com força de coisa julgada”.³⁰¹

“O *decisum* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material”.³⁰²

²⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. II p. 809.

²⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 102.

²⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 130.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 634.

³⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 103.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 635.

³⁰² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 130.

Ainda que possa haver discussão a respeito, apreço que ao menos nos efeitos da estabilização da tutela antecipada há uma vinculação dos magistrados, inclusive nas decisões fundadas em cognição exauriente, se posteriores ao prazo em que é possível discutir a estabilização da tutela antecipada.

Não é que não seja possível decisão reconhecendo a inexistência – ou a existência em extensão diversa – do direito satisfeito pela medida antecipatória antecedente definitivamente estabilizada. É possível a discussão sobre o mérito do processo que se seguiria ao procedimento antecedente caso não houvesse a estabilização, sobretudo quando esse reconhecimento for questão prejudicial em um novo processo. O que deve ser respeitado são os efeitos, vale dizer, mesmo que se reconheça que o direito não merece tutela jurisdicional, a medida satisfativa concedida e definitivamente estabilizada não poderá ser atingida por esse reconhecimento.

Essa vinculação dos futuros magistrados que venham a ter contato com a causa é característica essencial da coisa julgada, pois “é sempre a autoridade da coisa julgada que faz o juiz ficar vinculado ao conteúdo do comando anterior seja para negar novo julgamento, seja para decidir tomando aquele comando como premissa necessária”³⁰³ e esse fenômeno se apresenta, em alguma medida, na estabilização da tutela antecipada. As diferenças decorrem da distinção entre o comando sobre o qual incidiu a estabilidade.

3.4 A estabilização da tutela antecipada como técnica monitoria

Na França e na Itália, os institutos que inspiraram a estabilização da tutela antecipada sempre foram comparados e dialogaram com a técnica monitoria. Eduardo Talamini trouxe ao Brasil a reflexão estrangeira em artigo intitulado “Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro” publicado em 2012 na revista de processo,³⁰⁴ de modo ganhou bastante respaldo

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 131.

³⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*.

na doutrina a ideia de que a estabilização da tutela antecipada é uma técnica monitoria.

Decorrencia disso é que trabalhos doutrinários buscam nas interpretações que prevaleceram quando do advento da tutela monitoria no direito pátrio e na jurisprudência sobre a ação monitoria parâmetros para melhor compreender a estabilização da tutela antecipada. É em razão das complexidades criadas pela importação do instituto que a doutrina tem apontado que, por se tratar de uma técnica monitoria, as soluções podem ser encontradas no que se produziu doutrinaria e jurisprudencialmente sobre a tutela monitoria.

No entanto, João Batista Lopes demonstrou que a tutela monitoria não se confunde com a antecipação de tutela:

Ressalta claro, do exame da nova lei, que a ação monitoria tem natureza diversa da ação de execução e também não se confunde com a tutela antecipada.

Para melhor compreensão da matéria tracemos um paralelo entre ambas:

- a) a ação monitoria e a antecipação da tutela constituem formas de tutela diferenciada, isto é, objetivam evitar os males decorrentes da chamada ordinarização do processo;
- b) a ação monitoria caracteriza-se pela expedição de mandado *initio litis* e *inaudita altera parte*; a antecipação da tutela *pode* ser concedida *inaudita altera parte*, na hipótese do art. 273, inc, I;
- c) a ação monitoria, no sistema pátrio, deve lastrear-se em prova escrita; a tutela antecipada, a seu turno, requer prova inequívoca (*rectius*, segura) que não precisa ser documental;
- d) a antecipação da tutela tem por escopo *antecipar efeitos* da sentença; a ação monitoria, a expedição de mandado de pagamento e a formação de título executivo;
- e) a tutela antecipada não pode ser concedida se houver risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento, requisito que não se exige na ação monitoria;
- f) a revogabilidade é nota peculiar à antecipação da tutela (CPC, art. 273 § 4.º), traço que não se apresenta na ação monitoria;
- g) a tutela antecipada tem maior elastério que a ação monitoria, certo que a última se circunscreve à proteção dos direitos do credor de soma em dinheiro, coisa fungível ou bem móvel determinado.³⁰⁵

Convém, portanto, analisar quais são as características essenciais da tutela monitoria e verificar se elas estão presentes na estabilização da tutela antecipada. A par disso, estarem presentes as características essenciais não significa, por si só, a comunhão dos regimes e a possibilidade de empréstimo injustificado de regras. Será necessário, nesse tópico, verificar se há divergência

³⁰⁵ LOPES, João Batista. *Aspectos da ação monitoria*, p. 22-23.

entre os caracteres incidentais dados pelo procedimento e pelas situações materiais tuteladas em cada uma das modalidades para então ser possível delimitar os limites e possibilidades da interpretação por analogia e da complementação das lacunas nas regras sobre estabilização da tutela antecipada com aquilo que está prevista para a tutela monitoria.

3.5 Características da técnica monitoria e sua presença na estabilização da tutela antecipada

A técnica monitoria pode ser definida pela aceleração procedimental,³⁰⁶ fundada em cognição sumária, com atribuição de consequência gravosa a inércia do réu e inversão do ônus de iniciativa do contraditório.³⁰⁷ “É de ser salientado, desde logo, que as expressões *procedimento monitorio* e *procedimento injuntivo* são utilizadas como sinônimos pela generalidade dos cultores do direito”.³⁰⁸

Essas características serão melhor analisadas nos tópicos a seguir.

³⁰⁶ “Autoriza-se no processo monitorio, o início da execução forçada, sem a formalização prévia do título por intermédio da sentença. Aí o maior mérito instrumental: grande economia processual e apreciável celeridade na instrumentalização da execução forçada, ante a deformalização do procedimento do processo de conhecimento e do processo de execução” BENETI, Sidnei Agostinho. *Ação monitoria da reforma processual*, p. 21; “Introduz-se no atual direito brasileiro a ação monitoria dentro de um objetivo maior de se desburocratizar, agilizar e dar efetividade à prestação jurisdicional, instituto que logrou êxito no direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes no antigo Direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando o geralmente moroso e caro procedimento ordinário” SHIMURA, Sérgio. *Sobre a ação monitoria*, p. 59-60; “A incapacidade do procedimento ordinário em responder às necessidades e interesses da nova sociedade, especialmente dos comerciantes e empresários, em geral, influenciou todo o direito processual contemporâneo na Europa Continental, que, conquanto, em regra, ainda, profundamente vinculado ao paradigma liberal/racionalista, consagrador da impossibilidade de execução, sem cognição, por meio da qual o juiz apenas declara o direito aplicável à espécie, passou a admitir, em hipóteses pontuais, a execução de sentenças não definitivas e técnicas de sumarização da cognição” SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *Da natureza executiva do procedimento monitorio*, p. 71.

³⁰⁷ “O ordenamento, sob a consideração de quanto retardamento inútil sofre a execução no processo ordinário com cognição completa, nos casos em que o réu adira à demanda, seja revel, ou nada excepcione, autoriza essa forma de processo, configurada pela hipótese d e que o réu em nada tenha a excepcionar. Não se exclui, mas se procrastina a possibilidade das exceções e, por conseguinte, da cognição completa: torna-se posterior em vez de anterior à provisão do juiz” CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação monitoria*, p. 78.

³⁰⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apostamentos sobre o procedimento monitorio*, p. 21.

3.5.1 Aceleração procedimental mediante cognição sumária

O procedimento monitorio, tal qual previsto na Lei nº 9.079/95, exigia a apresentação de “prova escrita”. A exigência foi mantida no art. 700, *caput*, do CPC/15, segundo o qual “a ação monitoria pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo”.³⁰⁹ Dava, início, assim, a um procedimento em que de forma célere se formava um título executivo judicial, mediante sumarização da cognição.³¹⁰

Ao falar de prova, a lei deixa claro que há verdadeira instrução probatória, destinada a formar o convencimento judicial. “O magistrado chega a convencimento quanto ao mérito da pretensão do autor. Desenvolve juízo de fato (avaliando a prova, operando presunções) e de direito (vigora plenamente o *iura novit curia*). É – conforme se tenta mostrar a seguir – juízo de verossimilhança”.³¹¹ Ademais, “no Brasil, optou o legislador pelo procedimento monitorio documental para não colidir com o instituto da tutela antecipada, que não exige prova escrita da obrigação”.³¹²

É por essa razão que o documento carreado juntamente com a petição inicial da ação monitoria tem função bastante diversa daquela atribuída aos títulos executivos, uma vez que “na execução, portanto, não há nenhum exame de mérito, ainda que sumário. Não é posta em julgamento a pretensão creditícia do autor da demanda”.³¹³

³⁰⁹ Defendeu-se a atribuição a um significado relativamente amplo ao conceito de “prova escrita”, o que aproxima, em alguma medida, os requisitos probatórios da tutela monitoria e da antecipação de tutela: “é a doutrina e a jurisprudência brasileiras que, no contexto do procedimento monitorio, irão precisar o verdadeiro significado da expressão “prova escrita”. A jurisprudência da Corte de Cassação italiana, no entanto, vem se orientando no sentido de que “prova escrita”, para os efeitos do procedimento monitorio é qualquer documento que o juiz considere merecedor de fé quanto à autenticidade e eficácia probatória” GUERRA, Willis Santiago. *Ação monitoria*, p. 52.

³¹⁰ “Desse modo, ao lado dos títulos executivos extrajudiciais, existem técnicas especiais de processo de cognição que tem a função de formar o título executivo mais célere. Dentre tais técnicas de sumarização de *cognitio* insere-se a do *procedimento monitorio*, no qual o Juiz emite uma ordem liminar, *inaudita altera parte*, determinando que o devedor pague certa quantia ao credor” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apontamentos sobre o procedimento monitorio*, p. 21.

³¹¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 72.

³¹² LOPES, João Batista. *Aspectos da ação monitoria*, p. 22.

³¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 71.

Assim é porque se rejeitou a teoria do título monitório, que integraria o mesmo gênero que o título executivo extrajudicial.³¹⁴ A opção do direito brasileiro é que a ação monitória é impulsionada após um juízo de cognição sumária,³¹⁵ cuja aparência do direito é corroborada, também, mas não exclusivamente, por prova escrita, mediante procedimento que recomenda sua utilização para a tutela de litígios que não gerem alta indagação.³¹⁶

Não se trata, como na execução, de uma simples análise formal dos requisitos do título. Não. Ao contrário, cabe ao magistrado inquirir sobre a verossimilhança daquilo que é alegado pela parte autora da ação monitória e, tão somente se for convencido de suas alegações, determinar a expedição do mandado monitório.³¹⁷

Orlando Venâncio dos Santos Filho sustenta que o único consenso acerca da tutela monitória é a sumarização do processo dela decorrente, apontando ser essa a característica predominante do procedimento monitório.³¹⁸

³¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 71.

³¹⁵ “A ação monitória constitui, inquestionavelmente, ação de conhecimento porquanto não requer a existência de título executivo, mas objetiva justamente a constituição dele” LOPES, João Batista. *Aspectos da ação monitória*, p. 22.

³¹⁶ “Nota-se, claramente, que o *procedimento monitório* é recomendado para litígios que não contenham questões de alta indagação, vale dizer, para aqueles em que a matéria contenciosa seja relativamente simples, como, e. g., a cobrança de honorários por profissionais liberais; a cobrança fundada em extratos autênticos de livros contábeis, ou em títulos cambiais que, dado carecerem de um requisito forma ou por estarem prescritos, não ostentam eficácia executiva” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apontamentos sobre o procedimento monitório*, p. 25.

³¹⁷ “Cabe ao juiz, conforme as circunstâncias concretas, examinar a prova escrita levada aos autos e ver se através dela é possível atingir convicção de razoável verossimilhança acerca dos fatos que embasam a pretensão de crédito.

E tal consideração tem relevância em dois sentidos: a) de um lado, tem de se reconhecer que o juízo de verossimilhança pode também ser extraído de um conjunto de documentos – e não só, necessariamente, de um documento isolado (embora não se descarte que, muitas vezes, base um único documento); b) de outro, não há documento (ou grupo de documentos) que automaticamente vincule o juiz à decisão concessiva da tutela, pois caberá sempre o exame conjugado de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas mencionadas na inicial e verificáveis de ofício (v. item 3.1.2, adiante), para não falar na possibilidade de defesa espontânea do réu, antes da expedição do mandado (v. item 5.2, adiante).

Esse segundo aspecto não significa que seja discricionário o juízo desenvolvido para a decisão quanto ao pedido de expedição de mandado. Como sempre, no exercício da atividade jurisdicional, cabe ao juiz definir os fatos que ocorreram (ainda que não através de cognição exauriente) e atuar concretamente a *correta*, consequência jurídica desses fatos. O juiz não decidirá se é “oportuno” ou “conveniente” conceder o mandado. Com base nos fatos que *parecem* ter ocorrido, definirá se há crédito que justifique a expedição do mandado”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 75.

³¹⁸ “Se há algum consenso doutrinário acerca do procedimento monitório, tal reside, apenas, na compreensão de que este contempla técnicas de sumarização do processo. Nem mesmo a eventualidade do contraditório sustentada por Cernelutti é consensual, observando Calamandrei que o traço marcante do procedimento injuncional é a inversão do contraditório, sendo a

Não é, todavia, a sumariedade da cognição a nota essencial da técnica monitoria. Cognição sumária há em outros procedimentos e em outras formas de tutela. A proteção da aparência de direito não é suficiente para caracterizar a tutela monitoria.

A exemplo do que ocorre na tutela monitoria, a antecipação de tutela também é fundada em um juízo de cognição sumária acerca das alegações apresentadas pela parte autora. A diferença de requisito, aqui, é a desnecessidade de apresentar prova documental para essa formação de convicção inicial.

Essa não é, contudo, uma diferença substancial que acarreta diferenciação relevante entre a técnica monitoria e a tutela antecipada apta a se estabilizar, uma vez que a exigência de prova documental não está ligada a essência da técnica monitoria, sendo possível uma tutela monitoria pura, sem a necessidade de prova documental, como ocorre na experiência estrangeira.³¹⁹

Se a cognição das modalidades de tutela é a mesma e a diferença na prova não é relevante, os objetos de prova possuem alguma divergência. A tutela monitoria se preocupa com a plausibilidade do direito. A tutela de urgência satisfativa, por sua vez, se volta a proteção de uma situação de perigo. Não basta que o direito seja provável, é necessário que esteja submetido a um risco de dano, que impõe sua satisfação antecipada.

Ou seja, o grau de cognição necessário é o mesmo, o meio de prova não encontra distinção que implique em diferenciação dos mecanismos de tutela. No

eventualidade sua mera consequência" SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *Da natureza executiva do procedimento monitorio*, p. 73.

³¹⁹ "a doutrina distingue, a partir da obra de Calamandrei, o *procedimento monitorio puro*, no qual a emissão da ordem de pagamento não se lastreia necessariamente na existência de prova escrita do débito; do *procedimento monitorio documental*, no qual tal ordem deve sempre basear-se em prova incontestável do crédito" CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apontamentos sobre o procedimento monitorio*, p. 24. "Espécies de processo monitorio – O processo monitorio, visto na experiência de outros povos, pode ser de duas espécies, bem caracterizadas no direito positivado da Alemanha, Áustria e Itália: em primeiro lugar, o processo monitorio puro (*Mahnverfahren*), consistente em alegações unilaterais, que cedem diante da simples oposição do devedor, por embargos ou contestação, e, em segundo lugar, o monitorio documental (*Mandatsverfahren*), previsto nos §§ 688 a 700 da *Zivilprozessordnung* alemã e art. 663 do Código de Processo Civil Italiano" BENETI, Sidnei Agostinho. *Ação monitoria da reforma processual*, p. 22-23. "Dois são, por razões genéricas, os padrões injuntivos ou monitorios conhecidos na esfera processual: o puro e o documental. Aquele seguido pela Lei brasileira é de tessitura documental, como evidencia o discurso normativo, ao fixar a exigência de o crédito se fazer acompanhado de prova literal. Sendo assim, devemos esquecer o primeiro padrão, e dirigirmos nosso foco visual para o último deles" ROCHA, José Taumaturgo da. *Ela, a ação monitoria, vista por nós, os brasileiros*, p. 18.

que toca ao objeto da prova, há considerável divergência entre o que se deve provar na tutela monitoria e na antecipação de tutela urgente.

Assim, de início, já é possível observar uma distinção na situação material tutelada que pode implicar a necessidade de tratamentos diversos, ainda que haja semelhanças entre ambas as técnicas.

A esse respeito, confira-se a lição de José Taumaturgo da Rocha:

Com efeito, os intérpretes do processo monitorio sabem que o preceito liminar resulta de uma cognição sumária. Dela também resulta a antecipação de um provimento tutelar. Se nos bastassem esses dois pontos para determinar a congruência das figuras processuais diríamos que o instituto em comento se mostra despiciendo, pois nas cautelas inominadas teríamos suficientes meios para a obtenção do fim buscado com a via monitoria. Processo cautelar e processo monitorio, no entanto, são entidades distintas, quando mais não seja, pela circunstância de, naquele, o perigo ser o condômino do lado.³²⁰

Não se pode tratar da mesma maneira um direito provável submetido a um risco de dano de um que tão somente é plausível. O risco é um elemento que não pode ser desconsiderado da equação da tutela de urgência.

Contudo, a exemplo do que ocorre na tutela monitoria, a antecipação de tutela urgente tem como finalidade propiciar um rápido caminho para a execução, ou melhor, para a efetivação do direito, efetivação antecipada pela necessidade de preservá-lo de um possível dano que ocorreria no decorrer do demorado procedimento comum.

3.5.2 Transferência do ônus de iniciativa do contraditório com atribuição de força preclusiva à inércia do réu

Os contornos da tutela monitoria começam a ser melhor definidos quando se fala da conduta do réu e das consequências atribuídas à sua inércia, pois “a sua originalidade se encontra na situação de vantagem inicial do credor, fazendo com que o devedor suporte as consequências de sua inércia”.³²¹ Pode-se dizer que “a inversão do contraditório é uma das características básicas do processo monitorio”.³²²

³²⁰ ROCHA, José Taumaturgo da. *Ela, a ação monitoria, vista por nós, os brasileiros*, p. 20.

³²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apostamentos sobre o procedimento monitorio*, p. 21.

³²² ROCHA, José Taumaturgo da. *Ela, a ação monitoria, vista por nós, os brasileiros*, p. 21.

Se no procedimento comum cabe a parte autora impulsionar o feito, a técnica monitória inverte o ônus de iniciativa,³²³ uma vez que se trata de “um tipo de procedimento único (procedimento com inversão da iniciativa do contraditório)”.³²⁴ Uma vez obtido o mandado monitório, fundado na convicção de verossimilhança gerada no juízo, o contraditório somente será realizado se a parte ré o impulsionar, apresentando embargos à monitória. “Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre pretensão do autor, o procedimento injuncional consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando o devedor a iniciativa do eventual contraditório”.³²⁵

Ou seja, quem promoverá o contraditório é a parte ré, numa clara inversão daquilo que é previsto para a generalidade dos casos, tutelados pelo procedimento comum. “O *procedimento monitório* é caracterizado pela cognição formal e pela ausência de contraditório inicial, em razão da determinação dirigida ao possível devedor ser proferida *inaudita altera parte*”.³²⁶

Se a parte ré não apresentar embargos à ação monitória, o mandado converte-se em título executivo judicial, abrindo um caminho rápido para a execução do direito pretendido pela parte autora.

Ao discorrer sobre o procedimento monitório, José Taumaturgo da Rocha aponta que “sua tipicidade não está na eventualidade do contraditório, mas no deslocamento da iniciativa, em relação às partes envolvidas. Com outras palavras, esse deslocamento da iniciativa, a ser visto como causa da eventualidade do contraditório e não como seu efeito, define o que seja processo monitório”.³²⁷

A inércia do réu em apresentar embargos à monitória não gera as consequências já gravosas da revelia. Ao contrário, permite o acesso direto ao procedimento de cumprimento de sentença, com a efetivação do direito pleiteado. A consequência gravosa diante da inércia do réu em promover o

³²³ “Opera-se, assim, verdadeira inversão do contraditório, isto é, cabe ao réu tomar a iniciativa de provocar o autor a discutir a origem e legitimidade do crédito” LOPES, João Batista. *Aspectos da ação monitória*, p. 19-20.

³²⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. *Ação monitória da reforma processual*, p. 22.

³²⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Ação monitória*, p. 86.

³²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Apontamentos sobre o procedimento monitório*, p. 25.

³²⁷ ROCHA, José Taumaturgo da. *Ela, a ação monitória, vista por nós, os brasileiros*, p. 13.

contraditório está intrinsecamente ligada ao procedimento monitorio, podendo ser apontada como sua característica distintiva por excelência.

Em ambas as modalidades há uma inversão no ônus de iniciativa do contraditório. Na ação monitoria, só haverá discussão sobre o mérito do litígio caso o demandado apresente embargos à monitoria oferecendo resistência a pretensão autoral e, assim, inaugurando o debate sobre o mérito. Na estabilização da tutela antecipada, caso a parte contra quem foi deferida a medida urgente não interponha o competente recurso contra a decisão antecipatória, também não haverá prosseguimento da discussão de mérito.

Não se pode dizer que, por serem formas diversas de demonstrar a irresignação para com o resultado da decisão fundada em cognição sumária, se tratam de hipóteses absolutamente distintas. Tanto não é assim que chegou a ser sustentado na doutrina a natureza recursal dos embargos a monitoria,³²⁸ muito embora não tenha sido essa a orientação prevalente.

O que importa é que a parte prejudicada pela decisão deverá praticar um ato para abrir o contraditório, esse é o elemento relevante que permite associar, em alguma medida, as duas técnicas, ou melhor, afirmar que a estabilização da tutela antecipada é uma técnica monitoria.

3.5.3 Não produção de coisa julgada material

³²⁸ Nesse sentido, Celso Anicet Lisboa inicia sua argumentação ressaltando que es embargos monitorios suspendem a eficácia do mandado inicial, deduzindo que “é importante observar a coerência do pensamento de Calamandrei. O mandado monitorio (ou de pagamento ou de entrega da coisa, conforme o art. 1.102 *b*, do nosso Código) equipara-se, como já foi dito, a uma sentença suspensivamente condicionada. O mesmo só terá eficácia ocorrendo a condição ou o termo, que é, justamente, a falta de oposição do réu à ordem. Verificando-se que o mandado não foi contraditado, se tem um título executivo judicial; havendo oposição, no prazo regulamentar, faltou a *conditio*, e o ato, embora válido, continua sendo ineficaz (pelo menos até o julgamento desse recurso, *lato sensu*)” (p. 47) e prossegue o comparando a uma sentença condenatória ao afirmar que “assim como na sentença condenatória antes referida, tal ordem não produzirá mais do que efeitos psicológicos. Ainda mais que aqui, no caso do procedimento monitorio, deverá haver uma cláusula expressa (a vetusta cláusula *nisi se opponat*, do direito medieval) informando ao réu da possibilidade que tem de embargar a ordem, quando então “o mandado perde a sua eficácia”, conforme o teor da lei” (p.49). Com isso, conclui que os embargos à monitoria tem natureza recursal. “Assim estamos propondo a seguinte solução: que os embargos sejam considerados, não uma ação, não uma defesa, mas um recurso, voltado para impugnar uma sentença provisória, que é o mandado monitorio” (p. 54-55). LISBOA, Celso Anicet. *O mandado monitorio objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitoria*, p. 44-56.

O entendimento amplamente dominante na doutrina e na jurisprudência é que a ação monitória não embargada não se reveste da coisa julgada material, por ser fundada em cognição sumária.

O provimento proferido em ação monitória não embargada “pode ter função e eficácia *semelhantes* à de sentença condenatória no processo comum de conhecimento – mas, nem por isso, é sentença”³²⁹ e, sem o ser, não pode se revestir da qualidade da coisa julgada.

O contraditório eventual, que somente ocorrerá se a monitória for embargada, não tem o condão de tornar exauriente a cognição já exercida, de modo que, para a doutrina que sempre associou grau de cognição e estabilidade da decisão judicial, é realmente absolutamente inadequado considerar que a decisão proferida na monitória não embargada se revista da coisa julgada.

Argumento relevante e bastante pragmático é que “se o procedimento monitório tivesse também por objetivo a obtenção da coisa julgada, não se justificaria a exclusão da prova escrita que já seja título executivo extrajudicial: ao detentor desse título restaria sempre o interesse de agir pela via monitória para pelo menos tornar imutável o comando autorizador da execução”.³³⁰

Prevaleceu a compreensão de que o fenômeno aí encartado é o da preclusão da possibilidade de desconstituir, incidentalmente, a decisão concessiva da tutela monitória.³³¹

Por isso, a o direito reconhecido no mandado monitório, mesmo após o decurso do prazo para a oposição de embargos, poderá ser discutido em ação autônoma, porque a decisão não tem eficácia para fora do processo em que foi proferida.

A orientação prevalente na doutrina nacional é que a estabilização da tutela antecipada não é revestida de coisa julgada, a exemplo do que ocorre na ação monitória não embargada.³³² Seria esse, numa análise rasa, outro ponto de contato entre ambos os procedimentos. Não é assim, todavia.

³²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 93.

³³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 103.

³³¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Le 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 108.

³³² “(...) a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito

Aquilo que restou decidido pelo mandado monitório não embargado poderá ser discutido, em uma nova ação judicial, a qualquer tempo, desde que respeitados os prazos prescricionais e decadenciais do direito material. Não há um prazo a partir do qual o direito reconhecido pela decisão de cognição sumária na ação monitória se torna imutável, ou melhor, não há um “novo prazo”, pois prazos que garantem sua imutabilidade, frente ao ajuizamento de novas ações, são os prazos do próprio direito material.

Situação diversa é aquela a que está submetida a estabilização da tutela antecipada.

Após se estabilizar a tutela antecipada, as partes ainda poderão discutí-la amplamente em uma nova ação de cognição, assim como ocorre na hipótese de mandado monitório não embargado. Contudo, além de essa discussão obedecer aos prazos do direito material, ela também possui um limite temporal de dois anos. Ou seja, passados dois anos da estabilização da tutela antecipada, ela não poderá mais ser alterada, ainda que possa haver debate acerca do mérito, ele nunca acarretará alteração na situação definida pela tutela de urgência e consolidada pelo decurso desse prazo de dois anos.

Como foi dito anteriormente, após o prazo decadencial de dois anos, a estabilização ganha ares de imutabilidade típicos da coisa julgada. Não é coisa julgada, sobretudo por faltar a certificação definitiva de um direito que imponha a sua observância, quando debatido como questão prejudicial. No entanto, a estabilização da tutela antecipada não poderá ser desconsiderada. Ela possui eficácia negativa, impedindo sua rediscussão e, também, alguma eficácia positiva, uma vez que os efeitos por ela deferidos não poderão ser desconsiderados pelos julgamentos supervenientes, ainda que sua força declaratória não vincule o reconhecimento do “pedido final” relativo àquela tutela de urgência.

Assim, embora se tratem de técnicas semelhantes, as situações materiais tuteladas são bastante divergentes e a estabilidade atribuída a cada uma das modalidades de tutela são bastante diferentes.

material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*, p. 245; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 895-89.

3.6 A impossibilidade de enquadrar estabilização da tutela antecipada em modelos já conhecidos de imutabilidade

Analisando os contornos da estabilização da tutela antecipada, fica claro que ela não pode ser enquadrada como uma simples preclusão, pois é da sua essência produzir efeitos para além do processo em que foi deferida a medida antecipatória, uma vez que sem essa eficácia *pamprocessual* a estabilização de nada serve.

Ela também possui características típicas da coisa julgada, como a eficácia negativa e alguma carga de eficácia positiva.

Diz-se que é alguma carga de eficácia positiva porque não houve o reconhecimento de um direito a impor sua observância nos processos seguintes. Contudo, esses processos não poderão desconsiderar a decisão estabilizada, contrariando-a, mas, ao invés disso, a deverão pressupor e observar. Falta, ainda, um tanto da eficácia positiva, que é justamente a vinculação do juiz ao que foi decidido quando a lide resolvida se por como questão prejudicial em novo processo. Não houve resolução da lide e não parece ser comum que efeitos da tutela antecipada surjam como questão prejudicial.

A perempção, a par de ser uma imutabilidade de constitucionalidade duvidosa, também não reflete o que é a estabilização da tutela antecipada, uma vez que ela é caracterizada por uma extinção do processo sem julgamento do mérito que impede a parte autora de ajuizar novamente a demanda, embora possa arguir o direito como fundamento de defesa.³³³

Após o decurso do prazo de dois anos, nem mesmo como em razão de defesa arguida em outro processo a estabilização poderá ser alterada.

³³³ “Perempção é conceito *jurídico-positivo*. Dá-se a perempção quando o autor der causa por três vezes à extinção do processo por abandono, e somente nessa hipótese (art. 485, III, c/c o art. 486, §3º, do CPC). A perempção é um efeito anexo da terceira sentença fundada no abandono (...). Assim, proposta a mesma demanda pela quarta vez, é caso de extinção do processo em razão da perempção. O que perime, porém, não é o direito de ação, muito menos o direito material litigioso. Perde o autor o direito de demandar sobre aquela mesma situação substancial; perde o direito de levar aquele determinado litígio ao Poder Judiciário, até mesmo pela via de reconvenção. A pretensão material do autor resta incólume: ele poderá deduzi-la como matéria de defesa, como contradireito (exceção substancial; compensação, por exemplo), caso venha a ser demandado. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 717.

Além disso, apesar de nenhuma das duas imutabilidades resolverem propriamente o mérito, há substancial distinção entre uma imutabilidade que impede a discussão sem entregar nenhuma providência às partes e uma imutabilidade que incide sobre uma tutela sumária. É isso: a perempção impede a propositura de ação sem nada oferecer a parte autora desidiosa; a estabilização, por sua vez, oferece uma tutela sumária e não obriga as partes a prosseguirem em discussão que entendem desnecessária.

