

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA NOVA PERSPECTIVA DE
SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO DEMANDADA**

Vitor Figueiredo Galvanin

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA NOVA PERSPECTIVA DE
SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO DEMANDADA**

Vitor Figueiredo Galvanin

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
conclusão do Curso de Pós-graduação *lato
sensu* em Direito Processual Civil, sob a
orientação do Professor Daniel Gustavo de
Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2017

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: UMA NOVA PERSPECTIVA DE
SATISFAÇÃO DA PRETENSÃO DEMANDADA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação *lato sensu* aprovado como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Processo Civil.

Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, de de 2017.

“Assim, as preciosas pessoas com quem convivo orbitam comigo, na equivalente proporção de nossas forças gravitacionais, em minha galáxia particular, ora tão próximos que beiramos a colisão, ora distantes a ponto de perderem o status interestelar, como o pobre Plutão. E, enquanto também gravito em planetários alheios, somos juntos o cosmos todo dando um passeio”.

Adriano Dias

AGRADECIMENTOS

A Deus por me fortalecer todos os dias, não permitindo que eu pereça nos momentos de dificuldade e de angústia.

À minha mãe, mulher guerreira e dedicada, sem a qual eu não chegaria onde cheguei; o amor desta mulher é inigualável.

Ao meu pai, que me ensinou a ser tudo o que sou, meu ídolo e herói. Apesar de ele não estar aqui para que eu pudesse compartilhar mais um momento de imensa alegria, sei que ele sempre estará olhando por mim.

À minha filha, Ana Luiza, meu maior amor; a razão pela qual sou forte e obstinado.

À Angélica, meu porto seguro, minha alegria diária; aquela a quem posso confiar o meu íntimo, que posso contar a todo instante. Meu grande amor.

Aos meus estimados colegas, por tudo.

Ao meu orientador, Professor Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, por todos os ensinamentos e auxílios prestados durante a elaboração deste trabalho.

Sou eternamente grato a todos vocês.

RESUMO

O presente trabalho busca tratar da estabilização da tutela antecipada antecedente, instituto que nasceu com a entrada em vigor do novel Código de Processo Civil. Para tanto, faz-se uma exposição acerca das tutelas definitivas, das tutelas provisórias e da diferença entre coisa julgada e provimento provisório, com o intuito de demonstrar as peculiaridades e diferenças de cada uma destas técnicas processuais. Igualmente, faz-se um estudo sobre a técnica de estabilização no direito comparado, compreendendo o Direito francês, italiano e belga, posto que a técnica processual de estabilização brasileira em muito se inspirou no *référé* francês e no *provvedimenti d'urgenza* italiano. Expõem-se, também, os aspectos históricos da estabilização no Brasil, trazendo um panorama sobre as primeiras ideias da técnica de estabilização e como este instituto foi tratado nos projetos precedentes à versão final do Código de Processo Civil, hoje em vigor. Por fim, busca-se sistematizar a estabilização da tutela antecipada antecedente, bem como apresentar a problematização do tema, com o intuito de esclarecer os limites desta técnica processual de monitorização do processo brasileiro.

Palavras-chave: Estabilização. Tutela Antecipada. Tutela Provisória. Tutela da Evidência. Tutela de Urgência. *Référé*. *Provvedimenti d'urgenza*. Monitorização do Processo Brasileiro.

ABSTRACT

The present thesis seeks to analyse the stabilization of antecedent guardianship, institute that was born with the grant of the New Civil Process Code. For such, it has been made an exposition regarding definitive guardianships, with the intent of demonstrating the peculiarities and differences of each of those legal procedures. Equally, it has been made a study of the stabilization techniques on comparative law, regarding french Law, italian and belgian, given that much of the stabilization procedures in Brazil were inspired by the French *référé* and the *Italian provvedimenti d'urgenza*. Also, it exposes the historical aspects of the stabilization in Brazil, bringing a panorama about the very first ideas regarding stabilization techniques and how this particular institute was treated amongst precedent projects to the final version of the Civil Process Code, today in force. Finally, it hopes to sistematize the stabilization of the antecedent guardianship, as well as presenting a problematic about the theme, with the intent to clarify this procedure technique's limits for monitoring brazilian law procedures.

Key-words: Stabilization. Antecedent guardianship. Provisional guardianship. Evidence guardianship. Urgency guardianship. *Référé*. *Provvedimenti d'urgenza*. Monitoring brazilian law procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE AS ESPÉCIES DE TUTELA.....	14
2.1 Tutela Definitiva.....	14
2.2 Tutela Provisória.....	17
2.2.1 Tutela provisória fundada na evidência.....	19
2.2.2 Tutela provisória fundada na urgência.....	34
2.2.2.1 Tutela provisória de urgência cautelar antecedente.....	40
2.2.2.2 Tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente.....	44
2.3 Coisa Julgada e Tutela Provisória.....	45
3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ASPECTOS HISTÓRICOS E DIREITO COMPARADO.....	49
3.1 Aspectos Históricos da Estabilização da Tutela Antecipada.....	49
3.1.1 Projeto de Lei nº 186/2005 do Senado Federal.....	49
3.1.2 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PL 166/2010).....	52
3.2 A Estabilização da Tutela Provisória no Direito Comparado.....	54
3.2.1 Direito Francês.....	54
3.2.2 Direito Italiano.....	62
3.2.3 Direito Belga.....	64
4 SISTEMATIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA.....	66
4.1 Do Cabimento da Técnica Processual de Estabilização.....	66
4.1.1 Do cabimento da técnica processual de estabilização em face do Poder Público.....	71
4.2 Do Meio de Impugnação da Decisão que Concedeu a Tutela Antecipada Antecedente.....	77
4.3 A Natureza Jurídica da Decisão que Estabiliza a Tutela Antecipada.....	86
4.4 Das Custas e dos Honorários Advocatícios.....	88
4.5 Do Regime de Execução da Tutela Antecipada Estabilizada.....	91
4.6 Ação de Revisão, Reforma ou Invalidação da Decisão Estabilizada.....	92
5 CONCLUSÃO.....	102
BIBLIOGRAFIA.....	104

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como escopo tratar da estabilização da tutela antecipada antecedente, instituto que nasceu com a entrada em vigor do novel Código de Processo Civil. Apesar de se tratar de instituto novo no direito pátrio, a estabilização já é utilizada há bastante tempo no direito estrangeiro, como por exemplo, na França, na Itália e na Bélgica.

No direito pátrio, a estabilização já vinha sendo discutida desde 2005 por diversos doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni.

No entanto, somente em 2015, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, é que, de fato, o instituto da estabilização passou a fazer parte do processo brasileiro.

A estabilização é, em linhas gerais, uma técnica processual que permite que tutela antecipada antecedente continue a produzir seus efeitos mesmo sem a existência de coisa julgada. Ou seja, através da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente, os efeitos da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência continuarão a ser produzidos até que esta decisão seja revista, reformada ou invalidada nos moldes do §6º do artigo 304 do novel Código ou, ainda, indeterminadamente, após o transcurso do prazo de 02 (dois) anos que as partes têm para ajuizar a ação autônoma. Entretanto, para que a estabilização ocorra é necessário que, após a concessão da tutela provisória satisfativa antecedente, o réu não interponha o recurso de agravo de instrumento. É dizer, se o réu não agravar da decisão que antecipou os efeitos da tutela provisória, esta decisão restará estabilizada. Portanto, como ponto introdutório, pode-se dizer que a estabilização da tutela antecipada somente ocorrerá após a concessão da media provisória de urgência em caráter antecedente não impugnada pelo réu através do recurso de agravo de instrumento, caso contrário a estabilização não ocorrerá, devendo o processo seguir seu rito comum.

A importância de tratar do tema encontrou respaldo no fato de a estabilização ser instituto novo no ordenamento jurídico pátrio e, portanto, carente de limites quanto à sua aplicação. Ademais, vale ressaltar que, através deste estudo,

poderão os leitores refletir sobre a estabilização com o intuito de buscar melhores soluções para a aplicação desta técnica monitória, garantindo a sua boa aplicação.

A priori, parece clara a intenção do legislador ao regram a estabilização da tutela antecipada antecedente no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, a essência da estabilização consiste em efetivar de maneira célere a satisfação da pretensão demanda pela parte. Nessa toada, a estabilização poderá por fim ao processo antes mesmo da contestação, pois transcorrido *in albis* o prazo para apresentar o recurso de agravo de instrumento, o processo será extinto nos moldes do *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Outrossim, através da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente poderá a parte autora conquistar seu direito rapidamente, sem ter que suportar o ônus do tempo (des)necessário que assola o processo. O tempo necessário para a formação de um processo íntegro é uma questão meticulosa, pois ao mesmo tempo que pode ser necessário, também pode ser desnecessário. É dizer, para que haja coisa julgada, imprescindível é a cognição exauriente, que, suscintamente, pode ser conceituada como um amadurecimento da causa através da colheita de provas, aprofundamento da cognição horizontal e vertical e capacidade de influenciar o magistrado. No entanto, há certos conflitos em que esse amadurecimento da causa não é necessário, casos em que pode-se dizer que o tempo necessário é, na verdade, desnecessário. É de fácil compreensão as hipóteses de ações que envolvem direitos do consumidor, como por exemplo, contratos de adesão abusivos, cláusulas contratuais nulas etc.

Da mesma sorte, há casos em que a demora irrazoável do processo pode levar ao perecimento do direito pretense pela parte. Um exemplo: imagina-se o caso de um indivíduo que esteja cursando o último ano do ensino médio e preste vestibular para ingressar na faculdade. Este indivíduo passa no vestibular, mas não consegue efetuar a sua matrícula na instituição de ensino superior, pois o MEC exige a conclusão do ensino médio como pressuposto para a regular matrícula em instituição de ensino superior. Nesse caso, a pessoa aprovada no vestibular ajuíza uma ação em desfavor da instituição de ensino superior, objetivando a efetivação de sua matrícula. Em contrapartida, a instituição de ensino superior não tem qualquer intenção de obstar a matrícula desta pessoa, apenas o faz por uma exigência do MEC. Dessa forma, percebe-se a desnecessidade de um processo longo, demorado, com robusta colheita de provas e aprofundamento da cognição. Logo, através de um

pedido de tutela antecipada antecedente, o autor da ação conseguirá um provimento provisório para efetivar a sua matrícula e provável que a instituição de ensino superior não se manifeste no processo, deixando o prazo para a impugnação da decisão correr em branco e permitindo a estabilização da tutela antecipada. Portanto, no presente caso, a ação foi extinta antes mesmo da contestação, mas com a efetiva satisfação da pretensão demanda pela parte autora, permitindo que o conflito posto em juízo fosse rapidamente resolvido para ambas as partes.

Além da questão do tempo necessário ao amadurecimento da causa, há outros problemas que o instituto da estabilização tem grande potencial de solucionar. É simples vislumbrar casos em que a parte adversa mesmo sabendo que não faz jus a determinado direito insiste em postergar o processo o máximo que pode com o intuito de “ganhar tempo”, interpondo incontáveis recursos, pedindo a oitiva de testemunhas de outras comarcas e valendo-se de outros meios protelatórios. Nesses casos, a estabilização pode ser uma ótima técnica processual para a parte autora, isso porque, através da estabilização, quem irá arcar com ônus de provar a quem pertence o direito é a parte *ex adversa*, quando da interposição do recurso de agravo de instrumento. É dizer, a parte contrária, ao interpor o respectivo recurso, deverá demonstrar que faz jus ao direito, bem como deverá demonstrar que a probabilidade do direito alegado pela parte autora não condiz com o que por ela foi arguido, caso contrário a demanda irá estabilizar, justamente por ausência de uma “contestação séria”, denominação nascida no direito francês.

No direito francês, a técnica do *référé* é bastante utilizada, mesmo sabendo as partes que este tipo de provimento não faz coisa julgada. No instituto do *référé* as partes se satisfazem com esse tipo de provimento porque o direito material se resolve com celeridade, é uma questão cultural. Nessa toada, a grande maioria dos casos solucionados através do *référé* não são posteriormente confirmados por uma decisão de mérito com base em cognição exauriente, visto que se o *référé* foi concedido a parte autora, significa dizer que a parte contrária não foi capaz de influenciar o juízo no sentido de demonstrar que a parte autora não faz jus ao direito alegado.

O presente trabalho também teve como objetivo realizar uma sistematização do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, estruturando seus pressupostos, formação e aplicação, bem como visa expor a problematização do tema.

Quanto à problematização do tema, diversos assuntos foram abordados, tais como: as possibilidades de estabilização da tutela provisória, os meios de impugná-la, a possibilidade de estabilização da tutela provisória em face do Poder Público, a natureza jurídica da decisão que extingue a ação estabilizada, a natureza jurídica do prazo para mover a ação autônoma que visa a reforma, modificação ou invalidação da ação estabilizada etc.

Destarte, convém expor que a importância de tratar da problematização do tema encontra pertinência no fato de que tais celeumas podem mitigar o instituto da estabilização. Isto é, por tratar-se de instituto novo no Código de Processo Civil e ainda não haver um panorama de como a estabilização será utilizada no ordenamento jurídico pátrio, o tema merece um estudo aprofundado, demonstrando quais serão as dificuldades a serem enfrentadas pelos operadores do direito.

Nessa toada, dentre as problematizações do tema, as mais criticadas e debatidas são: a opção feita pelo legislador ao reger o recurso de agravo de instrumento como meio hábil a impedir a estabilização da demanda, a obrigatoriedade imposta à parte autora em dar continuidade ao processo através da emenda da petição inicial prevista no artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil, a natureza jurídica da decisão que extingue a ação que concedeu a tutela antecipada antecedente, ora estabilizada, e as ações autônomas colocadas à disposição de ambas as partes.

O legislador, na versão final do projeto do Código de Processo Civil, estabeleceu o recurso de agravo de instrumento como meio hábil a impugnar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Esta opção política tem sido bastante criticada pela doutrina, pois tal opção confronta diretamente os princípios constitucionais ao contraditório e ao devido processo legal. Nessa toada, o meio de impugnação hábil a impedir a estabilização da tutela satisfativa antecedente deveria ser a contestação ou, também, o pedido de reconsideração, suspensão de liminar, embargos de declaração e até mesmo a reclamação constitucional. Não obstante a crítica feita por parcela da doutrina, o recurso de agravo de instrumento, se adequadamente interpretado, pode ser meio perfeitamente hábil a obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente, isso porque – e como será abordado em tópico específico – à luz da melhor interpretação, a estabilização da tutela antecipada antecedente deve ser lida como um procedimento autônomo. Isto é, em um primeiro momento, após a concessão da tutela satisfativa antecedente, a parte

contrária deverá interpor o recurso de agravo de instrumento com o intuito de impedir a estabilização da demanda e caso este recurso seja conhecido e provido pelo Tribunal a tutela provisória não estabilizará, devendo o processo fluir pelo rito comum, nos moldes do §1º do artigo 304 do Código de Processo Civil. Caso o recurso não seja conhecido ou não seja provido, a demanda restará estabilizada e o processo será extinto nos moldes do artigo 304, *caput* e §1º do mesmo diploma legal.

No mesmo sentido, valendo-se da interpretação de que o procedimento da estabilização é autônomo, o regramento legal previsto no artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil somente será aplicado nos casos em que a estabilização não ocorrer. É dizer, caso o recurso de agravo de instrumento seja conhecido e provido, a demanda não estabilizará, devendo o magistrado intimar o autor para emendar a petição inicial, nos moldes do artigo supracitado, bem como intimar a parte contrária para as audiências de conciliação ou mediação, nos ditames do inciso II, §1º do artigo 303 do Código de Processo Civil ou, não sendo o caso de conflito que comporte autocomposição, para que apresente a respectiva contestação, conforme dispõe o inciso III do artigo acima.