Portanto, a estabilização da tutela antecipada não se pode enquadrar em nenhuma das clássicas imutabilidades processuais. Os conceitos até então desenvolvidos são insuficientes para dar conta dessa nova figura, daí a confusão e o dissenso na doutrina: é impossível classificar a estabilização da tutela antecipada com olhos para o passado, pois é não apenas um instituto novo, mas inaugura uma nova categoria de institutos.

Nova categoria de institutos não necessariamente porque venha a surgir daqui por diante, mas porque precisa ser reconhecida. São as imutabilidades que não se enquadram nos modelos processuais clássicos.

Parece preciso, nesse aspecto, um diálogo mais aproximado com o que se tem produzido a respeito do direito material para compreender adequadamente a estabilização da tutela antecipada como uma nova imutabilidade.

Coisa julgada, preclusão e perempção não se prestam a explicar o fenômeno. Contudo, ato jurídico perfeito, *supressio*, boa-fé objetiva e a vedação ao *venire contra factum proprium* parecem pautar de modo mais correto os limites que se podem dar a estabilização da tutela antecipada.

Ela não é, como visto, um negócio jurídico, uma vez que a manifestação da vontade das partes não é capaz de lhes modular os efeitos. É sem dúvida um ato jurídico processual e, porque não, após esgotadas as possibilidades de revisão, um ato jurídico perfeito, que não é passível de revisão, sobretudo por ser uma situação consolidada no plano dos fatos que, além de tudo, gera uma expectativa legítima de exercício de um direito a parte que usufrui da tutela antecipada estabilizada.

3.7 A estabilização da tutela antecipada para além da técnica monitoria

Além disso, é difícil identificar integralmente a estabilização da tutela antecipada com a técnica monitoria, diante de algumas diferenças apresentadas entre os institutos, em especial os interesses materiais atendidos pela estabilização da tutela antecipada.

No Brasil, o professor Ovídio Baptista da Silva apontou que as construções teóricas dos processualistas italianos pressupõem um conceito de jurisdição essencialmente ligado à declaração do direito discutido em juízo,³³⁴ “de modo que todos os provimentos tomados pelo julgador com base num juízo de verossimilhança não poderão ter a virtude de encerrar uma demanda (o que, para a doutrina, somente poderá dar-se se a sentença declarar a real existência de um direito”).³³⁵

Portanto, fica claro que para a doutrina tradicional um direito é satisfeito quando declarado existente. Confundem-se, assim, dois conceitos diversos, quais sejam satisfação do direito e sua declaração.

Ovídio Baptista da Silva aponta a necessária distinção, de raízes medievais, entre processos monitorios ou injuncionais, em que há postecipação do contraditório com satisfação antecipada do direito, e os verdadeiramente cautelares, nos quais apenas se assegura sua posterior satisfação.³³⁶

Na construção teórica acerca do processo cautelar, sempre predominou a associação entre *periculum in mora* e esse tipo de medida de tutela de urgência. A bem da verdade, Piero Calamandrei indica a existência de dois tipos de *periculum in mora*, o perigo de desproveito e o perigo de demora do procedimento principal.

O primeiro está ligado a garantir os meios para que a declaração ou execução do direito objeto daquela relação processual ocorram, “o que é

³³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 32.

³³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 32.

³³⁶ “A distinção entre *satisfação antecipada*— equivalente a satisfação do direito concedida em processo sumário — e a forma de tutela outorgada contra o *estado perigoso*, sem implicar satisfação do direito protegido, era, no entanto, feita com razoável clareza pelos juristas medievais, através do manejo de dois conceitos fundamentais que nos foram transmitidos e de que ainda hoje nos valem: os conceitos de *damnum irreparabile* e de *periculum in mora*. Veremos que a categoria a que correspondia este último conceito, dizia respeito a *certain causas* que, por sua simplicidade, ou por sua relevância, ou mesmo pela urgência com que exigiam uma resposta jurisdicional, recomendavam que se as tratasse por meio de um processo sumário, enquanto a tutela concedida nos casos de perigo de *damnum irreparabile* a resposta jurisdicional nada tinha a ver com a *natureza da causa*, mas com a irrupção de um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer, em princípio, com relação a qualquer causa”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 12.

urgente, em outras palavras, não é a satisfação do direito, mas a garantia preventiva dos meios capazes de possibilitar que o procedimento principal, quando vier, seja justo e praticamente eficaz”.³³⁷ Esse tipo de perigo de demora está associado aos procedimentos instrutórios antecipados, aos procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada e às cauções processuais.

A segunda modalidade de *periculum in mora*, por outro lado, está intrinsecamente ligada à antecipação dos procedimentos decisórios. Ele “visa acelerar de modo provisório a satisfação do direito”,³³⁸ de forma que esse chamado procedimento provisório tem por objeto a própria situação controversa,³³⁹ distinção que, segundo André Tesser, reverbera ainda hoje na doutrina atual.³⁴⁰

Dessa maneira, a tutela cautelar tem por escopo conservar o *status quo*, possibilitando futura atuação jurisdicional, enquanto os provimentos de urgência baseados no perigo de demora do procedimento principal garantem o direito contra a própria demora da atuação jurisdicional.³⁴¹

Essa teorização sobre as medidas cautelares no processo civil foi acompanhada pelo surgimento de um *iter* processual que não previa em seu bojo a concessão de medidas de urgência, vale dizer, o processo de conhecimento tramitando, via de regra, pelo rito ordinário não possibilitava a atuação jurisdicional anterior à formação do título executivo judicial, qual seja, a sentença.

Além disso, a despeito do poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil promulgado em 1973, a doutrina majoritária não admitia a concessão de medidas satisfativas a título de medida cautelar.³⁴²

³³⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 88.

³³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 89-90.

³³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 90.

³⁴⁰ “A partir dessa noção, a doutrina italiana ainda hoje conserva essas duas formas de manifestação do *periculum in mora* como situações de perigo distintas e que dão justificativa à adoção de provimentos de urgência de natureza distintos, ora conservativos, ora antecipatórios”. TESSER, André Luiz. *Perigo de dano e perigo de demora: observações para uma distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente e alguns reflexos*, p. 60.

³⁴¹ TESSER, André Luiz. *Perigo de dano e perigo de demora: observações para uma distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente e alguns reflexos*, p. 61-62.

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, p. 103.

Houve, então, um uso supostamente inadequado da ação cautelar, que passou a ser manejada não apenas com os fins para que foi proposta.³⁴³

Galeno Lacerda, por outro lado, classificando as medidas cautelares, afirmou que podem conceder segurança quanto à prova, quanto aos bens e segurança satisfativa, mencionando como exemplo de cautelar satisfativa os alimentos provisionais.³⁴⁴ Ocorre que o texto do referido jurista vem em uma época de verdadeira hiperatividade do processo cautelar, quando a liminar cautelar era um dos principais instrumentos de solução rápida para os litígios.³⁴⁵

Tanto isso é visível que, no mesmo artigo em que afirma a existência de cautelares satisfativas, Galeno Lacerda afirma que a liminar possessória é verdadeira tutela cautelar e o mandado de segurança a ela é análogo³⁴⁶, do que há que se discordar. Via de regra, não há cautelaridade nas liminares do mandado de segurança ou das ações possessórias, seus pressupostos são diversos e o corte na cognição não faz da tutela concedida cautelar.

Luiz Guilherme Marinoni tenta afastar a ideia de que antecipar efeitos da decisão seja cautelar demonstrando que enquanto a antecipação realiza, a cautelar assegura.³⁴⁷⁻³⁴⁸

Ovídio Baptista da Silva lecionava a necessidade de distinção entre antecipação de tutela e os verdadeiros procedimentos cautelares.³⁴⁹

Segundo Ovídio Baptista da Silva, o requisito do *periculum in mora* é exigido ante a necessidade de uma aceleração procedimental e, quem antecipa,

³⁴³ “Como se vê, escolheu-se a via (ou instrumento) pensada para cumprir a função cautelar para realizar a função preventiva apenas pelo motivo de que está última não podia ser desempenhada por meio do processo de conhecimento, o qual, conforme já foi dito, foi imaginado para realizar funções meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias, e jamais se importou com a tempestividade e a preventividade da tutela dos direitos”. TESSER, André Luiz. *Perigo de dano e perigo de demora: observações para uma distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente e alguns reflexos*, p. 69.

³⁴⁴ LACERDA, Galeno. *Processo cautelar*, p. 187-188.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e processo cautelar*, p. 88.

³⁴⁶ LACERDA, Galeno. *Processo cautelar*, p. 191.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória não é tutela cautelar*, p. 99-101.

³⁴⁸ A dificuldade de distinção, bem como a defesa de que a melhor alternativa seria um regime único para tutela antecipada e tutela cautelar já foi apresentada nesse trabalho. Sobre o tema, remete-se a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, segundo a qual ambas as tutelas de urgência tem finalidade semelhante dentro do sistema,, tratando-se de divergência meramente terminológica. BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 309-312.

³⁴⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 14.

satisfaz³⁵⁰ e a cautelar não tem essa finalidade de aceleração procedimental para satisfação antecipada.

O professor Ovídio Baptista da Silva trabalha com os conceitos de segurança para a execução e execução para a segurança. Enquanto a segurança para a execução está interligada ao processo cautelar, a execução para a segurança comporta verdadeira antecipação da tutela jurisdicional,³⁵¹ apontando, contudo, que é inviável a antecipação da decisão final, mas apenas de seus efeitos³⁵².

Diferença fundante entre a concepção de tutela cautelar sustentada por Ovídio e aquela ensinada por Piero Calamandrei é que o processualista gaúcho se afasta da instrumentalidade e da teoria processual das cautelares. Além disso, crítica a identificação da cautelares por características que não lhe são próprias.³⁵³

Ovídio Baptista pensa a teoria das cautelares a partir da ação de direito material. Segundo ele, tem-se no plano material o direito subjetivo, a pretensão de direito material e a ação de direito material. Quando violado o direito subjetivo, o mesmo passa a ser dotado de exigibilidade, nascendo a pretensão de direito material. A ação de direito material, por sua vez, é o cumprimento forçado da obrigação correlata àquele direito subjetivo.³⁵⁴

³⁵⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Teoria da ação cautelar*, p. 193.

³⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 50.

³⁵² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 45-46.

³⁵³ “Esse desprezo pela estrutura, ou pela ontologia, das medidas cautelares, é a marca fundamental da doutrina de Calamandrei, que, ao isolar a tutela cautelar, como um *tertium genus*, não o define pela qualidade interna de seus efeitos, mas, simplesmente, por sua instrumentalidade”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 63.

³⁵⁴ Importante salientar que essa posição doutrinária não é isenta de críticas, críticas essas não oriundas apenas daqueles que sustentam a inexistência dessa ação no plano material. É que ao trabalhar com direito subjetivo e obrigação correlata, o processualista gaúcho alinha-se à ideia de relação jurídica, transportando, por conseguinte, a ideia de relação jurídica também para o plano do processo, nos moldes delineados por Oskar Bülow, conforme anteriormente mencionado.

Ocorre que há muito a ideia de relação jurídica tem sido contestada por sua matriz eminentemente individualista, já que surgiu num contexto moderno que valorizava extremadamente essa característica. Com base nessas premissas, Aroldo Plínio Gonçalves propõe uma revisão das teorias sobre o processo com base na teoria das situações jurídicas, que possivelmente não poderia se adequar a essa concepção material do direito de agir sustentada por Ovídio Baptista sem grande esforço. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 59-86 e p. 124-134.

Afirmando a existência desse direito substancial à ação e o consequente direito material à cautela, Ovídio Baptista recorre aos autores clássicos, como Adolf Wach.³⁵⁵

Dessa maneira, ele reforça a noção de que há um direito substancial à cautela, vale dizer, o jurisdicionado ocupa uma posição jurídica que lhe garante, no plano material, o direito a uma prestação jurisdicional que lhe assegure a satisfação de seu direito contra dano irreparável. Esse posicionamento é, na verdade, uma virada paradigmática na racionalidade da cautelar esculpida por Piero Calamandrei, pois com ela a preocupação teórica passa a ser não mais a seriedade da prestação jurisdicional, mas o direito tutelado.

Assim, compatibiliza-se a prestação jurisdicional de urgência com o modelo democrático do Estado de Direito, em que a preocupação da atuação jurisdicional não pode se voltar para o próprio Poder Judiciário, mas sim com os atores da relação de direito material, o que é evidenciado pela nomenclatura utilizada.

Como se percebe, o novo Código de Processo Civil, ao prever a estabilização da tutela de urgência, rompe com a instrumentalidade até então intrínseca aos provimentos de urgência, porque passa a ser prescindível a declaração final. A função da tutela de urgência não é mais garantir a possibilidade prática da efetivação da tutela final, é sim, ao contrário, tutelar a situação de direito material, vale dizer, a pretensão resistida (lide) quanto à medida urgente pretendida pela parte. Assim, parece ser reconhecida a autonomia da lide de urgência, já defendida na doutrina há tempos.³⁵⁶

Essa lide, situada no plano material, é levada ao processo por meio da ação, é que “pode-se dizer que a ação processual não tem cheiro e não tem cor; é transparente. Os atributos ou predicados que irradia decorrem da lide, dos elementos que ela transporta consigo para o processo”.³⁵⁷

³⁵⁵ “Wach sustentou a existência de um direito material à segurança e, ao mesmo tempo, era partidário da doutrina da ação como direito concreto à tutela jurídica. Se isso fosse razão suficiente para recusar seu ponto de vista a respeito da materialidade da pretensão à segurança, teriam aqueles que assim pensam de repelir, desde logo, toda concepção que com tanta veemência defendem, sobre a *instrumentalidade* da tutela cautelar, posto que seus criadores – Chiovenda e Calamandrei – eram tão concretistas quanto Wach”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 64.

³⁵⁶ Por todos: MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A lide cautelar no processo civil*.

³⁵⁷ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A lide cautelar no processo civil*, p. 91.

Assim, se há um processo que se presta exclusivamente a tutelar uma situação de urgência, quando passa a não ser imprescindível a declaração posterior do direito, reconhece-se a autonomia da lide de urgência no processo civil³⁵⁸.

Sobre essa mencionada autonomia, ensina Alcides Alberto Munhoz da Cunha:

É que parece possível afirmar que a autonomia de processos, visualizada como categorias processuais, diz respeito a existência de métodos processuais diferenciados de atuação do direito, em face de peculiar estrutura de situações subjetivas substanciais que integram determinadas classes de lide. Isto porque a autonomia do processo, como relação processual, haverá sempre, enquanto se entender que o processo tem uma lide própria que lhe serve de pressuposto e objeto e que o resultado do processo tenderá a ser suficiente para compor ou resolver esta lide.³⁵⁹

Portanto, o novo Código de Processo Civil, ao reconhecer essa situação subjetiva substancial peculiar, tutelada por uma medida urgente tendente à definitividade, quando da não interposição de recurso, acolhe a lição de Alcides Munhoz da Cunha.

Assim, em certos casos a própria decisão de cognição sumária é apta a, por si só, resolver a crise de direito material, prescindindo-se da declaração dessa relação jurídica. Passa a ser desnecessário fornecer declaração quando as partes anseiam por pura atuação no plano dos fatos.

Apesar de haver algumas diferenças estruturais já apontadas entre a tutela monitória e a estabilização da tutela antecipada, há algo além das meras formalidades e da estabilidade da decisão final.

A tutela de urgência encontra-se amparada por um direito diverso daquele que seria protegido no processo principal, o direito material à tutela de urgência. A ideia é a de que a o fim da tutela provisória é “tutelar um direito à segurança jurídica, vale dizer, um direito que todos têm de ver protegido outro

³⁵⁸ É verdade que o título da obra do professor Alcides Munhoz da Cunha é “A lide cautelar no processo civil”. Todavia, conforme apontado por Sérgio Cruz Arenhart, para Alcides a tutela cautelar era gênero que abarca a antecipação satisfativa, de modo que seu conceito de lide cautelar pode ser transportado sem dificuldades para lide de urgência, ao se tratar do novo Código de Processo Civil. ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutelas de urgência, tutelas sumárias e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha*, p. 211-212.

³⁵⁹ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A lide cautelar no processo civil*, p. 89.

direito ou interesse que aparentemente possuem, quando esse último é posto em risco”.³⁶⁰

O direito brasileiro reconhece àquele que está submetido a uma situação de urgência uma proteção especial, um direito à proteção da aparência do direito, que não pode ser demonstrado para além e sua plausibilidade naquele momento.

Essa compreensão é derivada da teoria material das cautelares e é plenamente extensível às tutelas antecipatórias satisfativas.

Uma das críticas que se pode levantar a teoria material das cautelares tal qual desenvolvida por Ovídio Araújo Baptista da Silva e por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda é que, levada ao extremo, elas em nada ajudam a diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipatória. A bem da verdade, talvez esse seja seu maior mérito, uma vez que, “em ambos os casos há um objeto autônomo de tutela, inconfundível com o objeto de proteção da eventual dita ‘principal’”.³⁶¹

Essa distinção não parece absolutamente relevante para a tutela dos direitos. Se o processo for pensado a partir de suas premissas constitucionais e do perfil constitucional que se dá do direito de ação, certo é que é muito mais relevante o reconhecimento de posições subjetivas dignas de tutelas.

Por isso é necessário compreender a tutela de urgência a partir de um direito material à essa tutela de urgência, e não como um mero direito processual, a serviço da seriedade da jurisdição.

Não é compatível com o Estado Constitucional pensar qualquer modalidade de tutela de direitos a partir do Estado. Claro, isso não elimina a hipótese de uma administração gerencial do modo de solucionar conflitos e uma melhor alocação dos esforços, a fim de sempre prestar de modo melhor a Jurisdição. O que não se pode olvidar é que sempre o fim último é o jurisdicional. Ainda que se queira moldar procedimentos para dar mais eficiência ao Poder Judiciário, reduzir o número de processos e permitir um trânsito melhor dentro

³⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 866.

³⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 869.

do Judiciário, o foco é sempre a melhoria na prestação de tutela jurisdicional, e não a simples redução da carga de trabalho.

Portanto, a tutela dos direitos deve ser pensada a partir do jurisdicionado, com foco em suas necessidades e em seus direitos. Assim, a concessão da tutela de urgência, da proteção da aparência, não pode encontrar fundamento na tutela da seriedade da jurisdição, tal qual sugerido por Liebman, seguindo os passos de Calamandrei. O foco há de ser outro.

O que se deve ter em vista, no momento de definição do objeto de tutela das medidas antecipatórias, é justamente a posição jurídica ostentada pelo requerente. Isto é: há uma situação digna de tutela diversa daquela merecedora de tutela final.

Importa muito pouco se essa posição decorre do direito material ou do direito processual, diz-se aqui que é um direito material à tutela de urgência em homenagem à posição inspiradora da referida construção. Nada obsta que seja um direito processual, isso é tudo fruto de convenção. Relevante é que o direito à tutela de urgência pertence à parte e é diverso do direito a tutela final.

Pensando assim, há uma distinção bastante grande entre a estabilização da tutela antecipada e a tutela monitória. A tutela monitória corresponde a uma técnica processual de aceleração do procedimento, diante da inércia do réu, para satisfazer o direito material não controvertido. Tudo isso se faz presente na estabilização da tutela antecipada, mas há um *plus*: a tutela antecipada está associada a uma proteção da aparência não por simplesmente beneficiar a parte autora, que não será obrigada a se sujeitar às demoras do procedimento comum. A parte autora não pode esperar, diante da urgência. Ou melhor, por estar em uma posição jurídica que lhe garante o direito à proteção da aparência, a parte autora não deve esperar. Colocando em outras palavras, o Estado-juiz deve apreciar a lide de urgência, sob pena de denegação de jurisdição, o que não ocorre na tutela monitória, que é muito mais decorrente de uma política legislativa do que de imposição constitucional direta.

Não se quer dizer que a tutela monitória não encontre fundamentação na Constituição e que não corresponda a um direito da parte frente ao Estado. Corresponde. Mas na verdade não é um direito diverso daquele de receber a tutela jurisdicional em um procedimento com duração de tempo razoável.

Na tutela antecipada de urgência o fundamento pode até ser o mesmo, mas há um novo direito de proteção da aparência diante da possibilidade de lesão ao direito em razão da situação de urgência.

Portanto, é o reconhecimento do direito à proteção da aparência, do direito provável, que permite pensar a tutela provisória para além de sua feição exclusivamente processual, que associa a tutela sumária ao pedido final.

A teoria processual das cautelares de Piero Calamandrei, que influenciou de modo bastante flagrante o direito brasileiro, colocou a tutela cautelar a serviço da jurisdição, como já visto. Ademais, dentro do gênero tutela cautelar, para o mencionado processualista, encontrava-se a espécie antecipação de tutela, chamada por ele de antecipação dos provimentos decisórios.

Assim, a antecipação de tutela, a par de todas as discussões sobre a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória, foi marcada por um raciocínio semelhante ao que era feito em relação a teoria processual das cautelares: nunca poderia existir por si só. Ou melhor, nascia sempre predestinada a ser substituída por uma decisão de mérito, sempre provisória e precária.

Esse é o grande rompimento permitido pela estabilização da tutela antecipada e é a partir daí que se extrai uma de suas principais diferenças em relação a tutela monitória. Com a estabilização, o provimento final passa a ser absolutamente desnecessário. E isso é porque a sentença, no mais das vezes, é um pedaço de papel que em nada serve para, no plano dos fatos, tutelar a situação das partes. Não raro a sentença nada faz pela situação carente de tutela. O que acaba importante, de fato, ao jurisdicionado é aquilo que, por força das determinações judiciais.

Assim, a sentença, com a declaração de direitos nela contida, pode ser absolutamente desnecessária para fornecer aquilo que se busca com a prestação jurisdicional.

Esse reconhecimento possibilita que uma tutela de urgência passe a valer por si só, independentemente de um exame mais aprofundado da questão em cognição exauriente. Mas não só isso. A tutela antecipada estabilizada não apenas existe e se mantém hígida a despeito da não superveniência de uma decisão de mérito, mas também subsiste se houver decisão meritória contrário

ao nela decidido, caso a provocação jurisdicional tenha ocorrido após o decurso do prazo de dois anos após o qual os efeitos da estabilização não podem ser alterados, tornando-se imutáveis.

Se há um ponto de radical divergência entre aquilo que está previsto e consagrado para a técnica monitória é isso: ela não pode subsistir contra coisa julgada posterior, o que é bastante diverso em relação a tutela de urgência estabilizada, caso a ação de conhecimento completa seja proposta após o prazo decadencial para rever os efeitos da tutela de urgência.

Essa breve explicação não traz todos os elementos necessários para compreender os contornos da estabilização da tutela antecipada. Contudo, demonstra que é necessário pensa-la a partir de novos ângulos,³⁶² sob pena de não ser possível compreendê-la.

³⁶² Exemplo de tentativa compreender a estabilização da tutela antecipada a partir dessa perspectiva foi desenvolvida por Weber Luiz de Oliveira, ao buscar o diálogo com a teoria do fato consumado. Conferir: OLIVEIRA, Weber Luiz. *Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?*, p. 225-250.

4. Conclusão parcial

Fica bastante claro que a estabilização da tutela antecipada é uma nova forma de imutabilidade, decorrente do reconhecimento que as lides podem ser resolvidas não apenas mediante a prolação de sentença e que, para algumas delas, essa prolação é irrelevante.

A estabilização, por isso, pressupõe um novo modo de pensar a função jurisdicional e a tutela dos direitos. Ela é um rompimento com a instrumentalidade hipotética atribuída as tutelas de urgência por Piero Calamandrei. Aquele que buscar nas construções clássicas as respostas para os problemas da estabilização da tutela antecipada sempre encontrará soluções insatisfatórias ou inadequadas.

Além disso, essa nova estabilidade tem elementos em comum com a coisa julgada. Possui uma forte eficácia negativa e, em alguma medida, vincula os juízes seguintes nas decisões por eles proferidas, não a ponto de reconhecer o direito protegido pelo pedido final indicado quando da apresentação do requerimento de tutela antecipada antecedentes, mas a ponto de obstar decisões que neguem, alterem ou desconsiderem de qualquer forma os efeitos da tutela de urgência estabilizada.

A estabilização da tutela antecipada pode ser considerada uma técnica monitória. Aliás, técnica monitória é, mas isso não significa que as diferenças incidentais entre os dois procedimentos, suas finalidades e as situações materiais por eles tuteladas permitam uma comunicação muito estreita entre os dois procedimentos.

A par das discussões teóricas sobre o fundamento da tutela provisória, certo é que há uma diferença substancial na plástica do procedimento. O mandado monitório, tal qual insculpido no Código de Processo Civil de 2015, é obstado pela simples oposição de embargos, quando deixa de ter qualquer efeito até a solução final do litígio, em cognição sumária. Serve mais como admoestação do que como exercício da atividade de império por parte do Poder Judiciário. A esse respeito, Orlando Venâncio dos Santos Filho ensina:

Conforme o nosso mais famoso filólogo, Aurélio Buarque de Holanda, a palavra monitória significa advertência, repreensão, admoestação.

No direito, o seu significado não é muito diferente, ao que tudo indica, tendo origem na expressão latina, como observa De Plácido e Silva “Do latim *monitio*, de *monere* (advertir, avisar), na significação jurídica, e em uso antigo, era o aviso ou o convite para vir depor a respeito de fatos contidos na monitória. A monitória, assim, era a carta de aviso ou a intimação para depor. Monição. Na terminologia do direito canônico, é a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de evitar sanção ou penalidade a que está sujeita pela omissão ou ação indicadas” (*Vocabulário jurídico*, vols. III e IV, p. 205)³⁶³

A tutela antecipada, por sua vez, é concedida como uma clara ordem estatal para que o réu pratique uma atividade ou dela se abstenha. Seu descumprimento enseja uma sanção prevista na decisão judicial ou, subsidiariamente, a incidência no crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal. Além disso, o meio de impugnação – o agravo de instrumento – não é dotado de regra de efeito suspensivo.

Obviamente são diferenças circunstanciais que poderiam inexistir. Não seria impossível uma tutela monitória cujos embargos não interrompessem desde logo os efeitos do mandado monitório. Todavia, essa não é a tutela monitória brasileira.

Por isso, os problemas da estabilização da tutela antecipada estão muito mais ligados aos problemas da tutela provisória em geral do que aos da tutela monitória, de modo que não adianta importar dela soluções que serão insuficientes ou pensadas em ambiente marcado por acentuadas diferenças.

³⁶³ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *Da natureza executiva do procedimento monitório*, p. 72-73.

Parte II: Perfil Dinâmico

Capítulo 1: Aspectos procedimentais

1.1 O procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada

Como demonstrando e aceito pela doutrina,³⁶⁴ o procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada, com a possibilidade de estabilização da medida concedida, foi introduzido no Código de Processo Civil de 2015 com a finalidade de privilegiar a tutela baseada em cognição sumária.

Fica fácil de perceber que a possibilidade de estabilização a tutela antecipada existe justamente para poupar que as partes e o Poder Judiciário atuem desnecessariamente.

Com efeito, a compreensão da estrutura do procedimento só pode se dar a partir dessa premissa.

De acordo com o art. 303, *caput*, do CPC/15, o procedimento antecedente de requerimento da tutela antecipada é impulsionado por uma petição inicial simplificada, que deverá observar os requisitos sobre os quais já se discorreu.

Por sua vez, os parágrafos do art. 303 do CPC/15 só podem ser compreendidos a partir da finalidade que o sistema atribui ao procedimento antecedentes de estabilização da tutela antecipada. É que os incisos do § 1.º do art. 303 do CPC/15 dispõe que, após a concessão da tutela antecipada prevista no *caput*, o autor será intimado para complementar a petição inicial já protocolada, juntar documentos e confirmar o pedido de tutela final, no prazo de 15 dias ou em outro maior que o juiz fixar (art. 303, § 1.º, I), o réu será citado para audiência de conciliação (art. 303, § 1.º, II) e, não havendo composição, terá início o prazo para o réu contestar (art. 303, § 1.º, III).

A impressão que se tem da leitura isolada desses dispositivos é que, independentemente do que ocorrer, o autor deverá aditar sua petição inicial o

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto de CPC*.

réu será citado para comparecer à audiência do art. 334 do CPC/15 e, após essa audiência, terá curso o prazo para o réu apresentar suas razões.

Essa impressão é corroborada pelo art. 303, § 2.º, do CPC/15, segundo o qual “não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito”.

A redação desse artigo sustenta a opinião de Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito, segundo os quais, independentemente da interposição de recurso pelo réu, o autor deverá aditar a petição inicial, providência sem a qual cessarão os efeitos da antecipação de tutela. Acrescentam ainda que a necessidade de aditamento não é incompatível com a estabilização e, ao contrário, seria até necessária, a fim de que o réu conhecesse todos os fundamentos que embasam o pedido final do autor.³⁶⁵

É esse também o entendimento de José Eduardo Carreira Alvim, que inicialmente, em seu texto, parece pressupor que a petição inicial deve ser complementada para que aí então a parte ré decida se agravará da decisão ou não³⁶⁶ e, a seguir, fala expressamente que a estabilização não torna prescindível o aditamento da petição inicial.³⁶⁷

³⁶⁵ “Assim, cessa a eficácia da decisão eu antecipa os efeitos da tutela, na forma do art. 303, uma vez que o postulante não promova o correspondente aditamento no prazo legal. O objetivo é permitir que, intimado da decisão antecipatória, o réu tenha condições de reagir com mais subsídios à sua disposição na sua peça de defesa.

Quando intimado da decisão antecipatória, o réu só terá à sua disposição os fundamentos iniciais do pedido autônomo de antecipação de tutela para compor o seu Agravo de Instrumento voltado à reversão da decisão, porque o seu prazo para agravar (art. 1.003, §5º) corre simultaneamente com o para o autor aditar a inicial, se o juiz não conceder prazo maior, caso em que o autor terá prazo superior ao prazo de Agravo. Isto é, dificilmente o réu conhecerá as razões integrais do pedido de tutela definitiva ao agravar.

Essa constatação justifica que o aditamento da inicial não é postura incompatível com a estabilização, porque, quando o autor se vale do procedimento previsto no art. 303, nele ingressa sabendo que o destino do processo depende da postura que o réu adotar. Isso significa que, mesmo que construa razões integrais do seu pedido de tutela definitiva, ainda poderá ele ver a extinção do processo sem que essa tutela definitiva tenha sido prestada, porque o réu não se insurgiu contra a decisão. Esse resultado só não se implementará se o autor, fundado no seu direito constitucional de ação, indicar que, mesmo diante da ausência de reação do réu, deseja apreciação sobre o pedido de tutela definitiva, hipótese em que o juiz deve reconhecer os efeitos da revelia, se for o caso, e julgar antecipadamente o mérito, nos termos do art. 355, II” LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC, p. 167-187.

³⁶⁶ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 187-188.

³⁶⁷ “(...) registro que *de lege lata* a estabilização da tutela antecedente *não dispensa* o aditamento da petição inicial, determinado pelo inc. I do § 1º do art. 303 (...), o que deve ser feito no prazo de 15 dias ou em outro maior que o juiz fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do § 2º desse mesmo artigo; embora *de lege ferenda* a melhor solução tivesse sido a de dispensar o aditamento se não houvesse recurso da decisão liminar, o que significaria que as partes se deram satisfeitas com essa solução (sumarizada) da lide. Contudo,

No entanto, essa leitura meramente literal dos dispositivos não se coaduna com o sistema no qual eles se inserem.

É que a estabilização da tutela antecedente tem por finalidade justamente dispensar a parte autora de formular um pedido de tutela final quando, por uma omissão da parte demandada, esse pedido for prescindível. Não há qualquer razão sistêmica ou lógica para exigir que a parte autora apresente uma petição inicial completa, especificando pedido e fundamentos que possivelmente nunca serão analisados pelo Poder Judiciário.³⁶⁸

Assim, procedimentalmente, antes que se efetivem as providências constantes dos parágrafos do art. 303 do CPC/15, é preciso observar o que dispõe o art. 304 do Código, segundo o qual “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Fica claro, portanto, que a estabilidade da tutela antecipatória concedida em procedimento antecedente depende da não interposição de recurso pelo réu, não fazendo o dispositivo menção a necessidade de aditamento da petição inicial pelo autor.

Além disso, é preciso notar que a decisão se torna estável quando da não interposição do recurso, de maneira que o *caput* do art. 304 do CPC/15 não

não foi essa a diretriz adotada pelo novo Código” CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 193.

³⁶⁸ “Deferida a medida satisfativa em caráter antecedente, cumpre ao autor aditar a inicial, no prazo de 15 (quinze) dias – ou outro que o juiz fixar – com a complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido final, sob pena de extinção do processo, sem o julgamento de seu mérito. Contudo, entendendo-se que o recurso próprio a elidir a estabilização seja agravo de instrumento, o réu terá idêntico prazo para a propositura do “respectivo recurso” a que alude o *caput* do art. 304. A mera identidade de prazo, por si só, já causa estranheza, uma vez que o autor se verá na incômoda situação de ser obrigado a emendar à inicial, mesmo sem saber se ocorrerá ou não a estabilização. Pior, mesmo procedida a emenda, poderá ela ser completamente inútil, face ao não ingresso do recurso, uma vez que se implementará a estabilização, extinguindo-se o processo, fazendo da emenda letra morta. Entretanto, tendo em vista que a intimação do deferimento da medida será procedida, em relação ao autor, por publicação destinada a seu defensor, a intimação e citação do réu deverão ocorrer de forma pessoal, o que, via de regra, demandará uma maior atividade dos auxiliares da justiça e, consequentemente, maior tempo para realização do ato e, logo, maior delonga para iniciar o prazo. Portanto, na prática, o autor, sem saber sequer quando ocorrerá o início do prazo para qualquer forma de impugnação do réu, será obrigado a emendar a inicial, sob pena de extinção, mesmo que supervenientemente venha ocorrer a estabilização. Cria-se, deste modo, uma incongruência sistemática. O autor tem o objetivo de por fim ao processo, pela estabilização, mas dependendo ela de ato do réu, se vê obrigado a realizar a emenda, que, de outra forma, não a faria, pela falta de informação do comportamento da parte adversa, causado pela estranha regulamentação sobre os prazos de um e outro. Melhor alternativa seria exigir a emenda somente nos casos em que não fosse aplicável a estabilização” LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 113.

trata apenas de uma condição para estabilização, mas também do momento em que ela ocorre. A estabilização ocorre de pleno direito quando da não interposição do recurso, independentemente de qualquer ato posterior, inclusive do aditamento da petição inicial, que não é um de seus requisitos.

Quanto a suposta necessidade de a parte ré ter ciência de todos os fundamentos que dão ensejo ao pedido de tutela final, não se vê qualquer pertinência no argumento, uma vez que, estabilizada a tutela antecipada, o pedido de tutela final sequer será apreciado, razão pela qual é inútil a apresentação de todos os argumentos que o embasam.

Mirna Ciarni aponta como divisora de águas, em relação ao rito a ser adotado e consequências processuais, a interposição de recurso pela parte ré, corroborando a ideia de que não interposto o competente recurso não há que se falar em necessidade de atiramento.³⁶⁹

1.2 Direitos não suscetíveis de estabilização

Ainda que a antecipação de tutela, seja em procedimento antecedente seja incidental, tenha um espectro bastante amplo, não é toda e qualquer medida antecipatória concedida no procedimento antecedente que será apta a se estabilizar. A impossibilidade de estabilização da tutela antecipada pode ocorrer tanto por conta do direito material em questão, quanto em razão de alguma indisponibilidade processual.

Certo é que ao réu citado por edital ou por hora certa, enquanto não constituir advogado, não poderão ser aplicados os efeitos da estabilização da tutela antecipada. O mesmo ocorre com o incapaz sem representante legal ou que tenha representante com interesses colidentes com seu.³⁷⁰ Nessas

³⁶⁹ “Surge desde logo a primeira dúvida, qual seja, se o autor não aditar a inicial e não for tirado recurso contra a medida liminar: extingue-se o processo por conta da falta de aditamento ou resta estabilizada a tutela e extingue-se o processo paralelamente a essa permanência? Esse impasse somente pode ser solucionado se considerado que, conforme exposto no capítulo primeiro acima, estivermos diante de dois ritos: o que decorre da interposição do recurso e dá ensejo imediato à estabilização da tutela e extinção do processo; o que decorre da falta de interposição do recurso e exige o aditamento e prosseguimento em cognição exauriente” CIARNI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, p. 252.

³⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*, p. 25;

hipóteses, arroladas nos incisos do art. 72 do CPC/15, o juiz nomeará curador especial, que terá o dever funcional de interpor recurso contra a decisão que concedeu a tutela antecipada em procedimento antecedente, a fim de possibilitar a instauração do processo de cognição plena.

Assim, caso o curador especial não interponha recurso contra a decisão que concedeu a tutela antecipada em procedimento antecedente, o processo não será extinto. Não interposto o competente recurso, deverá ser substituído o curador, a fim de que possa cumprir seu encargo.

Outra não é a solução a ser dada na hipótese de se tratar de réu preso, nos termos do art. 72, II, do CPC/15.³⁷¹ A interpretação em relação ao réu preso comporta alguma restrição. Isso porque a nomeação de curador especial ao réu preso depende não ocorre incondicionalmente: para tanto, ele deve ser revel. Embora não se possa falar exatamente em revelia na fase do procedimento antecedente, há alguma repercussão dessa menção. Caso o réu preso não constitua advogado e, portanto, não recorra da decisão, de fato não é possível a estabilização da tutela antecipada. Se por outro lado for constituído advogado ainda assim o recurso cabível não for interposto – hipótese bastante rara, mas que não pode ser descartada – parece mais acertado o entendimento de que é possível a estabilização da medida urgente. Mesma orientação deve ser tomada na hipótese de o réu preso, devidamente representado em juízo, manifestar expressamente concordância com a tutela antecipada concedida, aquiescendo com sua estabilização.

Já em relação ao incapaz que tem representante legal cujos interesses não colidem com os seus, não há restrição no âmbito do direito processual, devendo ser buscadas balizas na regulamentação material da incapacidade e da representação.

Quando a representação do incapaz decorre do poder familiar, não há óbice à incidência da estabilização da tutela antecipada. Nessa hipótese, “cabirá apenas ao juiz e ao Ministério Público verificar se não está ocorrendo nenhum desvio de função e, especialmente, examinar se a obrigação objeto de tutela não

REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada: principais controvérsias*, p. 171.

³⁷¹ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada: principais controvérsias*, p. 171.

foi contraída em afronta à segunda parte do art. 386 do Código Civil”.³⁷² Note-se que o excerto transcrito foi redigido na vigência do Código Civil de 1916, de modo que o mencionado dispositivo legal corresponde ao atual artigo 1.691 do Código Civil de 2002, que dispõe que “não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz”.

Caso a representação decorra de tutela ou curatela, fica obstado a estabilização da tutela antecipada, pois “não é dado ao tutor nem ao curador pagas as dívidas do incapaz nem transigir quanto aos seus direitos sem a prévia autorização do juiz”,³⁷³ conforme estabelecem as restrições do art. 1.748³⁷⁴ e 1.774,³⁷⁵ ambos do Código Civil.

1.3 Estabilização parcial

Na hipótese de a mesma decisão veicular medidas antecipatórias diversas e o recurso contra ela interposto impugnar apenas uma dessas medidas, surge a questão sobre o objeto da estabilização. Deve se estabilizar a parte não impugnada ou a interposição de recurso contra a decisão, ainda que não haja insurgência contra todos os seus pontos, é suficiente para obstar a estabilização integralmente?

Nos embargos à monitória, prevaleceu o entendimento de que embargos parciais dão ensejo à execução da parte incontroversa, sem prejuízo do prosseguimento da discussão sobre os pontos impugnados.³⁷⁶

³⁷² TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*, p. 134.

³⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*, p. 134.

³⁷⁴ Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

³⁷⁵ Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

³⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95: doutrina; jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*, p. 159.

A corroborar o mencionado entendimento está tudo quanto foi escrito sobre a antecipação dos efeitos da tutela da parte incontroversa da demanda, diante da necessidade de uma distribuição equânime do ônus do tempo entre as partes, não havendo sentido em fazer o autor esperar para efetivar algo em que a própria parte ré reconhece em que lhe assiste razão.³⁷⁷

No entanto, não parece ser razoável transportar essa lógica para a estabilização da tutela antecipada sem a devida mediação.

Como é cediço, a antecipação da tutela é a antecipação dos efeitos obtidos quando da prestação da tutela final, ou melhor dizendo, das consequências práticas que a tutela final terá no mundo fenomênico. E uma sentença pode produzir na realidade fática diversas consequências, vale dizer, de um mesmo pedido podem ser extraídos diversos “efeitos”. Ainda que possa ser levantada discussão por eventualmente se tratarem de pedidos diversos (declaração de paternidade somada à condenação a pagar alimentos, declaração de invalidade do negócio jurídico bancário acrescida do pedindo de repetição do indébito, por exemplo), se houver a relação de prejudicialidade entre um pedido e outro ou os efeitos antecipados decorrerem do mesmo pedido, o prosseguimento da ação em relação à parte controvertida fará com que seu julgamento inexoravelmente atinja aquilo que seria estabilizado. Como a estabilização da tutela antecipada sucumbe diante da coisa julgada formada em ação ajuizada antes do decurso do prazo decadencial, essa estabilização seria inútil.

Parece, assim, que somente seria possível a estabilização parcial caso se trate de uma cumulação de pedidos que não guarde relação de eventualidade, alternatividade,³⁷⁸ sucessividade, prejudicialidade ou de causa e efeito entre si.

Exemplo disso é a cumulação de pedidos em face de sujeitos diversos.

A discussão da estabilização parcial em face de um dos litisconsortes é, a bem da verdade, uma discussão sobre teoria geral dos recursos e sobre os limites do art. 1.005 do CPC/15 (antigo art. 509 do CPC/73).³⁷⁹ Trata-se de uma

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, p. 202-206; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, p. 283- 286; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, p. 81-89;

³⁷⁸ Arrolaram-se aqui eventualidade e alternatividade por conta do dissenso doutrinário na denominação da cumulação alternativa e sucessiva eventual de pedidos.

³⁷⁹ Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses

discussão sobre o limite subjetivo do efeito devolutivo, ou seja, dos limites em que “a decisão do recurso alcança pessoa diversa da pessoa do recorrente”.³⁸⁰

É fundamental, nesse ponto, a distinção de dois modelos de litisconsórcio. No litisconsórcio simples, regulado pelo art. 116 do CPC/15, por conta da natureza da relação jurídica, o magistrado deverá decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.³⁸¹ Trata-se de uma relação jurídica una, incindível, que deverá ser regulada de forma idêntica para todos os litisconsortes.³⁸²

Houve uma correção para uma falta de apuro técnico ocorrida na redação do antigo art. 47 do CPC/73,³⁸³ que trazia definição bastante semelhante para o litisconsórcio necessário, incidindo em evidente equívoco.³⁸⁴

O litisconsórcio simples, por sua vez, não impõe a necessidade de que a situação seja regulada da mesma maneira para todos os litisconsortes. Essa classificação dos litisconsórcios entre simples e unitário “trata-se de divisão do litisconsórcio que parte da análise do objeto litigioso do procedimento (e, portanto, da situação jurídica substancial deduzida”.³⁸⁵

A título de exemplo de litisconsórcio simples pode-se citar uma ação intentada por dois professores de uma determinada universidade pública federal contra a união, pretendendo, cada um deles, seu reenquadramento funcional. Cada um desses servidores públicos tem sua própria relação jurídica com o ente federativo que, embora regulada pelas mesmas regras – o que em tese pode

Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 526.

³⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, vol. I, p. 340.

³⁸² “Será simples o litisconsórcio toda vez que possível que o juiz julgue o litígio de modo distinto para cada um dos litisconsortes. Unitário será o litisconsórcio quando a demanda tiver de ser julgada de maneira uniforme para todos os litisconsortes (art. 116). O que determina a unitariedade do litisconsórcio é a *natureza incindível* da situação jurídica de direito material alegada em juízo – na verdade, esse é o significado da expressão “natureza da relação jurídica” empregada pelo legislador (art. 116)” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 86.

³⁸³ Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 170-173.

³⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 450.

justificar o litisconsórcio -, preenche ou não os requisitos para a concessão do pedido.

Exemplo de litisconsórcio unitário é ação do condômino para defesa da posse da coisa comum. Suponha-se que uma fazenda cuja propriedade pertence a sete irmãos é invadida pelo movimento dos trabalhadores sem-terra. Dois desses irmãos proprietários ajuízam a ação de reintegração de posse. Em razão do próprio direito material e de sua natureza incindível, é impossível que a ação seja julgada de modo diferente para cada um dos autores. Ou os praticantes do esbulho possessório serão retirados do imóvel, em proveito de ambos os autores, ou lá permanecerão, em prejuízo de todos os proprietários. É nesse sentido que se diz que a relação material é incindível.

Em termos mais abstratos, pode-se dizer que no litisconsórcio simples em que A e B demandam C, cada um dos autores possui uma relação com o réu C (A está ligado a C por uma relação jurídica, B possui outro liame em relação à parte ré). No litisconsórcio unitário se trata de uma única relação jurídica entre os integrantes da parte autora e o réu. Apenas por advertência, note-se que quando, se fala de relação jurídica, se está a tratar da relação jurídica no plano do direito material e, quando as partes foram denominadas autoras ou rés, é apenas por uma questão de conveniência e para dar maior clareza ao exemplo. Não se está tratando da relação de direito processual.

Todavia, a existência de uma única ou de múltiplas relações no plano material repercute no processo. No litisconsórcio simples há um pedido formulado por cada autor litisconsorte em face de cada um dos réus em litisconsórcio. No litisconsórcio unitário há um único pedido formulado por todos os eventuais autores contra todos os réus.

No que toca à revelia, o art. 345, I, do CPC/15 dispõe que não incide a presunção de veracidade dos fatos alegados se “havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”. A orientação geral acerca dessa norma é que “se o fato alegado pelo autor diz respeito a todos os litisconsortes, a contestação de um afasta o efeito da revelia em relação a esse fato. Mas, se o fato alegado diz respeito apenas ao revel, a falta de contestação desse torna o fato

incontroverso, a despeito das contestações apresentadas pelos outros litisconsortes”.³⁸⁶

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que o afastamento dos efeitos materiais da revelia em razão de oferecimento de contestação pelo litisconsorte depende da existência de litisconsórcio unitário, mas, “no entanto, a revelia também pode ser afastada quando, mesmo inexistindo litisconsórcio passivo unitário, um dos réus alegar fato comum a todos os litisconsortes. Nesse caso, alegação de fato comum aproveita a todos os consortes”.³⁸⁷ Acerca do artigo correspondente no Código *Buzaid* (art. 320, I, CPC/73), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sustentaram que deveria ser utilizado raciocínio semelhante ao empregado no efeito expansivo dos recursos previsto no art. 509, parágrafo único, do CPC/73,³⁸⁸ que corresponde ao atual art. 1.005 do CPC/15.

Disso tudo, pode-se extrair que nos casos de litisconsórcio unitário, em razão da impossibilidade de se cindir a solução dada ao caso levado a juízo, o recurso de uma das partes sempre aproveitará aos seus consortes. Portanto, sendo caso de litisconsórcio passivo unitário, não haverá estabilização em face de qualquer demandado, caso um deles recorra da decisão que concedeu a estabilização da tutela antecipada em procedimento antecedente.

Mais complexa é a discussão caso se trate de litisconsórcio simples. Nesses casos, havendo solidariedade passiva, se as alegações de fato que sustentam o pedido de tutela antecipada e a decisão que a concedeu forem os mesmos em relação aos litisconsortes simples, o recurso de um deles

³⁸⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, p. 180; Há por outro lado orientação mais amplas que, caso trazidas para o âmbito da estabilização da tutela antecipada autorizam a interpretação segundo a qual a defesa oferecida por qualquer litisconsorte seria suficiente para impedir a estabilização, conforme defende Mirna Ciarni ao aduzir que, “no caso de litisconsórcio, a impugnação apresentada por um, a todos aproveita, já que atos benéficos estendem-se aos demais, bem como o recurso do litisconsorte também comunica, da mesma forma” CIARNI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, p. 258. Posição semelhante é adotada por Bruno Garcia Redondo, segundo o qual “inexistirá estabilização quanto o réu for inerte, mas houver impugnação recursal por parte de litisconsorte passivo ou assistente litisconsorcial ou simples do réu cujos fundamentos de defesa aproveitem, igualmente, o réu inerte”. REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada: principais controvérsias*, p. 173.

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 190.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 125.

aproveitará aos demais, impedindo a estabilização. Se foram diversos, haverá estabilização de pleno direito em prejuízo daquele que restou inerte. A situação fica mais clara com exemplos.

A primeira hipótese é a seguinte: A, que é motorista de *uber*, sofre acidente de trânsito e propõe um pedido de tutela antecipada antecedente em face de B, condutor do veículo que supostamente o atingiu, e C, proprietário desse veículo, pleiteando que os demandados paguem o aluguel de um automóvel para que ele possa exercer sua atividade profissional até que seu carro seja consertado. Caso o pedido antecipatório seja acolhido, se B restar inerte e C interpor recurso alegando que o acidente de trânsito nunca ocorreu, tal recurso aproveitará ambos os litisconsortes.

Por outro lado, na hipótese de A, estudante da Universidade Federal do Paraná agredido em uma invasão do Prédio Histórico da Universidade por movimentos contrários ao governo federal, ajuíza em face de B e C, seus supostos agressores, um pedido de tutela antecipada antecedente, requerendo que estes arquem, desde logo, com o tratamento de saúde necessário em razão das agressões sofridas, o recurso de B não aproveitará seu litisconsorte, caso ele alegue que não participou da manifestação e no dia dos fatos estava em viagem ao exterior.

Assim, a possibilidade de estabilização parcial subjetiva deve ser analisada, em primeiro lugar, à luz da modalidade de litisconsorte. Ela não será possível em litisconsórcio unitário. Sendo litisconsórcio simples, será necessário analisar os limites subjetivos do efeito devolutivo do recurso, de modo a saber se seu resultado poderá trazer proveito ao réu que permaneceu inerte. No entanto, essa análise somente será possível caso haja solidariedade passiva, nos termos do art. 1.005, parágrafo único do CPC/15.

1.4 Tutela antecipada antecedente nos tribunais

Não é de alta indagação a questão acerca da possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente concedida em processo de competência originária de tribunal. Ajuizado o procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada perante o tribunal e concedida a medida liminar, cabe à parte ré interpor o recurso de agravo interno, sob pena de

estabilização, uma vez que os artigos 303 e 304 do CPC/15 não fazem qualquer restrição quanto à aplicabilidade da estabilização aos processos de competência originária dos tribunais.

Além disso, não é o juízo a quem compete originariamente conhecer da causa um critério idôneo para limitar uma possibilidade procedimental conferida às partes, sobretudo quando ela é plenamente compatível com o procedimento no âmbito dos tribunais.

Com efeito, o art. 304, *caput*, do CPC/15 dispõe que a medida se estabilizará se não for interposto o competente recurso. Ora, houvesse intenção do sistema em limitar a incidência desse procedimento ao primeiro grau de jurisdição e, ainda que não houvesse menção expressa, bastaria a previsão de interposição e agravo de instrumento, o que não foi feito. Ao aludir ao competente recurso, o Código indica que, em certas situações, outros serão os recursos que deverão ser interpostos para impedir a estabilização da medida. Assim, caso haja concessão de tutela antecipada por decisão monocrática do relator, deverá ser interposto o recurso de agravo interno, estabilizando-se a tutela antecipada concedida caso o réu não se desincumba desse ônus.

Problema maior é a possibilidade de estabilização quando a questão é levada ao tribunal não por sua competência originária, mas dela conhece em razão de sua competência recursal.

A questão é a seguinte: caso seja proposto perante a primeira instância o pedido de tutela antecipada antecedente, na hipótese de ser indeferida a medida, ainda poderá haver a estabilização?

É evidente que, indeferida a tutela antecipada, não haverá estabilização se o autor restar inerte. Contudo, nada obsta que a parte demandante interponha seu agravo de instrumento contra a decisão denegatória de antecipação de tutela e formule, desde logo, um pedido de antecipação de tutela recursal direcionado ao relator.

As questões que se apresentam são: (i) na situação narrada, se houver concessão de antecipação de tutela recursal pelo relator, deverá o réu interpor algum recurso para obstar sua estabilização? e; (ii) caso a antecipação de tutela antecedente seja deferida no julgamento colegiado do recurso, deve o réu praticar alguma conduta para que a medida não se estabilize?

É preciso notar, em primeiro lugar, que são hipóteses muito diferentes da concessão de medida antecipatória antecedente em processo de competência originária do tribunal. Quando num processo de competência do tribunal o relator concede antecipação de tutela – antecedente ou não -, essa questão não será levada, inexoravelmente ao colegiado. O que a corte julgará será a lide tal qual proposta, será o mérito do litígio. Para que aprecie a antecipação de tutela, deverá a parte interpor recurso, abrindo ao órgão colegiado a possibilidade de decidir sobre a medida antecipatória.

Quando se trata de recurso contra a decisão que verse sobre a concessão de antecipação de tutela, o pedido de provimento suspensivo ou antecipatório ao relator vem, desde logo, acompanhado de um requerimento de julgamento de procedência do recurso. Ou seja, a questão do preenchimento dos pressupostos para concessão da tutela antecipada será objeto de análise pelo órgão colegiado, independentemente da interposição de recurso contra a decisão monocrática do relator que, deferindo o processamento do recurso, analisa o pedido liminar. O procedimento recursal está preordenado a seguir para julgamento pela Câmara ou Turma, o que somente não ocorrerá se o relator monocraticamente negar seguimento ao recurso (932, III, CPC/15) ou julgar monocraticamente seu mérito (932, IV e V, CPC/15).

Assim, não parece razoável crer que a antecipação de tutela recursal concedendo a tutela antecipada antecedente se estabilize, caso o réu não interponha recurso de agravo interno contra o *decisum*. O julgamento pelo órgão colegiado faz parte do procedimento legalmente previsto e é desejado pelo sistema.³⁸⁹

De outra parte, as possibilidades recursais contra a decisão colegiada são bastante restritas. Ao tratar da competência recursal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição da República dispõe, respectivamente, em seu art. 102, II, que compete aquele “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância” e, no

³⁸⁹ No novo Código de Processo Civil fica bastante claro que o julgamento monocrático do recurso é hipótese bastante excepcional, uma vez que não foi reproduzida a possibilidade de o relator decidir isoladamente a questão baseado em “jurisprudência dominante”, termo bastante vago e que propiciava a resolução monocrática de uma gama maior de recursos. No sistema do novo código, as hipóteses de julgamento monocrático pelo relator são mais objetivas e, portanto, abrem menos possibilidade para esse julgamento. Fica fácil, assim, sustentar que o sistema anseia pelo julgamento colegiado.

art. 105, III, que compete a este “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”.

Em razão de os dispositivos legais se valerem do termo “causa”, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que somente poderiam ser levadas a esses tribunais recursos interpostos contra decisões de mérito. No entanto, esse não foi o entendimento prevalente nos tribunais pátrios.³⁹⁰

Não obstante ter saído vencedora a tese de que é cabível o uso das vias recursais extraordinárias para manifestar insurgência contra decisão interlocutória, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 735, segundo a qual “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”, no que foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁹¹

³⁹⁰ A esse respeito, confira-se a ementa do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE INADMITTE RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. 1. Admite-se recurso extraordinário contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que, no exame do cabimento de recurso especial, assenta proposição contrária em tese ao disposto no art. 105, III e alíneas da Constituição Federal. 2. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não caber recurso especial contra acórdão de Tribunal de Justiça proferido em agravo de instrumento. O termo “causa” empregado no art. 105, III, da Constituição compreende qualquer questão federal resolvida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, ainda que mediante decisão interlocutória. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 153831, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 03/12/2002, DJ 14-03-2003 PP-00039 EMENT VOL-02102-01 PP-00224)

³⁹¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. COLISÃO DE VEÍCULO CAUSADO POR PREPOSTO. VEÍCULO RESERVA. REFORMA, PELA CORTE LOCAL, DA EXTENSÃO DA LIMINAR, PARA LIMITAR O FORNECIMENTO DE VEÍCULO AO PRAZO DE 90 DIAS, E NÃO ATÉ O JULGAMENTO DA DEMANDA. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

1 A adoção pelo julgador de fundamento diverso do defendido pela parte não caracteriza omissão prevista no art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, contanto que a decisão tenha dirimido as questões pertinentes ao litígio.

2. Em sintonia com o disposto na Súmula 735 do STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar), a jurisprudência do STJ entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa. (AgRg no Ag 658.931/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011) 3. A corte local apurou que, no tocante ao acidente envolvendo o veículo da agravante, embora tenha sido causado por preposto da recorrida, as despesas para os reparos foram devidamente assumidas pela demandada, que, inclusive, encaminhou o veículo para a oficina escolhida pela própria autora. Dessarte, embora o acórdão recorrido reconheça os transtornos sofridos pela agravante desde então, em razão dos vários defeitos apresentados pelo veículo, entendeu o Colegiado local “suficiente o prazo de 90 dias, observadas as peculiaridades do caso”

Além disso, ainda que haja a robusta doutrina de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha manifestando o posicionamento de que “não se pode, porém, afastar, de modo absoluto, o cabimento de recurso especial contra provimento de urgência, sendo cabível quando impossível a medida ou em razão da violação alguma regra que vede ou restrinja a concessão”,³⁹² certo é que, no mais das vezes o recurso interposto contra a decisão que versa sobre tutela de urgência exigirá que sejam reexaminados fatos e provas, esbarrando na súmula nº 7 do STJ. Já em relação ao STF, de regra, a ofensa à Constituição se dará por via reflexa, ofendendo, em primeiro lugar, as normas processuais ordinárias que versam sobre tutela de urgência.

Portanto, via de regra, o recurso extraordinário interposto contra a decisão concessiva de tutela de urgência e direcionado às Cortes Supremas estará fadado à inadmissibilidade, sendo excepcionais as hipóteses em que será apreciado no mérito. Assim, fere qualquer noção de razoabilidade exigir que a parte interponha um recurso que não será admitido, aumentando o número de atos administrativos a serem realizados, impondo a análise de mais um recurso e forçando a parte a despendar gastos desnecessários, tão somente para que a discussão do mérito prossiga.

Conclui-se daí que, uma vez negada a tutela antecipada pelo juiz de primeira instância, ainda que o Tribunal a conceda – seja em decisão liminar, seja em decisão colegiada – não há lugar para a estabilização dessa tutela, em razão das limitações impostas aos recursos que eventualmente poderiam desafiar a decisão.

1.5 Estabilização da tutela antecipada em ação rescisória

A possibilidade de concessão de tutela antecipada em ação rescisória é óbvia, seja porque decorreria da previsão constitucional do acesso à justiça, seja

- o que, diante de todo o apurado, demonstra ser manifestamente temerária a revisão da decisão recorrida para ampliar o prazo fixado, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1591908/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 10/10/2016)

³⁹² DIDIER JR., Fredue; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, p. 316.

porque a literalidade do art. 969 a admite, ao dispor que “a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória”.

Ora, “a ação rescisória é uma *ação autônoma de impugnação*, que tem por objetivos a desconstituição da decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, o rejugamento da causa”³⁹³ e “tem a natureza jurídica de ação constitutiva negativa, que produz, portanto, uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente”.³⁹⁴

Admitida a possibilidade de concessão de tutela antecipada, o manejo do procedimento antecedente não se mostra problemático, uma vez que ele existe não apenas em razão da estabilização da tutela antecipada, mas porque não raras vezes a superveniência do dano irreparável ou de difícil reparação é tão iminente que não há tempo hábil para se preparar uma petição inicial completa com o devido cuidado. Negar a possibilidade de uso do procedimento antecedente também seria, em alguma medida, negar o acesso à justiça.