Feita esta breve introdução, insta esclarecer que, mesmo sem o intuito de esgotar o tema, buscou-se proporcionar aos leitores um rico debate acerca do instituto da estabilização, com o objetivo de explorar este tema que ainda está em seus primeiros momentos de vida.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE AS ESPÉCIES DE TUTELA

O foco principal do presente trabalho é tratar, sistematicamente, da estabilização da tutela provisória, bem como apresentar as problematizações deste instituto.

Desta vênua, para a melhor compreensão do trabalho, faz-se necessário tratar das noções fundamentais pertinentes ao tema, abordando as espécies de tutelas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Os próximos subtítulos deste capítulo serão dedicados às tutelas definitivas (em caráter geral) e provisórias (fundadas na evidência e na urgência), respectivamente.

2.1 Tutela Definitiva

A tutela definitiva é gênero e subdivide-se em duas espécies: tutela definitiva satisfativa e tutela definitiva cautelar.

A tutela definitiva satisfativa tem por objeto certificar e/ou efetivar o direito litigioso. Nesse sentido, a tutela definitiva satisfativa de certificação pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória; e a tutela definitiva satisfativa de efetivação é executiva, em sentido amplo¹.

Como regra, a tutela definitiva satisfativa é concedida com base em cognição exauriente, após amplo debate sobre o direito litigioso.

É, também, a regra do ordenamento jurídico brasileiro, posto que assegura os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Sobre o assunto, Fredie Didier Jr. expõe que a tutela definitiva satisfativa “é predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica”². Por isso, também é denominada de *tutela-padrão*³.

No mesmo diapasão, José Maria Rosa Tesheiner expõe que: “há tutela definitiva quando o juiz pronuncia decisão de mérito acolhendo, em caráter definitivo, pedido do autor, seja após instrução do processo, seja por decisão antecipada de mérito (art. 355, I)”⁴.

A tutela definitiva cautelar, em contraste com a satisfativa, não objetiva a satisfação da pretensão aduzida pela parte, na verdade, tem por objeto acautelar o direito material que se planeja ver satisfeito ao final do processo.

A razão de ser da tutela definitiva cautelar está fundada nos males que a demora irrazoável do processo podem acarretar à parte. Significa dizer que a tutela definitiva cautelar visa à conservação do direito pretendido pela parte.

Nessa esteira, Fredie Didier Jr. expõe:

As atividades processuais necessárias para a obtenção de uma *tutela satisfativa* (a tutela-padrão) podem ser demoradas, o que coloca em risco a própria realização do direito afirmado. Surge o chamado perigo da demora (*periculum in mora*) da prestação jurisdicional.

Em razão disso, há a *tutela definitiva não-satisfativa*, de cunho *assecuratório*, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficis do tempo: a tutela *cautelar*.

A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o⁵.

A tutela definitiva cautelar distingue-se da satisfativa não só em razão de seu objeto (asseguração; certificação/efetivação, respectivamente), mas também em razão de suas características.

Há duas características marcantes na tutela definitiva cautelar.

A primeira característica é a temporariedade.

A temporariedade é intrínseca à tutela definitiva cautelar por ter sua eficácia limitada no tempo. Ou seja, a tutela definitiva cautelar permanecerá

² DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 575.

³ DIDIER JÚNIOR. op. cit.

⁴ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência. Revista de Processo**. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016, p. 181.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 576.

produzindo seus efeitos pelo tempo necessário à preservação do direito acautelado até a sua satisfação, garantindo a efetividade jurisdicional.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.:

A tutela cautelar é, ainda, *temporária*, por ter sua eficácia limitada no tempo. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou efetiva o direito acautelado. Por exemplo: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente⁶.

A segunda característica é a referibilidade.

A referibilidade é característica da cautelar porque esta sempre irá referir-se a outro direito, o direito acautelado. É dizer, a tutela cautelar existe para a proteção de um direito material, até que seja concedida a tutela definitiva satisfativa.

Deste modo, a tutela definitiva cautelar pode ser vista sob duas óticas. A primeira é o próprio direito à tutela cautelar, ou seja, o direito ao instrumento processual acautelatório que faz jus a parte que demonstrar ao julgador a probabilidade de seu direito. A segunda é o direito que se acautela, isto é, o direito material que se pretende satisfeito ao final do processo.

Fredie Didier Jr. exemplifica a referibilidade da seguinte maneira:

Um exemplo: o arresto de dinheiro do devedor inadimplente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor. O direito de crédito é o direito acautelado; o direito à cautela é o direito à utilização de um instrumento processual que assegure o direito de crédito⁷.

A definitividade da tutela cautelar não pode ser confundida com sua característica de temporariedade. Apesar de ser temporária, a tutela cautelar é definitiva, visto que o mérito da postulação (pedido de segurança) é decidido com base em cognição exauriente. É simples vislumbrar tal entendimento quando se analisa os pressupostos da tutela cautelar. Para que a tutela cautelar seja concedida é necessário que haja a plausibilidade do direito que se pretende acautelar. Nos dizeres de Fredie Didier Jr.: “a probabilidade do direito (tradicionalmente chamada de ‘*fumus boni iuris*’) é elemento do suporte fático do direito à cautela”⁸. Logo, preenchido o

⁶ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 577.

⁷ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 576.

⁸ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 578.

requisito da probabilidade ou plausibilidade haverá decisão definitiva com base em cognição exauriente, uma vez que para existir cognição exauriente é imprescindível o amplo debate acerca de tudo aquilo que o magistrado necessita para se convencer.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. expõe:

Ter um suporte fático integrado pela probabilidade ou plausibilidade não implica que o direito que dele decorre não possa ser reconhecido em decisão fundada em cognição exauriente. Essa é a profundidade cognitiva a que se precisa chegar para que seja reconhecido o direito à cautela: a *probabilidade* do direito acautelado. A doutrina aponta outros direitos que se assentam em pressupostos fáticos integrados pela probabilidade. É o que se diz do direito à indenização pelos lucros cessantes, que decorre da probabilidade de lucro, e os direitos do nascituro, que se fundam na probabilidade de que nasça com vida⁹.

Portanto, concedida a tutela definitiva cautelar, esta não poderá ser modificada ou revogada (a qualquer tempo), nem mesmo com base em fatos novos. Se preclusas as vias recursais, a tutela final cautelar restará cristalizada pela coisa julgada, predispondo-se à imutabilidade. Somente será cabível uma nova ação, desde que fundada em fatos novos, que, ainda assim, não interferirá na coisa julgada.

2.2 Tutela Provisória

A tutela provisória é técnica processual utilizada para antecipar provisoriamente os efeitos finais da tutela definitiva. Foi instituída no ordenamento jurídico pátrio para combater a demora irrazoável do caminho processual e concretizar o princípio da igualdade.

Com o advento do novo Código de Processo Civil a tutela provisória foi dividida em duas espécies: a tutela provisória fundada na urgência e a tutela provisória fundada na evidência.

A tutela provisória fundada na urgência, criada com o intuito de amenizar os males da demora irrazoável do processo, pode ser satisfativa ou cautelar. Assim, conforme expõe Antônio Pereira Gaio Júnior: “é preciso que se condicione o tempo do processo, possibilitando, pela própria razão prática, a eliminação de injustiça, esta

⁹ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 578.

que se torna ainda mais acentuada diante daquele que necessita – porque tem razão – da tutela”¹⁰.

A tutela provisória fundada na evidência, criada com o intuito de afastar o mal do tempo e concretizar o princípio da igualdade – se a parte tem evidências suficientes para comprovar que o bem da vida alvo do litígio lhe pertence, não seria justo que esta suportasse o ônus do tempo para, somente ao final, ver seu direito satisfeito –, pode ser apenas satisfativa. Nas palavras de Fredie Didier Jr.:

Em situação de *mera evidência* (sem urgência), o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa) não deve ser suportado pelo titular de direito assentado em afirmações de fato comprovadas, que se possam dizer evidentes. Haveria, em tais casos, violação ao princípio da igualdade¹¹.

As tutelas provisórias, de modo geral, possuem três características peculiares.

A primeira característica diz respeito à sumariedade da cognição; significa dizer que a tutela provisória, seja qual for, é concedida com base em cognição superficial, visto que o magistrado faz mero juízo de probabilidade quanto ao direito alegado pela parte.

A segunda característica das tutelas provisórias é a precariedade. Os efeitos das tutelas provisórias serão conservados até a concessão da tutela final satisfativa. No entanto, a precariedade está ligada à possibilidade de modificação ou revogação das tutelas provisórias, a qualquer tempo, desde que haja alteração da situação de fato, de direito ou de prova.

A terceira característica das tutelas provisórias é decorrência natural das duas primeiras acima expostas. Por ser concedida com base em cognição sumária e ser precária, a tutela provisória jamais será cristalizada pela coisa julgada, ou seja, a tutela provisória conforme preleciona Fredie Didier Jr.: “[...] é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*”¹².

¹⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 196.

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 581.

¹² DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 582.

José Maria Rosa Tesheiner, ainda sobre as características das tutelas provisórias, aponta a inércia¹³, visto que as tutelas provisórias não podem ser concedidas *ex officio*; a instrumentalidade¹⁴, por serem as tutelas provisórias vinculadas ao pedido principal que se busca antecipar ou acautelar; e a fungibilidade, que, de acordo com o autor:

O juiz pode substituir uma cautelar por outra, mas não pode conceder medida antecipatória diversa da requerida, por implicar alteração do pedido da parte. No caso de antecipação de tutela, o que pode o juiz é optar pelos meios coativos ou sub-rogatórios que lhe pareçam mais adequados e eficazes. Há fungibilidade também entre medidas de natureza diversa, podendo ser concedida a tutela cautelar em lugar da antecipatória que foi requerida, ou vice-versa¹⁵.

No entanto, apesar do aludido autor trazer a instrumentalidade como característica geral das tutelas provisórias, é preciso ter em mente que há exceções quanto a esta característica. Isto porque, quando há a estabilização da tutela antecipada e a parte *ex adversa* não interpõe o respectivo recurso – com o intuito de impedir a estabilização –, não há que se falar em pedido principal, uma vez que o processo será extinto sem julgamento do mérito (nos moldes do art. 300, *caput* e §1º do CPC/15), podendo, inclusive, não haver nova formulação processual, caso as partes fiquem satisfeitas com o deslinde do processo provisório estabilizado.

2.2.1 Tutela provisória fundada na evidência

A tutela provisória fundada na evidência está prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 311. A tutela provisória de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

¹³ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência**. Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016.

¹⁴ TESHEINER. op. cit.

¹⁵ TESHEINER. op. cit., p. 183.

- II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III – se tratar de pedido reipersecutório em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Inicialmente, insta apresentar o conceito criado por Bruno Vinícius da Rós Bodart que trata da tutela da evidência como uma “[...] técnica de distribuição dos ônus decorrente do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”¹⁶.

A tutela da evidência será sempre satisfativa e sempre requerida em caráter incidental. Logo, ao contrário da tutela de urgência, jamais será cautelar e/ou requerida em caráter antecedente.

A “evidência” empregada pelo legislador tem, na verdade, uma acepção jurídica, significa fato jurídico processual ou nas palavras de Fredie Didier Jr.: “[...] é o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas”¹⁷. Assim, para que a tutela da evidência seja concedida é necessário o preenchimento do pressuposto de que as alegações de fato que dizem respeito ao objeto litigioso estejam devidamente evidenciadas em documentos, conforme elucida o artigo supracitado, não sendo imprescindível a demonstração de qualquer perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo¹⁸.

Nesse sentido, José Maria Rosa Tesheiner preleciona:

Observa Luiz Fux que a tutela da evidência supõe mais do que *fumus boni juris*; supõe probabilidade de certeza do direito alegado aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário; trata-se de estender a tutela antecipatória a direitos evidentes, naquelas hipóteses em que os trâmites processuais mostram-se desnecessários, em face do pedido

¹⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 111.

¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 630.

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973**. Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016.

cuja procedência se evidência no limiar da causa posta em juízo. Tutela da evidência não é senão tutela antecipada que se funda no direito irretorquível da parte que inicia o processo¹⁹.

O inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil trata da possibilidade de concessão da tutela provisória fundada na evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O escopo do inciso supramencionado é punir a parte contrária por causar problemas que possam comprometer o bom desenvolvimento do processo, a celeridade, bem como a lealdade – através da boa-fé objetiva – que cabem às partes.

Fredie Didier Jr expõe que:

Além de punir, seu objetivo também é garantir *igualdade substancial* entre as partes, impondo o peso do tempo necessário para a investigação e cognição judicial sobre aquele que abusou e cuja posição é, portanto, de menor evidência (ou probabilidade), o que acaba por estimulá-lo a contribuir para o andamento do feito. O único pressuposto necessário para a concessão dessa tutela antecipatória é que a parte diversa “exerça o seu direito de defesa de maneira não seria, inconsistente”²⁰.

Entretanto, o mero abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, por si só, não são suficientes para a concessão da tutela da evidência; é necessário que se faça uma interpretação ampla do dispositivo, pois as expressões empregadas pelo legislador são conceitos jurídicos indeterminados, devendo o magistrado verificar, de acordo com o caso concreto, se ensejam ou não a concessão da medida provisória de evidência.

Nesse sentido, Francisco de Barros e Silva Neto expõe:

É possível o cometimento de abusos ou protelações que não conduzam à aplicação desse dispositivo: basta se imaginar a má conduta daquele que aparentemente tem razão (por exemplo, daquele que navega a favor da corrente jurisprudencial, com argumentação fundada em precedente paradigmático das Cortes Supremas). Considerando que o cerne da medida consiste na evidência do direito exposto, não se pode deferi-la em prol

¹⁹ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência**. Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016, p. 195-196.

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 636.

daquele que, presumivelmente, não tem razão, consoante parâmetros descritos no inc. II do mesmo artigo²¹.

Outrossim, Antônio Pereira Gaio Júnior aduz:

Não obstante isso, ainda que o inc. I supra não faça referência a qualquer conteúdo documental, não seria razoável a concessão da medida somente pelo comprovado *abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte*, sem que, sequer, mostre-se provável o pedido do autor, e daí tem-se coerência com o espírito de antecipação da tutela de evidência, ratificando-se, inclusive, a própria diferença entre esta tutela e aquela da urgência²².

O abuso do direito de defesa deve ocorrer de modo reiterado, com o intuito de obstar o feito de prosseguir seu curso natural. Pode-se citar como exemplo: valer-se de tese totalmente infundada ou contrária ao posicionamento consolidado pelos tribunais superiores; atrapalhar ou obstruir os meios de provas (pericial, documental, testemunhal); prestar informações falsas, dentre outros.

Da mesma sorte, o manifesto propósito protelatório do réu pode ser exercido através da interposição de reiterados recursos, da “reiterada retenção dos autos por tempo delongado”²³ etc.

O inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil trata da possibilidade de concessão da medida provisória quando as alegações puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Ao contrário do inciso I do mesmo diploma legal, o inciso II não faz qualquer menção ao réu – podendo, inclusive, ser concedida *inaudita altera parte*, conforme será visto adiante –, devendo o autor provar documentalmente suas alegações, bem como que estas estejam firmadas em julgados repetitivos (vide artigos 976 a 987 e 1.036 a 1.041, todos do Código de Processo Civil) ou em súmula vinculante.

²¹ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 156.

²² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 220.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 636.

Trata-se de norma que objetiva dar operabilidade ao sistema de precedentes brasileiro, demonstrando que o legislador preocupou-se em prestigiar os precedentes jurisprudenciais proferidos pelos tribunais superiores.

Ainda sobre o tema, Leonardo de Souza Naves Barcellos e Julia Lins das Chagas apontam:

Ressalta-se que esta modalidade de tutela de evidência não está restrita às hipóteses de julgamento de recursos repetitivos, previstas nos arts. 543-B e 543-C do CPC/73, e no 928 do NCPC. Conforme ensina Bruno Vinícius da Rós Bodart, é 'possível a concessão da tutela de evidência também quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo STF no exercício de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula suasória do Pretório Excelso ou do STJ'. Ou seja, é justamente a tese firmada em sede de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores que confirma a evidência do direito do autor e a improbabilidade de sucesso do réu, justificando a concessão da tutela de evidência. Por fim, destaque-se também que não há exigência legal de trânsito em julgado da decisão proferida em sede de repetitivo para justificar a concessão da tutela, embora parte da doutrina defenda a imprescindibilidade da coisa julgada²⁴.