A controvérsia se estabelece acerca da possibilidade de se estabilizar decisão antecipatória que susta os efeitos de decisão judicial transitada em julgado. À primeira vista pode causar perplexidade o fato de uma decisão fundada em cognição exauriente ser rescindida – e assim permanecer – por decisão fundada em cognição sumária. Aparentemente, é uma primeira impressão equivocada.

De início, porque, na nova sistemática, é possível o manejo de ação rescisória contra decisões que não são revestidas pela imutabilidade da coisa julgada, como na decisão proferida na ação monitória não embargada,³⁹⁵ tal qual previsto no art. 701, §3º, do CPC/15.

O argumento sobre a profundidade da cognição, apesar de sedutor, é falho. Explica-se: os objetos de cognição são diversos. Enquanto no processo

³⁹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 421.

³⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 824.

³⁹⁵ “(...) no ordenamento atual, prevê-se também o cabimento da ação rescisória em hipóteses em que não há propriamente coisa julgada material (art. 701, §3º, do CPC/2015 – além da regra geral do art. 966, §2º, do CPC/2015, que, embora visando precipuamente a hipótese em que a rigor há coisa julgada material, pode, pela largueza de seus termos, sugerir alguma incidência mais ampla”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, p. 824.

que originou o comando sentencial transitado em julgado o objeto de cognição era a lide posta naquele processo, qualquer que seja o seu conteúdo, na ação rescisória o objeto de cognição é uma das situações autorizadoras da propositura de ação rescisória, as quais são bastante estritas e vêm arroladas em hipóteses taxativas. Por exemplo, enquanto no primeiro processo o objeto de cognição era a ocorrência de um acidente de trânsito, a culpa, o nexo de causalidade, os quais culminavam no pedido condenatório lá formulado, na ação rescisória da sentença obtida nesse processo o objeto de cognição seria a alegação de que o *decisum* foi proferido por força de corrupção do juiz (art. 966, I, CPC/15).

O grau de cognição é diverso, disso não se discorda, mas os objetos também o são. Por isso, não se pode opor o grau de cognição à possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente obtida em ação rescisória.

Não há razão para obstar, de plano, que a tendência de se privilegiar a tutela dos direitos mediante cognição sumária alcance a seara da ação rescisória.

Talvez o grande problema seja a possibilidade de as partes se valerem desse mecanismo para burlar as eficácias negativa e positiva da coisa julgada. No entanto, não se pode olvidar, que a concessão de tutela antecipada, mesmo em procedimento antecedente, passa pela análise judicial. Não é um ato qualquer a se estabilizar, é uma decisão que passou pelo crivo do judiciário e contra a qual as partes não se opuseram.

A questão é saber se a expressão “reserva de sentença” – cunhada na vigência do dogma da unicidade da sentença – se refere à necessidade de apreciação judicial acerca de certas matérias, independentemente do grau de cognição empregado, ou está associada a prolação de decisão judicial fundada em cognição exauriente. Quer-se dizer que não há dúvidas que certas questões somente podem ser resolvidas pelo Poder Judiciário e o controle de seus próprios atos jurisdicionais é uma dessas matérias, no entanto daí não se extrai, necessariamente, que tudo quando necessite ser levado ao Judiciário deva ser resolvido mediante cognição exauriente.

Como já se discorreu muito brevemente, o grande problema não é tanto a diferença nos graus de cognição, mas o fato de que admitir a estabilização da

tutela antecipada em sede de ação rescisória implica, necessariamente, sustar a eficácia negativa e a eficácia positiva da coisa julgada.

Isso significa que, caso seja formulado o pleito de tão somente rescindir a coisa julgada formada, sem o pedido de um novo julgamento, e seja concedida a antecipação de tutela que venha a se estabilizar, estará o Judiciário não somente autorizado, mas obrigado, a resolver novamente aquela questão, na hipótese da propositura de uma nova ação.

Tão estranha quanta essa primeira hipótese seria a de cumulação de pedido de rescisão e de re julgamento da causa, com o prosseguimento apenas da discussão sobre o novo julgamento.

São soluções que não podem ser aceitas.

Isso porque – embora não se aprecie o argumento – existe um interesse estatal na preservação da coisa julgada. A bem da verdade, não se trata de um interesse simplesmente do Estado, mas de toda a coletividade, uma vez que reabrir a discussão não apenas fere a segurança jurídica, mas obriga o Poder Judiciário a apreciar novamente a lide, coisa que, não raras vezes, ele não é capaz de fazer tempestivamente nem pela primeira vez.

Além disso, admitir a estabilização da tutela antecipada em ação rescisória geraria situações esdrúxulas. Caso rescindida provisoriamente uma coisa julgada, estabilizada a decisão concessiva da antecipação de tutela e decorrido o prazo decadencial de dois anos, a estabilização não mais poderia ser rediscutida. No entanto, é muito difícil sustentar que a ação que deu origem à sentença rescindenda poderia simplesmente ser reproposta, como se a questão nunca houvesse sido solucionada pelo Poder Judiciário.

Numa análise mais refletida, vê-se que a existência dessa modalidade de conflito demonstra que o sistema não comporta a estabilização da tutela antecipada na ação rescisória.

1.6 Vencimento do prazo para aditamento da petição inicial e interposição do recurso vencem no mesmo dia

Na sistemática da estabilização da tutela antecipada, há um problema em relação ao termo inicial dos prazos para a parte autora aditar sua petição inicial e a parte ré interpor recurso contra a decisão que concedeu a tutela

antecipada antecedente em seu desfavor: eles têm marcos iniciais independentes.

A teor do art. 303, §1º, I, do CPC/15, o autor tem 15 (quinze) dias, contados da concessão da medida liminar, para aditar a inicial, complementando-a e confirmando o pedido de tutela final. Poderá ser fixado prazo maior pelo juiz da causa para que essa emenda à petição inicial ocorra.

Por sua vez, o prazo, também de 15 (quinze) dias, do réu para interposição de recurso deve ser contado de sua intimação da decisão concessiva da antecipação de tutela. Não é impossível imaginar hipóteses em que, por conta das mais diversas situações, esses prazos venham a cair na mesma data, por conta de algum eventual litisconsórcio passivo ou privilégio processual de alguma das partes.

Além disso, de regra, o prazo para aditamento da petição inicial teria curso antes do início do prazo para interposição de recurso pela parte ré, o que leva ao inconveniente de o autor necessitar apresentar uma petição inicial completa, confirmando o pedido anteriormente indicado, sem sequer ter a certeza de que tal ato será necessário. É um evidente desperdício de ato processual, caso a parte ré venha a permanecer inerte.

De *lege ferenda*, melhor seria que o prazo para aditamento da petição inicial fosse contado do cumprimento da diligência do art. 1.018, §2º, do CPC/15 (juntada aos autos do comprovante da interposição de agravo) ou, sendo eletrônicos os autos, da certificação de que há na instância superior recurso contra a decisão, quando o autor já saberá se haverá estabilização, de modo que poderá optar por emendar a petição inicial tão somente queira a cognição exauriente.

Como não é essa a solução dada pelo legislador, pode ocorrer o caso dramático de o prazo para interposição do recurso e para aditamento da petição inicial caírem no mesmo dia. A recomendação pragmática à parte autora é que se adite a petição inicial, afinal, nada obsta que, uma vez decorrido o prazo para interposição de recurso, o autor desista da cognição exauriente, conformando-se com a estabilização da tutela antecipada, uma vez que, até o momento, não houve citação da parte ré.

No entanto, essa recomendação não resolve o problema de que a parte autora vai do céu ao inferno a depender de uma interpretação do magistrado

para a qual a lei não dá balizas objetivas. Decorridos no mesmo dia o prazo de ambas as partes, caso se entenda que prevalece a estabilização da tutela antecipada, o autor passa a gozar uma posição razoavelmente confortável, porque amparado por uma nova espécie de imutabilidade que somente será discutida se vencida a inércia pela parte ré no prazo de dois anos. Caso prevaleça interpretação diversa, segundo a qual com o não aditamento da petição inicial o processo deve ser extinto e revogada a medida liminar concedida, o autor se encontra em posição bastante desfavorável, pois será obrigado a indenizar, com responsabilidade objetiva, perdas e danos decorrentes da execução da medida antecipada (art. 302, III, CPC/15), além de, a princípio, não haver óbice para aplicação por analogia do art. 309, parágrafo único, do CPC/15, segundo o qual, cessada a eficácia da medida cautelar antecedente, é vedado à parte pleiteá-la novamente, salvo por novo motivo.

Assim, paira sobre a questão uma incerteza que, por ambas as hipóteses levarem a consequências bastante gravosas, é geradora de insegurança jurídica bastante grave e que precisa ser reparada pelo bem da aplicação da sistemática da estabilização da tutela antecipada.

É difícil apresentar argumentos mesmo de ordem moral ou retórica para defender qual das situações deve se sobressair, afinal ambas as partes restaram inertes quando deveriam, por imposição legal, ter agido.

No entanto, não se pode olvidar qual a função dessa nova espécie de imutabilidade: não obrigar as partes a litigarem quando elas mesmas entenderem que isso não é necessário, porque, aparentemente, se satisfizeram com a medida concedida em cognição sumária. A inércia do réu indica seu conformismo. O não aditamento da petição inicial pelo autor também demonstra que ele não pretende prosseguir com o processo.

A par disso, é certo que todo o ordenamento processual caminha para, respeitado o devido processo legal, uma máxima efetividade dos atos processuais praticados. A interpretação de que deverá ser extinto o processo sem resolução do mérito, cessando a eficácia da medida antecipatória concedida, vai na contramão da ideia de que se deve extrair dos atos processuais o máximo de efeitos possível. Caso se adota essa interpretação, todos os atos praticados nesse procedimento antecedente serão inúteis.

Não fosse por isso, parece menos danosa a parte ré a estabilização da tutela antecipada do que a cessão de efeitos da medida seria para o autor, uma vez que o réu poderá propor ação, no dilatado prazo de 2 (dois) anos, para discutir a tutela antecipada estabilizada, bem como o pedido indicado e os fundamentos que lhe deram ensejo.

Por isso, entende-se que o mais adequado é que, diante da possibilidade de o juiz modular o prazo para aditamento da petição inicial pela parte autora, o magistrado o faça alterando seu termo inicial para a ciência da interposição do recurso de agravo ou do decurso do prazo da parte ré. Não acontecendo isso, parece ser mais correta a interpretação segundo a qual prevalece a estabilização da tutela antecipada, de acordo com uma interpretação teleológica do instituto e do sistema.

1.7 Estabilização da tutela antecipada e verbas de sucumbência

1.7.1 O procedimento antecedente para concessão de tutela antecipada é um procedimento especial?

O artigo 318 do Código de Processo Civil dispõe que “aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”, elegendo o procedimento comum como método padrão para a tutela dos direitos, sem ignorar, por outro lado, a necessidade de estabelecer procedimentos diversos que atendam às reclamações do direito material invocado pelas partes.

Assim, parece que o Código põe de um lado a tutela padrão dos direitos (o procedimento comum, previsto no Livro I, Título I, da Parte Especial) e do outro todos os demais procedimentos, considerados especiais (previstos no Livro I, Título III, da Parte Especial). Restariam fora dessa divisão o cumprimento de sentença, que nada mais seria que outra fase do procedimento comum, e o processo de execução de título extrajudicial, alocado por Luiz Guilherme

Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero³⁹⁶ como procedimento especial.

Dentro dessa lógica, tudo quanto não for o procedimento comum, procedimento especial é. Portanto, os procedimentos antecedentes de concessão de tutela de urgência, seja ela satisfativa ou cautelar, seriam procedimento especiais.

A observação não está correta, conquanto essa fosse uma solução boa para se apontar a natureza da decisão que põe fim ao procedimento antecedente.

É que as disposições sobre tutela de urgência estão alocadas na parte geral do Código de Processo Civil. Desse modo, aplicam-se subsidiariamente a todos os procedimentos e são universais. É um procedimento que se aplica a todos os direitos materiais tutelados pelos procedimentos especiais, bem como aqueles relegados ao procedimento comum. Ora, não é, assim, de modo algum, especial.

1.7.2 Natureza da decisão que põe fim ao procedimento antecedente

A bem da verdade, a discussão sobre ser o procedimento antecedente de concessão de antecipação de tutela é relevante para definir a natureza da decisão que lhe põe fim. Caso se tratasse de procedimento especial, seria bastante tranquilo afirmar que seria encerrado por sentença, de onde poder-se-ia tirar a conclusão de que cabem, nele, honorários de sucumbência.

Claro, ainda é possível dizer que a decisão extintiva do procedimento antecedente é sentença que não resolve o mérito, fundada no art. 485, X, do CPC, que prevê que o juiz não resolverá o mérito nas demais hipóteses previstas no Código.

Contudo, parece mais adequado não restringir de tal maneira as opções para enquadramento da decisão ora discutida.

É que a sentença que põe fim a execução (arts. 924 e 925 do CPC/15) não se enquadra nas hipóteses dos artigos 485 e 487 do CPC, bem como não

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, vol. 3, p. 59-120.

se enquadrava nos artigos 267 e 269 do CPC/73, sem que ninguém duvide ter ela natureza de sentença.

Assim, se é necessário traçar um comparativo para definir a natureza jurídica da decisão que extingue o procedimento de antecipação de tutela preparatória, o mais adequado é trata-la como sentença, análoga àquela que põe fim a execução.³⁹⁷

Isso porque ela declara a desnecessidade da prática de mais atos jurisdicionais. Veja-se: a decisão ora tratada será proferida na hipótese de, após ser concedida a tutela antecipada, o réu não interpor o competente recurso. Após o decurso do prazo recursal, o processo deverá ser extinto, conforme art. 304, §1º, do CPC. A antecipação de tutela estará estabilizada, a prestação jurisdicional, ao menos por ora, concluída. Assim, a situação é de todo análoga a da execução extinta, por sentença, após ter sido satisfeito o crédito exequendo,

Vale dizer, tanto na execução quanto na antecipação de tutela o que está em jogo não é a declaração do direito, mas sua efetivação. Concedida a carga declaratória mínima para que o direito seja satisfeito no plano material e não havendo motivo para prosseguimento da execução, porque inexistente qualquer crédito insubsistente, ou do procedimento comum após a concessão da tutela antecipada antecedente, porque não interposto recurso pelo réu, basta ao juiz declarar que seu papel, em relação aquele caso, se encerrou, fazendo-o por sentença.

1.7.3 Procedimento antecedente e ônus de sucumbência

Fixado que o procedimento antecedente de requerimento de antecipação de tutela é extinto por sentença análoga àquela que põe fim à execução, declarando que a prestação jurisdicional está encerrada, pode-se partir para a discussão sobre a fixação dos ônus de sucumbência no mencionado antecedentes.

Conforme artigo 85 do Código de Processo Civil, “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, de modo que a

³⁹⁷ O argumento foi desenvolvido pelo Prof. Dr. Eduardo Talamini em disciplina ministrada no Programa de Pós-Graduação em direito da UFPR no segundo semestre de 2016.

discordância sobre a natureza jurídica da decisão que põe fim ao procedimento antecedente leva a necessidade, por coerência, da defesa de inexistência de honorários advocatícios nele. Não é outra a celeuma em relação às custas processuais, pois “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou” (art. 82, §2º, CPC).

Não se trata de rigor excessivo a afirmação de que é necessária base legal para que seja possível, no procedimento ora tratado, a condenação ao pagamento dos custos do processo e dos honorários advocatícios. Aquilo que a praxe forense reiteradamente chama de princípio da sucumbência não é suficiente para justificar a condenação nas verbas de sucumbência. Assim é porque carga condenatória é intervenção efetiva do Estado sobre o patrimônio jurídico da parte nelas condenada, de forma que é necessário para tanto ampla justificação legal.

Todavia, tratando-se de sentença, é de fato possível a condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais, em razão da autorização genérica para que o juiz o faça.

Questão outra é o *quantum* de honorários advocatícios a ser arbitrado, uma vez que se trata de um procedimento bastante simples que somente será extinto por essa sentença se o réu, devidamente informado, optar por não participar do processo. Vale dizer, o trabalho do advogado da parte autora será a elaboração da petição inicial simplificada, conforme autorizado pelo art. 303, *caput*, do CPC e, quando muito, a participação em audiência de justificação. Nada além disso.

Como visto, a estabilização da tutela antecipada é uma técnica monitória. Em razão disso, há posição doutrinária que afirma serem aplicáveis as disposições sobre redução de honorários relativas ao procedimento monitório. Essa hipótese foi levantada nos enunciados da ENFAM, como se constata da redação do Enunciado nº 18: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)”.³⁹⁸

³⁹⁸ Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 24/12/2015.

Entretanto, é impossível concordar com os magistrados que aprovaram esse enunciado, pois há diferenças substanciais entre a situação da estabilização da tutela antecipada e a ação monitória.

O benefício de redução dos honorários advocatícios e de isenção de custas processuais, previsto no art. 701, *caput* e §1º, do CPC é condicionado não apenas a não apresentação de embargos, mas também ao cumprimento do mandado monitório. Dessa maneira, não é suficiente apenas a não interposição de recurso contra a decisão para a aplicação analógica da regra relativa à ação monitória.

Caso haja dispensa de custas processuais e redução de honorários advocatícios em razão de analogia, é preciso aplicar a regra análoga completa. Essa dispensa deve ocorrer caso haja cumprimento espontâneo da decisão liminar, bem como não interposição de recurso contra ela.

É preciso pontuar ainda que a dispensa do pagamento de custas processuais só se aplica, irrestritamente, no âmbito das justiças ligadas diretamente à União. Na Justiça Estadual, a regra comporta temperamento.

Só poderá haver essa dispensa caso o autor, obedecendo o disposto no art. 82, §1º, do CPC, tenha adiantado as custas devidas. Sempre que a aplicação da regra gerar o não pagamento das custas processuais por nenhuma das partes, ela não poderá ser aplicada. Isso porque não há dúvida que a Constituição da República Federativa do Brasil veda as isenções heterônomas, ou seja, um ente federado não pode isentar os contribuintes de tributos devidos a outros entes da federação, conforme previsão do art. 151, III, da Constituição. Na espécie, não pode a União conceder isenção de taxas judiciárias estaduais.

Houve também, no grupo de trabalho sobre tutela provisória do Fórum Permanente de Processualistas realizado na cidade de Curitiba/PR, quem levantasse a hipótese de redução de honorários advocatícios por aplicação analógica da regra do art. 90, §4º, do CPC. Esse dispositivo aplica à generalidade de processos aquilo que está previsto no art. 701, *caput*, do CPC. Ou seja, sempre que o réu reconhecer a procedência do pedido e cumprir simultaneamente a prestação a que tem direito o autor, a condenação em honorários será reduzida pela metade.

As diferenças em relação à estabilização da tutela de urgência são ainda mais gritantes. Mantém-se a diferença já substancial em relação a necessidade

de cumprimento da prestação. Além disso, é preciso considerar que o reconhecimento do pedido gera julgamento de mérito, nos termos do art. 487, III, 'a', do CPC. Embora haja controvérsia sobre a incidência da coisa julgada por se tratar de decisão meramente homologatória, é certo que o reconhecimento do pedido, no mínimo, estará acobertado pela imutabilidade do ato jurídico perfeito que, além de tudo, foi homologado pelo Poder Judiciário. Assim, é sobremaneira mais estável que a estabilização da tutela antecipada.

Por serem gritantes as diferenças, não se pode falar em aplicação por analogia da regra do art. 90, §4º, do CPC.

Da mesma maneira que se deve proceder com cautela para afirmação de que há condenação ao pagamento de honorários e custas processuais no âmbito desse procedimento antecedente, é necessário, uma vez fixado cabimento dessa condenação, ter o mesmo cuidado e relação a dispensa de pagamento de honorários advocatícios.

A verba honorária é direito do advogado e tem natureza alimentar. Não pode ser dispensada ou reduzida sem autorização legal para tanto, de modo que possivelmente até mesmo a aplicação de regras de outros procedimentos por analogia não seja suficiente para autorizar a prática.

José Eduardo Carreira Alvim, por sua vez, defende a possibilidade de condenação em honorários advocatícios diante da incidência do art. 519 do CPC/15 que dispõe sobre a aplicabilidade das disposições relativas ao cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, às decisões concessivas de tutela provisória, razão pela qual os honorários deveriam ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC/15.³⁹⁹

Pode-se afirmar que esse é um dos tantos temas referentes à estabilização da tutela antecipada que precisa de uniformização breve. O problema não é tanto o sim ou o não sobre serem cabíveis honorários advocatícios no procedimento antecedente de requerimento de tutela. O problema é a incerteza, que impede uma negociação adequada dos causídicos com seus patrocinados. Uma vez definido que não são cabíveis honorários ou que é possível a redução, os advogados poderão negociar essa verba diretamente com seus clientes. Se definido que são cabíveis e que não

³⁹⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 197.

comportam redução em face da estabilização da tutela urgente, os advogados poderão, da mesma maneira, ter expectativa de receber a verba da parte ré, negociando também com mais clareza com a parte que representam.

Destarte, percebe-se que, apesar de ainda não ser sequer uma das maiores polêmicas sobre o tema tratado no presente trabalho, a questão pede pacificação.

1.8 Impossibilidade de revogação de ofício da tutela estabilizada

O art. 296 do CPC/15 dispõe que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. É preciso, portanto, investigar, qual a extensão desse dispositivo e em que medida ele se aplica a estabilização da tutela antecipada.

É corrente na doutrina o pensamento de que a possibilidade de modificação ou revogação da tutela de urgência a qualquer tempo não se dá segundo o livre arbítrio do magistrado. Essa modificação, depende, na verdade, de uma mudança do estado de fato, de modo que é necessária uma alteração nas circunstâncias que ensejaram a concessão da tutela antecipada.

Esse foi o entendimento prevalente na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e não há motivos para crer que outra posição se mostre mais adequada aos ditames do novo Código.

Aliás, essa posição ganha ainda mais força diante das normas fundamentais que estruturam toda a interpretação do novel diploma processual. Não basta agora que haja alteração nos motivos de fato que deram ensejo à tutela de urgência, é preciso também que o magistrado oportunize que as partes se manifestem sobre essas alterações, nos termos do art. 10 do CPC/15. A bem da verdade essa já era a solução apontada pelo princípio do contraditório, de índole constitucional, embora fosse reiteradamente ignorada pelo Poder Judiciário. No entanto, com a expressa previsão legal, parece não haver mais qualquer margem para ignorar o respeito ao contraditório e ampla defesa, manifestações que são da dignidade da pessoa humana de matriz kantiana (impossibilidade de tratar o homem como mero objeto).

Não se diga que a exceção do art. 9º, parágrafo único, I, do CPC/15 autorizaria a decisão acerca da tutela de urgência sem a oitiva das partes. O

mencionado dispositivo somente permite essa decisão sem contraditório prévio em situações excepcionais. Um exemplo é na hipótese de o tempo necessário para o exercício do contraditório ser, em si mesmo, ameaça ao direito pleiteado. Outra possibilidade é de dispensa da oitiva prévia da parte contra quem é proferida decisão concedendo tutela de urgência é quando a ciência prévia do pleito e do *decisum* podem frustrar a sua efetivação (v.g. não faz sentido intimar para se manifestar previamente sobre a tutela de urgência devedor que, maliciosamente, está dilapidando seu próprio patrimônio). Portanto, a postecipação do contraditório deve ser fundamentada e utilizada com parcimônia nas situações que a justifiquem.

Enfim, assim já se mostra que a possibilidade de revogação ou modificação de ofício da tutela urgente concedida já se mostra bastante limitada, mesmo desprezados os ditamos relativos à estabilização da tutela antecipada.

Estabilizada a tutela antecipada, após a não interposição do recurso, fica vedada a sua modificação de ofício, pois o art. 304, § 6º, do CPC/15 determina que ela somente poderá ser modificada em ação ajuizada no prazo de 02 (dois) anos. É necessário o rompimento da inércia da parte ré para que ela seja revista, ainda que se alterem a situação que motivou sua concessão. Nada mais consentâneo com os princípios dispositivo, entendido como a impossibilidade de o processo se iniciar por iniciativa do Estado-juiz, e da demanda, compreendido como correlação entre o pedido – em sentido técnico – e a decisão de mérito.

Decorridos os dois anos nos quais seria possível rever a tutela estabilizada, com mais motivo ainda, se pode entender vedada a possibilidade de o magistrado alterá-la ao seu talante. Nem mesmo por ação ajuizada pelo interessado isso é possível, quanto mais de ofício.

O problema se põe enquanto ainda pendente o prazo para interposição de recurso pela parte ré, ou seja, entre a concessão da medida antecipatória e a sua estabilização. É bastante provável que, em razão da necessidade de respeitar o contraditório acerca da modificação ou revogação da medida, essa alteração não se dê antes de decorrido o prazo recursal. Não é impossível imaginar, todavia, situações em que a manutenção da primeira decisão até a oitiva da parte autora venha a causar danos irreversíveis ao réu, demandando atuação imediata do magistrado, com a postecipação do contraditório acerca da modificação ou revogação da antecipação de tutela.

Como não houve encerramento da prestação jurisdicional pelo magistrado de primeira instância e ainda não ocorreu o fato jurídico – estabilização – que impediria a deliberação acerca da tutela de urgência, parece ser mais correto compreender que é plenamente possível que, no interregno entre a concessão da medida antecipada e o decurso do prazo recursal, a alteração dos fatos que ensejaram a sua concessão autorizem uma nova manifestação judicial para alterar, modificar ou revogar a decisão anterior.

1.9 Formulação do pedido principal nos mesmos autos da decisão estabilizada

A formulação do pedido principal nos autos do procedimento antecedente, sem o recolhimento de novas custas, não representa um problema, uma vez que possui expressa autorização legal, conforme se colhe do art. 303, §3º, do CPC/15. A hipótese que se levante é outra: após a estabilização da medida (decurso do prazo para agravo), é possível o desarquivamento dos autos, com a formulação do pedido principal neles? Seria necessário o recolhimento de novas custas processuais?

Talvez as custas processuais sejam a chave para a compreensão da questão. Elas são recolhidas, no procedimento antecedente, sobre o valor do pedido principal. Ou seja, são adiantadas custas como se o processo estivesse destinado a tramitar até o fim, com prolação de sentença fundada em cognição exauriente. Desse modo, parece que haveria um enriquecimento sem causa do Estado ou da serventia, mediante o recolhimento da taxa judiciária sem a efetiva contraprestação de um serviço público. Portanto, como já houve, desde o início, adiantamento de custas a fim de que se processasse o pedido de mérito, não parece haver óbice para aproveitar os autos do procedimento antecedente para tanto.

No entanto, há opinião da doutrina que com a opção pelo procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada, esgotam-se as opções do autor que, para ver seu pedido julgado no mérito, deverá ajuizar sua ação própria. Isso porque a estabilização depende da concessão da tutela antecipada

e da omissão do réu, de modo que nada caberia ao autor para impedi-la.⁴⁰⁰ Para quem assim pensa, aparentemente, não seria possível o aproveitamento dos autos para o manejo do pedido principal

Por outro lado, corrobora o entendimento do aproveitamento dos autos a ideia de simplificação e de maior aproveitamento dos atos, inclusive dos burocráticos. A desnecessidade de uma nova autuação e distribuição decorrente dessa compreensão recomenda ainda mais a medida. Além disso, o juiz que concedeu a tutela antecipada e, assim, já teve algum contato com a causa, irá julgar o pedido principal ou a ação requerendo que a tutela antecipada seja revista, o que também está em harmonia com o sistema processual.

É bem verdade que trabalhar com a ideia de “prevenção” para justificar tal mister não é de todo adequado, uma vez que com as constantes movimentações na carreira, ao menos na justiça estadual paranaense, é bem pouco provável que seja o mesmo magistrado a analisar o pedido. A consideração prática, todavia, não desabona integralmente o argumento.

1.10 Estabilização da tutela antecipada pré-arbitral

Como é cediço, socorrer-se da jurisdição estatal não é a única forma de as partes obterem uma decisão proferida por um terceiro imparcial a respeito de seu litígio. Essa mesma possibilidade é ofertada na arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/96, que recentemente foi alterada pela Lei nº 13.129/15., e que conta com autorização expressa do art. 3º, § 1º, do CPC/15, permissão essa que é de todo despicienda.

No entanto, é possível que, diante da ausência de previsão de um juízo arbitral para analisar situações urgentes, seja necessário que as partes se socorram do Estado-juiz para tutelar a situação de perigo iminente, valendo-se de um pedido de medida urgente pré-arbitral.

A princípio, não há ressalva legal expressa, dentre as hipóteses de estabilização da tutela antecipada, para obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente pré-arbitral. Contudo, essa impossibilidade decorre de

⁴⁰⁰ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 112.

uma interpretação sistemática da atuação judicial ao decidir medidas pré-arbitrais e da Lei de Arbitragem.

Em primeiro lugar, o Superior Tribunal de Justiça entende que a competência do Poder Judiciário para dirimir questão urgente, enquanto não instalado o tribunal arbitral, é precária e não se prorroga,⁴⁰¹ de modo que “o órgão judicial opera ‘de empréstimo’ e, em tal condição, tem um escopo específico e limitado: debelar perigo de dano enquanto o tribunal arbitral não estiver em condições de atuar”.⁴⁰²

Possibilitar a estabilização da medida urgente pré-arbitral ampliaria e desvirtuaria a intervenção judicial, uma vez que não é dado ao Poder Judiciário decidir de forma potencialmente definitiva, ainda que despida de coisa julgada, aquele litígio.⁴⁰³

A par disso, Eduardo Talamini vê na estabilização de tutela antecipada uma finalidade pública bastante acentuada: a diminuição de carga de trabalho do judiciário, mediante solução dos litígios fundada em cognição sumária.⁴⁰⁴ Para o autor, não seria observada essa finalidade caso se permitisse a estabilização, pois o trabalho a ser realizado para julgamento definitivo da causa não será realizado pelo Poder Judiciário. Em sua visão, a atribuição de estabilidade à medida urgente antecedente ao processo arbitral imporia, ao

⁴⁰¹ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium.