O inciso III trata da hipótese “de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito” (art. 311, III, CPC/2015).

Sobre o tema, Francisco de Barros e Silva Neto explana:

A terceira hipótese legal de tutela de evidência possui estrutura semelhante à da liminar da ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária em garantia (art. 3.º do Dec.-lei 911/1969). Demonstrada a existência de contrato de depósito (e, a *fortiori*, o termo final do prazo para devolução da coisa depositada ou a notificação do réu para fazê-lo), decreta-se a ordem de entrega do objeto custodiado. O Código menciona a “cominação de multa”, mas as medidas de apoio ao cumprimento dessa ordem judicial devem ser ajustadas ao caso concreto; não se afasta, por exemplo, a hipótese de ordem de busca e apreensão do objeto, caso produza um resultado mais efetivo que a cominação de *astreintes*²⁵.

Na mesma toada, Antônio Pereira Gaio Júnior preleciona:

No Código de Processo Civil/2015, pode o legislador prevê dita hipótese como possível em sede de tutela provisória de evidência, cabendo ao depositante, fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito, reivindicar a coisa, inclusive com a cominação de multa ao

²⁴ BARCELLOS, Leonardo de Souza Naves; LIMA, Julia Lins das Chagas. **As hipóteses de tutela de evidência previstas no novo CPC**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 230.

²⁵ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 156.

depositário, caso seja recalcitrante no cumprimento espontâneo do comando judicial²⁶.

Portanto, é necessário que autor comprove suas alegações de fato através de “prova documental adequada do contrato de depósito”, bem como que esteja configurada a mora *ex re* ou a ocorrência da mora *ex persona*²⁷.

O inciso IV trata da possibilidade de concessão da tutela provisória fundada na evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (art. 311, IV, CPC/2015).

Nesse sentido, para que seja possível a concessão da medida provisória de evidência, é necessário que o autor esteja munido de provas documentais suficientes e idôneas, caracterizando o estado de evidência de suas alegações e, em sentido contrário, o réu esteja desprovido de prova capaz de afastar a probabilidade do direito do autor.

A tutela da evidência será sempre requerida de modo incidental, ou seja, será requerida contemporânea ou posteriormente à formulação do pedido de tutela definitiva. Portanto, o requerimento poderá ser realizado na petição inicial, em petição simples, oralmente (na mesa de audiência ou no curso da sessão de julgamento no tribunal²⁸) ou em sede de petição recursal.

O artigo 299 do Código de Processo Civil expõe que a tutela provisória requerida em caráter incidental deverá ser endereçada ao juízo da causa principal, visto ser este o competente para apreciar o pleito.

Os legitimados aptos a requerer a tutela provisória fundada na evidência são os mesmos que alegam ter direito à tutela definitiva. A lógica é simples, aquele

²⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 221-222.

²⁷ Sobre o tema, Fredie Didier Jr. explana: “Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por ‘prova documental adequada do contrato de depósito’. Mas para que se conclua pela probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com o advento do termo certo, ou a ocorrência da mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva, se o réu não foi ainda citado (já que a citação o constitui em mora)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 640).

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

que alega ser possuidor de um direito pode pleiteá-lo perante o Poder Judiciário para ver seu direito satisfeito. Em sede de tutela provisória a mesma regra é válida, já que só é possível a concessão provisória de uma tutela que também pode ser definitiva.

Desta vênua, os legitimados aptos a pleitear a tutela provisória de evidência são: autor, réu (quando reconvinente ou denunciante; quando formular pedido contraposto; nos casos de ação dúplice; no acolhimento do contradireito; quando contestar pedido não-dúplice²⁹), terceiro interveniente (a partir da intervenção, quando torna-se parte), assistente simples, o substituto processual e o Ministério Público – quando atuar como parte, como assistente diferenciado de incapazes ou quando for substituto processual. Uma ressalvada quanto à atuação do *Parquet* deve ser feita: se este estiver atuando como fiscal da ordem pública somente poderá sugerir, apoiar ou repelir o pedido de tutela provisória, sendo defeso o pleito provisório autônomo pelo próprio *Parquet*⁶⁰.

A tutela provisória fundada na evidência pode ser requerida no procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, bem como nos Juizados Especiais³¹ e em alguns procedimentos especiais.

Naquilo que diz respeito aos procedimentos especiais, faz-se necessário balizar dois pontos. O primeiro refere-se aos requisitos específicos que determinados procedimentos especiais têm. Isto é, para que seja possível a concessão da tutela provisória, não poderá esta ser pleiteada com base nos pressupostos genéricos previstos no Código de Processo Civil, mas, tão somente com base naqueles específicos pertinentes ao procedimento especial³². O segundo ponto faz menção aos procedimentos especiais que não tenham requisitos específicos para a concessão da tutela provisória. Nesses casos, é plenamente possível a concessão da tutela

²⁹ Quanto a possibilidade de contestar ação não-dúplice, Fredie Didier Júnior expõe que: “Até mesmo quando simplesmente contesta demanda não-dúplice, pode o réu, preenchido os pressupostos legais, requerer a antecipação provisória dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016).

³⁰ DIDIER JÚNIOR. loc. cit.

³¹ O enunciado n. 26 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminal expõe que: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis (XXIV Encontro – Florianópolis/SC)”.

³² A título de exemplo, cita-se as ações possessórias (art. 562, CPC) e as ações de despejo (art. 59, §1º da Lei n. 8.245/1991).

provisória fundada na evidência se preenchidos os pressupostos genéricos previstos no Código de Processo Civil³³.

Ainda sobre o cabimento das tutelas provisórias fundadas na evidência, sua concessão também é perfeitamente cabível nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. expõe:

Levando-se em conta a natureza da tutela prestada em tais procedimentos, em muitos deles a tutela provisória é compatível – tal como autoriza o art. 318, parágrafo único, CPC. Basta que sejam preenchidos os pressupostos legais. Difícil de imaginar tutela provisória, tão somente, em procedimentos meramente receptícios (interpelações, notificações etc.) – pois ‘são procedimentos que exaurem seus efeitos na sua própria concretização’. Um bom exemplo de tutela provisória em jurisdição voluntária é a nomeação de um curador provisório para o interditando, no procedimento de interdição ou em um procedimento de remoção de curador – promove-se, com isso, antecipação provisória dos efeitos práticos do provimento constitutivo ou meramente tutelar (art. 749, parágrafo único, e 762, CPC)³⁴.

No âmbito do processo coletivo também é cabível a técnica processual de antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva fundada na evidência. De forma geral, os pressupostos para a concessão da tutela da evidência no processo coletivo são os mesmo para a sua concessão no processo individual.

No entanto, algumas peculiaridades merecem destaque.

Inicialmente, insta dizer que, assim como em alguns procedimentos especiais, em que a concessão da tutela provisória depende do preenchimento de pressupostos específicos, no âmbito do processo coletivo algumas previsões são específicas a este procedimento.

O artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública³⁵ já previa a possibilidade de concessão da medida liminar satisfativa³⁶.

³³ Pode-se citar, como exemplo, as ações possessórias de força velha, visto que não demandam o preenchimento de qualquer pressuposto específico para a concessão da tutela provisória.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 591.

³⁵ Art. 12 da Lei n. 7.347/1985: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. vol. 4: processo coletivo**. 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 350.

Nesse sentido, aponta Fredie Didier Jr.:

A ação civil pública é também um desses procedimentos que já admitiam a concessão de tutela provisória satisfativa. O art. 12 da Lei de Ação Civil Pública já permitia a concessão de medida liminar de natureza satisfativa, embora com reação lacônica. O dispositivo também permite a concessão de tutela cautelar liminar, no bojo do procedimento da ação civil pública, tendo em vista o regramento do CPC, que funda a tutela provisória satisfativa de urgência com a tutela cautelar, aqui aplicado subsidiariamente³⁷.

O art. 4º da Lei de Ação Civil Pública³⁸ regra a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar para os fins previstos na própria lei, elencando em quais casos seria possível seu pleito. Apesar de o artigo utilizar a expressão “ação cautelar” trata-se, na verdade, de tutela inibitória e, portanto, medida satisfativa. A razão para tal nomenclatura advém de causas históricas, pois à época não havia ainda a técnica processual de tutela provisória satisfativa, que foi generalizada somente em 1994. Assim, conforme expõe Fredie Didier Jr.: “[...] o uso da *ação cautelar satisfativa, com finalidade inibitória*, era aceito pela jurisprudência”³⁹.

Quanto ao cabimento da tutela da evidência no processo de execução, inicialmente faz-se necessário dizer que não há qualquer menção, descrito no diploma legal, acerca de seu cabimento neste procedimento⁴⁰. Mas, é adequado dizer que em determinados casos é possível a aplicação dessa técnica processual aos processos executivos.

Isso porque, mesmo em sede de execução autônoma, onde o procedimento é próprio para a satisfação do título do credor, sempre há a possibilidade de percalços durante a marcha processual, podendo, eventualmente, haver a possibilidade desse direito não ser efetivamente satisfeito. Os mesmos males que cercam o processo de cognição podem afetar o processo executivo, como por

³⁷ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 350.

³⁸ Art. 4º da Lei n. 7.347/1985: “Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. vol. 4: processo coletivo. 10.** ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 351.

⁴⁰ Sobre o tema, Marcelo Abelha diz: “Embora seja extremamente festejada no processo de cognição, a técnica de tutela urgente dos arts. 294 e ss. do CPC não foi projetada para o processo de execução, em razão da simples e pueril afirmação de que não há, pelo menos em tese, o que satisfazer ou acautelhar na execução, já que esta (a execução) justamente realiza o direito contido no título”. (ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil.** 5. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 180).

exemplo, a demora irrazoável do desenrolar processual ou os meios protelatórios de que o executado possa valer-se.

Nesse sentido, Marcelo Abelha expõe:

Nesse passo, torna-se evidente que em um procedimento de cadeia fechada, por mais que exista uma atipicidade de meios, existe a possibilidade de surgirem inúmeros incidentes e acidentes de percurso que retardem a satisfação do direito, o que, na verdade é algo bastante comum⁴¹.

Dessa forma, restando preenchidos os pressupostos para o pleito da tutela da evidência é possível sua concessão em sede de processo executivo autônomo, conforme aponta Marcelo Abelha ao dizer:

Por isso, pensamos que também é possível a utilização da técnica de antecipação da tutela no processo autônomo de execução, sendo relevante observar que o título executivo é atestado mais do que suficiente da “prova inequívoca do direito alegado”, cabendo ao exequente demonstrar a existência da situação de urgência (*periculum in mora*) que justifica a medida antecipada⁴².

No entanto, apesar do autor apontar apenas a tutela provisória fundada na urgência, é cabível também a tutela da evidência, conforme expõe Francisco de Barros e Silva Neto ao citar o seguinte exemplo:

Perceba-se, ademais, que o rol do art. 311 foi concebido a partir das necessidades da fase de cognição, sem menção expressa, por exemplo, a hipóteses de uso na fase de cumprimento, na execução de títulos extrajudiciais, entre outros. Nada impede, porém, que se ajustem tais incisos às necessidades daqueles outros feitos, permitindo-se, por exemplo, o redirecionamento de execuções fiscais em desfavor dos responsáveis descritos no art. 135 do CTN, quando comprovada documentalmente a dissolução irregular da empresa (prova do não funcionamento no local indicado como sede), diante do entendimento sumulado do colendo STJ (enunciado 435)⁴³.

A tutela provisória fundada na evidência poderá ser decidida e concedida a qualquer tempo por tratar-se de medida que somente pode ser pleiteada incidentalmente. É dizer, a tutela da evidência pode ser concedida no início do processo, liminarmente, ou, até mesmo, em seus momentos finais.

⁴¹ ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 180

⁴² ABELHA. op. cit., p. 180-181.

⁴³ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 156.

Quando se fala em liminar, é necessário compreender a expressão como qualidade daquilo que foi feito *in limine* e não como substantivo⁴⁴. A decisão liminar é aquela concedida antes da citação ou da oitiva da parte contrária. Portanto, conforme preleciona Fredie Didier Jr.: “[...] tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento: o seu início”⁴⁵.

A concessão da tutela provisória fundada na evidência com pedido liminar é possível nos casos previstos nos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, conforme expõe seu parágrafo único⁴⁶.

Nesse sentido preleciona Fredie Didier Jr.:

A tutela provisória de *evidência* (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecidos hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são casos em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência *in limine litis* em favor do demandante. Acrescente-se a isso “a elevada qualidade do seu direito e a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la”⁴⁷.

Da mesma sorte, José Maria Rosa Tesheiner aduz que: “nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311, o juiz concede a tutela, com fundamento na evidência, antes da citação do réu, isto é, liminarmente [...]”⁴⁸.

O inciso I do art. 311 do Código de Processo Civil dispõe sobre a *evidência sancionatória*, modalidade em que não é possível a concessão da tutela provisória liminarmente. Isso porque, para que haja o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório pela parte contrária é necessário que esta já tenha se manifestado no processo. Logo, por uma questão de lógica, se a parte contrária já se manifestou no processo, nos moldes do inciso mencionado, não é possível a sua concessão *in limine litis*. Outrossim, nada dispõe o parágrafo único do artigo 311 do

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 592.

⁴⁵ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 592.

⁴⁶ Art. 311, parágrafo único: “Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. vol. 4: processo coletivo.** 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 593.

⁴⁸ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência.** Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016, p. 194.

Código de Processo Civil sobre a possibilidade da utilização da medida liminar no inciso I do mesmo dispositivo legal.

O inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil, de igual sorte, não permite a concessão liminar da tutela provisória fundada na evidência. Isso porque, de acordo com a redação do inciso supracitado, a prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor restará em evidência quando o réu não opuser prova capaz de gerar dúvida razoável àquela. Ou seja, para que haja a possibilidade de concessão da tutela da evidência é imprescindível que o réu não consiga opor prova capaz de afastar a probabilidade do direito do autor, supondo-se, assim, que o réu já tenha sido citado e ouvido.

Por fim, cabe trazer a este trabalho uma ressalva de suma importância apresentada por Fredie Didier Jr.:

É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade)⁴⁹.

A tutela provisória fundada na evidência também pode ser concedida no momento da prolação da sentença. No entanto, restando preenchidos os pressupostos para a sua concessão no momento da sentença, a cognição que a embasará não será sumária, mas sim exauriente.

Cumprido, ainda, expor dois pontos acerca da tutela da evidência concedida na sentença. O primeiro diz respeito aos casos de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo. Nesses casos, a tutela provisória fundada na evidência tem por objetivo afastar a ineficácia e autorizar seu cumprimento provisório. O segundo, quando se tratar de apelação sem efeito suspensivo. Nessas hipóteses, não há muito sentido em valer-se da tutela provisória, visto que a execução provisória já é possível, automaticamente.

⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 594.

Nessa toada, Fredie Didier Jr. cita:

Perceba-se que a se trata de técnica de adiantamento provisório dos *efeitos* da tutela e, não, da tutela em si. Sabendo-se que no sistema recursal brasileiro a regra geral é o recurso de apelação ser dotado de efeito suspensivo, impedindo que a sentença apelada produza efeitos de plano, a grande utilidade da tutela provisória concedida no bojo da sentença consiste em conferir-se eficácia imediata à decisão, quebrando o efeito suspensivo do recurso⁵⁰.

A tutela da evidência também pode ser concedida em grau recursal quando preenchidos seus pressupostos após a prolação da sentença. Nesses casos, o pedido deve ser formulado incidentalmente, perante o próprio tribunal.

O requerimento deve ser feito por simples petição, demonstrando que os requisitos previstos nos artigos 995 e 1.012, §4º do Código de Processo Civil estão presentes. Quanto ao endereçamento, este deve ser feito para o tribunal ou para o relator. Será encaminhado para o tribunal caso o recurso já tenha sido interposto, mas ainda não tenha sido distribuído. Será encaminhado para o relator quando o recurso já tiver sido distribuído, conforme aplicação genérica do art. 1.012, §3º do Código de Processo Civil.

A manifestação do requerido, em sede de tutela provisória incidental, não foi bem observada pelo legislador quando da criação do novo Código de Processo Civil. Isso porque, tratando-se da tutela provisória fundada na evidência e, portanto, obrigatoriamente de caráter incidental, o legislador foi silente ao regram o rito para a manifestação do requerido.

Com isso, um grande problema surgiu. Não há qualquer disposição quanto ao prazo para a contraparte manifestar-se sobre o pedido de tutela provisória incidental.

A única certeza é que, feito o pedido de tutela provisória fundada na evidência e não sendo o caso de concessão liminar do pleito, deverá o juiz determinar a manifestação da parte contrária, em observância ao princípio do contraditório⁵¹.

No entanto, quanto ao prazo para esta manifestação nada diz a lei.

Assim, de acordo com Fredie Didier Jr., três correntes surgiram:

Calmon de Passos defendia, no regime do CPC-1973, que o prazo deveria ser o mesmo previsto para as antigas cautelares (cinco dias), hoje

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 595.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR. op. cit.

consagrado no art. 306 do CPC, mas no âmbito da tutela provisória cautelar em caráter antecedente.

Teori Albino Zavascki, malgrado sugira a aplicação por analogia do prazo de setenta e duas horas do art. 2º, da Lei n. 8.437/1992, previsto para a ação civil pública e mandado de segurança coletivo, acaba por defender que o prazo deva ser fixado pelo juiz, à luz do caso concreto, considerando o grau de complexidade da causa e a urgência na concessão da medida.

Sérgio Bermudes defende que o prazo deverá ser o da contestação se o pedido for formulado na petição inicial. Se o pedido foi formulado por *petição simples*, todavia, o prazo deverá ser aquele supletivo de cinco dias do art. 218, §3º, CPC⁵².

Em análise às três teorias apresentadas pelo professor Fredie Didier Jr., parece que a melhor opção seria uma “teoria mista”. É razoável o prazo de 15 (quinze dias) da contestação para a contraparte manifestar-se se o pedido de tutela provisória fundada na evidência for feito no bojo da petição inicial. Todavia, se o pleito for requerido por petição simples a melhor conduta seria aquela apresentada por Teori Albino Zavascki, que deixa o prazo à mercê do magistrado, visto que, a depender da complexidade do pedido de tutela provisória, poderia este estipular um prazo maior ou menor. Por fim, caso o juiz seja silente quanto ao prazo para a manifestação do requerido, a solução seria a aplicação do prazo supletivo de 5 (cinco) dias.

Se preenchido os requisitos da tutela da evidência, esta deve ser concedida; em contrassenso, não restando preenchido os seus pressupostos, a tutela fundada na evidência deve ser denegada. A tutela da evidência pode ser decisão interlocutória, caso seja concedida durante o curso processual, bem como pode ser um capítulo da sentença. Pode, também, ser concedida em segundo grau, em decisão do relator ou acórdão do tribunal.

De qualquer maneira, a decisão que concede, nega, revoga ou reforma a tutela provisória da evidência deve ser fundamentada nos moldes do artigo 298 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso” (art. 298, *caput*, CPC).

Quanto à revogação ou modificação da tutela provisória fundada na evidência, poderão estas ocorrer a qualquer tempo, desde que haja alteração de fato, direito ou prova durante o curso do processo em que foi concedida.

⁵² DIDIER JUNIOR. loc. cit., p. 596.

A título de exemplo, Fredie Didier Jr. dispõe:

Seria o caso, por exemplo, em que o autor pede, de forma provisória, a retirada do seu nome de serviço de proteção ao crédito, afirmando e provando que pagou a dívida que tinha com o réu. O juiz concede a tutela provisória liminar, mas o réu, ao contestar, prova que o pagamento demonstrado referiu-se a outra dívida, e não àquela que ensejara a negativação. Imperiosa, nesse caso, a revogação da medida⁵³.

Por fim, o referido autor expõe que a revogação ou modificação, além de serem imediatas, também produzem efeitos *ex tunc*, ou seja, para trás, implicando dizer que todos os efeitos projetados pela concessão da tutela da evidência devem ser restaurados, restabelecendo o estado anterior à concessão da medida⁵⁴.

A tutela da evidência concedida no curso do processo é, conforme já dito, decisão interlocutória, e, portanto, pode ser atacada através do recurso de agravo de instrumento, conforme disposição do artigo 1.015, I do Código de Processo Civil. Se a tutela for concedida na sentença, não será decisão interlocutória, devendo, portanto, ser atacada através do recuso de apelação sem efeito suspensivo, conforme preconiza o artigo 1.012, §1º, V do mesmo diploma legal. Por fim, se a medida for concedida no tribunal, o meio de impugnação irá depender do modo como foi concedida. Assim, se concedida monocraticamente, de acordo com o artigo 1.021 do Código de Processo Civil, a medida cabível para impugnar a tutela provisória da evidência será o agravo interno. Se concedida em acórdão, a medida cabível para a sua impugnação será o recurso especial⁵⁵.

Como último ponto deste subtítulo – mas, não menos importante –, faz-se necessário tratar da possibilidade da concessão *ex officio* da tutela provisória fundada na evidência.

⁵³ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 599.

⁵⁴ Sobre o tema, o autor explica: “A revogação, além de ser imediata, tem eficácia *ex tunc*. Impõe-se, pois, o restabelecimento do estado anterior, como ocorre em qualquer execução provisória a ser desfeita (art. 520, II, CPC)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 599).

⁵⁵ Conforme preleciona Fredie Didier Jr.: “(...) concedida por acórdão, contra o qual *não cabe* recurso extraordinário por força do enunciado n 735 da súmula da jurisprudência predominante do STF, mas *cabe* recurso especial, para discutir o preenchimento dos pressupostos da concessão da medida (STJ, 1ª T., REsp n. 816.050/RN, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 28.03.2006, publicado no DJ de 10.04.2006, p. 163)”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 600).

A concessão da medida provisória de ofício, apesar de possível, não parece adequada. Isso porque, e, conforme todo o exposto, a tutela provisória, de modo geral, tem como característica a precariedade, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Logo, é fácil imaginar o quão problemático seria a concessão *ex officio* de uma medida provisória pelo magistrado que, posteriormente, tivesse que revogá-la ou modificá-la por alguma razão. Nesse caso, a quem caberia arcar com os prejuízos decorrentes de tal concessão? Ao Estado, ao magistrado ou à parte? Uma coisa é certa, não poderia a parte arcar com os prejuízos decorrentes da concessão da medida de ofício pelo magistrado. Portanto, para evitar possíveis problemas, a melhor solução é a sua inaplicabilidade *ex officio*.

2.2.2 Tutela provisória fundada na urgência

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que muito do que foi tratado no subtítulo anterior também se aplica às tutelas provisórias de urgência, portanto, neste subtítulo somente será abordado aquilo que se difere dos aspectos das tutelas provisórias de evidência.

Assim, no que tange aos legitimados e procedimentos em que cabe o requerimento das tutelas provisórias (v.g. procedimentos especiais, processo de execução, ação coletiva etc.), não há distinção entre as tutelas provisórias de urgência e de evidência, com ressalva aos elementos que autorizam a concessão da respectiva medida, conforme será visto adiante.

Quanto ao momento de concessão da tutela provisória de urgência, esta também em muito se assemelha à tutela da evidência, podendo ser concedida no início do processo (liminar ou contemporaneamente ao pedido principal, a depender da espécie de tutela), no decorrer do processo, na sentença ou em grau recursal.

Quanto à possibilidade de modificação ou revogação (precariedade da medida), também poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que haja mudança da situação de fato, direito ou prova.

Por fim, os recursos cabíveis para atacar a medida provisória, bem como a possibilidade de sua concessão *ex officio* segue, de modo geral, a mesma regra apresentada no subtítulo anterior.

Feito as devidas ponderações iniciais, segue-se com a exposição dos aspectos pertinentes às tutelas provisórias de urgência.

A tutela provisória fundada na urgência, conforme já exposto, pode ser cautelar ou satisfativa.

O artigo 300 do Código de Processo Civil rege os pressupostos para a concessão da tutela provisória de urgência, expondo:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Primeiramente, insta esclarecer que o novel Código acabou com a dicotomia existente quanto aos requisitos para a concessão da tutela provisória cautelar e a tutela provisória satisfativa⁵⁶. Isso porque, com o advento do novo Código de Processo Civil, o legislador empregou os mesmos pressupostos para a concessão de ambas as modalidades de tutela provisória fundada na urgência, a saber: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Nessa toada, Antônio Pereira Gaio Júnior expõe:

De pronto, é de se notar a aproximação dos requisitos da tutela antecipada e cautelar, ambas consideradas pelo legislador do CPC/2015 como tutelas voltadas à urgência fática e jurídica para a sua concessão, restando, portanto, clara a escolha quanto aos elementos ou requisitos comuns a ambas, mais uma vez: (a) probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)⁵⁷.

A probabilidade do direito do autor é atestada mediante duas óticas. A primeira é a verossimilhança fática, que deve condizer com os fatos narrados pelo autor, sem a necessidade de qualquer instrução probatória. A segunda, diz respeito à plausibilidade jurídica, que segundo Fredie Didier Jr. ocorre “com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos”⁵⁸.

⁵⁶ Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, *caput*, do CPC/2015 superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

⁵⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 200.

⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,**

O perigo da demora não deve ser caracterizado de modo sucinto, ou seja, de acordo com o mero temor da parte em não ver seu direito satisfeito. Para que seja caracterizado o *periculum in mora*, este deve ser concreto, atual e grave⁵⁹. Ainda, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.

Faz-se necessário esclarecer que a tutela provisória de urgência nem sempre será concedida somente em razão de o dano ser irreparável ou de difícil reparação. Outrossim, há a possibilidade de sua concessão quando atestado um ato contrário ao direito, um ilícito. Segundo Fredie Didier Jr. “isso depende do tipo de tutela definitiva cujos efeitos se buscam antecipar: inibitória, reintegratória ou ressarcitória”⁶⁰⁻⁶¹.

Portanto, de imediato, é necessário ter em mente que para a concessão da tutela provisória de urgência é imprescindível o preenchimento de ambos os requisitos.

No entanto, uma importante ressalva deve ser feita. Na prática forense, se um dos elementos é mais robusto que o outro, via de regra, o magistrado acaba por conceder a tutela provisória de urgência.

Nesse diapasão, Fredie Didier Jr. aduz:

A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão de tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão de extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade; e vice-versa. “No dia a dia do foro, quanto mais ‘denso’ é o *fumus boni iuris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*; por outro lado, quanto mais ‘denso’ é o *periculum in mora*, exige-se com menor rigor o *fumus boni iuris*”. Eduardo José da Fonseca Costa, em trabalho importantíssimo de *pragmática processual*, demonstra que o “Direito vivo” aceita várias combinações entre *probabilidade* e *perigo*, para fim de concessão da tutela provisória. O autor demonstra que, na prática forense, os juízes se valem de um raciocínio tipológico, “O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas

precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 609.

⁵⁹ Fredie Didier Jr. explica o *periculum in mora* da seguinte forma: “Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) *concreto* (certo), e, não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) *atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) *grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 610).

⁶⁰ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 611.

⁶¹ Sobre o tema: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 611-612.

‘móveis’, que podem se apresentar em graus ou níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos [...]”⁶².

A tutela provisória de urgência satisfativa exige, além daqueles já expostos, o preenchimento de um requisito específico: a “reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória”⁶³, positivada no §3º do artigo 300 do Código de Processo Civil. Isso porque, a tutela provisória é concedida com base em cognição sumária, podendo, portanto, ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Logo, para que seja possível a sua concessão, é necessário que haja a possibilidade de sua reversão – restaurando o *status quo ante* –, caso contrário, provado que o requerente da medida não detinha o direito à tutela, a parte *ex adversa* restará prejudicada.

Desta vênua, Antônio Pereira Gaio Júnior preleciona:

Destaca-se que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão ora pretendida (§3.º do art. 300 do CPC/2015).

Em verdade, é possível que a concessão da medida e sua respectiva realização venham a ocasionar, realmente, a irreversibilidade do bem jurídico objeto da referida tutela, como, por exemplo, em casos onde se obtém uma tutela antecipada para a demolição de um prédio de valor histórico ou arquitetônico. De certo, sua reconstrução não terá o condão fiel de substituir o original e, daí, o que teríamos seria uma irreversibilidade de fato, sendo razoável a não concessão da tutela de urgência antecipada⁶⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, José Maria rosa Tesheiner explana:

O Código, ao dispor sobre a tutela de urgência como espécie de tutela provisória desconsiderou a existência de casos de tutela de urgência satisfativa, isto é, não provisória, caracterizada a satisfatividade pela irreversibilidade da medida. E os casos são comuns. Sirva de exemplo a urgente determinação de uma operação cirúrgica, que evidentemente não pode ser desfeita, não podendo, portanto, ser havida como “provisória”. Outro exemplo: a urgente determinação de demolição de prédio que ameaça ruína, para impedir possíveis danos materiais e pessoais. Nesses casos, se o processo prossegue, é para afirmar a juridicidade ou injuridicidade da medida, com eventual condenação do autor em perdas e danos, isto é, o processo passará a ter outro objeto, porque não se pensa em restituir as partes ao estado anterior, reedificando-se o prédio nas condições em que se encontrava, isto é, aparentando poder cair a qualquer momento. Imagine-se, também, hipótese em que, antes da instrução da causa e, possivelmente, antes mesmo da citação do réu, o juiz determine ou autorize a morte de um

⁶² DIDIER JÚNIOR. loc., cit., p. 608.

⁶³ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 608.

⁶⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 201.

animal, a derrubada de uma árvore centenária, a destruição de um prédio histórico ou a cremação de um cadáver⁶⁵.

Portanto, a priori, nos presentes casos não seria possível a concessão da medida provisória de urgência. Mas, parte da doutrina e da jurisprudência inclinam-se pela possibilidade da concessão da medida, desde que seja possível a sua conversão em perdas e danos. É nesse sentido que Antônio Pereira Gaio Júnior expõe o seguinte raciocínio:

Por outro lado, tratando-se da possibilidade de reparação por perda e danos diante da concessão de medida antecipada, entende doutrina e jurisprudência (o próprio acórdão acima), de possível obtenção da tutela de urgência antecipada, ainda que diante de possível irreversibilidade, *in casu*, tida como de direito⁶⁶⁻⁶⁷.

A técnica de antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva deve ser ponderada e avaliada diante do caso concreto. A concessão indiscriminada da tutela provisória de urgência pode acarretar graves problemas à parte adversária, perdendo sua finalidade primordial. Conforme já exposto, a tutela provisória de urgência (satisfativa) tem por finalidade adiantar os efeitos da tutela definitiva para aquele que demonstrar o perigo da demora e o risco ao resultado útil do processo. Entretanto, quando se trata de casos em que o direito alvo do pleito de tutela provisória é irreversível, o magistrado deve ter atenção redobrada ao concedê-la. Não significa dizer que sempre que o direito que se busca satisfazer provisoriamente for irreversível não poderá o juiz conceder a tutela; na verdade, conforme expõe Fredie Didier Jr.: “[...] essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da tutela provisória *satisfativa* (antecipada). Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto”⁶⁸.

⁶⁵ TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência**. Revista de Processo. vol. 257. ano 41. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016, p. 192-193.

⁶⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 202.

⁶⁷ O acórdão que o pelo autor faz referência na citação é: STJ, EDcl no AgRg na AR 3.163/PR, 3.ª Seção, j. 08.03.2006, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 20.03.2006.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 613.