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012)

⁴⁰² TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 177.

⁴⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 177.

⁴⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 177.

contrário, uma maior carga de trabalho ao Judiciário, na medida em que incentivaria o ajuizamento da medida judicial antecedente, visando a obtenção de decisão que poderia se tornar estável no tempo.⁴⁰⁵

Em suma, o argumento consiste no fato de que, com a perspectiva de estabilização, “casos que poderiam e deveriam ser resolvidos estritamente no âmbito da arbitragem seriam trazidos ao Poder Judiciário, a pretexto da necessidade de uma providência urgente pré-arbitral, na esperança de se obter, com a estabilização, um atalho para os resultados práticos pretendidos”,⁴⁰⁶ o que somente seria agravado com a interposição de recursos com a única finalidade de evitar a estabilização.⁴⁰⁷

Soma-se a isso que a eficácia da medida antecipada pré-arbitral não seria regulada pelas disposições dos artigos 303 e 304 do CPC/15, mas pelos arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem,⁴⁰⁸ que prevalecem em razão da especialidade.

Dos mencionados dispositivos, Eduardo Talamini extrai as seguintes conclusões:

- (a) É sempre de trinta dias o prazo para a formulação do requerimento de instauração de arbitragem, para que fique preservada a eficácia da medida urgente pré-arbitral – seja ela cautelar ou antecipada. Portanto, não se aplica o art. 303, § 1º, I, do CPC/15, que, na hipótese de tutela antecipada antecedente, prevê que o pedido principal deve ser formulado “em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”;
- (b) a preservação da eficácia da medida urgente preparatória depende do simples requerimento da instauração da arbitragem, e não propriamente da formulação da demanda principal em sede arbitral, que normalmente só se aperfeiçoa em momento subsequente do procedimento arbitral; e
- (c) não há nenhuma ressalva ou exceção quanto à incidência desse ônus sobre o autor da ação judicial urgente. Cabe sempre a ele requerer a instauração da arbitragem no prazo de trinta dias, caso

⁴⁰⁵ “Longe de servir para pacificar, a perspectiva de estabilização da tutela judicial antecipada pré-arbitral funcionaria como incentivo ao ingresso no Judiciário, antes da instauração da arbitragem” TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 180.

⁴⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 181.

⁴⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 181.

⁴⁰⁸ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

pretenda manter a tutela urgente em vigor. Vale dizer, a tutela antecipada pré-arbitral não se estabiliza.⁴⁰⁹

Destarte, não se mostra viável a estabilização da tutela antecipada antecedente pré-arbitral, sobretudo por conta da disposição legal expressa da Lei da Arbitragem, que atribui ao autor do pedido urgente o ônus de iniciativa, em clara exceção ao regime dos artigos 303 e 304 do CPC/15, inaplicáveis à espécie.

1.11 Negócio jurídico sobre a estabilização da tutela antecipada

O art. 190 do CPC/15 prevê a possibilidade de as partes modularem, mediante convenção, o procedimento a ser adotado no processo em que são partes, desde que o litígio verse sobre direito que admita autocomposição.⁴¹⁰ Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ensinam que a melhor compreensão para esse pressuposto objetivo de negociação processual é o de que “em suma, autocomposição abrange qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio”.⁴¹¹ No mesmo sentido é a lição de Fredie Didier Jr., para quem “é preciso esclarecer um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição”.⁴¹² Esse entendimento é corroborado pelo enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que tem a seguinte redação: “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

A respeito dos negócios jurídicos processuais, Cassio Scarpinella Bueno aponta que “a dificuldade reside menos em listar exemplos de negociação processual e mais em saber os *limites* destes negócios processuais, máxime

⁴⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e estabilização da tutela antecipada*, p. 182.

⁴¹⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁴¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, vol. 1, p. 516.

⁴¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte feral e processo de conhecimento*, p. 387.

quando, de acordo com o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, as regras relativas ao *procedimento* são de competência dos Estados”.⁴¹³

Ou seja, diante da natureza pública das normas de direito processual, certamente há limites para a negociação de como se dará o procedimento, aí podendo estar incluída a possibilidade de negociar sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Cassio Scarpinella Bueno aponta que, dentre outras hipóteses, não podem ser aceitos negócios processuais sobre “os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e/ou do exercício do direito de ação; (...) sobre as hipóteses (e o regime) da tutela provisória; (...) sobre a coisa julgada; (...) sobre o número de recursos cabíveis ou interponíveis; ou (...) sobre as hipóteses de rescindibilidade”.⁴¹⁴

Fredie Didier Jr., embora tenha uma concepção de processo mais privatista que a do mencionado Professor da PUC-SP, também arrola algumas limitações aos negócios jurídicos processuais, como a impossibilidade de negociar sobre material de reserva legal, sobre matéria que proteja direito indisponível, aí compreendidas as regras processuais criadas para a proteção de alguma finalidade pública.⁴¹⁵

A defesa incidência dessas restrições à tutela antecipada e sua estabilização depende essencialmente das concepções teóricas acerca do instituto. É impossível dizer com propriedade, no vácuo, se pode haver negociação sobre o tema em comento ou não, sem analisar as bases teóricas que se defendem para os institutos.

Tradicionalmente, todas as medidas de urgência, sob a nomenclatura de tutela cautelar, eram concebidas a partir da necessidade de tutelar a jurisdição estatal. Eram, na já aludida lição de Piero Calamandrei, um instrumento hipotético, serviam à tutela da seriedade da jurisdição e à possibilidade de realização prática do direito alegado, caso ele fosse reconhecido ao final do processo.

⁴¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105 de 16-3-2015*, p. 191.

⁴¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei 13.105 de 16-3-2015*, p. 192.

⁴¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte feral e processo de conhecimento*, p. 388-389.

É bem verdade que essa concepção, como já demonstrado, está há muito ultrapassada e não consegue explicar com exatidão o fenômeno processual. Mas qualquer um que parte de uma teoria processual para explicar a tutela antecipada não conseguirá admitir que os negócios processuais versem sobre ela, pois a antecipação de tutela, não servindo a interesses das partes, estaria fora de sua margem de negociação.

No entanto, não parece ser essa a melhor base teoria para fundamentar a tutela antecipada..

Já a estabilização, conforme também já se discorreu, ela serve a interesses públicos e privados simultaneamente. No entanto, é preciso ressaltar a distinção feita. Num primeiro momento, parece bastante óbvio que a estabilização da tutela antecipada se preocupa precipuamente com a satisfação de interesses privados. Ao se falar de “um primeiro momento” quer-se dizer quando da não interposição de recurso pela parte ré e extinção do processo, com os efeitos do *decisum* perdurando no tempo.

Nesse momento, é claro que prevalece a proteção dos interesses das partes do processo, e não do Estado-juiz, porque, a qualquer momento no prazo de dois anos, os litigantes poderão voltar a discutir a estabilização e o direito de fundo.

Contudo, decorrido o prazo decadencial de dois anos, a estabilização passa a servir um interesse público também, impedindo que o tema seja novamente levado à jurisdição estatal. Passa a incidir uma espécie de eficácia negativa, similar à da coisa julgada, conforme também já analisado.

Não fosse por isso, o art. 209 do Código Civil dispõe que é nula a renúncia a prazo de decadência fixada em lei e, tratando-se de prazo decadencial para a propositura da ação para rever a estabilização da tutela antecipada, não pode haver negociação sobre ela.

Assim, fica razoavelmente tranquilo afirmar que num primeiro momento é possível celebrar um negócio jurídico afastando a estabilização. Não é possível, todavia, afastar a estabilização definitiva. Isso porque a primeira se trata de uma distribuição do ônus de iniciativa do processo e a segunda se trata da incidência de prazo decadencial legalmente previsto.

Questão outra é saber se é possível ampliar as hipóteses de estabilização ou impedir que haja julgamento fundado em cognição exauriente,

vale dizer, um negócio jurídico processual vedando que as partes prossigam no litígio após esse primeiro julgamento fundado em cognição sumária.

Aqui parece que haveria uma violação ao direito fundamental de ação, o qual está também vinculado a possibilidade de obter uma decisão judicial fundada em cognição exauriente, caso isso seja necessário. Se essa construção se demonstrar por demais tortuosa, certo é que inviabilizar o acesso à cognição exauriente importa em evidente cerceamento à ampla defesa dos interesses das partes. Seria uma renúncia a uma expressão bastante relevante de um direito fundamental

Certo, no entanto, é que o próprio direito de defesa, no âmbito das relações privadas, não raras vezes é disponível, apesar de fundamental. Basta que a parte não o exerça.

Desse modo, como há ampla possibilidade de se negociar sobre o ônus de iniciativa do processo (a iniciativa de regra cabe àquele que, no plano dos fatos, está desprovido do bem da vida pretendido, de modo que, sendo bem disponível, há ampla possibilidade de negociação a respeito, mesmo fora do plano processual) e é possível a fixação de prazo decadencial convencional, conforme se extrai do art. 211 do Código Civil,⁴¹⁶ nada obsta que haja uma inversão do ônus de iniciativa com a previsão de prazo decadencial para que ela seja exercida.

É por isso que parece ser possível a convenção para que incida a estabilização da tutela antecipada incidental. Resolver o mérito do litígio fundado em cognição exauriente não se trata de uma prerrogativa do juiz, que só pode fazê-lo na medida em que só pode fazê-lo nos exatos contornos em que requerido pelas partes.

Além disso, a percepção de Cassio Scarpinella Bueno, segundo a qual não seria possível negócio jurídico sobre poderes-deveres do magistrado não parece de todo acertada. Isso porque, como servidor público que é,⁴¹⁷ todo poder estabelecido em favor do juiz serve ao exercício de um dever, não há faculdade. Todas as possibilidades que o magistrado tem no curso do processo são

⁴¹⁶ Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

⁴¹⁷ Não se desconhece a polêmica que envolve a categorização de magistrados como servidores públicos ou agente políticos. Acerca do tema, conferir: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 612-613

deveres-poderes, sempre remontando a um dever-poder de prestar jurisdição. Logo, fosse assim, e não haveria qualquer possibilidade de negócio jurídico processual, o que não corresponde ao ordenamento em vigor.

Da mesma forma, não há óbice a estabilização de uma tutela da evidência, caso assim seja pactuado pelas partes, sobretudo porque parece ser esse o campo mais propício para a estabilização de provimentos jurisdicionais. Ora, é muito mais fácil a parte ré se convencer a não litigar contra hipótese na qual “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, II, do CPC/15), por exemplo, do que naquelas em que o provimento foi concedido porque há uma urgência bastante grave e o direito não é evidente, mas apenas aparente.

Até porque, na hipótese mencionada, o caminho natural seria, após a concessão da tutela da evidência, o julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC/15) ou, ao menos, o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC/15), com a negativa monocrática de provimento a eventual recurso interposto (art. 932, IV, CPC/15), de modo que a parte estaria fadada a um caminho bastante célere até o trânsito em julgado da decisão de procedência, caminho esse que somente agravaria seus ônus de sucumbência.

Enfim, embora seja um argumento pragmático para, de *lege ferenda*, sugerir-se a atribuição de estabilização da tutela antecipada fundada em evidência, certo é que continuar a litigar é algo que está inteiramente dentro da disponibilidade das partes carece de sentido, de modo que não há razão para negar a possibilidade de convencionarem sobre o acréscimo de hipóteses a serem atingidas pelo fenômeno da estabilização, resguardado um núcleo mínimo.

Esse núcleo mínimo que deve ser resguardado é a possibilidade de discussão baseada em cognição exauriente em um prazo razoável, uma vez que, ainda que seja possível estabelecer prazo decadencial convencionalmente, está de alguma maneira a atingir o direito fundamental de ação, cujo conteúdo essencial deve ser respeitado, mesmo pelos negócios firmados entre os particulares.

Capítulo 2: Estabilização da tutela antecipada e o Poder Público

No presente momento se abordará a estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. Para tanto, deve-se ter em conta que processo civil se dá no embate entre a necessidade de tutelar direitos alegados e conferir garantias ao réu para que seu patrimônio jurídico não seja invadido injustificadamente. Essa tensão se agrava quando se trata do Poder Público no polo passivo.

Isso porque é necessário considerar de um lado que o Estado é o grande responsável pela satisfação das necessidades coletivas, tradicionalmente chamadas de “interesse público”, e, de outra parte, que o Poder Público é também o grande violador de direitos e de liberdades.

Assim, não se pode cair no liberalismo exacerbado repudiando por completo as regras favoráveis à Fazenda Pública, uma vez que a Constituição em vigor reserva especial espaço de atuação ao Estado, conferindo-lhe prerrogativas materiais e processuais para tanto, mas que também não seja ingênuo ou demasiadamente otimista no trato com o Poder Público, muito menos esqueça que o Estado existe em função do administrado, e não o contrário.

O “interesse público”, apesar de ser fórmula por demais genérica, é tido como indisponível em nosso ordenamento e cabe, no mais das vezes, à Administração Pública (em sentido subjetivo), concretizá-lo. Contudo, não são raras as ocasiões em que tal interesse milita contra as pretensões do Poder Público.

Assim, é necessário reconhecer em que medida a estabilização da tutela antecipada pode satisfazer os interesses da coletividade e se, de alguma forma, essa estabilização dos efeitos da tutela antecipada em face da Fazenda Pública pode ir contra a indisponibilidade do interesse público.

2.1 Notas sobre a antecipação de tutela contra o Poder Público

Há correlação bastante estreita entre a estabilização da tutela antecipada e os limites para a concessão de medidas antecipatórias ou cautelares contra o Poder Público, de forma que convém apresentar um rápido panorama da matéria.

No Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o novo CPC traz importante regra sobre a tutela provisória. *In verbis*:

Art. 1.059 – À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992,⁴¹⁸ e no art. 7º, §2º, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Dessa forma, mantém-se a impossibilidade de concessão de antecipação de tutela determinando a compensação de créditos tributários, de entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão

⁴¹⁸Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. § 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. § 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. § 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas. Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo. Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado. § 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. § 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. § 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. § 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. § 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. § 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. § 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. § 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza. “Nesses casos, além de não ser possível a concessão de medida liminar, não se possibilita a execução provisória do julgado, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da sentença”.⁴¹⁹

Nessas hipóteses, não haveria inconstitucionalidade, uma vez que o dispositivo da Lei do Mandado de Segurança não restringe a concessão da medida antecipatória, uma vez que o legislador tão somente indicou previamente situações nas quais não há risco de dano de grave lesão ou difícil reparação ou então nas quais a medida é irreversível.⁴²⁰

É preciso notar, também, que a Lei n 8.437/92 veda a concessão de medida antecipatória quando houver vedação para tanto no procedimento do mandado de segurança. Da mesma forma, não se pode buscar a concessão da medida liminar em ação que tramite pelo rito ordinário quando o ato impugnado for de autoridade sujeita à competência originária de tribunal no procedimento do mandado de segurança. A função da Lei é clara: evitar que a parte burle as restrições previstas na Lei do Mandado de Segurança mediante o ajuizamento de ação submetida a outro procedimento.

Contudo, apesar da existência das referidas limitações à concessão de medidas antecipatórias contra o Poder Público, a doutrina chegou à conclusão da “admissão, nas ações movidas contra o Poder Público, da antecipação de tutela”.⁴²¹

2.2 A indisponibilidade do interesse público

Para pensar a estabilização da antecipação de tutela contra o Poder Público é preciso ter em conta as peculiaridades do direito material em questão. O regime jurídico de direito público a que está submetida à administração impõe restrições e dá garantias a fim de que o Estado possa realizar o interesse público e que, ao argumento de o estar realizando, não busque interesses outros.⁴²²

⁴¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 270.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 272-273.

⁴²¹ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (Reflexão quanto a seu conhecimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)*, p. 95.

⁴²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 36.

É por isso que a doutrina diz que a atividade estatal é pautada pela supremacia do interesse público sobre o particular e pela indisponibilidade do interesse público.⁴²³ Conquanto as duas noções possam – e mereçam – ser veementemente criticadas, apenas a primeira guarda correlação com o presente trabalho.

O argumento que se quer contrapor é que se o Estado não tem liberdade para dispor de seu patrimônio no âmbito material e essa indisponibilidade é transferida, via de regra, para o processo, com a submissão das sentenças contra ele proferidas ao reexame necessário, tal restrição também deve se aplicar à tutela antecipada. Ou seja, o Estado não pode dispor de seus direitos, nem mesmo quando deixa de recorrer da sentença que lhe é desfavorável. A consequência seria (mas não é!) que o efeito da não interposição de recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada em caráter antecedente não poderia lhe ser aplicada.

Todavia, a suposta indisponibilidade do interesse público precisa ser lida conforme a realidade normativa brasileira. O interesse público é indisponível? Sim, mas qual o conteúdo dessa indisponibilidade?

Indisponibilidade do interesse público não significa que o Estado deve perseguir a todo custo benefícios para si próprio. Não quer dizer também que o Estado não pode reconhecer e cumprir espontaneamente direitos alheios.⁴²⁴ Na verdade, isso ocorre diuturnamente, quando o administrador – independentemente de qualquer intervenção do Judiciário – realiza o reenquadramento funcional, paga o terço de férias indenizadas, promove um servidor público porquanto preenchidos os requisitos, paga as horas extras prestadas ou anula seus atos considerados ilegais,⁴²⁵ conforme prerrogativa que lhe é conferida pela Lei.

⁴²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 35-37.

⁴²⁴ “As constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público não afetam outra diretriz fundamental da atuação pública: a Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade. Em regra, tal submissão independe da instauração de processo judicial. Trata-se de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento tal direito” TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de processo*, São Paulo, vol. 128, p. 59-78, out, 2005.

⁴²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 35-36.

Suponha-se que o material de determinada empresa fornecedora de equipamento de som seja locado para evento realizado em universidade pública. Algumas caixas de som e microfones, nesse exemplo hipotético, são esquecidas nessa universidade pública e passam a ser utilizados no dia a dia por seus professores para ministrar as aulas, uma vez que os servidores pensaram se tratar de material de propriedade da universidade. Caso a empresa venha requerer a devolução desse material, a universidade não poderá restituí-lo? Ou existe possibilidade de instauração de procedimento administrativo para verificar a quem pertence o material e, na hipótese de ser mesmo da mencionada empresa, ele ser devolvido? A resposta é óbvia. A indisponibilidade do interesse público não impede que os entes estatais reconheçam direitos alheios.

Na verdade, a expressão “indisponibilidade do interesse público”, consagrada no direito administrativo, reflete muito pouco o fenômeno da atuação estatal. Não se quer dizer que o Estado possa dispor livremente de seu patrimônio. Essa é a questão. Para dele dispor, está amarrado a sujeições especiais não encontradas nas relações jurídicas privadas. O Estado pode reconhecer direitos ao administrado, desde que preenchidos pressupostos especiais, e isso não é indisponibilidade.

Portanto, é mais adequado se falar em prerrogativas e sujeições especiais e, sendo essa a abordagem, a questão muda de figura. Ao não recorrer da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, o Poder Público não está dispondo de direito indisponível.

Em primeiro lugar porque, como visto, a estabilização incide sobre os efeitos da tutela antecipada, não sobre a declaração do direito. Assim, pouco importa se o direito é de fato indisponível, mas sim se os efeitos o são.

Em segundo lugar porque a estabilização da tutela antecedente, mesmo quando proferida contra o Poder Público, pode atender ao “interesse público”. É que não faz sentido o Estado ter de litigar contra direitos que muito provavelmente merecem proteção pelo simples fato de que o interesse público é indisponível. Se foi reconhecido o alto grau de probabilidade do direito e o Estado também reconhece ser praticamente certo que a parte autora tem razão, não é razoável obrigá-lo a litigar, gastando esforços e recursos nessa causa. Pela possibilidade de estabilização da tutela antecipada manifestam-se

Guilherme Antunes da Cunha e Sheila Melina Galski Schio,⁴²⁶ bem como Bruno Garcia Redondo.⁴²⁷

Portanto, só não será aplicável a estabilização da tutela antecipada contra o Poder Público quando os efeitos forem indisponíveis. Vale dizer, quando as consequências não poderiam, por expressa vedação, ser obtidas de outra forma que não a decisão judicial final.

Assim, um exemplo de hipótese em que não seria possível a estabilização da tutela antecipada é a ação rescisória proposta por servidor exonerado, por infração funcional, do cargo visando sua reintegração. O Estado não pode ignorar o procedimento administrativo ou judicial que embasou o ato administrativo de exoneração.

O mesmo pode se dizer de ação rescisória proposta por ex-magistrado contra a decisão transitada em julgado que o exonerou. Neste caso há, entretanto, a discussão sobre cabimento da estabilização da tutela antecipada na ação rescisória, tema que não será enfrentado aqui.

Dessa forma, parecem ser poucas as hipóteses em que a tutela antecipada concedida contra o Poder Público não se possa estabilizar, embora tal hipótese não deva ser descartada.

2.3 O reexame necessário

Diante da necessidade de reexame necessário da sentença proferida contra o Poder Público, pode sugerir a indagação de se as mesmas regras se aplicam à decisão estabilizada. Heitor Vitor Mendonça Sica afirma que “de todos os problemas postos, talvez seja este o de mais fácil solução. A resposta é evidentemente *negativa*”⁴²⁸. Prossegue argumentando que a decisão que concede antecipação de tutela não se amolda ao conceito de sentença do art. 203, §1º, do CPC/15⁴²⁹ e que a decisão que extingue o processo, após ocorrida

⁴²⁶ CUNHA, Guilherme Antunes; SCHIO, Sheila Melina Galski. *A estabilização da tutela de urgência no novo CPC: aspectos procedimentais e análise crítica*, p. 267.

⁴²⁷ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada: principais controvérsias*, p. 171.

⁴²⁸ SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 191.

⁴²⁹ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

a estabilização, não pode ser considerada contra a Fazenda Pública,⁴³⁰ uma vez que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a sentença meramente terminativa não se submete ao reexame necessário.⁴³¹

Tal entendimento seria, na visão do autor, reforçado pela semelhança entre a estabilização da tutela antecipada e a tutela monitoria, bem como pela discussão semelhante sobre a aplicabilidade da remessa necessária ao procedimento monitorio, que foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça no EREsp 345.752/MG, quando se decidiu que o reexame necessário não é prerrogativa absoluta da Fazenda Pública.⁴³²

Com o devido respeito ao entendimento contrário, a questão é muito menos simples do que dá a entender Heitor Sica. De fato, a estabilização da tutela antecipada é uma técnica monitoria e se deve tentar compreender o instituto num diálogo constante com os debates e argumentos que prevaleceram na discussão sobre os limites e possibilidades do procedimento monitorio em face da Fazenda Pública.

Pode-se citar, para reforçar esse entendimento, o Enunciado nº 18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, segundo o qual “na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, caput, c/c o art. 701, caput, do CPC/2015)”.⁴³³ Assim, busca-se aplicar a sanção premial da ação monitoria na estabilização da tutela antecipada antecedente como decorrência das semelhanças entre os dois institutos;

Contudo, apesar de ter prevalecido a noção de que não se aplicava o reexame necessário à ação monitoria não embargada, o novo Código de Processo Civil inova em sua disciplina, submetendo-a expressamente ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do art. 701, §4º, do CPC/15:

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

⁴³⁰ SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 191.

⁴³¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 230.

⁴³² SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, p. 192.

⁴³³ Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 13/11/2015.

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496,⁴³⁴ observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

Portanto, se há de fato essa íntima relação entre a técnica monitoria e a estabilização da tutela antecipada, há de se considerar com mais vagar as inovações do procedimento monitorio, a fim de aplicá-las, quando compatíveis, à tutela antecipada antecedente estabilizada.

Dentre as inovações trazidas pelo código em relação à tutela monitoria, pode-se citar como principais a submissão à remessa necessária e o cabimento de ação rescisória em face da decisão não embargada.⁴³⁵

Ou seja, caso se aceite essa ligação bastante estreita entre a estabilização da tutela antecipada e a tutela monitoria, não se pode afastar de modo tão banal a incidência de ambos os institutos, sobretudo ao argumento de que a jurisprudência reconheceu não ser aplicável à ação monitoria não embargada o reexame necessário.

Se nas duas figuras aqui comparadas (estabilização e monitoria) há o emprego da técnica monitoria, considerada como aceleração procedimental para autorizar a execução em razão da inércia do demandado,⁴³⁶ é preciso levar em conta que a semelhança entre ambas é o emprego de uma mesma técnica procedimental.

As posições materiais subjetivas tuteladas são diversas. Direito embasado em prova escrita sem eficácia de título executivo não guarda qualquer correlação inerente com direito provável submetido a perigo de dano. Situação diversa seria se o legislador elege-se a tutela da evidência para estabilizar-se. Contudo, não o fez. Quer-se dizer, assim, de modo bastante claro, que o

⁴³⁴ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

⁴³⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, p. 455-457.

⁴³⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.075/95*, p. 28-29.

emprego de uma técnica monitoria em dois procedimentos distintos e com finalidades diversas não possibilita essa comunicabilidade de regras que se pretende fazer, ao aplicar analogicamente dispositivos de um procedimento noutro.

Para a ação monitoria não embargada são previstos o reexame necessário e a ação rescisória porquanto dela se extrai título executivo judicial e, para a obtenção desse título pelo autor, não se impõe todas as limitações de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, de modo que são sistemas diversos.

A proposta que se faz é a seguinte: tanto no procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente quanto no procedimento da ação monitoria há o emprego da técnica chamada de monitoria. Contudo, diante das peculiaridades dos direitos tutelados em cada caso, bem como das limitações sofridas por cada um deles (necessidade de prova documental sem eficácia de título executivo num e todas as limitações de concessão de liminar contra o poder Público já expostas noutro), o emprego da mesma técnica não implica na existência de um sistema único.⁴³⁷

Pode-se dizer que do emprego da mesma técnica não se podem tirar a conclusões de emprego das mesmas regras. A técnica antecipatória sempre esteve presente nas liminares do mandado de segurança e da ação possessória. Não parece que isso autorize a pensar que há entre eles um microssistema, que autorize o emprego das restrições e prerrogativas conferidas em um deles no outro.

A técnica, por ser instrumental, pode se prestar a fins diversos. Na espécie, um deles é a tutela de direito comprovado por prova documental sem eficácia de título executivo, enquanto o outro é a tutela de direito submetido a perigo de dano. Por conta das finalidades a que a técnica se prestará em cada caso, há peculiaridades procedimentais.

Portanto, a estabilização da tutela antecipada é, de fato técnica monitoria e para a ação monitoria, no NCPC, há previsão de reexame necessário, mas,

⁴³⁷ Alegoricamente falando, a técnica de lançamento de dardo, na competição olímpica, é exatamente a mesma empregada no arremesso de granada, do que já se pode notar que o emprego da mesma técnica não quer dizer muita coisa.

diante das peculiaridades de cada um dos procedimentos, não há que se falar em aplicação analógica ou na existência de um sistema único entre eles.

Destarte, não se podendo aplicar a remessa necessária conforme prevista no art. 701, §4º, do CPC/15, diante das diferenças entre os procedimentos confrontados, há de se recorrer a aplicabilidade da regra geral contida no art. 496 do CPC/15.

Mirna Ciarni defende a aplicabilidade do reexame necessário à estabilização da tutela antecipada ao pálido argumento de que ela não está excluída da incidência desse privilégio da fazenda pública, no rol taxativo do art. 496 do CPC/15, e terá definitividade, ainda que sem coisa julgada.⁴³⁸

No entanto, como bem explicitado por Heitor Sica, a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente não se amolda à hipótese legal, de forma que, com fundamentos diversos sobre a relação com a tutela monitória, pode-se com o mencionado autor concordar. Ressalte-se: a exclusão da incidência da remessa necessária sequer se faz exigível, uma vez que não há porque a legislação excluir incidência de instituto que disposição nenhuma aponta como aplicável ao caso.

A estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público não se submete à remessa necessária porque não é hipótese prevista no art. 496 do NCPC e porque não é possível aplicar analogicamente a regra da ação monitória não embargada, uma vez que há diferenças substanciais entre os direitos tutelados e às limitações de cada procedimento.

2.4 O pedido de suspensão da liminar

A legislação processual civil permite que o ente público peça, independentemente do recurso cabível, o pedido da suspensão de provimentos

⁴³⁸ “Bom anotar a respeito – e aqui numa leitura sistemática –, que o art. 496 do CPC, que trata da remessa necessária, prevê *numerus clausus* as situações de exclusão do instituto, não estando a presente entre elas.

Convém ainda assumir que, uma vez estabilizada a tutela antecipada e ausente ação visando sua impugnação, contrairá ares de definitividade, ainda que despida da coisa julgada. E será ineficaz, não é demais recordar, enquanto não ocorrida essa condição de reexame, que fica sem solução no sistema” CIARNI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, p. 255.

jurisdicionais que violem o interesse público.⁴³⁹ Tal expediente é conhecido como suspensão de segurança, embora possa servir para obstar a execução de decisão proferida em qualquer tipo de ação.

A regulamentação da suspensão de segurança encontra-se esparsa em diversos diplomas legislativos, dentre eles: a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública);⁴⁴⁰ a Lei 8.437/92 (traz disposições mais analíticas, como a oitiva do autor e do Ministério Público no prazo de 72 horas e a suspensão dos efeitos da decisão até o trânsito em julgado da ação principal); a Lei 9.507/97 (prevê a suspensão da decisão concessiva de *Habeas Data*);⁴⁴¹ e a Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança).⁴⁴²

⁴³⁹ “Configura o instituto uma prerrogativa legalmente disponibilizada ao Poder Público, dentre outros legitimados, em defesa do interesse público, toda vez que se vislumbre, concretamente, perigo de grave lesão aos valores atinentes à ordem, à economia, à saúde ou à segurança pública. Busca-se através da utilização deste instrumento a suspensão da eficácia das liminares e das sentenças proferidas contra o ente público, ordenada pelo Presidente do Tribunal competente, até final julgamento do feito (trânsito em julgado da decisão final, como determina a legislação própria)”. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, p. 24.

⁴⁴⁰ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

⁴⁴¹ Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

⁴⁴² Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

O pedido de suspensão de segurança é dirigido, em peça escrita, ao presidente do tribunal imediatamente superior ao órgão cuja decisão se quer suspender, com a indicação a violação do interesse público primário (ordem, saúde segurança e economia públicas).⁴⁴³

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual a suspensão da segurança vige até o trânsito em julgado da ação principal, salvo se houver determinação em contrário na decisão que deferir o pedido de suspensão.⁴⁴⁴

No que toca à estabilização da tutela antecedente, a questão mais relevante é saber se o pedido de suspensão da segurança é meio hábil para afastar a ocorrência da estabilização.

O art. 304 do CPC/15 dispõe que a tutela antecipada antecedente “torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Dessa maneira, a estabilização ocorre em fato jurídico único com a simples não interposição de recurso contra a decisão.

Em primeiro lugar, sem razão a doutrina que defende que qualquer meio de impugnação poderia afastar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Embora se trata de argumento originalista,⁴⁴⁵ é preciso considerar que a redação do projeto de novo código previa que a impugnação da decisão afastaria sua estabilização. A redação foi alterada para recurso e, por óbvio, isso não pode ser ignorado.

Ademais, recurso é termo técnico cujo significado pode ser buscado no próprio Código de Processo Civil. Não há nenhuma autorização legislativa para se afirmar que recurso pode ser entendido como impugnação genérica. Soma-se o fato de que o pedido de suspensão da liminar não é, de modo algum, recurso.⁴⁴⁶

⁴⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 642.

⁴⁴⁴ STF Súmula nº 626 - A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

⁴⁴⁵ Que retoma a vontade do legislador no momento de elaboração da lei.

⁴⁴⁶ “Na verdade, conquanto alguns autores de nomeada lhe atribuam a natureza de sucedâneo recursal, o pedido de suspensão consiste num incidente processual, destinado, apenas, a retirar da decisão sua executividade; serve, simplesmente, para suspender a decisão, mantendo-a, em sua existência, incólume. Daí por que não se lhe deve, com a devida *vênia* dos que se

Portanto, retornando ao pedido de suspensão da segurança, é preciso diferenciar os dois momentos em que ele pode ser formulado.

Caso o ente público requeira a suspensão da tutela antecipada antecedente contra ele proferida no prazo do recurso cabível contra a decisão, eventual procedência poderá afastar a estabilização. Não por uma reação intrínseca entre a suspensão da segurança e a estabilização da tutela antecipada, mas porque, antes de seus efeitos se estabilizarem, eles estarão suspensos. Logo, os efeitos que poderiam se estabilizar estarão desde logo suspenso: aquilo que está suspenso não pode se tornar estável.

Note-se que caso o pedido seja formulado, mas indeferido, não há que se falar em impossibilidade da estabilização da tutela antecipada.

Hipótese diversa é a do pedido de suspensão de segurança após o decurso do prazo para recurso. Isso porque com a não interposição do recurso a estabilização da tutela antecipada antecedente já se operou de pleno direito.

Aliás, ela já é a tutela final da questão. Uma tutela final provisória e que pode ser revista no prazo de dois anos, mas ainda assim uma tutela final. Não se pode suspendê-la até o trânsito em julgado porque só haverá trânsito em julgado se houver ação proposta para rever, reformar ou invalidar a tutela provisória concedida.

Além disso, conforme disposição expressa do art. 304, §6º, do NCPC, a decisão estabilizada só pode ser revista em ação que busque sua revisão, reforma ou invalidação. Não consta das hipóteses legais o pedido de suspensão de segurança.

Isso não obsta que, após o ajuizamento da ação pelo Poder Público, seja realizado o pedido. Apenas não é possível o simples manejo do pedido para, independentemente da referida ação, sustar os efeitos da decisão estabilizada.

2.5 Conclusões parciais sobre a estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública

posicionam em sentido divergente, conferir natureza recursal, não o encaixilhando na moldura dos sucedâneos recursais". CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 637.

A estabilização da tutela antecipada antecedente é uma técnica processual que visa à satisfação de interesses públicos (diminuição o número de processos em tramitação), bem como de interesses privados (não discutir sobre relação social já pacificada). Ela incide sobre os efeitos da decisão, de modo que não há que se considerar se o direito em questão é indisponível, mas sim seus efeitos.

Por estar submetido ao regime jurídico administrativo, a atuação do Poder Público é pautada por prerrogativas e sujeições especiais, expressões que refletem melhor a realidade normativa, uma vez que a indisponibilidade do interesse público expressa muito mais do que deveria.

Portanto, não há óbice para, respeitadas as limitações à concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública, a estabilização da tutela antecipada quando o Poder Público figurar como réu da demanda.

A despeito de haver previsão de reexame necessário para a ação monitória não embargada, as restrições e diferenças entre os direitos tutelados na tutela antecipada antecedente fazem com que o regime não possa ser aplicado por analogia. Da mesma forma, a tutela antecipada antecedente não se amolda às hipóteses de remessa necessária previstas na legislação processual civil.

Por fim, o pedido de suspensão de segurança pode sustar os efeitos da tutela antecipada, caso seja formulado no prazo recursal, mas não tem o condão de impedir a estabilização, que só pode ser afastada nas hipóteses legalmente previstas.

Capítulo 3: Ação para desconstituir ou confirmar a tutela antecipada

Dos §§ 2º, 3º, 5º e 6º do artigo 30 do CPC/15 se extrai que, estabilizada a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, é possível o ajuizamento de ação, por qualquer das partes, para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada concedida. Da leitura conjunta desses dispositivos, tem-se, também, que essa ação pode ser ajuizada por qualquer das partes e que o direito de ajuizar decai no prazo de dois anos.

3.1 A ação

Fredie Didier Jr. lembra que “ação é um termo que possui mais de uma acepção na linguagem da Ciência do Direito Processual. Costuma ser utilizado para referir ao *direito de ação*, ao *procedimento*, à *demanda*, e, enfim, ao *direito afirmado em juízo*”.⁴⁴⁷

A ação para desconstituição da tutela antecipada estabilizada deve ser compreendida à luz da melhor teoria geral do processo civil, ou seja, como um direito subjetivo, público e abstrato exercido em face do Estado. A mencionada ação deve ser pensada como o direito de pedir tutela jurisdicional, não guardando relação com o direito material e a tutela jurisdicional perseguida.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 281.

⁴⁴⁸ “Questa idea unitaria dell'azione postula essenzialmente non solo la concezione di essa como diritto, ma sopra tutto di un diritto completamente autonomo rispetto al diritto sostanziale la cui tutela giurisdizionalmente su persegue. Su questa ‘autonomia dell'azione’ regna universale l'accordo, considerandosi ormai da tutti definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso, o il diritto stesso nella sua fase dinamica. (...)”

Autonomia dell'azione significa, como si è detto, affermazione e riconoscimento de um dualismo nel concetto di diritto soggettivo: da um lato il diritto sostanziale (proprietà, obbligazione) che un soggetto ha verso l'altro sogetto, um diritto che atende la soddisfazione della prestazione dell'obbligatio; dall'altro il diritto di azione, che non atende più nulla dall'altro sogetto, ma impone a questo l'attuazione della legge, e che può liberamente concepirsi o come um potere vero l'altro sogetto, o come um diritto verso il giudice e lo Stato (ala prestazione giurisdizionale, sia astratta cioè al mero provvedimento, favorevole o sfavorevole che sia, sai concreta, cioè al provvedimento favorevole). Como si vede, il dualismo sarebbe dunque imposto: primo, dal diverso contenuto del l'azione; secondo, almeno per alcune teorie, dalla diversa direzione dell'azione, verso lo Stato, non già verso il sogetto. Per quest'ultimo aspetto anzi, il diritto di azione sarebbe um diritto soggettivo pubblico, e con ciò si segnerebbe il masimo distaco dal diritto sostanziale della cui tutela si trata. Uma terza ragione potrebbe indicarsi nella incerteza stessa del diritto sostanziale che si affacia a chiedere la tutela giurisdizionale, per cui non può parlarsi di tutela di um diritto che può non essere riconosciuto dal giudice” SATA, Salvatore. *Diritto porcessuale civile*, p. 97-98.

Essa concepção de teoria do processo está essencialmente ligada a uma perspectiva de teoria do direito dualista,⁴⁴⁹ que reconhece a distinção entre direito processual e direito processual. Vale dizer, é um modelo que expressamente rejeita a noção de jurisdição de Francesco Carnelutti, segundo a qual a sentença judicial efetivava a justa composição da lide,⁴⁵⁰ no sentido de que integra a norma, completando-a, adotando assim uma teoria unitarista do ordenamento jurídico.

Chiovenda, por sua vez, inclui o conceito de ação dentre as categorias processuais em uma generalização neopandectística afirmando que a ação processual se exerce em face do adversário e é um verdadeiro direito potestativo de seu titular.⁴⁵¹ Para ele, a ação é o ponto de contato entre o interesse estatal e o privado através da atuação da lei.⁴⁵²

Deve-se adotar a concepção segundo a qual “a ação, é, assim, um direito exercitável contra o Estado, uma verdadeira contrapartida da vedação de se fazer ‘justiça pelas próprias mãos’. É o Estado que, historicamente, chama para si o *dever* (e a correlata responsabilidade) de distribuir justiça, criando os mecanismos e as técnicas que garantam seu atingimento”.⁴⁵³

O direito brasileiro tradicionalmente adotou uma concepção de ação como direito abstrato, não em sua vertente pura,⁴⁵⁴ mas tal qual descrito por Liebman, como um direito condicionado.⁴⁵⁵ Desse modo, pode ser conceituada como

⁴⁴⁹ SATA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, p. 98.

⁴⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. V. I, p. 93.

⁴⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: *Saggi di diritto processuale civile*, I, p. 3

⁴⁵² TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p.244-245.

⁴⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*, p. 64

⁴⁵⁴ “O Código de Processo Civil brasileiro consagra a teoria abstrata da ação, mas na sua formulação resultante de sua retificação, proposta por Enrico Tullio Liebman em famosa aula inaugural proferida na Universidade de Turim no ano de 1949, quando combateu os exageros a que a sua formulação radical conduzia. Disse o Mestre que, embora a ação prescindida da existência do direito subjetivo material sustentado pelo autor – sendo por isso *abstrata* -, sua existência depende do modo como em cada caso concreto o *direito à sentença de mérito* se relaciona com a ordem jurídica material e com a situação em que o autor se encontra em relação à sua pretensão. Foi dada então muita ênfase às *condições da ação* como requisitos para que, em cada situação concretamente considerada, o autor tenha direito ao pronunciamento jurisdicional de mérito” DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, p. 115.

⁴⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1, p. 200.

“direito público, subjetivo e abstrato, de matriz constitucional, que atribui à parte o poder de requerer ao Estado o exercício da atividade jurisdicional para solucionar determinada situação conflituosa, bem como lhe assegura a perspectiva de uma sentença justa e de tutela jurisdicional efetiva e adequada”.⁴⁵⁶

O direito de ação, no Estado constitucional, está essencialmente ligado ao socorro, pelo Poder Judiciário, das situações carentes de tutela, mediante o emprego de técnicas adequadas, efetivas e tempestivas.⁴⁵⁷

Trata-se assim de um pedido ao Estado juiz para que desconstitua a estabilização da tutela antecipada. É uma invocação da tutela jurisdicional para que reveja, modifique ou anule a tutela antecipada anteriormente concedida.

No entanto, ainda nesse contexto, a ação deve ser compreendida de forma bastante ampla. Não é necessário o pedido expresso para que a tutela antecipada seja desconstituída, basta que o pedido veiculado na ação intentada pela parte seja incompatível com aquilo que restou estabilizado ou, caso se pretenda sua confirmação, seja coincidente com o conteúdo daquele *decisum*.

Além disso, é bastante comum na praxe forense que as “ações”, embora sejam exercício de direito público, abstrato e autônomo, sejam denominadas em razão do procedimento a que se submetem. Vê-se constantemente “ação de exigir contas”, “ação de embargos de terceiro”, “ação de reintegração de posse” e assim por diante.

Qualquer uma dessas “ações” é apta a desconstituir a estabilização da tutela antecipada – desde que ajuizada dentro do prazo -, bastando para tanto que o pedido formulado seja incompatível com os efeitos da decisão estabilizada.

Assim é porque ainda que se submetam a procedimentos diversos e se destinem à tutela de situações dispare, todas esses procedimentos se fundam no direito subjetivo de invocar a tutela estatal e se esse pedido de tutela jurisdicional se funda na tutela antecipada estabilizada, ou melhor dizendo, se a lesão ou ameaça a direito que se quer combater pelo exercício da ação decorre

⁴⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1, p. 203.

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, p. 342-343.

da tutela antecipada estabilizada, não é necessário o pedido expresso de sua desconstituição.

Isso não é lá muito diferente do que aconteceria se o processo tivesse seu curso normal, sem a extinção pela estabilização. Não seria necessário o pedido de confirmação da liminar pelo autor na sentença ou o pedido de desconstituição dela pelo réu na contestação ou no pedido reconvenicional por ele formulado, bastaria tão somente o requerimento pedido incompatível com a tutela antecipada concedida.

Portanto, não há requisito específico, além da propositura da demanda dentro do prazo decadencial, para que a ação desconstitua a tutela antecipada estabilizada. A ação e se submete às suas condições e o processo se rege por seus pressupostos habituais, não se alterando por ter como finalidade ou como consequência a desconstituição ou confirmação da estabilização da tutela antecipada.

3.2 O ônus da prova na ação de impugnação à tutela antecipada estabilizada

A concepção adotada no presente texto permite dar à ação mencionada no art. 304, § 6º, do CPC/15 contornos bastante amplos, uma vez que o direito de ação é compreendido como direito público, subjetivo e abstrato de provocar o Poder Judiciário a fim de dar resposta a uma situação carente de tutela. Por isso, importa mais a análise da situação levada à apreciação do Judiciário do que os pormenores procedimentais.

Segundo esse entendimento, como já exposto, não é necessário nomear a ação na qual se discutira a tutela antecipada estabilizada de “ação de revisão”, “ação anulatória” ou qualquer outro nome que a doutrina crie. Importa mais a substância, o mérito do litígio, vale dizer, que os efeitos da estabilização da tutela antecipada sejam discutidos no bojo do processo instaurado pelo exercício do direito de ação.

Conquanto essa posição seja bastante fiel ao que parece ser a melhor compreensão do direito de ação no estado constitucional, conforme já discutido em item anterior, não se pode olvidar que ela enseja um problema prático razoavelmente intrincado em relação ao ônus da prova.

Como se sabe, o “ônus da prova é o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes”.⁴⁵⁸

As regras de ônus da prova ganham relevância quando não há prova acerca de dada alegação formulada num processo. As regras de ônus da prova proporcionam o fechamento do sistema, permitindo que, mesmo sem haja material probatório apto a auxiliar o juiz a formar seu convencimento de modo adequado, o processo não dure indefinidamente na busca da “verdade”.⁴⁵⁹

Desse modo, as regras de ônus da prova exercem uma dupla função. De um lado, se prestam a ser regra de julgamento, destinadas a possibilitar que o magistrado resolva a lide a despeito da ausência de prova acerca de determinada alegação de fato. De outra parte, permitem que as partes saibam o que se espera que provem a fim de se sagrarem vencedoras da demanda.⁴⁶⁰

O Código de Processo Civil de 2015, a exemplo do CPC/73, adota uma distribuição do ônus da prova conforme a natureza do fato alegado. Tratando-se de fato constitutivo do direito, o ônus da prova incumbe ao autor. Por outro caso, caso seja um fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o ônus probatório recairá sobre a parte ré, a teor do art. 373, I e II, do CPC/15.

Não obstante, diante das peculiaridades do caso concreto, da maior facilidade da produção de determinada prova por uma das partes, essa distribuição poderá ser alterada,⁴⁶¹ tal como se vê no art. 373, § 1º, do CPC/15. A inversão desse ônus também pode decorrer da relação material subjacente, uma vez que há previsão expressa dessa possibilidade para as relações de consumo no art. 6º, VIII, do CDC.

É com base nesses pressupostos que, sem discutir de modo mais atento o que seria a ação para rever, invalidar ou reformar a tutela antecipada estabilizada, a doutrina tem apontado que nesse processo seriam aplicáveis as

⁴⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova*, p. 110.

⁴⁵⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, p. 235.

⁴⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, p. 236.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 266-269; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos, sociais, lógicos e éticos*, p. 138-139.

regras de ônus da prova cabíveis caso a primeira demanda (aquela na qual ocorreu a estabilização da tutela antecipada) houvesse prosseguido.⁴⁶²

Mirna Ciarni defende que não é aplicável normalmente o art. 373 do CPC/15 ao processo em que se discute a estabilização da tutela antecipada, devendo recair o ônus da prova sobre aquele que recairia no processo em que a antecipação foi concedida. Confira-se:

“(..) a possibilidade de propositura da ação por qualquer das partes não traduz, nessa situação particular, a aplicação literal do art. 373, I e II, §§ 1º, do CPC, posto que o autor da demanda, sendo o réu na antecipação de tutela, tem a seu cargo o mesmo ônus que originalmente lhe havia sido carreado, ou seja, de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do beneficiário da tutela antecipada, permanecendo com este, ainda que agora revestido do papel de réu, o ônus a que alude o inc. I, de demonstração do fato constitutivo do direito antecipado”.⁴⁶³

Opinião semelhante é manifestada por Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, para quem:

Em relação ao ônus probatório, por ser mero seguimento da discussão iniciada no processo anterior, não deve ser ele alterado por força da necessidade da propositura de nova ação para exaurir-se a cognição. Esta ação caracteriza o exercício do contraditório por iniciativa do interessado, havendo, portanto, uma inversão da iniciativa que não tem o condão de inverter, também, o ônus da prova. Portanto, se o autor do processo antecedente detinha o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do NCPC), permanece ele, ainda que figure como réu na nova ação, com tal ônus.⁴⁶⁴

Bruno Garcia Redondo, por outro lado, propõe que “deve ser observada a regra geral dos incs. I e II do art. 373, cabendo o ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos (delineados na petição inicial da ação de modificação), àquele

⁴⁶² “Specifichiamo che, a nostro sommo avviso, l'esercizio dell'azione revisionale non comporta modificazione nell'onere della prova: nonostante la misura anticipatoria di urgenza abbia dato ragione all'attore, quest'ultimo dovrà provare l'esistenza dei fatti costitutivi del suo diritto, mentre il convenuto (sebbene abbia proposto l'azione revisionale) dovrà provare solo l'esistenza dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi” BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 31.

⁴⁶³ CIARNI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, p. 257.

⁴⁶⁴ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 121.

que estiver na posição de autor da ação de modificação (seja ele autor ou o réu do pedido antecedente)".⁴⁶⁵

Ainda que se concorde com a posição de Bruno Garcia Redondo, não se pode deixar de notar que os textos citados, em primeiro lugar, não dialogam com posições contrárias para definir qual a regra de ônus da prova aplicável, bem como não expõe seus pressupostos e os debatem, quando muito afirmando que a ação de revisão é mera continuação da primeira demanda.

É por isso que se pergunta: é de fato a ação para rever, invalidar ou reformar a tutela antecipada estabilizada uma simples continuação do procedimento antecedente? Ela equivale à demanda que teria curso caso a concessão da tutela antecipada tivesse sido desafiada pelo competente recurso?

Por tudo que tem sido exposto, parece que a melhor resposta para ambas as questões é negativa.

Em primeiro lugar porque, como é ressaltado pela própria literalidade do art. 304, § 6º, do CPC/15, essa demanda pode ter conteúdos diversos. Rever, invalidar ou reformar não são expressões equivalentes entre si. A invalidação, por exemplo, pode decorrer da percepção posterior de que houve invalidade no primeiro procedimento. A reforma, por outro lado, pode não estar acompanhada de um pedido de tutela da situação descrita pelo autor em sua inicial, mas simplesmente se contentar com a cessação dos efeitos da antecipação de tutela.

Basta dar um passo ao lado do "exemplo ideal", no qual a demanda proposta pelo réu visaria discutir exatamente o pedido que seria proposto pelo autor, para que as repostas não fiquem tão óbvias.

No entanto, não é nem preciso sair do modelo padrão pensado pelos autores que querem a manutenção da distribuição do ônus da prova da demanda originária. É que raciocinar da forma como eles propõem pressupõe que há uma identidade entre a procedência de uma ação que busca a declaração (em sentido amplo) de um direito e a improcedência da declaração da demanda que busca a declaração negativa desse direito, o que certamente não é verdade.

Com o devido respeito, a posição daqueles que pretendem a manutenção da distribuição do ônus da prova como se aquele que goza da tutela

⁴⁶⁵ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, p. 175.

antecipada fosse autor e aquele contra quem ela foi proferida ainda fosse réu é esdrúxula e não subsiste a um raciocínio um tanto mais apurado.

Quem assim pensa esquece-se que o objeto de cognição do processo judicial e a situação tutelada pela sentença nele proferida encontram limites bastante estreitos: são os limites objetivos da coisa julgada, os limites do objeto litigioso.

Não há como se pensar o desenrolar do processo, sua instrução e a decisão a ser proferida sem olhar com cautela o objeto litigioso, sem ter em mente que ele é limitado pelas alegações de fato deduzidas e pelo pedido formulado.

Assim, nem sempre a demanda de revisão será uma simples continuação da demanda. Ela será pautada pelo que for deduzido por seu autor, e não apenas pelo que constava do procedimento antecedente em que houve a concessão da tutela antecipada.

Tratando-se de uma ação, deverá preencher as condições da ação e será impulsionada por uma petição inicial, que deverá obedecer aos requisitos do art. 319 do CPC/15. Será um exercício do direito constitucional de ação, que, repita-se, é abstrato e autônomo, em obediências as disposições legais que o regulamentam.

É por essas razões que não pode ser encarado como um mero “apêndice” do procedimento antecedente já extinto. Não há como transportar as regras de ônus da prova aplicáveis sem ignorar as premissas teóricas discutidas.

Convém, ainda, discorrer brevemente sobre a não correspondência entre a ação declaratória e a ação declaratória negativa de uma relação jurídica.

Quando uma ação declaratória negativa é julgada improcedente, o Poder Judiciário não afirma que a relação jurídica que a parte alega ser inexistente existe. O que ocorre, na verdade, é que pelos fundamentos pelos quais deduzidos pela parte autora é impossível afirmar que a relação não existe. Os limites são bastante estreitos.

Atentando-se para esse fato e tendo em mente que, após a estabilização, a objeção da parte ré contra a tutela antecipada deve se dar por meio de ação, fica claro que não é correto tratar a nova demanda como um mero pedido de prosseguimento da anterior, com efeitos similares ao que teria a interposição do recurso no momento adequado.

É por essa razão que devem ser aplicadas regularmente as regras de ônus da prova ao processo em questão, competindo ao seu autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito, observando-se as peculiaridades do ônus da prova em ações negativas e a possibilidade de inversão do ônus da prova.

3.3 Legitimidade para ajuizamento

A legitimidade para agir é um pressuposto processual subjetivo, o qual estará presente quando “os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo”.⁴⁶⁶

O art. 304, §2º, do CPC/15 é claro ao autorizar o ajuizamento da ação por qualquer uma das partes.⁴⁶⁷ A finalidade da ação, nos termos do mesmo dispositivo, é rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Diante da clara concessão de legitimidade ao autor para ajuizamento da ação, a interpretação concedida aos verbos para os quais se destina deve ser bastante ampla. Sobretudo o verbo “rever” deve ser compreendido com o significado de examinar novamente, inclusive com a possibilidade de confirmação do que fora decidido.

O réu, por sua vez, por ser aquele que sofre as consequências da tutela antecipada estabilizada, também goza de legitimidade para ajuizamento da ação em comento.

Não é de se descartar a possibilidade de que terceiros, atingidos juridicamente pela tutela antecipada, manejem a ação para discuti-la.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 343.

⁴⁶⁷ “Ao aludir ‘qualquer das partes’ deixa claro também o preceito em exame que a ação poderá ser exercida por ambas as partes no processo originário, tanto por quem postulou e obteve a tutela antecipada satisfativa (o autor), quanto por aquele contra o qual a tutela foi concedida (o réu), desde que demonstre interesse na sua revisão, reforma ou invalidação” CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil*, p. 198.

⁴⁶⁸ Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, por outro lado, entendem que a legitimidade para ajuizamento da ação compete apenas àqueles que integraram o procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de processo civil*, p. 122.

A possibilidade de que terceiro discuta a tutela antecipada estabilizada está diretamente vinculada aos limites subjetivos do *decisum*. Não se pode descurar que, até mesmo por imposição constitucional, o modelo de processo vigente privilegia a ampla participação das pessoas afetadas pela decisão judicial, de modo que tanto a sentença quanto a decisão antecipatória proferidas no bojo de um processo se destinam aos contendentes.

Obviamente, como a decisão judicial é destinada a produzir todos os seus efeitos, terceiros que nunca participaram da relação processual ou mesmo material serão de alguma maneira por ela atingidos. A título de exemplo: se em uma ação é reconhecido que determinado bem pertence ao sujeito A, e não ao sujeito B, o terceiro C que pretendia adquirir o bem junto a B sofrerá os efeitos fáticos dessa decisão. No entanto, no mesmo exemplo, nada obsta que C ajuíze uma ação pretendendo ver-se declarado proprietário do mesmo bem. Havia, na vigência do Código de 1973, até mesmo uma intervenção de terceiros para o exercício de tal pretensão, a oposição, que sob a égide do novo código se trata de um procedimento especial.

Desse modo, ainda que não vincule juridicamente terceiros, não há dúvida que a tutela antecipada estabilizada poderá atingir seus interesses pessoais e econômicos, alterando situações de fato que terão consequências sobre pessoas que não integraram o processo em que foi proferida a decisão.

Note-se que isso nada tem de revolucionário ou de novo. É assim – e sempre foi – com toda decisão e, a bem da verdade, com qualquer ato jurídico.

No entanto, não é isso que autorizará o ajuizamento da ação para desconstituir a estabilização da tutela antecipada. Para tanto o terceiro deverá se mostrar juridicamente interessado na desconstituição daquela medida, vale dizer, a tutela antecipada estabilizada só poderá ser desconstituída por ação proposta por terceiro caso ela atinja sua esfera jurídica.

Esse interesse jurídico, a princípio, não se confunde sequer com o interesse jurídico que autoriza a intervenção de terceiro no procedimento comum. Isso porque, no mais das vezes, bastará a arguição de que aquela decisão não pode ser oposta em face de quem não participou do processo em que proferida, de modo que, ainda que sejam partes do processo e da suposta relação de direito material.

Dentre as intervenções de terceiros, se há alguma que confere legitimidade para a propositura da ação ora debatida, é a assistência litisconsorcial. Nessa modalidade “o interesse jurídico que fundamenta a intervenção do terceiro reside na circunstância de que a própria pretensão posta no processo entre as partes originárias é também de titularidade (ou até é de titularidade exclusiva) do assistente”.⁴⁶⁹

A esse respeito, nos termos do art. 124 do CPC/15, “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”, de modo que resta claro o fato de a assistência litisconsorcial ser autorizada pela influência do *decisum* a ser proferido no processo na relação jurídica do assistente, justamente a hipótese que autoriza a propositura da ação para desconstituir a estabilização da tutela antecipada.

Assim, se A, cotista de uma sociedade limitada B, ajuizar uma ação com a finalidade de ver declarada válida determinada deliberação societária, com o pedido de desconstituir a tutela antecipada estabilizada numa ação ajuizada por C em face de B, na qual se antecipou os efeitos da declaração de invalidade do ato discutido, configura-se um exemplo de ação ajuizada por assistente litisconsorcial para desconstituir a estabilização da tutela antecipada.

Além disso, o terceiro que poderia manejar ação a tramitar por procedimento especial também pode pleitear a desconstituição da estabilização da tutela antecipada, assim, a estabilização pode ser desconstituída por decisão proferida no bojo de autos de oposição ou de embargos de terceiro.

Note-se que aqui não se busca apresentar um rol taxativo dos terceiros legitimados a buscarem a desconstituição da tutela antecipada estabilizada, mas tão somente apontar os motivos que autorizam esse pleito e citar os exemplos mais claros dessas situações.

3.4 Consequências do resultado da demanda sobre a tutela antecipada estabilizada

⁴⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1, p. 358.

Na hipótese de procedência da demanda visando a desconstituição da tutela antecipada estabilizada, as consequências estarão diretamente atreladas ao pedido formulado.

Havendo pedido expresso de desconstituição da tutela antecipada estabilizada, não há como se negar que de fato haverá sua desconstituição, cessando então sua eficácia, com todas as consequências daí decorrentes, incluindo a responsabilidade objetiva por eventuais danos causados pela execução da tutela antecipada.

A inexistência de pedido expresso de desconstituição, conforme já visto, não importa em impossibilidade de desconstituição da tutela antecipada. Basta que o pedido julgado procedente pela demanda seja incompatível com a tutela antecipada estabilizada.

Essa incompatibilidade não é, no entanto, apenas uma incompatibilidade prática, mas também lógica. Vale dizer, não se restringe à hipótese em que a decisão liminar dizia “pague” e a sentença transitada em julgada determina “não pague”, mas alcança aquelas na qual a relação (ou inexistência de) jurídica que fundamenta a concessão da medida antecipada é contrariada pela decisão fundada em cognição exauriente.

É bem verdade que o novo código privilegia, em alguma medida, outros métodos de solução dos conflitos, dentre eles a tutela fundada em cognição sumária. Por outro lado, havendo acerca da mesma relação jurídica uma decisão precária fundada em aparência e outra tomada após a ampla possibilidade de debate entre as partes e investigação pelo magistrado, é certo que a segunda deve prevalecer.