Nesse contexto, continua o autor:

Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela provisória satisfativa – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais etc. –, o seu deferimento é essencial para que se evite um “mal maior” para a parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis desfavoráveis ao requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis em desfavor do requerente. Nesse contexto, existe, pois, o *perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida*. Não conceder a tutela *provisória* satisfativa (antecipada) para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante⁶⁹.

Assim, diante de tais conflitos, o magistrado deve valer-se do princípio da proporcionalidade e conceder a medida àquele que detenha a maior probabilidade do direito alegado; devendo a parte contrária “suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia”⁷⁰.

Para os casos em que o direito tutelado provisoriamente não puder ser restituído, retornando ao seu *status quo ante*, bem como para eventuais prejuízos que a parte *ex adversa* venha sofrer em razão da medida, o legislador estipulou no §1º do artigo 300 do Código de Processo Civil a possibilidade de o magistrado “exigir caução real ou fidejussória para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer”. Entretanto, a caução poderá ser dispensada se a parte for economicamente hipossuficiente.

Por fim, o artigo 302 do Código de Processo Civil regra as possibilidades de responsabilização da parte requerente do pedido de tutela provisória por prejuízos causados à contraparte, quando da efetivação da medida. Os casos estão previstos nos §§1º a 4º e estabelecem a responsabilização do dever de reparar quando: a sentença for desfavorável ao requerente; o requerente não fornecer os meios necessários para a citação da contraparte no prazo de 5 (cinco) dias, após a concessão *in limine litis* da tutela de urgência antecedente; ocorrer a cessação da medida, em qualquer hipótese legal; ficar caracterizado a prescrição ou decadência do direito pretense pelo autor.

No que tange ao momento da concessão da tutela provisória de urgência, esta pode ser concedida em caráter antecedente ou incidente.

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 613.

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 614.

O procedimento que rege a tutela provisória fundada na urgência em caráter incidental se assemelha ao da tutela provisória de evidência.

Portanto, a partir deste momento, passa-se a expor as peculiaridades referentes à tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente, para, posteriormente, tratar da tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente.

2.2.2.1 Tutela provisória de urgência cautelar antecedente

As disposições legais pertinentes ao tema encontram-se codificadas nos artigos 305 a 310 do novel Código de Processo Civil.

O objetivo desta modalidade de tutela provisória é antecipar, provisoriamente, os efeitos da tutela definitiva cautelar e assegurar sua eficácia até que a decisão final seja proferida.

O artigo 305 do Código de Processo Civil rege o modo como deverá ser requerida a tutela provisória cautelar fundada na urgência em caráter antecedente. A petição inicial do pleito deverá conter a indicação da lide e seus fundamentos, bem como a exposição sumária do direito que se busca acautelar, os pressupostos genéricos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) das tutelas provisórias e o requerimento da medida cautelar em caráter antecedente – além dos demais requisitos genéricos das petições iniciais.

A tutela provisória de urgência cautelar antecedente poderá ser requerida com pedido liminar, se preenchido os requisitos necessários, ou após justificção prévia do autor, vide artigo 300, §2º do Código de Processo Civil.

Aqui, abre-se um parêntese: caso a parte requeira a tutela provisória de urgência cautelar antecedente e, na verdade, tratar-se de tutela provisória de urgência satisfativa, deverá o juiz realizar a fungibilidade das medidas, conforme preconiza o parágrafo único do artigo 305 do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, Antônio Pereira Gaio Júnior aduz:

[...] caso o autor venha requerer tutela de urgência de natureza cautelar (conservativa) e, na verdade, tratar-se de tutela de urgência antecipada (satisfativa), caberá ao magistrado aplicar a fungibilidade das pretensões,

conhecendo então da pretensão satisfativa ao invés da conservativa (*ex vi* do parágrafo único do art. 305 do CPC/2015) e vice-versa⁷¹.

Feita a devida observação, segue-se.

Primeiramente, o magistrado deverá realizar um juízo de admissibilidade da exordial, podendo determinar a sua emenda, indeferi-la ou deferi-la, caso todos os elementos estejam presentes⁷².

Caso a petição inicial seja indeferida, o processo será extinto nos termos do artigo 330 do Código de Processo Civil. Nesses casos é permitido ao autor formular novo pedido, “inaugurando uma nova ação em autos próprios, sendo esta de cognição plena, abarcando então o pedido principal, tendo em vista que a tutela de urgência cautelar é que fora negada, salvo se o motivo que a obstou for o reconhecimento de decadência ou de prescrição (art. 310 do CPC/2015)”⁷³.

Não sendo o caso de indeferimento e havendo pedido liminar, o magistrado poderá conceder a tutela provisória cautelar antecedente se todos os elementos estiverem presentes ou após justificação prévia do autor, conforme expõe o §2º do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Posteriormente, o juiz mandará citar o réu para que, querendo, apresente sua defesa no prazo de 5 (cinco) dias, indicando as provas que pretende produzir.

Caso o réu não conteste a petição inicial, estabelece o artigo 307 do Código de Processo Civil que “os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias”.

No entanto, se o réu apresentar sua contestação no prazo legal, deverá o processo seguir o rito comum, conforme elucida o parágrafo único do artigo supra.

Após a concessão da medida cautelar de urgência antecedente, sua efetivação deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessar os

⁷¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 214.

⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 627.

⁷³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 214.

efeitos acautelatórios da medida, conforme determina o inciso II do artigo 309 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. aponta:

Concedida em caráter antecedente, a tutela provisória cautelar terá de ser efetivada no prazo de trinta dias, sob pena de não mais poder sê-lo, operando-se a cessação da sua eficácia, na forma do art. 309, II, CPC. Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente busque a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que se falar em cessação da sua eficácia. Decorrido esse prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não mais deseja a medida cautelar⁷⁴.

Depois de efetivada a medida – que poderá ser realizada mediante sequestro, arresto, arrolamento de bens etc. –, o autor deverá apresentar o pedido principal no prazo de até 30 (trinta) dias⁷⁵. O pedido principal será formulado nos mesmos autos do pleito cautelar urgente antecedente, não se exigindo o adiantamento de novas custas processuais, vide artigo 308 do novel Código de Processo Civil.

No entanto, se o autor não formular o pedido principal, a medida cautelar perderá seus efeitos, conforme disposição do inciso I do artigo 309 do Código de Processo Civil.

Formulado o pedido principal, o artigo 308, §3º do Código de Processo Civil disciplina que “as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu”.

Não havendo autocomposição, o réu deverá apresentar sua contestação em relação ao pedido principal no prazo de 15 (quinze) dias, conforme a regra geral estabelecida pelo artigo 335 do Código de Processo Civil.

Apresentada a resposta pelo réu, o magistrado dará seguimento ao feito, conforme as regras do procedimento comum, até a prolação da decisão final. Na

⁷⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 627.

⁷⁵ O termo inicial conta-se a partir da efetivação da medida, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o dia do vencimento, conforme a regra estabelecida pelos artigos 219 e 224 do Código de Processo Civil.

prolação da sentença, o juiz poderá confirmar, modificar ou revogar a medida cautelar, bem como decidirá sobre a procedência ou não da tutela definitiva satisfativa.

Sobre a improcedência do pedido, Fredie Didier Jr. expõe: “se a sentença for de improcedência do pedido principal (ou do cautelar) ou de extinção do processo sem resolução do mérito, cessará a eficácia da tutela cautelar concedida anteriormente (art. 309, III, CPC)”.

Duas ressalvas devem ser feitas sobre a cessação dos efeitos provisórios da medida cautelar. A primeira diz respeito à decisão de procedência do pedido principal. Nesse caso, a medida também perderá seu efeito acautelatório, visto que será esta substituída pelo provimento definitivo, conforme expõe Fredie Didier Jr. ao dizer: “[...] se a sentença for de procedência do pedido principal, depois de definitivamente efetivado e satisfeito o direito objeto do pedido, cessará a eficácia da tutela cautelar, que perde a utilidade de acautelar um direito já realizado”⁷⁶. Já a segunda faz menção à possibilidade da medida não perder seus efeitos acautelatórios, ainda que seja o pedido principal julgado improcedente. Nessa toada Antônio Pereira Gaio Júnior aduz:

Completando o raciocínio supra, pode acontecer de, excepcionalmente, a sentença de improcedência não levar à cessação da eficácia da tutela cautelar. Isso porque existem situações em que o dano pode ser tão grave e ocorrer automaticamente depois da sentença de improcedência que pode o juiz decidir julgar improcedente o pedido, mas manter a proteção cautelar, mormente se vislumbra a possibilidade de o tribunal modificar a decisão⁷⁷.

Por fim, o parágrafo único do artigo 309 do Código de Processo Civil preconiza que se por qualquer motivo a medida cautelar tiver sua eficácia interrompida, não poderá a parte formular novo pedido, salvo se estiver amparada sob novos fundamentos.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 629.

⁷⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 216.

2.2.2.2 Tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) antecedente

A tutela provisória de urgência antecipada antecedente tem o condão de adiantar os efeitos satisfativos da tutela definitiva. Seu caráter antecedente remete à ideia de que a medida é pleiteada antes mesmo da postulação do pedido principal que se busca ver satisfeito definitivamente.

A medida possui regramento próprio estabelecido no artigo 303 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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

A medida pode ser requerida quando a urgência é contemporânea à propositura da ação principal, devendo a parte requerer a tutela provisória satisfativa, indicar o pedido de tutela final (pedido principal), expor a lide e o direito que se busca realizar, bem como demonstrar que faz jus à tutela através do preenchimento dos requisitos genéricos da medida (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Deve, ainda, o autor indicar o valor da causa – levando em consideração o pedido de tutela definitivo –, e que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* do artigo 303 do Código de Processo Civil, conforme aponta seus §§ 4º e 5º.

O §6º do artigo 303 do Código de Processo Civil estabelece que caso o magistrado entenda que não há elementos suficientes para a concessão da medida provisória determinará a intimação do autor para que emende a petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento do pleito e extinção do processo sem resolução do mérito. Fredie Didier Jr. explana que a exordial deve ser emendada “[...] para que o autor complemente sua causa de pedir, confirme o pedido de tutela definitiva e traga documentos indispensáveis à propositura da demanda ainda ausentes [...]”⁷⁸.

⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 615.

Nesse sentido, Francisco de Barros e Silva Neto aponta:

A dicotomia utilizada pelo Código (aditamento, no caso de deferimento da tutela; emenda, nos casos de sua rejeição) pode conduzir a equívocos, vez que a emenda mencionada no art. 303, §6º, não se confunde com a prevista no art. 321 do Código. Trata-se de uma oportunidade para a apresentação de novos elementos capazes de convencer o magistrado acerca dos pressupostos da tutela de urgência, não de medida destinada à correção de vícios⁷⁹.

Outrossim, apesar do Código ser silente quanto à possibilidade de o autor formular o pedido principal em sede de emenda da petição inicial, parece ser perfeitamente possível a sua formulação; buscando, assim, concretizar os princípios da celeridade e economicidade processual.

Concedida a medida provisória, deverá o autor “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”, *ex vi* inciso I do §1º do artigo 303 do Código de Processo Civil. Ainda, conforme estabelece o §3º do artigo supra, o aditamento realizar-se-á nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais.

Caso o autor não adite a petição inicial, nos moldes do artigo 303, §1º, inciso I do Código de Processo Civil, o processo será extinto sem resolução do mérito, conforme a redação do §2º do mesmo diploma legal.

Não ocorrendo nenhuma das possibilidades acima e sendo a medida concedida, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação na forma do artigo 334 do Código de Processo Civil. Não havendo autocomposição, o réu deverá apresentar sua resposta no prazo estipulado pelo artigo 335 do Código de Processo Civil.

2.3 Coisa Julgada e Tutela Provisória

A coisa julgada e a decisão que concede a tutela provisória em muito se diferenciam, por isso a importância de tratar destes institutos.

⁷⁹ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 148.

Como primeiro ponto deste subtítulo, insta dizer que a coisa julgada é uma autoridade, autoridade esta que é compreendida como uma situação jurídica. A autoridade, enquanto situação jurídica, qualifica a decisão como obrigatória e definitiva⁸⁰. Nesse sentido, é possível dizer que “com a situação jurídica, a *coisa julgada* é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica”⁸¹.

Dessa forma, a autoridade derivada da coisa julgada pressupõe dois elementos primordiais, a saber: a indiscutibilidade e a imutabilidade.

A indiscutibilidade da coisa julgada deve ser vista sob dois prismas.

O primeiro refere-se ao efeito negativo da coisa julgada. Isto é, após a coisa julgada, tudo aquilo que por ela foi abarcado não poderá ser utilizado como fundamento em um novo processo. Ou seja, caso numa nova ação seja ajuizada cujo objeto já tenha sido alvo de coisa julgada, a parte poderá valer-se dessa decisão como meio de defesa no novo processo.

O segundo marca relação a um efeito positivo da coisa julgada. É dizer, em sede de numa nova ação, a coisa julgada (e, portanto, indiscutível) deverá ser observada pelo magistrado, vinculando-o ao decidir sobre o que quer que seja em sede da nova ação.

Para melhor compreensão do tema, Fredie Didier Jr., citando Ovidio Baptista da Silva, expõe:

O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forã de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.

Imagina-se que as partes em um dado processo – digamos, em uma ação confessória de servidão – hajam controvertido tanto a condição de proprietário dos prédios quanto a existência propriamente dita do alegado direito real. Se a sentença reconhecer a procedência da ação, condenando o réu a tolerar o exercício do direito à servidão, não poderá o autor, por exemplo, numa demanda posterior que o réu primitivo lhe mova para exigir-lhe a construção de obras necessárias ao exercício da servidão, afirmar que

⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

⁸¹ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 527.

ela não existe, quando sua existência fora determinada pela sentença anterior⁸².

Quanto à imutabilidade da coisa julgada, significa dizer que esta não poderá ser alterada, mas, tão somente, poderá ser rediscutida ou desfeita.

Importante frisar que o que é indiscutível e imutável é a decisão que fez coisa julgada e não os efeitos da própria decisão, conforme aponta Fredie Didier Jr.:

A coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão – como está claro nos arts. 502 e 503 do CPC. Para uns, indiscutível e imutável é a declaração; para outros, a declaração, constituição e condenação. Sendo certo que na constituição e na condenação também há declaração, a discussão, embora teoricamente relevante, perde um pouco da importância e, em alguns momentos, apresenta sutilezas de difícil compreensão [...]⁸³.

Aqui abre-se o primeiro parêntese para expor a diferença entre a coisa julgada e a decisão que concede a tutela provisória. Conforme visto, a coisa julgada é indiscutível e imutável, ao contrário, a decisão que concede a tutela provisória não é indiscutível e nem imutável, pelo menos não a priori. Assim, a decisão que concede a tutela provisória será sempre precária, podendo ser modificada e revogada a qualquer tempo, bastando que algum dos elementos fáticos, probatórios ou jurídicos restem alterados. Nesse mesmo sentido, a decisão que concede a tutela provisória jamais fará coisa julgada, por isso é inerente à sua característica essencial a provisoriedade.

Para que haja coisa julgada é necessário o preenchimento de dois pressupostos.

O primeiro pressuposto é “uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente”⁸⁴. Esse pressuposto diz respeito ao modo como a decisão jurisdicional é prolatada. Ou seja, para que haja coisa julgada, deverá o magistrado valer-se de tudo o que for necessário para se convencer de que a causa está madura para julgamento, por isso há a necessidade da cognição exauriente.

Portanto, se a decisão estiver fundada em mera cognição sumária, há, na verdade, decisão provisória e, portanto, inapta à coisa julgada. Requisito essencial para a diferenciação entre coisa julgada e tutela provisória.

⁸² DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 528, apud, SILVA, Ovidio Baptista da. **Curso de Processo Civil**, 5ª ed., v. 1, cit., p. 500.

⁸³ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 529.

⁸⁴ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 530.

O segundo pressupostos é o trânsito em julgado. Quando fala-se em trânsito em julgado quer dizer que contra aquela decisão não cabem mais recursos, qualquer que seja o recurso – desde o agravo de instrumento até os recursos extraordinários. Dessa forma, a sentença transitada em julgado não poderá mais ser rediscutida – com exceção à ação rescisória que, a bem da verdade, vale dizer que se trata de ação autônoma –, formando coisa julgada indiscutível e imutável.

Em contrário senso, a decisão que concede a tutela provisória não poderá ser abarcada pelo trânsito em julgado, isso porque sempre será substituída pela decisão que concede a tutela definitiva, esta sim poderá ser abarcada pelo trânsito em julgado, tendo em vista todo o exposto.

A coisa julgada, em sentido constitucional, foi criada para a concretização do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. preleciona que “a coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, resultando em um ‘direito adquirido’ reconhecimento judicialmente”⁸⁵.

Já a decisão que concede a tutela provisória, a priori, não faz jus à segurança jurídica, visto que tem como característica a precariedade, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, bem como não é apta à indiscutibilidade e à imutabilidade. Assim, não há como falar em “direito adquirido” quando da decisão que concede as tutelas provisórias.

⁸⁵ DIDIER JÚNIOR. loc. cit., p. 531.

3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: ASPECTOS HISTÓRICOS E DIREITO COMPARADO

O presente capítulo será dedicado à exposição dos aspectos históricos da estabilização da tutela provisória e a estabilização da tutela provisória no Direito Comparado.

3.1 Aspectos Históricos da Estabilização da Tutela Antecipada

A importância do tema abordado se dá em razão da evolução das primeiras ideias apresentadas, quando do PLS 186/2005, até sua versão final. Através do estudo da evolução das ideias para a criação do instituto da estabilização da tutela provisória será possível realizar uma análise crítica do que deveria ser alterado e o que deveria ser mantido, bem como demonstrar que algumas das alterações feitas na versão final do projeto de lei acabaram por mitigar a verdadeira essência da estabilização da tutela provisória.

3.1.1 Projeto de lei nº 186/2005 do Senado Federal

O Projeto de Lei nº 186/2005 do Senado Federal que tratava da possibilidade da estabilização da tutela provisória foi protocolado em maio de 2005 pelo ex-senador Antero Paes de Barros. No entanto, as primeiras ideias sobre o tema da estabilização da tutela provisória surgiram na Jornada do Instituto Brasileiro de Direito Processual realizada em Foz do Iguaçu, em agosto de 2003.

Os precursores do projeto sobre a estabilização da tutela provisória foram os juristas José Roberto dos Santos Bedaque, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e Kazuo Watanabe.

O projeto de lei tinha por objeto a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, bem como a criação de quatro novos artigos: 273-A, 273-B,

273-C e 273-D. O objetivo das alterações era criar um regramento autônomo para as tutelas antecipadas e a sua respectiva estabilização.

Em linhas gerais, o projeto de lei dispunha sobre a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente ou em caráter incidental, regrando que a estabilização poderia ocorrer após a preclusão dos meios aptos a impugnar a decisão que concedesse a tutela antecipada.

Assim, caso a parte requeresse a antecipação da tutela em caráter antecedente e restando preclusa a decisão antecipatória deveria a parte *ex adversa*, no prazo de 60 (sessenta) dias, ajuizar a demanda principal sob pena de a decisão que concedeu a medida antecipada tornar-se estável, fazendo coisa julgada material.

Nessa toada, preleciona Horival Marques de Freitas Junior:

Além disso, previa-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 proferida⁸⁶.

Outrossim, quando a medida fosse requerida em caráter incidental, isto é, na pendência do processo, a parte contrária deveria manifestar-se pelo prosseguimento do feito dentro do prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de a decisão também restar estabilizada, fazendo coisa julgada material.

Nesse diapasão, Horival Marques de Freitas Junior expõe:

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 ônus dessa decisão também adquirir força de coisa julgada material⁸⁷.

Percebe-se, portanto, que o ônus de ajuizar a demanda principal ou de dar prosseguimento ao processo pendente pertencia ao réu e não ao autor.

Interessante ressaltar que caso a ação principal (proposta posteriormente) ou o prosseguimento do feito (após a concessão da medida

⁸⁶ FREITAS JR, Horival Marques de. **Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência**. Revista de Processo. vol. 225. ano 38. São Paulo: Ed. RT, nov. 2013, p. 199.

⁸⁷ FREITAS JR. op. cit., p. 199.

antecipada) fossem extintos sem julgamento do mérito, a medida antecipada, via de regra, não perderia seus efeitos, “salvo se em caso de carência de ação se incompatíveis as decisões”⁸⁸.

O ponto mais ousado da proposta era a possibilidade da medida provisória ter aptidão para formar coisa julgada material, ou seja, caso a parte interessada não prosseguisse com o feito em andamento ou não ajuizasse a demanda principal, a medida até então provisória passaria a ser acobertada pela coisa julgada material, podendo somente ser rediscutida em sede de ação rescisória, conforme aponta Gustavo Bohrer Paim:

O sucumbente é quem deveria provocar o juízo exauriente, caso entendesse conveniente. Assim, a ação sumária material autônoma teria, em sua fase liminar, uma autonomia procedimental, passando a ser uma demanda terminal. A grande diferença é que a faculdade de promover a demanda plenária seria do sucumbente, em prazo estabelecido em lei, sendo que a sua omissão transformaria a provisoriedade em definitividade. Não sendo proposta a ação plenária, ou continuada, a decisão proferida em juízo sumário poderia se estabilizar⁸⁹.

A possibilidade de fazer coisa julgada material é, de fato, um grande risco, uma vez que a medida seria irreversível – ou somente podendo ser modificada em sede de ação rescisória –, o que certamente iria restringir muito a aplicação das medidas provisórias, conforme aduz Horival Marques de Freitas Junior:

Por tais razões, como a medida a ser deferida em sede de antecipação dos efeitos da tutela poderá gerar coisa julgada material, ainda que nos limites em que proferida, parece haver dúvidas quanto à utilidade de eventual procedimento, uma vez que em razão de tal potencial de imutabilidade os juízes certamente passariam a ser mais rigorosos na análise dos requisitos necessários para os provimentos de urgência, e quando já existe um dispositivo legal que permite ao juiz julgar a lide antecipadamente, em caráter definitivo⁹⁰.

No entanto, o Projeto de Lei nº 186/2005 do Senado Federal acabou arquivado, pois Antero Paes de Barros não foi reeleito no Senado Federal.

⁸⁸ FREITAS JR. loc. cit., p. 199.

⁸⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 159.

FREITAS JR, Horival Marques de. **Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência**. Revista de Processo. vol. 225. ano 38. São Paulo: Ed. RT, nov. 2013, p. 202.

3.1.2 Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (PL 166/2010)

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, denominado de Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas sob o comando do Ministro Luiz Fux trouxe algumas alterações no que tange ao tema da estabilização da tutela antecipada em comparação ao PL 186/2005.

A possibilidade de estabilização das tutelas de urgência surgiu com o PLS 166/2010, pois, até então, não havia a divisão das tutelas antecipadas em urgência e em evidência.

As regras sobre a estabilização da tutela de urgência encontravam-se nos artigos 287, §1º, 288, §2º, 290, §2º e 293 do PLS 166/2010.

O artigo 287, *caput* do PL 166/2010 estabelecia o ônus para a parte contrária de apresentar a contestação no prazo máximo de 5 (cinco) dias, bem como de indiciar as provas que pretendia produzir. O §1º do artigo supra estabelecia que caso a parte *ex adversa* não impugnasse a decisão ou medida liminar eventualmente concedida, no prazo de 5 (cinco) dias, a tutela concedida conservaria seus efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

O artigo 288, §2º do PL 166/2010 previa a possibilidade de o juiz extinguir o processo caso a parte contrária não impugnasse o pedido, após a sua efetivação integral. A parte final do dispositivo ditava que a eficácia da medida concedida permaneceria conservada, mesmo após a extinção do processo.

O artigo 290, §2º do Anteprojeto, de igual maneira, tratava da possibilidade da medida concedida permanecer produzindo seus efeitos enquanto não fosse revogada por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Por fim, o artigo 293 do PL 166/2010 dispunha que a decisão que concedesse a tutela antecipada não teria o condão de fazer coisa julgada, mas seus efeitos permaneceriam; podendo seus efeitos apenas ser afastados por decisão que revogasse a tutela ora concedida em nova ação ajuizada por uma das partes.

Percebe-se que, ao contrário do previsto no Código de Processo Civil em vigor, o Anteprojeto não obrigava o requerente a ajuizar o processo principal. A obrigação de ajuizar uma demanda de mérito era prevista somente no caso estabelecido pelo artigo 289, *caput*, do Anteprojeto, que assim ditava: “Impugnada a

medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de um mês ou em outro prazo que o juiz fixar”. Assim, caso a medida não fosse impugnada, o autor não precisaria ajuizar a demanda de mérito, conforme o §2º do artigo 289 estabelecia.

Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel expõe:

A técnica da estabilização da tutela de urgência trabalha com probabilidades e riscos. A probabilidade na qual o legislador investe é de que em muitos casos não haverá resistência por parte do demandado, que se conformará e cumprirá a medida deferida liminarmente. Dessa forma, a utilidade prática pretendida pelo autor já terá sido alcançada, tornando-se desnecessária a propositura de ação “principal”, de conhecimento, e o exame do seu mérito, nada obstante não se forme coisa julgada com relação ao provimento judicial que concedeu a medida urgente⁹¹.

Outrossim, com a criação do PL 166/2010, o dever de ajuizar o processo principal passou a ser do autor e não mais do réu (como era no PL 186/2005). A opção feita pelo legislador é a mais correta, visto que é do autor o interesse de dar prosseguimento ou não ao feito, portanto, cabendo a este o ônus de dar continuidade ao processo.

Nessa toada, Ricardo de Barros Leonel aduz:

E a lógica contida na opção do legislador em permitir a estabilização da tutela de urgência não contestada se mostra, em nossa percepção, correta: se é do autor o interesse em recorrer à Justiça para obter resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação, uma vez obtido esse resultado diante do preenchimento de certos requisitos estabelecidos na lei, passa a ser do demandado o interesse, e conseqüentemente o ônus, de afastar a determinação judicial expedida em caráter provisório⁹².

Por fim, frisa-se que com a edição do PL 166/2010 a estabilização deixou de ser apta a formar coisa julgada, ao contrário do que estabelecia o PL 186/2005.

⁹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa. vol. 48, nº 190, t. 2, p. 186-187. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf?sequence=3>>. Acesso em 03/04/2017.

⁹² LEONEL. op. cit., p. 187.

3.2 A Estabilização da Tutela Provisória no Direito Comparado

A importância de tratar deste tema respalda-se no fato de que a estabilização da tutela provisória pátria em muito se espelhou àquelas previstas no Direito Francês (*référé*), no Direito Italiano (*provvedimenti d'urgenza*) e no Direito Belga.

Portanto, os próximos subtítulos abordam as especificidades da estabilização da tutela provisória em cada um dos direitos estrangeiros para a melhor compreensão do tema abordado neste trabalho.

3.2.1 Direito francês

O *référé* nasce no século XVII, em Paris, com o único objeto de acabar com a morosidade da justiça parisiense. No entanto, somente em 1685 é que o *référé* passa a ser de fato disciplinado em um código escrito através do *Editto* de 22 de janeiro de 1685 que disciplinava o procedimento do *Châtelet de Paris*.

Nessa toada, Giovanni Bonato explana:

O nascimento oficial do instituto do *référé* remonta ao Decreto Real de 22 de janeiro de 1685, que disciplinava o procedimento do *Châtelet* de Paris, cujo art. 6.º indicava em quais hipóteses taxativas, caracterizadas por uma situação de urgência, o juiz podia preferir um provimento provisório, em conclusão de um procedimento rápido e informal, para obstar o perigo da demora-intempestividade da tutela jurisdicional ordinária⁹³.

Em 1806 o *Code de Procédure Civile* optou por estender a aplicação do instituto do *référé* por todo o território francês. Contudo, durante o século XIX o *référé* foi utilizado apenas no distrito de Paris, conforme aponta Giovanni Bonato ao expor:

[...] durante o século XIX, a utilização do *référé* foi essencialmente limitada ao distrito de Paris, cujo âmbito de aplicação era, por outro lado, um tanto reduzido, ficando circunscrito somente à material civil, com exclusão, portanto, daquela comercial⁹⁴.

⁹³ BONATO, Giovanni. **Os référé**. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015, p. 220.

⁹⁴ BONATO. op. cit., p. 220.

O *référé*, inicialmente, era concedido somente com fundamento na urgência, de acordo com a regra estabelecida no artigo 806 do ab-rogado Código de Processo Civil francês de 1806. Dessa forma, o único pressuposto para a concessão do *référé* era a urgência, conforme aduz Giovanni Bonato ao expor:

O legislador da época tinha, a propósito, escolhido abandonar a técnica de tipificação, não tendo predeterminado normativamente as hipóteses na presença das quais se podia proferir um provimento de *référé*. No interior do art. 806 figurava, de fato, como única condição para a concessão do provimento a cláusula geral da urgência, da qual derivava uma certa discricionariedade do presidente do tribunal civil na escolha da concessão da medida e seu conteúdo. Na prática, decidiu-se atribuir ao juiz um poder cautelar de tipo atípico e geral⁹⁵.

O *référé* disciplinado pelo código francês de 1806 já tinha como característica a provisoriedade, pois a decisão que o concedia não era definitiva nem imutável. A matéria poderia ser questionada perante o juízo de mérito – juízo distinto daquele que concedeu o *référé* –, uma vez que a provisoriedade dos efeitos da decisão não vinculavam o juízo de mérito possibilitando às partes recorrer da decisão, sem qualquer limite de tempo⁹⁶.

Posteriormente, no século XX, as tutelas provisórias difundiram-se por toda a França, conforme expõe Gustavo Bohrer Paim:

As tutelas provisórias difundiram-se durante todo o Século XX na França. Todavia, a reforma dos procedimentos civis de execução, em 1991 e 1992, trouxe uma unidade jurisdicional do provisório. Sob o império do CPC, generalizou-se o acesso a um *juge des référés*, em resposta à urgência, fundamento da competência do juízo presencial. Inicialmente admitidas exclusivamente perante o Tribunal Civil, precursor do Tribunal de Grande Instance, as tutelas provisórias passaram a ser progressivamente instituídas perante as diferentes jurisdições. Assim, passou-se a difundir um poder geral do *juge des référés* extensivo às diversas jurisdições⁹⁷.

No mesmo diapasão, Giovanni Bonato expõe:

No curso do século precedente a competência em matéria de *référé* foi progressivamente estendida também aos outros órgãos jurisdicionais do ordenamento francês. Neste sentido, a Lei de 11 de março de 1924, modificando o art. 417 do ab-rogado Código de rito civil, introduziu o *référé*

⁹⁵ BONATO. loc. cit., p. 221.

⁹⁶ BONATO. op. cit.

⁹⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 170.

comercial, atribuindo o poder de proferir o relativo provimento ao presidente do tribunal de comércio. Seguiram: a instauração do *référé rural* confiado à competência do presidente do *tribunal des baux ruraux*, com o Decreto de 4 de dezembro de 1944, sucessivamente modificado com a Lei de 13 de abril de 1946; a criação do *référé administratif*, com o decreto de 31 de julho de 1945 e depois com a Lei de 28 de novembro de 1955, sucessivamente modificada pela Lei de 30 de junho de 2000 e pelo decreto de 22 de novembro de 2000. Ulterior ampliação do âmbito de aplicação do *référé* ocorreu com o decreto 71-740 de 9 de setembro de 1971 que atribui ao presidente do *tribunal de grande instance* um poder de tipo residual em matéria de *référé*, ou seja, aquele de conceder o relativo provimento em todas as matérias em que não era prevista expressamente um procedimento de *référé*. A extensão do *référé* aos outros órgãos jurisdicionais foi completada atribuindo, primeiramente, o poder de proferir o provimento em questão ao presidente da Corte de apelação (Decreto 72-788 de 28 de agosto de 1972) e depois com a introdução do *référé prud'homal* (Decreto 74-783 de 12 de setembro de 1974) perante o *tribunal d'instance* (Decreto 75-1123 de 5 de dezembro de 1975) e, enfim, perante o *tribunal de la sécurité sociale* (Decreto 68-658 de 18 de março de 1986)⁹⁸.