A improcedência da ação ajuizada com a finalidade de desconstituir a tutela antecipada estabilizada também comporta cautela e, naturalmente, suas consequências também estão essencialmente ligadas ao pedido formulado. Não há como generalizar as consequências da improcedência.

Caso a ação seja proposta com a única finalidade de reformar ou invalidar a tutela antecipada, sem que seja formulado um novo pedido de mérito, sua improcedência importará na simples subsistência da decisão. Por outro lado, se for formulado outro pedido de mérito, incompatível com a tutela antecipada estabilizada, haverá coisa julgada acerca desse tema levado à juízo, podendo,

inclusive, passar a haver a imutabilidade típica da coisa julgada em relação à situação que antes era protegida pela mera estabilização.

Note-se que até aqui discutiu-se com a premissa de que a ação foi ajuizada com o fito de reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, desconstituindo-a.

Solução diversa terá o caso do ajuizamento da ação pelo requerente da medida da tutela antecipada. Quando formulado o pedido de antecipação de tutela em procedimento antecedente, o autor deverá ter indicado o pedido final a que ele estará vinculado, ou seja, o demandante tem como ônus indicar o pedido de tutela final cujos efeitos pretende ver integral ou parcialmente antecipados.

Desse modo, a ação ajuizada pelo autor para rever a antecipação de tutela – no sentido de confirmá-la -, a princípio, será encartada em uma demanda pedindo a tutela final indicada no procedimento antecedente. Seu julgamento de procedência não apenas confirmará a antecipação anteriormente concedida, mas dará tutela definitiva ao litígio, produzindo integralmente seus efeitos, e não apenas confirmando os antecipados. Essa observação é relevante na medida em que a antecipação dos efeitos da tutela não raras vezes antecipa apenas alguns desses efeitos, e não a integralidade dos efeitos do comando sentencial.

Por sua vez, o julgamento de improcedência da demanda ajuizada pelo autor na qual se formulou o requerimento do julgamento do pedido de fundo da tutela antecipada também produzirá todos os efeitos que lhe são típicos. Vale dizer, a eficácia da tutela antecipada, ainda que estabilizada, deverá cessar. A ação sobre a estabilização da tutela antecipada deve ser um “jogo aberto”, e não tem o condão de tutelar a posição apenas da parte autora da nova demanda.

Assim é porque a antecipação de tutela é fundada num juízo rápido de aparência, enquanto a tutela final é concedida após ampla deliberação. Contudo, não é necessário estagnar no raso argumento fundado no nível de cognição. A antecipação de tutela é concedida na hipótese de o direito alegado existir e, na ação que busca sua confirmação julgada improcedente, verificou-se que o direito aduzido pela parte inexistente. Desse modo, mostrando-se falsa a hipótese, certo é que a consequência nela fundada deve ser desconstituída.

Mais complexa é a situação da extinção do processo sem julgamento de mérito e suas consequências sobre a tutela antecipada estabilizada.

Não há dúvidas que em todas as hipóteses em que extinto sem julgamento de mérito o processo no bojo do qual foi proferida a decisão antecipatória ela será desconstituída, mas aplicar esse raciocínio para automaticamente para a ação de revisão, reforma ou invalidação da estabilização da tutela antecipada desconsideraria a estabilidade que o sistema pretende conferir a essa decisão. Vale dizer, para desconstituí-la é necessário um pronunciamento que a contrarie, e não apenas uma decisão judicial que reconheça a impossibilidade de julgar o pedido então formulado. São situações diversas.

Essa diferenciação decorre da própria autonomia do plano processual e retomá-la exigiria uma reconstrução que remonta à teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Büllow.⁴⁷⁰ Como ensinado pelo autor alemão, a relação processual não se confunde com a relação de direito material, pois tem pressupostos diversos e as exceções que nela podem ser opostas são outras.

Assim, sendo cabíveis exceções que não guardam relação nenhuma com o direito material e admitindo-se que algumas dessas exceções levam à extinção do processo sem resolução do mérito (são as ditas exceções processuais peremptórias, que dispensam análise mais acurada no presente momento), é claro que seu acolhimento não importa necessariamente uma negativa do direito material pleiteado naquele processo.

Há de se notar, todavia, a existência de pontos de contato entre algumas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito e o direito pretendido, dentre as quais pode-se citar o reconhecimento da falta de legitimidade e de interesse processual, de modo que a extinção do feito com fulcro no art. 485, VI, do CPC/15 pode ter por consequência a desconstituição da tutela antecipada estabilizada.

É preciso, no entanto, ter algum cuidado com a afirmação. Não é sempre que a desconstituição ocorrerá, mas tão somente quando ficar decidido que a parte é ilegítima ou não tem interesse não apenas para pedir a confirmação da tutela antecipada, mas também era para pleiteá-la.

⁴⁷⁰ BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

3.5 Interesse do réu em pleitear a desconstituição da tutela antecipada mediante reconvenção

Como se viu, a ação para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, ao menos em relação aos efeitos da tutela antecipada, tem caráter dúplice, no sentido de que tanto seu julgamento de improcedência quanto o de procedência substituirão a decisão antecipatória estabilizada.

É por esse motivo que não existe interesse processual para que o réu da demanda originária proponha reconvenção com o único intuito de pleitear a desconstituição da tutela antecipada.

Nos termos do art. 343, *caput*, do CPC/15, “na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”. A reconvenção é uma nova demanda proposta pelo réu, que aumenta o objeto litigioso, vale dizer, o réu passa a formular pedido em face do qual o autor reconvindo terá o ônus de se defender.⁴⁷¹

Como a confirmação ou revogação da tutela antecipada estabilizada será atingida independentemente do julgamento de procedência ou improcedência da ação então ajuizada, carecerá o réu de interesse para propor reconvenção pedindo apenas a sua desconstituição, uma vez que “quando o efeito prático almejado pela reconvenção puder ser alcançado com a simples contestação, como nos casos das ações dúplices, não se admite a reconvenção por falta de interesse processual”.⁴⁷²

Da mesma maneira, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ensinam que “a presença do interesse de agir (especificamente

⁴⁷¹ “A reconvenção é uma nova ação, proposta pelo réu contra o autor, no processo já em curso e que foi iniciado pelo autor. É um modo de cumulação superveniente de ações, pois o réu, tendo pedido a deduzir em face do autor, exerce o direito de ação, no mesmo procedimento em que está sendo demandado. Nesse sentido, constitui um contra-ataque do réu. A reconvenção não substitui a defesa, pois, mesmo que o réu apresente reconvenção, não está isento do ônus de impugnação ao pedido principal.

Com a reconvenção, o objeto do processo sofre alargamento, passando a conter duas demandas e duas lides: a lide originária, do autor contra o réu, e a reconvenção, do réu reconvinte contra o autor-reconvindo” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, p. 161.

⁴⁷² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 662.

em relação à necessidade da tutela jurisdicional) depende da localização de alguma utilidade nova, que não seria obtida simplesmente por meio da solução da demanda inicial (positiva ou negativamente)".⁴⁷³ Citam ainda como exemplo a falta de interesse para reconvenção pedindo a declaração da inexistência da dívida numa ação de cobrança.⁴⁷⁴

Portanto, diante da ausência de um efeito prático diverso, carece o réu de interesse para propor reconvenção pedindo tão somente a desconstituição da estabilização. Note-se que essa observação somente faz sentido na ação ajuizada para confirmar a decisão liminar.

Por exemplo, caso A, motorista de *uber*, proponha em face de B o pedido de tutela antecipada em procedimento antecedente para que este arque com o aluguel de um carro para que A possa trabalhar durante o conserto de seu veículo. Concedida e estabilizada a decisão antecipatória, A propõe nova ação, pedindo agora a reparação do dano moral e do dano material, consubstanciado no valor gasto com o conserto de seu carro, decorrentes do veículo. Nessa hipótese, por terem objetos diversos, aparentemente B terá interesse para em reconvenção pedir a desconstituição da tutela antecipada anteriormente concedida.⁴⁷⁵

A esse respeito, Fredie Didier Jr. explica que, nas ações dúplices, a falta de interesse para propor reconvenção pedindo o efeito prático que já será alcançado pela improcedência da ação "não quer dizer que em ações dúplices e em procedimentos que admitam pedido contraposto não seja possível a reconvenção: o que não se admite é a formulação, em reconvenção, de pretensão que na simples contestação ou pelo pedido contraposto possa ser feita".⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 186

⁴⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II, p. 186

⁴⁷⁵ Note-se que, embora já executada a pretensão, B ainda poderá discuti-la, a fim de reaver os valores gastos com o aluguel do veículo em questão.

⁴⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 662.

⁴⁷⁷ Aparentemente o trecho citado não foi adaptado à regulamentação do novo Código de Processo Civil. No entanto, a lição continua válida. O que importa é que não se atingindo o efeito prático da reconvenção pela simples improcedência do pedido, haverá interesse para sua propositura.

Assim, aparentemente só terá interesse para uma reconvenção nesses termos se o objeto da ação proposta pelo autor for ligado à tutela antecipada estabilizada, mas com ela não se confundir e, por isso, não lhe confirmar ou revogar os efeitos.

3.6 Eficácia temporal da desconstituição da tutela antecipada estabilizada e responsabilidade por sua efetivação

Em princípio, não há razão para não se admitir que a desconstituição de uma tutela antecipada tenha efeitos *ex tunc*, ocorra isso pelo julgamento de improcedência da ação na qual ela foi incidentalmente concedida⁴⁷⁸ ou no bojo de uma nova ação, ajuizada para discutir a estabilização da tutela antecipada. Isso decorre do caráter precário da decisão fundada em cognição sumária.⁴⁷⁹

Não obstante seja essa a regra geral, a regulamentação da estabilização da tutela antecipada vai na contramão dessa eficácia temporal precária que sempre marcou as medidas antecipatórias. É claro que até o decurso do prazo de dois anos para rediscussão da tutela antecipada essa precariedade ainda será a nota relevante que a definirá. Isso não quer dizer, todavia, que ao autor não seja outorgada pelo direito a pretensão merecedora de proteção de fruir da tutela antecipada que lhe foi concedida, sobretudo quando a inércia do réu para discuti-la não se mostrar legítima.

Reitere-se: a regra na desconstituição da tutela antecipada, estabilizada ou não, é sua eficácia *ex tunc*. Não se pode excluir de plano, todavia, a possibilidade de a força dos fatos apontar em sentido contrário. Caso a eficácia retroativa da desconstituição cause lesão exagerada e injustificada em face daquele que usufruiu da tutela antecipada estabilizada, sobretudo se isso decorrer da conduta do réu, não é impossível de se cogitar a modulação dos efeitos da desconstituição.

Deve-se notar, contudo, que essa modulação é excepcional e demanda a verificação de situação extraordinariamente gravosa. Exemplo que poderia dar ensejo a essa modulação é justamente a desconstituição da tutela antecipada

⁴⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 99.

⁴⁷⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, p. 113.

após o decurso do prazo de dois anos, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da norma que a fundamentou. À luz do caso concreto, é necessário buscar a melhor regulamentação à espécie, de modo a evitar danos injustificáveis às partes por conta da desconsideração da segurança jurídica e da tutela que as posições por elas ocupadas merecem.

Na normalidade dos casos, incide a regulamentação do art. 302 do CPC/15, segundo a qual aquele que requereu e efetivou a tutela antecipada responde objetivamente pelos danos por ela causados.⁴⁸⁰ É bem verdade que parte da doutrina, embasada na existência de um direito à tutela da aparência, discorda da atribuição da responsabilidade objetiva na hipótese de revogação da medida liminar,⁴⁸¹ no entanto não é esse o entendimento prevalente na jurisprudência pátria.⁴⁸²

3.7 Antecipação de tutela em ação para desconstituir estabilização da tutela antecipada

⁴⁸⁰ “Cessada a eficácia da tutela provisória, o requerente tem responsabilidade objetiva relativamente aos danos causados ao requerido, caso não tenha o direito que desde o início afirmou ter (art. 302 do CPC/2015). Mais uma vez, trata-se de regra aplicável a todas as espécies de tutela provisória, ainda que expressamente inserida na disciplina da tutela provisória urgente” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2, p. 880; “De qualquer forma, a regra imposta pela lei (responsabilidade objetiva), no plano da execução fundada em título provisório – como sói ocorrer na tutela de urgência -, trato diferentemente autor e réu, e o fez porque, ao menos em princípio, parece que, realmente, está-se diante de dois pesos e duas medidas, ou seja, situações que devem ser tratadas diferentemente”. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*, p. 239.

⁴⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*, p. 161-163.

⁴⁸² “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 em liquidação nos próprios autos.” REsp 1548749/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 06/06/2016.

Como visto até aqui, a ação para desconstituir a tutela antecipada estabilizada não guarda qualquer especialidade, salvo seu caráter dúplice, que é também característica de diversos procedimentos.

Desse modo, não há qualquer razão para não admitir a concessão de tutela antecipada para desconstituir a estabilização.⁴⁸³ Além disso, nada recomenda que não possa haver uma estabilização da tutela antecipada que sustou os efeitos da antecipação de tutela estabilizada.

Isso somente não será possível caso a ação seja proposta pelo beneficiário da primeira tutela antecipada, pois ele careceria de interesse de interesse para pleitear antecipadamente a manutenção de uma situação já estabilizada.

Embora cause estranheza a desconstituição da tutela antecipada estabilizada mediante decisão proferida em cognição sumária, sem que ela seja seguida por cognição exauriente, não há fundamento sistêmico para levantar objeção.

É verdade que a situação litigiosa ficaria carente de tutela jurisdicional. Na verdade, isso não é um problema, uma vez que mesmo a ação fundada em cognição exauriente com pedido de mérito pode se destinar tão somente a desconstituir a estabilização, deixando a situação sem tutela. A situação também ocorre na ação rescisória que não pede rejulgamento da causa, o que não causa qualquer espanto.

Além disso, deve-se privilegiar a vontade das partes, que é um dos pilares do novo Código de Processo Civil, de modo que se elas entendem prescindível o julgamento final da causa, não há porque força-las a prosseguir com o processo, em detrimento de sua própria vontade e do bom funcionamento do Poder Judiciário.

⁴⁸³ “A leitura que exclui da ação a concessão de tutelas de urgência ocasionaria a completa invalidação do instituto por patente inconstitucionalidade, uma vez que o direito de ação inclui todos os mecanismos aptos à defesa efetiva do direito posto em jogo. Excluir a possibilidade de medidas de urgência, neste particular, equivale à negativa de jurisdição. Portanto, a insistência da novel legislação apenas pode ser contornada de forma a possibilitar sua manutenção como instrumento de abreviação das demandas, de maneira a admitir o cotado ciclo autorreferente.” LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil*, p. 1.25.

3.8 Ação principal após o prazo de dois anos

Nada obstante o direito de discutir a estabilização da tutela antecipada se extinga no prazo de dois anos, não há óbice para a propositura de demanda visando a declaração sobre a existência ou inexistência do direito de fundo.

Nesses casos, contudo, admitir que o resultado dessa ação influencie sobre a tutela antecipada estabilizada seria fazer tábula rasa dessa nova forma de estabilidade.⁴⁸⁴ Melhor dizendo, pudessem os efeitos antecipados serem revistos a qualquer momento e a estabilização da tutela antecipada seria um instituto absolutamente inútil, como um apêndice a ser removido do código, por não trazer nenhum benefício de ordem sistêmica, ao passo que produz diversas complicações teóricas. Essa mesma visão crítica em relação a corrente que entende possível a revisão da decisão antecipatória a qualquer tempo é compartilhada por Giovanni Bonato.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ "(...) a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a 'estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão' tomara na ação exauriente (art. 304, § 6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se 'inafastável'. Em outras palavras: 'imutável' e 'indiscutível'" MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, p. 790.

⁴⁸⁵ "Nonostante questo, la richiamata soluzione interpretativa, pur essendo autorevolmente sostenuta, non convince e ciò essenzialmente per due ragioni fondamentali. In primo luogo, nessuna disposizione della Costituzione brasiliana lega espressamente la produzione della cosa giudicata (o, comunque, di una forma ridotta di incontrovertibilità e definitività processuale) all'espletamento effettivo di un processo a cognizione piena ed esauriente, essendo possibile ammettere – a nostro modesto avviso – la legittimità costituzionale di provvedimenti sommari decisorii, purché alla parte sia data la possibilità di instaurare un giudizio a cognizione piena ed esauriente, attraverso l'impugnazione del provvedimento o la manifestazione di una contestazione impeditiva alla pronuncia di quest'ultimo. Quanto alla legislazione ordinaria, all'interno del nuovo c.p.c. incontriamo dei provvedimenti sommari che sembrano acquisire una certa incontrovertibilità processuale. Ci sembra, infatti, che il nuovo codice abbia voluto conferire, almeno in modo implicito, l'acquisizione di una incontrovertibilità-definitività processuale al provvedimento ingiuntivo non opposto (chiamato mandado monitório não embargado), nella misura in cui l'art. 701, § 3º, assoggetta ora tale atto all'impugnazione per revocazione (chiamata ação rescisória).

In secondo luogo, la descritta soluzione interpretativa, tendente a configurare l'efficacia provvisoria indefinitamente protetta della misura anticipatoria di urgenza, ha un suo punto debole: consentire la proponibilità dell'azione revisionale oltre il termine di due anni, significherebbe sostanzialmente giungere all'abrogazione tacita del § 5º dell'art. 304. Accogliendo, infatti, la prospettiva in esame, il termine biennale diverrebbe sostanzialmente inutile, nella misura in cui il suo decorso sarebbe privo di qualsiasi conseguenza giuridica rilevante per le parti¹³³. L'imposizione del termine di due anni per esercitare l'azione revisionale della misura anticipatoria di urgenza mi pare, pertanto, costituire l'ostacolo maggiore all'accoglimento della menzionata prospettiva tendente ad escludere qualsiasi forma di definitività processuale del provvedimento in analisi". BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 39-41.

Assim, é necessário prestigiar o novo instituto. É preciso notar, portanto, sobre o que incide a imutabilidade da estabilização: seu objeto são os efeitos da sentença antecipados. Desse modo, apenas não podem ser modificados os efeitos antecipados – o que pode esgotar ou não o conteúdo prático da sentença. No entanto, caso do direito de fundo sejam extraíveis outros efeitos que não o antecipado, é possível a ação para discuti-los.

Giovanni Bonato sustenta que, caso proposta a demanda principal após dois anos, deverá o magistrado extingui-la, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/15, reconhecendo a existência da decadência.⁴⁸⁶

Embora essa seja, de fato a solução correta, caso a demanda tenha unicamente a finalidade de discutir os efeitos da tutela antecipada estabilizada, certo é que, existindo outras consequências fáticas extraíveis da questão principal (efeitos não antecipados), em relação a eles não haverá decadência, ou melhor, não aquela decadência prevista no art. 304, § 5º, do CPC/15, razão pela qual a solução proposta por Giovanni Bonato comporta temperamento.

⁴⁸⁶ BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*, p. 48-50.

Capítulo 4: Estabilização da tutela antecipada inconstitucional

Para analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma que embasa a tutela antecipada estabilizada é necessário se socorrer daquilo que já foi produzido acerca de sua relação com a coisa julgada, uma vez que se tratam de formas de estabilidade das decisões judiciais, de maneira que é possível traçar algum paralelo. Evidentemente há diferenças entre ambas as formas de estabilidade, as quais serão analisadas oportunamente no presente tópico.

O direito brasileiro cada vez mais tem aceito hipóteses de desconstituição e relativização da coisa julgada em razão da inconstitucionalidade da norma que a fundamenta, bem como pela violação da Constituição por conta da situação gerada pela sentença transitada em julgado.

Antes de iniciar qualquer discussão sobre a coisa julgada inconstitucional e sobre a estabilização da tutela antecipada inconstitucional é preciso delimitar, com algum rigor, o significado da expressão. A bem da verdade, a inconstitucionalidade não é da estabilidade da decisão – compreendida como a coisa julgada ou como a estabilização -. Vale dizer a imutabilidade não é, por si só, inconstitucional (embora não se possa descartar a possibilidade de a legislação ordinária prever formas de imutabilidade que violem a Constituição, não é disso que se trata no momento). O que é inconstitucional é a sentença ou a decisão concessiva de antecipação de tutela. A expressão “coisa julgada inconstitucional” ganhou relevo, todavia, por enfatizar o problema: o conteúdo da decisão em si viola a Constituição e, por decorrência da coisa julgada, é imutável.⁴⁸⁷ É por essa razão que, a princípio, cabe investigar a relação da inconstitucionalidade com a estabilização da tutela antecipada, uma vez que, não obstante seja diversa da coisa julgada, é ela também uma forma

⁴⁸⁷ “Compreende-se também a alusão à ‘coisa julgada inconstitucional’, em vez de ‘sentença inconstitucional’, porque é nesses casos que se põe o impasse de maior gravidade: a coisa julgada proíbe a cassação ou revisão da sentença, assim como, nos limites objetivos e suem que vigora, desautoriza qualquer outro comando que lhe contraponha.

Daí que a primeira utilidade da expressão ‘coisa julgada inconstitucional’ está em enfatizar o cerne da questão: em que medida a garantia constitucional da coisa julgada deve prevalecer quando está conferindo estabilidade, ‘imunidade’, a um pronunciamento incompatível com outros valores e normas constitucionais?

A expressão reveste-se ainda de uma segunda relevância sistemática presta-se a deixar claro que toda e qualquer discussão sobre quebra da coisa julgada só é legítima se norteadas por parâmetros constitucionais” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 405.

de imutabilidade. No entanto, partindo das premissas adotadas nesse trabalho, vê-se que o problema se coloca com verdadeiro vigor quando decorrido o prazo de dois anos para propositura da ação para discutir a tutela antecipada estabilizada. Antes disso, basta que a inconstitucionalidade seja arguida na ação que poderá ser proposta.

Segundo Eduardo Talamini, a inconstitucionalidade da sentença ou da tutela antecipada revestida por imutabilidade pode decorrer de a decisão estar fundamentada em: (a) norma inconstitucional; (b) interpretação incompatível com a Constituição;⁴⁸⁸ (c) indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma;⁴⁸⁹ (d) violação direta a normas constitucionais.⁴⁹⁰

Deve-se notar, também, que, não obstante alguns institutos estejam amplamente regulados na legislação infraconstitucional, eles têm sede constitucional, como o dever de fundamentação das decisões judiciais, o devido processo legal, a coisa julgada, por exemplo. Assim, caso haja ofensa ao seu núcleo essencial, não há uma mera violação da legislação ordinária, mas do próprio conteúdo que lhe é dado pela Constituição.⁴⁹¹

Verificada a existência de inconstitucionalidade em decisões judiciais imutabilizadas, há algumas correntes acerca de qual tratamento lhes deve ser dado.

Concepção bastante ampliativa da possibilidade da possibilidade de se desconsiderar a coisa julgada formada foi defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier, que buscou delimitar vícios que importariam na inexistência da sentença, de modo que poderia ela ser amplamente desconstituída.⁴⁹² Um desses exemplos de sentença inexistente seria aquela que foi fundamentada em lei que venha a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸⁸ “(...) não se ofende a Constituição apenas quando se aplica uma lei cujo teor literal é francamente inconstitucional. A violação constitucional pode também advir da adoção de uma interpretação incompatível com a Constituição, em detrimento de outra afinada com os desígnios constitucionais. Há que se buscar sempre a *interpretação conforme à Constituição*” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 407.

⁴⁸⁹ É preciso observar que, nessa hipótese, para que a decisão seja de fato inconstitucional é necessário que a norma não aplicada dê concretude a valores e normas constitucionais, de modo que haja uma ofensa direta à Constituição, e não apenas sua violação reflexa pela via da legalidade.

⁴⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 404-414.

⁴⁹¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 413.

⁴⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Reforma Processual 2006/2007, p. 283-498.

Assim, reconhecendo-se a inexistência da sentença fundada na lei declarada inconstitucional, seria extremamente ampla sua possibilidade de desconstituição.

A ideia principal dessa corrente é que a lei declarada inconstitucional é uma “não lei” e, por ser fundada em uma lei inexistente, essa sentença também não existirá juridicamente, razão pela qual sequer precisa ser rescindida. Assumem assim que falta uma condição da ação quando a demanda é fundada em lei inexistente (porque inconstitucional), qual seja, a possibilidade jurídica do pedido. Sem condição da ação, a ação seria inexistente, por conseguinte a sentença, nunca podendo incidir sobre ela a coisa julgada.⁴⁹³

Em obra escrita por Teresa Arruda Alvim Wambier em coautoria com José Miguel Garcia Medina foram apresentadas hipóteses de sentenças não passíveis de transitarem em julgado, dentre elas aquela proferida em processo cujo pedido é juridicamente impossível e aquelas que violam a coisa julgada e as contrárias à Constituição Federal, bem como as sentenças *extra* e *infra petita*,⁴⁹⁴ hipóteses nas quais, por não se formar coisa julgada, poderiam ser desconstituídas por simples ação declaratória.⁴⁹⁵

Dessa afirmação, discordam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria, segundo os quais “uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência do ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial”.⁴⁹⁶ Prosseguem defendendo que, na hipótese de violação à

⁴⁹³ “Não se trata, segundo nos parece, de atribuir à impugnação à execução ou aos embargos à função ‘rescindente’, já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois que decisão que acolhe pedido fundado em “lei que não era lei” (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido.

Sustentamos, no início deste trabalho, que sentenças de mérito proferidas em processo a que tenha sido dado início apesar da ausência das condições da ação são juridicamente inexistente e não transitam em julgado” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 406.

⁴⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, 2003, p. 26-85

⁴⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, p 210-213.

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 29

Constituição, a sentença é nula,⁴⁹⁷ tendo como pressuposto que a imutabilidade da coisa julgada não tem guarida constitucional.⁴⁹⁸

Em sua argumentação, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria recorrem ao “Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional” de Paulo Otero que, para fazer uma análise estrutural procurando “desenvolver uma verificação de compatibilidade hierárquica entre a Constituição e as diferentes espécies de sentenças no direito português”,⁴⁹⁹ parte das premissas de que “o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos não se pode circunscrever aos actos legislativos, compreendendo todos e quaisquer actos do poder político”.⁵⁰⁰ Além disso, Paulo Otero aponta que todos os atos do poder público que sejam contrários à Constituição são inválidos, não obstante a invalidade não impeça em absoluto a produção de efeitos jurídicos.⁵⁰¹

Quanto à proteção constitucional da coisa julgada, Paulo Otero entende que se estende tão somente às hipóteses previstas na Constituição portuguesa, em seu art. 282º, nº 3, de modo que ficariam resguardadas apenas às sentenças cíveis fundadas em norma ainda não declarada inconstitucional quando de sua prolação,⁵⁰²⁻⁵⁰³ adotando, assim, uma concepção restritiva e literal do teor da Constituição. Em resumo, para Paulo Otero somente estaria protegida a coisa julgada (caso julgado) inconstitucional previsto na Constituição.

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 32-33.

⁴⁹⁸ “Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, da CF dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder Legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria de objeto de legislação ordinária.

Daí a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 27.

⁴⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 384.

⁵⁰⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 26.

⁵⁰¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 76.

⁵⁰² OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 82-92.

⁵⁰³ “Por outras palavras, o princípio da constitucionalidade, segundo expressa disposição constitucional, é objecto de uma derrogação quanto aos casos julgados aplicadores de normas inconstitucionais, desde que estas ainda não tivessem sido declaradas como tais à data da decisão judicial. Em consequência, deparemos com um efeito substantivo a nível constitucional da imutabilidade do caso julgado inconstitucional, sendo esse mesmo efeito decorrência de expressa disposição da Constituição” OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 92.

Como já mencionado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria compartilham de premissa semelhante a de Paulo Otero: para os autores brasileiros a coisa julgada não tem proteção Constitucional, ou melhor, a vedação prevista no art. 5, XXXVI, da Constituição se destina ao legislador, que não pode editar leis violadoras das sentenças judiciais já transitadas em julgadas. Admitindo essa concepção bastante estrita, uma sentença transitada em julgado violadora da Constituição infringiria norma de hierarquia superior, razão pela qual é nula.⁵⁰⁴

Eduardo Talamini, rejeitando a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier, concorda com a afirmação de que a sentença inconstitucional não é juridicamente inexistente, o que, para o referido autor, não autoriza a tachá-la de absolutamente nula, no sentido de que poderia ser atacada a qualquer momento independentemente da propositura de ação rescisória.⁵⁰⁵

Ademais, a coisa julgada inconstitucional não é inexistente, pois não se trata uma hipótese de aplicação de “não-lei” ou de uma lei inexistente, porque a lei existe, embora seja inválida. Argumenta ainda que se tratasse de uma situação na qual se aplicou uma lei que não existe, ainda assim seria um erro no julgamento, e não propriamente uma falta de pressuposto de validade ou de existência.⁵⁰⁶ A inconstitucionalidade da norma aplicada somente levaria a inexistência da sentença e, por consequência, da coisa julgada, caso repercutisse sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo.⁵⁰⁷

Além disso, a suposta falta de condição da ação (possibilidade jurídica do pedido) também não leva à falta de pressuposto de existência do processo, razão pela qual, ainda que a pretensão seja fundamentada em norma inconstitucional, o processo existirá e, mais que isso, existirá validamente, uma

⁵⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 27 e ss.

⁵⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 389.

⁵⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 415.