Após este breve histórico do *référé* francês, passa-se a expor o seu procedimento no *Nouveau Code de Procédure Civile*.

O artigo 484 do Código de Processo Civil francês disciplina, em caráter geral, o *référé* da seguinte forma: “*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”. Em tradução livre, significa dizer que o *référé* é decisão provisória concedida a requerimento de uma das partes em desfavor da outra, que pode estar presente ou ser “chamada”, nos casos em que a lei confere ao juiz (que é distinto daquele competente da causa principal de mérito) o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias para o cumprimento da ordem.

As características elementares do *référé*, conforme aponta Giovanni Bonato, são: “a preventiva instauração do contraditório; a rapidez-celeridade e simplicidade do procedimento; a eficácia provisória do procedimento”⁹⁹.

É importante frisar que desde o advento do novo Código de Processo Civil francês a urgência não é mais elemento caracterizador de todos os tipos de *référés*.

Nessa toada, Gustavo Bohrer Paim aduz:

⁹⁸ BONATO, Giovanni. **Os référés**. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015, p. 222.

⁹⁹ BONATO. op. cit., p. 219.

Pode-se dizer que o *référé* não possui mais a urgência como fundamento único, tratando-se de um procedimento cuja rapidez da decisão, concedida com base na verossimilhança, é seu traço essencial, sendo o processo sumário autônomo, mesmo que a natureza da decisão seja provisória. O *référé* resolve provisoriamente o litígio, com base na aparência, por meio de uma decisão antecipatória. Trata-se de uma exigência de celeridade dos julgamentos¹⁰⁰.

Dessa forma, os dois elementos essenciais às espécies de *référés*, de forma geral, são a sumariedade do procedimento e a sua inaptidão de formar coisa julgada material.

O *référé* tem autonomia processual, possui característica de procedimento de jurisdição sumária material, célere e informal¹⁰¹.

Nesse diapasão, Gustavo Bohrer Paim, ao citar Alessandro Jommi, expõe:

O *référé* é um procedimento sumário (extremamente simples e rápido), em contraditório, perante um juízo monocrático (em princípio o presidente do tribunal competente ou o juiz delegado por ele), que pode ser instaurado *ante causam* ou no curso de um processo, e que resulta de um provimento emitido sob a forma de ordem, cujas características são: 1) uma eficácia executiva particularmente incisiva, de pleno direito, que não pode ser suspensa em nenhum caso, mesmo que em princípio estejam admitidos contra a ordem os meios normais de impugnação; 2) a provisoriedade (ou seja, a não autoridade de coisa julgada); e 3) a ausência de (rígida) instrumentalidade em relação ao processo de cognição plena (ou seja, a efetividade da ordem não é subordinada à instauração, dentro de um prazo fixado pelo juiz ou pela lei, do processo à cognição plena, nem ocorre sua extinção, uma vez instaurado)¹⁰².

Em decorrência da autonomia processual do *référé* é possível que a parte ajuíze concomitantemente uma ação de mérito e uma de *référé* sobre a mesma causa, não subsistindo litispendência ou conexão, conforme expõe Giovanni Bonato:

Geralmente o sistema francês admite uma “*option générale de compétence entre les juridictions des référés et les juridictions du fond*”, opção facultativa e de tipo cumulativo, já que podem ser instaurados paralelamente dois procedimentos, uma “*au fond*” (juízo de mérito) e uma de *référé* sobre a mesma causa, em relação às quais não subsiste litispendência, nem conexão, dada a diversa eficácia dos atos conclusivos dos respectivo procedimentos¹⁰³.

¹⁰⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 179.

¹⁰¹ PAIM. op. cit.

¹⁰² PAIM. op. cit., p. 174, apud, JOMMI, Alessandro. **Il référé provision: ordenamento francese ed evoluzione dela tutela sommaria anticipatoria in Itália**. Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 71-72.

¹⁰³ BONATO, Giovanni. **Os référés**. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015, p. 225.

O *référé* é, via de regra, concedido monocraticamente e pelo presidente do tribunal. Tal disposição visa concretizar a celeridade e a simplicidade do procedimento. Excepcionalmente, o *référé* não será concedido pelo presidente dos tribunais, como por exemplo, no *Tribunal d'instance* em que não há a figura do presidente. Ainda sobre a competência dos *référés*, este poderá ser concedido por decisão colegiada em duas hipóteses. A primeira, conforme elenca Giovanni Bonato, será nos casos do “[...] reenvio à formulação colegiada do tribunal decidido pelo presidente, quando este último considera oportuno que mais juízes devam deliberar sobre o relativo pedido”¹⁰⁴. E a segunda, ainda segundo o autor supra, ocorrerá nos casos do *référé prud’homal*¹⁰⁵.

O procedimento do *référé* é simplificado e extremamente célere, dispensando quaisquer formalidades consideradas prescindíveis e supérfluas. Apesar de tais características, o *référé* não é aplicado em desconformidade com princípio do contraditório, podendo, conforme já exposto, a depender da complexidade da causa, ser dirigido a um juízo colegiado.

A constituição de um advogado não é necessária para o pleito do *référé*.

Após o ajuizamento do *référé* o magistrado deverá citar o réu. A citação é feita com hora e data certa, conforme o calendário do órgão judiciário.

Nesse sentido, Giovanni Bonato explana:

O ato introdutório do procedimento é a citação: “*la demande est portée par voie d’assignation à une audience tenue à cet effet aux jours heure habituels des référés*” (art. 485, §.º, CPC). Em tal caso fala-se de “*assignation ordinaire*” e de “*référé placef*”. Do momento em que as audiências de *référé* são realizadas regularmente, o relativo pedido indicará a audiência segundo o calendário estabelecido pelo órgão judiciário¹⁰⁶.

Na mesma toada, Gustavo Bohrer Paim aduz:

[...] Cita-se o demandado para comparecer a uma audiência, com data e horas precisas, devendo-se assegurar que, entre a citação e a audiência, haja

¹⁰⁴ BONATO. loc. cit., p. 227.

¹⁰⁵ Sobre o tema, Giovanni Bonato explana: “[...] dada a particularidade do órgão judiciário competente para decidir as controvérsias de trabalho no ordenamento francês, o art. R. 1455-1 do *Code du travail* dispõe que a formulação competente para decidir sobre as questões de *référé* seja composta por um “*conseiller prud’homme salarié*” (juiz representante dos trabalhadores) e por um “*conseiller prud’homme employeur*” (juiz representante dos dados de trabalho). (BONATO, Giovanni. **Os référés**. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015, p. 227).

¹⁰⁶ BONATO. op. cit., p. 228.

tempo suficiente para que o réu prepare a sua defesa. É possível que a citação seja para comparecer a qualquer momento, inclusive na hora seguinte, seja dia útil ou feriado, dia ou noite, na sala de audiência, no gabinete do magistrado ou, até mesmo, em sua residência¹⁰⁷.

O provimento do *référé* é provisório e, por decorrência desta característica, a sua execução também é. Assim, conforme expõe Gustavo Bohrer Paim, o provimento do *référé* “[...] Constitui-se em um título executivo, podendo-se iniciar a sua execução forçada, que não poderá ser suspensa”¹⁰⁸.

O meio de impugnação do *référé*, quando concedido por um juiz de primeiro grau, é a *opposition*, conforme regra o artigo 490 do Código de Processo Civil francês. O *référé* concedido pela Corte de Apelação somente será atacável posteriormente em cassação¹⁰⁹. Ainda sobre os meios de impugnação dos *référés*, Giovanni Bonato expõe que: “[...]O provimento de *référé* é impugnável, também, com a oposição de terceiro, ao passo que é inadmissível a anulação, dada a possibilidade de pedir revogação e a modificação com base na mutação das circunstâncias [...]”¹¹⁰.

Outrossim, Gustavo Bohrer Paim explana: “[...] Contudo, a ordem do *référé* não pode ser modificada ou revogada, em *référé*, salvo em caso de circunstâncias novas. Trata-se de ordem excepcional, visto que concedida apenas diante de um direito manifestamente incontestável [...]”¹¹¹.

Em razão de sua autonomia, o *référé* francês não ficar subordinado ao processo principal, conforme preleciona Gustavo Bohrer Paim:

O *référé* é marcado por sua independência procedimental no seu nascimento – a existência de um processo de mérito em curso ou porvir não é condição para sua concessão –, no seu desenvolvimento – os eventos de eventual processo de fundo não o afetam – e no seu termo – a extinção de um eventual processo de mérito não leva, em princípio, à extinção da tutela provisória¹¹².

Portanto, depois de concedida a medida, o autor não fica obrigado a instaurar o processo principal, podendo fazê-lo somente se tiver interesse em obter a

¹⁰⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 174-175.

¹⁰⁸ PAIM. op. cit., p. 175.

¹⁰⁹ BONATO, Giovanni. **Os référés**. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015.

¹¹⁰ BONATO. op. cit., p. 230.

¹¹¹ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 175.

¹¹² PAIM. op. cit., p. 176.

coisa julgada material, conforme Gustavo Bohrer Paim cita: “[...] trata-se de uma possibilidade, e não, de uma exigência legal”¹¹³.

Uma grande peculiaridade do procedimento do *référé* é a sua “independência de fato”, conforme exposto acima. O *référé* por não fazer coisa julgada é, a priori, dependente do processo de mérito – visto que este procedimento é o único capaz de formar coisa julgada material. No entanto, em razão da possibilidade de o autor jamais ajuizar a demanda principal, o provimento do *référé* pode perpetuar pelo tempo, tornando-se “eterno”.

Sobre o tema, Gustavo Bohrer Paim discorre:

O *référé* abre a possibilidade de um provisório com duração indeterminada. A decisão, como toda decisão, é suscetível de ser substituída por uma decisão final de mérito, sendo, pois, dependente. Contudo, o traço processo específico, que é a independência do procedimento do *référé*, abre a via para uma independência *de fato* da decisão provisória. Como nada obriga que o beneficiário do *référé* instaure um processo de mérito, é possível que a decisão definitiva não intervenha jamais e que o provisório se torne, de fato, definitivo¹¹⁴.

Essa “provisoriedade jurisdicional” parece não gerar grande aflição para as partes ou para o próprio Poder Judiciário. Isso porque, conforme aponta Gustavo Bohrer Paim:

[...] Dá-se maior participação e poder de criação ao juiz, em verdadeiro ativismo judicial, sendo que o percentual de recursos das decisões do *référé* é ínfimo, assim, como a discussão de fundo de em uma nova ação. As decisões não fazem coisa julgada, porque as partes podem discutir a matéria de fundo em ação plenária, mas, na prática, isso pouco ocorre e, quando ocorre, os juízes normalmente utilizam o *référé passarelle*, reenviando o *référé* ao juízo colegiado, competente para a discussão do mérito¹¹⁵.

É possível perceber que a medida provisória francesa tende a ser cada vez mais utilizada, já que, através de um procedimento muito mais célere, as partes conseguem obter, de igual maneira, aquilo que somente conseguiriam após um longo e demorado procedimento ordinário. Nesse sentido, Gustavo Bohrer Paim, ao citar Ada Pellegrini Grinover, expõe que “[...] ‘assim também, no *référé* francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90%

¹¹³ PAIM. loc. cit., p. 176.

¹¹⁴ PAIM. op. cit., p. 177.

¹¹⁵ PAIM. op. cit., p. 177.

(noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário”¹¹⁶.

Gustavo Bohrer Paim ressalta que o *référé* pode ter uma função “policia”, ao dizer:

O *référé* tem também uma função de polícia das situações manifestamente ilícitas, sendo utilizado como instrumento eficaz de moralização da vida jurídica. O fato de o juiz reconhecer como manifestamente ilícito o dano invocado constitui uma vigorosa incitação para que a parte perdedora do *référé* não engaje o processo sobre o mérito posteriormente¹¹⁷.

O *référé* tem também cunho político-social, visto que a medida provisória abre a possibilidade de reconciliação através do diálogo entre as partes, mesmo após a concessão da medida. Nessa toada, Gustavo Bohrer Paim aduz que “[...] o caráter oral permite esse diálogo e a simplicidade do procedimento é favorável a esse espírito de negociação”¹¹⁸.

Portanto, o *référé* é instituto que, acima de tudo, visa dar efetividade ao sistema judiciário francês através de um procedimento célere, informal e extremamente simplificado, não se importando com o formalismo procedimental clássico que, por vezes, pode gerar mais prejuízos do que garantias à parte que está amparada pela probabilidade e verossimilhança do direito alegado. De igual sorte, ainda que o *référé* não faça coisa julgada e, conseqüentemente, não possa se falar em imutabilidade da decisão, na prática o *référé* acaba por ser uma espécie de “decisão definitiva de fato”, uma vez que a parte contrária desprovida de contestação séria não irá levar o processo do *référé* adiante, bem como não irá ajuizar uma ação de mérito, por saber que não conseguirá reverter a situação de fato, implicando dizer que a decisão do *référé* irá perpetuar seus efeitos indeterminadamente. Por isso, é uma “decisão definitiva de fato” ou também denominada de *coisa julgada de fato*¹¹⁹.

Assim, apesar do instituto do *référé* em muito diferenciar-se do instituto da estabilização do direito pátrio, busca-se, através desta breve pesquisa, fazer um

¹¹⁶ PAIM. loc. cit., p. 180, apud, GRINOVER, Ada Pellegrini.____., p. 23.

¹¹⁷ PAIM. op. cit., p. 177.

¹¹⁸ PAIM. op. cit., p. 177.

¹¹⁹ A expressão *coisa julgada de fato*, também denominada de coisa julgada *au provisoire* é apresentada por Gustavo Bohrer Paim em sua obra Estabilização da Tutela Antecipada. (PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 159).

comparativo com o intuito de aperfeiçoar o sistema brasileiro de estabilização da tutela provisória para que este instituto – que tem um enorme potencial de inovar a maneira como o processo é feito – possa de fato ser aplicado como merece.

3.2.2 Direito italiano

A estabilização da tutela antecipada no direito italiano surge em 2005, inspirada no *référé* francês. Foi através da reforma do Código de Processo Civil italiano, em 2005, que os artigos 669-*octies* e 669-*novies* do Código de Processo Civil italiano passaram a reger a possibilidade da estabilização da tutela antecipada.

Antes da reforma do CPC italiano as ações ajuizadas com o intuito de antecipar os efeitos da decisão definitiva ficavam subordinadas a um processo principal, que viria para dar definitividade à lide.

Com a reforma de 2005, o código italiano passou a permitir que partes ajuizassem ou não o processo principal, transformando tal obrigação em mera faculdade. Com isso, a essência instrumental da tutela antecipada passa a ter nova roupagem. Isto é, desde 2005 aquelas ações que visam a antecipação da tutela têm autonomia, tornando-se estáveis após o decurso do prazo peremptório para o ajuizamento da ação principal.

É nesse sentido que Desirê Bauermann trata do tema, ao dizer:

Para tanto se alterou o CPC no ano de 2005, dando-se nova redação aos seus artigos 669-*octies* e 669-*novies*, estabelecendo que, uma vez deferida tutela antecipada, tal decisão não perderá sua eficácia caso não proposto o processo principal no prazo peremptório previsto por lei, adquirindo estabilidade e, por consequência, perdendo seu caráter instrumental/acessório. Assim, tornou-se facultativa a propositura do processo principal tanto pelo requerente como pelo requerido, que irão interpô-lo apenas se tiverem interesse na continuidade do processo para obter decisão definitiva sobre a questão já apreciada sumariamente¹²⁰.

Outrossim, Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito expõem:

¹²⁰ BAUERMANN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. VI. ano 4. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil da UERJ, jul./dez. 2010, p. 36.