⁵⁰⁷ “A inconstitucionalidade de uma norma apenas conduzirá à inexistência ou à ineficácia de uma sentença quando diretamente repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, se uma lei viesse a dispensar a citação do réu em ações de valor inferior a mil reais, permitindo que o processo tramitasse integralmente sem a sua participação, a sentença no processo que houvesse aplicado essa regra seria inexistente (ou ineficaz *pleno iure*) perante o réu, na medida em que ele não teria integrado a relação processual (...). E mesmo nessas hipóteses cabem ressalvas” TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua rescisão*, p. 416-417.

vez que a questão se trata de mérito do litígio, importando em juízo de improcedência.⁵⁰⁸

A par disso, Eduardo Talamini entende que, na hipótese de a sentença transitada em julgado violar a Constituição, há sim contraposição de valores constitucionais, de maneira que não é possível definir critério prévios e abstratos para resolver a questão.⁵⁰⁹

Nelson Nery Júnior também reconhece que a coisa julgada tem *status* constitucional, ao afirmar peremptoriamente que “a coisa julgada (...) tem natureza constitucional, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito (CF 1º *caput*). Sua proteção não está apenas na CF 5º. XXXVI, mas principalmente na forma que descreve os fundamentos da República (CF 1º)”.⁵¹⁰

Impõe-se, nesse ponto, concordar com Eduardo Talamini, uma vez que o argumento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria segundo o qual o art. 5º, XXXVI, da Constituição prevê tão somente que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, de maneira que haveria unicamente uma restrição à edição de leis que violem decisões judiciais transitadas em julgado é, com o devido respeito, de todo equivocado.

De um lado porque a interpretação do art. 5º, XXXVI, da Constituição não pode deixar de lado o fato de se tratar de uma norma instituidora de direito fundamental, uma garantia do cidadão contra o Estado e contra terceiros, segundo a qual o comando judicial transitado em julgado deverá ser observado.⁵¹¹

⁵⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua rescisão*, p. 416.

⁵⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua rescisão*, p. 390.

⁵¹⁰ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 65.

⁵¹¹ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero discorrem sobre a coisa julgada na perspectiva de direito fundamental: “A segurança jurídica exige respeito à coisa julgada. A Constituição é expressa em determina-lo ao legislador infraconstitucional (art. 5º, XXXVI). Isso quer dizer que é vedado ao legislador atuar de modo a enfraquecer ou abolir a coisa julgada no Estado Constitucional.

A coisa julgada é uma regra de conduta – não é um princípio, de modo que não pode ser afastada de modo nenhum por juízo de proporcionalidade. A coisa julgada é uma qualidade que envolve o conteúdo declaratório constante do dispositivo da decisão de mérito transitada em julgado (art. 467 do CPC). A sua fiel observância depende do atendimento ao efeito declaratório oriundo do conteúdo do dispositivo decisório – que pode tanto se esgotar no passado como se projetar para o futuro. O legislador tem o dever de respeitar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). O juiz tem o dever de observar o seu conteúdo e não voltar a decidir aquilo que já foi anteriormente julgado com força de coisa julgada (arts. 267, V, do CPC, e 95, V, do CPP). A *fortiori*, o administrador está vinculado à força da coisa julgada. Como discurso prático, é imprescindível ao direito que os seus problemas sejam definitivamente resolvidos em determinado momento no tempo. A

Não fosse por isso, a formula redacional, que tão somente explicitaria a impossibilidade de a lei não poder violar a coisa julgada também não pode ser invocada para restringir ou amesquinhar o instituto, retirando-se sua natureza constitucional. No inciso anterior, o art. 5º, XXXV, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ainda que a redação seja bastante semelhante, reconhece-se que é uma garantia bastante ampla de acesso à Justiça que está consubstanciada no dispositivo em questão.⁵¹²

Outro momento em que a Constituição fez uma menção estrita ao termo “lei” e a interpretação absolutamente prevalente é bastante ampla é no *caput* do próprio artigo 5º, quando não obstante a redação seja bastante estrita e preveja que “todos são iguais perante a lei”, entende-se que essa igualdade não se põe tão somente em face da lei,⁵¹³ mas também em face da Administração Pública, do Poder Judiciário e, inclusive, em face de emendas constitucionais supervenientes, na qual qualquer discriminação deverá ser razoavelmente justificada.

Fica claro, assim, que a coisa julgada é um instituto que tem índole constitucional, razão pela qual quando o comando judicial revestido dessa imutabilidade viola a Constituição há um confronto de valores constitucionais.

coisa julgada, portanto, é uma regra que torna possível o discurso jurídico como discurso prático. Não é simplesmente uma regra do discurso – é uma regra sobre o discurso.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 756-757. Note-se aqui que a obra citada, sobretudo por conta de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, adota um conceito de coisa julgada como a imutabilidade que incide sobre o efeito declaratório da parte dispositiva da sentença, retomando a noção de coisas julgada desenvolvida por Ovídio Baptista da Silva.

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1, p. 225-247; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, p. 40-41; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, vol. 1 p. 74-75; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 170-202.

⁵¹³ “No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade *perante* a lei e o da igualdade *na lei*. Aquele corresponde à obrigatoriedade de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade *na lei* exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade *perante* a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade *na lei* seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos.

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá a expressão igualdade *na lei*, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 215.

Assim sendo, são necessários mecanismos para além da ação rescisória para impugnar a coisa julgada inconstitucional.

Na verdade, é tão claro a natureza constitucional da coisa julgada que há robusta doutrina que entende ser impossível a declaração de inconstitucionalidade de uma lei atingir a coisa julgada incidente sobre sentença nela fundamentada, uma vez que a coisa julgada é condição de possibilidade do discurso jurídico, é indispensável para a autoridade da Jurisdição e é manifestação do direito fundamental de ação.⁵¹⁴

Por outro lado, a estabilização da tutela antecipada é um instituto essencialmente previsto na legislação infraconstitucional. Embora possa ser buscada alguma raiz na Constituição, em especial na proteção conferida ao ato jurídico perfeito, certo é que essa imutabilidade é muito menos intensa que aquela conferida à coisa julgada, sobretudo no que toca a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o art. 741, parágrafo único, permitia à Fazenda Pública a alegação, em embargos à execução, de inexigibilidade do título executivo por estar ele “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, de modo que a sentença eivada de inconstitucionalidade poderia ser desconstituída por meio de embargos à execução.

Essa desconstituição, todavia, aparentemente estava restrita a decisões que não prescindissem de cumprimento, de maneira que o dispositivo não dava solução integral ao problema, deixando de lado sentenças declaratórias ou constitutivas satisfativas em si mesmas.⁵¹⁵

Ao lado desse mecanismo, foi aventada a possibilidade de desconstituição da coisa julgada via arguição de descumprimento de preceito

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 17-63.

⁵¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua rescisão*, p. 484-485.

fundamental,⁵¹⁶ *habeas corpus*, a depender do bem jurídico envolvido, e mandado de segurança, se preenchidos seus rígidos pressupostos.⁵¹⁷

Em relação a estabilização da tutela antecipada, por não haver o conflito entre valores constitucionais, a questão a respeito da via para sua desconstituição é mais simples de ser respondida.

O art. 5º, XXXV, da Constituição garante o acesso à Justiça, de modo a levar à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, caso a lesão ou ameaça a direito decorra de estabilização de tutela antecipada violadora da Constituição, o jurisdicionado poderá buscar sua desconstituição mediante a simples propositura de ação. Note-se, no entanto, que a alegação para a ver desfeita deverá ser constitucional, não podendo ser veiculada nessa demanda pretensão fundada em direito infraconstitucional.

Como a estabilização da tutela antecipada não tem *status* constitucional, há de prevalecer a salvaguarda da Constituição, pois o conflito existente é entre norma constitucional (a disposição violada pela tutela antecipada estabilizada) e a regra infraconstitucional que garante estabilidade à tutela antecipada, a qual, diante da hierarquia entre as normas, deverá sucumbir.

⁵¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 486-510.

⁵¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 524.

Capítulo 5: Estabilização da tutela antecipada e os efeitos do tempo sobre o direito tutelado

Não é possível deixar de investigar as relações entre a estabilização da tutela antecipada e os prazos de prescrição e decadência, notadamente porque, a princípio, é bastante possível que o decurso desse prazo ocorra antes que decorra o lapso de dois anos, findo o qual não mais é possível debater amplamente a tutela antecipada estabilizada.

Isso ocorre porque a interrupção da prescrição, ainda que retroativa até o momento de propositura da demanda, depende do despacho que determina a citação e da tomada das providências necessárias pela parte autora, conforme se extrai dos parágrafos do art. 240 do CPC/15, regra essa também aplicável aos prazos decadenciais previstos em lei (art. 240, § 4º, do CPC/15).

Como numa interpretação sistêmica tem-se que a citação só ocorrerá se não houver a estabilização (não faz sentido formular pedido para que o processo não prossiga e, sem o oferecimento da demanda, não há para que citar o réu), vê-se que o marco para interrupção da prescrição não ocorrerá nas hipóteses de estabilização da tutela antecipada.

Aliás, a rigor o decurso do tempo pode ser causa de aquisição de direito (usucapião),⁵¹⁸ de extinção da pretensão jurídica (prescrição) ou de extinção do próprio direito (decadência).⁵¹⁹ Para fins desse tópico, há de se considerar essas três consequências do decurso do tempo sobre as relações jurídicas.

A primeira delas, denominada por Caio Mário da Silva Pereira de prescrição aquisitiva é uma forma de aquisição do direito de propriedade pelo decurso do tempo somado a outros requisitos estabelecidos em lei. Essa modalidade guarda severas divergências com as demais, por ter por efeito a aquisição de um direito, e não a extinção de uma situação jurídica.⁵²⁰

⁵¹⁸ Há algum debate na doutrina civilista sobre a possibilidade de se denominar essa modalidade de aquisição de direitos pelo decurso do tempo de prescrição aquisitiva. Para os efeitos desse trabalho, não é necessário tomar posição a respeito ou adentrar nas minúcias da controversa. Basta ter em mente que o decurso do tempo pode gerar a aquisição de direitos pelo sujeito.

⁵¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. Vol. 1, p. 581; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*, p. 323-324.

⁵²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. Vol. 1, p. 582-584.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, recorrendo ao Código Civil então vigente, conceitua prescrição como “a exceção que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”.⁵²¹ Ainda, segundo Pontes de Miranda, os prazos prescricionais “não destroem o direito, que é, não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina”.⁵²²

Antônio Luís Câmara Leal concorda que não há uma extinção do direito com o advento da prescrição, mas entende que o que se extingue é a ação, por meio da qual o direito poderia ser coercitivamente cumprido, a fim de que a incerteza gerada pelo seu inadimplemento perdure indefinidamente.⁵²³

Essa é também a posição de Washington de Barros Monteiro, para quem “a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado; a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação”.⁵²⁴

⁵²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI, p. 100.

⁵²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI, p. 101.

⁵²³ “Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra, como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação. E essa potencialidade, em que se mantém pela falta de exercício, só poderá sofrer algum risco e vir a atrofiar-se se, contra a possibilidade de seu exercício a todo momento, se opuser alguém, procurando embaraça-la, ou impedi-la, por meio da omissão ou violação. É então que surge uma situação antijurídica, perturbadora da estabilidade do direito, para cuja remoção foi instituída a ação, como custódia tutelar. É contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente.

Não é, pois, contra a inércia do direito, mas contra a inércia da ação, que a prescrição age, a fim de restabelecer a estabilidade do direito, fazendo desaparecer o estado de incerteza resultante da perturbação, não removida pelo seu titular. E, por isso, dirigindo-se contra a inércia da ação, a prescrição só é possível quando há uma ação a ser exercitada, e o deixa de ser, e não quando há simplesmente um direito que deixa de ser exercido.

Diante de tão clara elucidação, teremos que reconhecer que a prescrição só pode ter por objeto a ação, e não o direito, posto que este sofra também os seus efeitos, porque ela, extinguindo a ação, o torna inoperante” LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 11.

⁵²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, p. 288.

No entender de Miguel Maria de Serpa Lopes o direito subsiste a prescrição, pois ele permanece como obrigação natural.⁵²⁵

Ainda que fale de uma extinção do direito de ação, ignorando a discussão processual sobre o caráter público e abstrato desse direito de índole constitucional, vê-se na obra que há a correta percepção de que a prescrição impede o exercício do direito, o que mais acertadamente se denomina pretensão.

Assim, parece ser majoritário na doutrina atual o entendimento de que a prescrição atua sobre a pretensão, ou seja, sobre a exigibilidade do direito.⁵²⁶

Para Antônio Luís da Câmara Leal, ainda, o fundamento da prescrição é sancionar o credor negligente, causando-lhe um mal (a perda da ação), o que lhe dá um caráter misto de público e também privado.⁵²⁷ Sem recorrer à ideia de sanção, Silvio Rodrigues afirma que o fundamento da prescrição é o interesse público na estabilidade das relações jurídicas, daí se trata de norma de ordem pública insuscetível de ser derogada por acordo das partes.⁵²⁸

Independentemente do fundamento que se atribua à extinção da pretensão, não há dúvidas de que o decurso do tempo deve estar caracterizado pela inércia do titular do direito.

As causas de interrupção da prescrição estão reguladas pelos artigos 202 a 204 do Código Civil.⁵²⁹

⁵²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Vol. I. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, p. 497.

⁵²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77; NAPOLEÃO, Patrícia de Santana. Prescrição e decadência. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo pereira Leira (coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 749-784 p. 749-750; NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no novo Código Civil. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 427-441, p. 427-429.

⁵²⁷ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 16-19.

⁵²⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*, p. 328.

⁵²⁹ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
III - por protesto cambial;
IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Art. 203. A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.

A decadência, por outro lado, opera-se diretamente em face do direito, passando a correr seu prazo do nascimento do direito, e não de sua violação, de modo que incide sobre direito que não se tornaram efetivos.⁵³⁰

A interrupção é caracterizada pelo advento de um fato que fará iniciar novamente o prazo prescricional, como se nunca tivesse começado a correr. Anula-se, por assim dizer, o prazo já decorrido e passa-se a conta-lo novamente, do fato interruptivo da prescrição. Na suspensão o prazo decorrido anteriormente continua a ser contado quando se extinguir a causa suspensiva.⁵³¹

Sobre a interrupção da prescrição, tem-se que “como corolário de fundar-se a prescrição na negligência do credor por tempo predeterminado, considera-se toda manifestação dele, defensiva de seu direito como razão determinante para se inutilizar a prescrição”⁵³²

Em relação ao direito processual, o que mais importa em relação à interrupção da prescrição são as disposições do art. 202, I e V, do Código Civil,⁵³³ segundo a qual ela ocorre “por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual” ou por “qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor”.

Em relação à decadência, por força do art. 220 do CPC/73 a situação era bastante semelhante. O teor do dispositivo foi mantido com redação análoga no art. 240, §4º, do CPC/15, de modo que as regras aqui comentadas são aplicáveis também à decadência.

Desenhado o perfil da prescrição e da decadência, é possível responder as questões relativas ao seu relacionamento com a estabilização da tutela antecipada.

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

⁵³⁰ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, p. 100-101.

⁵³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, p. 550-552; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*, p. 598; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*, p. 339-345; DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*, p. 77-78; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*, vol. 1, p. 295.

⁵³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil*, p. 598

⁵³³ CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*, p. 39-42.

Não é possível extrair da regra acerca da interrupção da prescrição pela citação as respostas para a relação da prescrição e da decadência com a estabilização da tutela antecipada, uma vez que a ocorrência da estabilização é incompatível logicamente com a citação (ao menos com a citação para contestar, muito embora deva haver realização de ato semelhante, mas tão somente para cientificar a parte da tutela antecipada concedida e das consequências de sua inércia).

Na verdade, se há alguma resposta para a questão, ela está no art. 202, V, do CC, segundo o qual a prescrição se interrompe por qualquer ato judicial que constitua o devedor em mora.

É bem verdade que o ajuizamento do procedimento de requerimento de tutela antecipada antecedente não tem por finalidade a constituição do devedor em mora. No entanto, não se pode entender que seria precisa essa finalidade expressa.

Ora, existe prescrição da pretensão relativa a uma obrigação cumprida espontaneamente pelo devedor? Há decadência de direito potestativo regularmente exercido por seu titular? É claro que não.

Não é necessária a própria constituição em mora ou a citação para que se interrompam os efeitos do tempo sobre a relação jurídica, basta que ela tenha seu curso normal.

No caso da estabilização da tutela antecipada não se pode dizer que houve o cumprimento espontâneo, no entanto houve a realização do direito e essa realização é suficiente para impedir os efeitos do tempo sobre ele.

Em sentido contrário é a opinião de Mirna Ciarni, para quem, caso decorra o prazo prescricional antes do termo final dos dois anos para propositura da ação principal, o magistrado deverá reconhecê-la, uma vez que não houve previsão legal de suspensão ou interrupção decorrente da estabilização da tutela antecipada.⁵³⁴ A autora deixa de considerar que aquele que está gozando da

⁵³⁴ “Ainda, se, durante o biênio decadencial operar-se a prescrição, pode ela ser reconhecida pelo juiz de ofício, traduzindo situação inconciliável com o exercício, nesse prazo previsto, da ação que tenha por objeto a manutenção ou a anulação da tutela antecipada no período de estabilização, certo que, para evitar esse contexto, haveria que ter sido prevista, expressamente, tratar-se esse prazo de causa de suspensão e/ou interrupção” CIARNI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, p. 256.

antecipação da tutela está gozando, na verdade, de efeitos do direito que seria, hipoteticamente, declarado existente com a propositura da ação principal.

É por isso que não se opera a prescrição ou decadência diante de uma antecipação de tutela positiva estabilizada. Quer-se dizer, se o pedido originário for embasado na declaração da existência um direito, não há que se cogitar no efeito do decurso do tempo sobre o direito em questão.

Ao arrolar declaração de um direito, está-se usando o termo de modo amplíssimo, não apenas como uma demanda declaratória, mas também na declaração da existência de um direito de crédito ou a uma prestação de fazer.

Por outro lado, se o pedido for embasado em uma declaração negativa, ou seja, da inexistência de um direito (também em termos amplíssimos), ainda faz sentido pensar nos efeitos do decurso do tempo.

Isso porque, nessa situação, a titularidade do direito discutido, caso existente, é do réu, que não está dele gozando. Estará, ao contrário, sofrendo os efeitos de uma decisão que pressupõe que seu direito inexistente.

Nesse caso, o prazo prescricional ou decadencial contra o réu correrá e, caso decorra antes do prazo de dois anos para propositura da demanda para discutir a estabilização da tutela antecipada, nem isso poderá ser feito pelo réu, uma vez que sua pretensão foi extinta ou seu direito foi fulminado.

6. Conclusão

A estabilização da tutela antecipada, para ser adequadamente compreendida, exige conhecimento daquilo que foi construído acerca das formas tradicionais de imutabilidades, mas, também, um certo desprendimento. Não é possível interpretar adequadamente as disposições relativas à estabilização da tutela antecipada sem estar aberto ao novo.

A estabilização da tutela antecipada não é coisa julgada, mas com ela tem elementos comuns; é uma técnica monitória, mas não se confunde com a ação monitória, sobretudo pelos escopos que lhe são atribuídos pelo sistema; é um ato jurídico processual, mas não é, de modo algum, um negócio jurídico; possui um misto de finalidade pública e privada; não ofende o devido processo legal, mas devem ser respeitadas as balizas que a delimitam.

A par disso, a estabilização da tutela antecipada traz diversas dificuldades interpretativas, que começam com os requisitos para sua ocorrência (o que a lei processual quer dizer com recurso?), passam por sua natureza (como compatibilizar o prazo de dois anos para rediscussão com a expressa previsão de que a estabilização não se trata de coisa julgada?) e se estendem por um sem fim de questões, algumas das quais se buscou responder no presente trabalho.

No entanto, ao final das discussões, fica bem claro que as dificuldades no manejo da estabilização da tutela antecipada são enormes, não só por se tratar de um instituto novo, mas em razão do modo como desenhada na legislação. Sua aplicação prática tende a gerar problemas que exigirão bastante esforço para que possam ser solucionados. Pior ainda, não é difícil imaginar processos em que as discussões sobre esse instituto acabem por ganhar mais relevo do que aquilo que realmente importa para a tutela jurisdicional: o direito material das partes.

É por isso que, muito em razão do modo como foi insculpida no código, a estabilização da tutela antecipada parece fadada ao desuso. Não há dúvidas que a necessidade de impugnação via recurso para obstar a estabilização e a criação de um prazo de dois anos para sua rediscussão, restrições inexistentes nos países que inspiraram o instituto, propiciaram o surgimento da maior parte das complicações debatidas nesse trabalho

Embora seja possível imaginar algumas situações nas quais a estabilização da tutela antecipada seja conveniente,⁵³⁵ certo é que, diante das grandes dificuldades interpretativas por ela impostas, na generalidade dos casos seu emprego sequer é recomendável.

Assim, salvo as raras hipóteses em que a estabilização se mostrar útil, é possível afirmar que o sistema não teria grande prejuízo com sua exclusão. Ela não traz grandes benefícios e gera inúmeros problemas.

De outra parte, a estabilização seria um instituto melhor se, caso mantido no sistema, pudesse ser afastado por qualquer meio de impugnação e não houvesse o prazo decadencial para sua rediscussão.

Desse modo, espera-se que a estabilização da tutela antecipada seja remodelada, de modo a ser mais eficiente ou, ao menos, a não causar tantos problemas quando testada na dinâmica processual.

⁵³⁵ Uma das poucas hipóteses em que a estabilização da tutela antecipada parece provável é na situação de se demandar a pessoa jurídica responsável por uma rede social da internet para retirar conteúdo ofensivo indevidamente publicado por um de seus usuários. Como nos termos do art. 19 do marco civil da internet “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”, parece crível que, ajuizada a ação para que o provedor retire o conteúdo, ele não terá interesse em recorrer, uma vez que não será responsabilizado pela publicação do conteúdo, possibilitando assim a estabilização.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 97, p. 51-106, jan./mar. 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da ação monitória: opção do autor. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 83, p. 14-17, jul./set. 1996, p. 17.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutelas de urgência, tutelas sumárias e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 241, p. 205-217, mar. 2015.

ASSIS, Araken. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 100, p. 33-60, out./dez. 2000.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 163, p. 50-59, set. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 416, p. 9-17, jun. 1970.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARRETO, Paula Menna. *A estabilização da tutela de urgência antecipada*. Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/404982182/a-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada>>. Acesso em 23/11/2016.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Do processo cautelar no Código de Processo Civil de 1973. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 1, p. 137-144, jan./mar. 1976.

BAUERMAN, Desirê. Medidas antecipadas, medidas cautelares e fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 177, p. 54-72, nov. 2009.

BEDAQUE, José dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. Ação monitória da reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 77, p. 20-24, jan./mar. 1995.

BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. Os *référés* no ordenamento francês. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 255, maio, 2016, p. 527-566.

BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c. brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. Disponível em: <https://www.academia.edu/26925789/G._Bonato_tutela_de_urgencia_no_novo_c.p.c..pdf>. Acesso em: 19/11/2016.

BORGES, Marcos Afonso. O valor da “causa” na cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 53, p. 14-21, jan./mar. 1989.

BÜLOW, Oscar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 47, p. 92-99, jul./set. 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 126, p. 59-82, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bib. Argentina, 1946.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares*. Tradución de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, vol. X, parte I, p. 164-192, 1955.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 10, t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

CAPONI, Remo. La tutela somaria nel processo societário in prospettiva europea. Disponível em:

<https://www.academia.edu/393742/2004_Caponi_La_tutela_sommatoria_nel_processo_societario_in_prospettiva_europea>. Acesso em 02/10/2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutelas de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 140, p. 72-85, out. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. vol. I, Campinas: Servanda, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Lite e processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, vol. V, parte I, p. 99-105, 1928.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1936.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 79, p. 77-103, jul./set. 1995.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 259, p. 177-207, set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CIARNI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). *Revista de processo*, São Paulo, vol. 247, p. 249-261, set. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26.^a ed. São Paulo, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. I, Campinas: Bookseller, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

CHIOVENDA, José. *Derecho procesal civil*, vol. I. Madrid: Editora Reus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei diritti*. In: *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

COELHO NUNES, Dierle Jose. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.^a ed, 4.^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas pragmáticas sobre concessão de liminares. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 140, p. 7-36, out. 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Apontamentos sobre o procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 70, p. 19-33, abr./jun. 1993.

CUNHA, Guilherme Antunes da; SCHIO, Sheila Melina Galski. A estabilização da tutela de urgência no novo CPC: aspectos procedimentais e análise crítica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 263, p. 259-286, jan. 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública e o procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 124, p. 53-66, jun. 2005.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. totalmente reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELFINO, Lúcio. Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 122, p. 187-220, abr. 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 6.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, vol. 49, n. 286, p. 2-28, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINI, Mario. *La denuncia di danno temuto nel diritto sostanziale e processuale (articolo 1172 codice civile e 688 a 691 cod. proc. civile)* 2. Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass: University Press, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. Coisa julgada no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 49, p. 43-64, jan./mar., 1988.

FICANHA, Gresiéle Taíse. Apontamentos sobre a estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. In: ZUFELATO, Camila; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I colóquio Brasil-Itália de direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 503-528.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 225, p. 179-219, nov. 2013.

FURTADO, Paulo. Processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 48, p. 132-141, out./dez. 1987.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, volume VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 2. ed. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1949.

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa. In: DIDIER JR. Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 143-158.

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

GONÇALVES, Denise Willhelm. Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 117, p. 161-175, set./out. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil: justificativa. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 86, p. 191-195, abr./jun., 1997.

GUERRA, Willis Santiago. Ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 81, p. 48-53, jan./mar. 1996.

HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. Ação cautelar e seu uso contra atos do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 70, p. 85-109, abr./jun. 1993.

HART, Herbert L. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1986.

LACERDA, Galeno. Processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 44, p. 186-194, out./dez. 1986, p. 187.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 260, out. 2016, p. 105-129.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

LIMA, Bernardo Silva; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 250, p. 167-187, dez. 2015.

LIPMANN JR., Edgard Antônio. Providências cautelares no contexto atual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 68, p. 111-115, out./dez. 1992.

LIPMANN JR., Edgard Antonio. Antecipação de tutela: utopia ou realidade. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 81, p. 37-41, jan./mar. 1996.

LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitorio objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 83, p. 44-56, jul./set. 1996.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 83, p. 18-26, jul./set. 1996.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 250, p. 189-215, dez. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 202, p. 233-268, dez. 2011.

MAGALHÃES, José Eudeni. Da tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 88, p. 262-268, out./dez. 1997.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. O princípio da congruência no processo de conhecimento de primeiro grau. 112 fl. Dissertação (Mestrado em Direito das

Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 11.ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v.5: *processo de conhecimento*. 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 79, p. 104-117, jul./set. 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória não é tutela cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 74, p. 98-101, abr./jun. 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 69, p. 105-110, jan./mar. 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 4. ed. rev.e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2.ed.rev.atual.eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 183, p. 165-194, maio 2010.

MITIDIERO, Daniel. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 773-797.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 3ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo - Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo: Malheiros.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Comentários ao código de processo civil, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812*. Coord. de Ovídio Baptista Araújo da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Das técnicas de cognição e do grau de estabilidade das decisões judiciais. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, vol. 34, p. 17-34, dez. 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A tutela cautelar antecipatória e os alimentos “initio litis”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 49, p. 91-105, jan./mar. 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 76, p. 88-93, out./dez. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. VIII, tomo II, arts. 813 a 889*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 225-250, abr. 2015.

ÖRÜCÜ, A Esin. Methodology of comparative law. In: SMITS, Jan M. *Elgar encyclopedia of comparative law*. Chenttenham: Edward Elagr, 2206, p. 442-454.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. Vol. 1. 23. Ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PINTO, Nelson Luiz. Medidas cautelares – poder cautelar geral de juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 59, p. 179-186, jul./set. 1990.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 90, abr./jun., 1998, p. 22-35.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

RAGONE, Álvaro J. D. Perez. Introducción al estudio dela tutela anticipatoria. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 81, p. 135-140, jan./mar. 1996.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e a negociação da tutela de urgência antecipada antecedentes: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 244, p. 167-192, jun. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. Do CPC/73 ao CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, José Taumaturgo da. Ela, a ação monitória, vista por nós, os brasileiros. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 82, p. 12-22, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 157, p. 51-71, mar. 2008.

SAMUEL, Geoffrey. *An introduction to comparative law theory and method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. Da natureza executiva do procedimento monitório. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 116, p. 67-84, jul./ago. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 130.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (Reflexão quanto a seu conhecimento como consequência da

necessidade de efetividade do processo). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 37-100.

SHIMURA, Sérgio. Sobre a ação monitoria. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 88, p. 58-69, out./dez. 1997.

SICA, Heitor Vitor de Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR. Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 161-197.

SILVA, José Carlos Pestana de Aguiar. Processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 33, p. 26-42, jan./mar. 1984.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. I. 7. ed. ver. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 59, p. 187-200, jul./set. 1990.

STRECK, Lênio *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milani : Dott. A. Giufrè Editore, 1980.

TALAMINI, Eduardo. Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, vol. 2, 15-28, maio 2003.

TALAMINI, Eduardo. Disponível em:
 <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044-Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+os+negocios+juridicos>>.
 Acesso em 27/01/2016.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria: a ação monitoria – Lei 9.079/95: doutrina, jurisprudência anotada, aproximadamente 200 acórdãos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da demanda urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 209, 13-34, jul. 2012.

TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo da demora*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 206, p. 13-59, abr. 2012.

THEODORO JR., Humberto. Tutela de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 88, p. 9-30, out./dez. 1997.

THEODORO JR., Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 94, p. 24-33, abr./jun. 1999.

THEODORO JR., Humberto. Pressupostos processuais e condições da ação no processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 50, p. 7-24, abr./jun. 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. Medidas cautelares constritivas patrimoniais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 67, p. 40-61, jul./set. 1992.

VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de. Perfil do processo cautelar. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 72, p. 40-52, out./dez. 1993.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7.º, do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 112, p. 59-81, out./dez. 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade (§7.º do art. 273 do CPC). *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 144, p. 23-37, fev. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional, (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, vol. 2. 16.ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*, vol. I. 16. ed. reformulada e ampliada e acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

<<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 13/11/2015.

<<http://portalprocessual.com/a-estabilizacao-prevista-no-novo-cpc-como-um-negocio-juridico-processual-qualificado/>>. Acesso em 19/01/2016.