No Decreto Legislativo 5/2003, consolidado pela Lei 80/2005, foi instituída uma tutela chamada de sumária prestada em processo autônomo ou mesmo no âmbito dos procedimentos de cognição plena. A tutela sumária, que antes era deferida em caráter acessório, passa a ter força própria tornando a cognição plena meramente eventual, trazendo uma solução mais célere às partes, mas não excluindo a possibilidade de existência da cognição plena por escolha das partes.

Posteriormente, a Lei 79/2009 revogou o Decreto 5/2003. Apesar disso, subsistiu a possibilidade de estabilização autônoma do provimento antecipatório dentro do procedimento de cautela. A Lei 69/2009 criou um novo procedimento sumário, de natureza simplificada quanto à instrução, mas cujas decisões são baseadas na cognição plena, hábeis a formação de coisa julgada (caso haja a vontade expressa das partes em continuar a fase de cognição exauriente haverá coisa julgada, ou seja, a estabilização propriamente dita não tem condão, no direito italiano, de formar coisa julgada)¹²¹.

Assim, percebe-se que uma grande diferença entre a estabilização do direito italiano e a do direito brasileiro reside na possibilidade de as partes darem continuidade ao processo de cognição plena se expressamente requererem, ao contrário do que ocorre no Brasil, visto que no ordenamento jurídico pátrio a estabilização somente ocorre com a não interposição do respectivo recurso e, pior, é obrigatória a emenda da petição inicial para a continuidade do processo de cognição plena, não havendo qualquer margem de escolha para o autor em dar prosseguimento ou não ao feito, mesmo que estabilizada a tutela provisória antecipada.

Importante frisar que não há um procedimento específico para a estabilização da tutela antecipada no direito italiano. Na verdade, somente há os requisitos para a concessão da tutela antecipada que estão previstos no artigo 700 do código, que expõe:

Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

O artigo supracitado regra a possibilidade de a parte fazer um “apelo” ao magistrado quando o direito que se pretende ver satisfeito estiver ameaçado por um dano iminente e irreparável, impossibilitando que esta aguarde a decisão final definitiva – uma vez que o procedimento ordinário leva mais tempo para satisfazer o

¹²¹ LIMA, Bernardo da 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. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015, p. 175.

direito material. Assim, o magistrado, com base no poder geral de cautelar, poderá adotar as medidas que forem necessárias (medidas de emergência) para garantir, provisoriamente, os efeitos da futura decisão de mérito.

Portanto, poderá a parte ajuizar uma ação sumária autônoma, nos moldes do artigo 700 do Código de Processo Civil e, posteriormente, se quiser, poderá ajuizar a ação principal, conforme expõe Frederico Augusto Gomes, ao citar Comoglio, Ferri e Taruffo:

Para Comoglio, Ferri e Taruffo as ideias centrais da reforma são que: uma vez concedida a medida de urgência, o juízo de mérito é facultativo; a extinção do processo sem o julgamento de mérito não acarreta a ineficácia da medida de urgência concedida; a tutela de urgência estabilizada produz efeitos exclusivamente endoprocessuais, ou seja, em nada afetará juridicamente processos diversos daquele em que foi concedida; e a tutela de urgência fica gravada com efeitos análogos ao da cláusula rebus sic standibus, podendo ser revogada ou alterada se houve mudança no conjunto fático¹²².

Por fim, insta dizer que a estabilização da tutela antecipada italiana também não faz coisa julgada material, podendo ser revista quando do ajuizamento do processo principal. Segundo Desirê Bauermann, “tal opção é meramente política, não havendo cláusula constitucional que impeça o reconhecimento da eficácia da coisa julgada de decisão antecipatória não submetida à cognição plena quando as partes optarem por não discutir exaustivamente a questão *sub judice*”¹²³.

3.2.3 Direito belga

O direito belga também prevê a possibilidade de estabilização da tutela concedida antecipadamente. Contudo, o instituto da estabilização belga em muito se assemelha ao do direito francês.

¹²² GOMES, Frederico Augusto. **Autonomia, eficácia temporal e estabilização da tutela de urgência**. 2014. Monografia de Graduação (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 41-42, apud MACHADO, Marcelo Pacheco. **Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise de proposta do projeto de novo código de processo civil**, p. 256.

¹²³ BAUERMAN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. VI. ano 4. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil da UERJ, jul./dez. 2010, p. 37.

Assim, nos mesmos moldes do direito francês, a medida antecipatória belga é pleiteada em processo autônomo, tem como característica a provisoriedade e deve ser concedida quando restar caracterizada a urgência, bem como não faz coisa julgada.

Por não fazer coisa julgada, a estabilização da medida provisória concedida antecipadamente não interfere no processo principal que visa dar definitividade ao direito material.

Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito apontam que “no *référé* belga cabem tanto medidas conservativas (do processo cautelar) como medidas satisfativas, mas, no direito belga, para a concessão das medidas satisfativas, fala-se na necessidade de direito evidente para provar a evidência”¹²⁴.

Percebe-se, dessa forma, que no direito belga a possibilidade da estabilização difere-se daquela prevista no direito brasileiro, isso porque, no direito pátrio a medida somente é cabível nos procedimentos urgentes, caracterizados pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, já no direito belga a estabilização pode ocorrer quando o direito evidente restar comprovado (ou evidenciado), bem como para os procedimentos cautelares.

¹²⁴ LIMA, Bernardo da 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. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015, p. 176.

4 SISTEMATIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

O presente capítulo tem o objetivo de sistematizar o procedimento de estabilização da tutela antecipada antecedente.

De igual maneira, expõe-se a problematização do tema, abordando os temas mais discutidos pela doutrina e jurisprudência, alvitando expor as diversas perspectivas e ideias que vêm surgindo no mundo jurídico.

4.1 Do Cabimento da Técnica Processual de Estabilização

As regras do procedimento de estabilização da tutela provisória estão descritas no artigo 304 do Código de Processo Civil.

Inicialmente, cumpre dizer que a estabilização da tutela provisória somente é possível nos casos previstos no artigo 303, *caput*, do Código de Processo Civil, ou seja, somente é possível a estabilização da tutela antecipada (satisfativa) antecedente, conforme expõe o *caput* do artigo 304 do mesmo diploma legal.

Aqui abre-se o primeiro parêntese para tratar da problematização do tema. A opção feita pelo legislador em regram que a estabilização da tutela antecipada somente pode ocorrer nos casos previstos no artigo 303, *caput*, do Código de Processo Civil é bastante criticada.

Sobre o tema, Bruno Garcia Redondo expõe:

O legislador de 2015 perdeu uma excelente oportunidade de consagrar, expressamente, a possibilidade de utilização da técnica da estabilização (com extinção do processo) em duas outras esferas: (i) para a tutela antecipada que, concedida *incidentalmente*, não viesse a ser impugnada tempestivamente, tal como ocorre nos Direitos italiano e francês; e (ii) para a tutela da *evidência*, que deveria ser passível de requerimento em caráter antecedente (...)¹²⁵.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade expõem:

¹²⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 181.

Acredita-se, todavia, que não há nenhum empecilho na estabilização da tutela de urgência incidental, com extinção do processo de cognição plena, sem a decisão definitiva, fundada apenas na estabilização da tutela antecipada. Aliás, nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função (...)¹²⁶.

Dessa forma, para os autores acima, seria possível a estabilização da tutela fora das regras previstas no *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil. As ideias são interessantes, principalmente aquelas que se referem às tutelas da evidência. Isso porque, a evidência, de certo modo, tem um grau maior de certeza em comparação com as tutelas de urgência, entendimento que pode ser extraído da leitura dos incisos I a IV do artigo 311 do Código de Processo Civil.

A estabilização oriunda do direito francês pressupõe a falta de “contestação séria”, isto é, a incapacidade de a parte contrária conseguir refutar os fatos alegados pelo autor. Seguindo a mesma lógica, caso a parte *ex adversa* não consiga refutar tudo o que foi alegado pelo autor em sede de tutela de evidência, deveria haver a possibilidade desta espécie de tutela estabilizar, caso a parte autora se inclinasse expressamente para tal opção. Um exemplo: “A” está trafegando na avenida principal de sua cidade e “B” está trafegando por uma rua que cruza a avenida principal. “B” não percebe que o semáforo está vermelho e cruza a avenida, colidindo com o veículo de “A”. No presente caso, “A” tem provas documentais suficientes para embasar sua ação de indenização por danos materiais e “B” não consegue opor prova capaz de gerar dúvida razoável. Logo, seria interessante a possibilidade desta tutela de evidência fundada no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil estabilizar.

No entanto, apesar de ser fácil vislumbrar tais possibilidades, esta não foi a escolha feita pelo legislador. Isso porque, o *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil prevê taxativamente que somente a tutela antecipada antecedente pode estabilizar. Para que houvesse a possibilidade de estabilização das tutelas incidentais de urgência e de evidência, seria necessária a alteração do dispositivo legal, permitindo, então, a sua estabilização.

¹²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. Revista de Processo. vol. 206. ano 2012. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012, p. 48-49.

Este é o posicionamento que vem sendo adotado pela jurisprudência, conforme discorreu a Desembargadora Ana Cantarino da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao tratar da impossibilidade de estabilização da tutela antecipada quando o objeto do pleito for requerido incidentalmente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA. INOCORRÊNCIA. CADASTRO NEGATIVO DE CRÉDITO. ORDEM DE RETIRADA. REQUISITOS PRESENTES. MULTA. CARÁTER COERCITIVO. FIXAÇÃO RAZOÁVEL. DECISÃO MANTIDA. 1. Descabido falar-se em estabilização da tutela antecipada quando requerida e concedida em caráter incidental, e não em caráter antecedente, estando, portanto, sujeita a modificação ou revogação a qualquer tempo, nos termos do artigo 296 do CPC/2015, além de ainda ter havido interposição do recurso cabível. Inteligência do art. 304 do atual Código de Processo Civil. 2. Correta a concessão de tutela de urgência, nos termos do artigo 300 do CPC/2015, quando evidente a probabilidade do direito, ante os indícios de fraude em contrato, assim como o perigo de dano decorrente dos prejuízos inerentes à indevida inscrição em cadastros de restrição ao crédito. 3. A imposição de multa tem por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior retidão e celeridade, a prestação de uma obrigação de fazer ou não fazer fixada em decisão judicial, visando dar efetividade ao decisum, devendo ser fixada em valor razoável, porém não irrisório, sob pena de não cumprir com sua finalidade coercitiva e inibitória. 4. Recurso conhecido e não provido¹²⁷.

Insta trazer a este trabalho outro julgado sobre a estabilização da tutela antecipada fora dos moldes previstos no artigo 304 do novel código. O Desembargador Ricardo Chimenti da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Sorocaba, deu provimento ao respectivo recurso sob o fundamento de que não é possível a estabilização da tutela antecipada frente às tutelas de urgência cautelares.

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ISS, na qual consignada a necessidade de interposição de recurso pela municipalidade para evitar a estabilidade de que trata o art. 304, caput, do CPC/2015. Pretensão à reforma especificamente quanto à estabilização da tutela. Acolhimento. Decisão que concedeu tutela de urgência de natureza cautelar (suspensão da exigibilidade – art. 151 do CTN), caso em que não há que se falar em estabilização da tutela. Decisão reformada em sua parte final. Recurso provido¹²⁸.

¹²⁷ TJ-DF 20160020197623 0021395-23.2016.8.07.0000, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 08/09/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/09/2016.

¹²⁸ TJ-SP - AI: 20869952620168260000 SP 2086995-26.2016.8.26.0000, Relator: Ricardo Chimenti, Data de Julgamento: 22/09/2016, 18ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/09/2016.

No mesmo sentido, o Desembargador Djalma Lofrano Filho da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento parcial ao recurso de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo por se tratar de estabilização da tutela cautelar.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE DE NATUREZA CAUTELAR. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. Pretensão da agravante de ver reformada a r. decisão vergastada, por ausência dos requisitos legais necessários, bem como para evitar a estabilização da medida. Equívoco do Magistrado na capitulação da tutela concedida que, todavia, não obsta a concessão da medida pretendida, pois presentes os requisitos previstos no art. 300 do CPC. Estabilização da tutela. Inadmissibilidade na hipótese de tutela cautelar. Prestação de caução suficiente para a suspensão do crédito tributário e, como corolário, manutenção da sustação do protesto. Inteligência do art. 151, II do CTN e art. 300, § 1º, do CPC. Precedentes desta E. 13ª Câmara de Direito Público. Decisão parcialmente reformada, a fim de se reconhecer que não se trata, no caso, de situação que se amolda ao previsto no art. 304 do CPC, motivo pelo qual não é possível estabilização da tutela concedida. Recurso parcialmente provido¹²⁹.

Outra discussão que se faz presente é a possibilidade ou não da estabilização de demandas que versem sobre direitos indisponíveis. A melhor interpretação resguarda-se pela impossibilidade de estabilização das demandas que versem sobre direitos indisponíveis, isso porque, caso fosse possível a estabilização de tais demandas, haveria confronto direito aos pressupostos constitucionais do direito ao contraditório e devido processo legal, bem como aqueles pressupostos descritos no novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Guilherme Thofehrn Lessa dita:

Permitir a estabilização da tutela sobre direitos indisponíveis afronta a ideia de proteção que o próprio Código visa outorgar a tais direitos, pois se permitiria a presunção de veracidade de fatos alegados de forma superficial, sem a necessidade de qualquer instrução probatória¹³⁰.

Da mesma sorte, Eduardo Talamini é imperioso ao tratar do tema. Segundo o autor, as ações que versem sobre direitos indisponíveis, como por exemplo, a estabilização de uma tutela antecipada antecedente que verse sobre a

¹²⁹ TJ-SP - AI: 21033922920178260000 SP 2103392-29.2017.8.26.0000, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 28/06/2017, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/06/2017.

¹³⁰ LESSA, Guilherme Thofehrn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 165.

exoneração do dever de prestar alimentos¹³¹, não são aptas a estabilização, pois a parte contrária não poderia abrir mão deste direito ao optar por não interpor o recurso de agravo de instrumento. Logo, somente seria possível a estabilização de tutelas que tratem de direitos disponíveis, as quais a parte contrária poderia deixar de impugnar, ensejando a estabilização da demanda.

Há, também, uma discussão que envolve os meios de fictos de citação. Para autores como Bruno Garcia Redondo, Fredie Didier Jr., Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, não é possível a concessão da tutela antecipada antecedente e sua respectiva estabilização quando a parte *ex adversa* for citada por edital ou com hora certa. Isso porque, a estabilização da tutela antecipada antecedente pressupõe o transcurso *in albis* do prazo para a interposição do recurso de agravo de instrumento, mas por opção da parte que detém este ônus, não por sua revelia no processo.

Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, preconizam:

O procedimento da estabilização está calcado na sujeição, ou seja, na aceitação – ou não impugnação – das partes, sobretudo da passiva, à decisão que concedeu a tutela antecipada. Não encontrado o réu pessoalmente, não se pode inferir esta condição, qual seja, a de preferir se submeter ao comando judicial que deferiu a medida de urgência a discutir exaustivamente o direito material debatido. Portanto, seja no caso de citação por edital (Art. 256 a 259 do NCPC) ou por hora certa (art. 252 a 254 NCPC), é inviável a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente¹³².

Nos casos em que o réu estiver preso ou nos casos em o réu for incapaz sem representante legal (ou, mesmo que representado, com interesses colidentes com os do seu representante legal), é possível a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, mas não a sua estabilização, pelas mesmas razões.

Por fim, cumpre expor uma celeuma bastante delicada no que tange à aplicação ou não da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente. Tal problemática diz respeito às tutelas declaratórias e constitutivas.

¹³¹ 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**. Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

¹³² LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 118.

A problemática reside no fato de que, segundo parte majoritária da doutrina, as tutelas declaratórias e as tutelas constitutivas só têm serventia para as partes se forem revestidas pela coisa julgada material, ou seja, a decisão provisória – que engloba a estabilização da demanda, já que esta não faz coisa julgada – não teria aptidão para encerrar o conflito existente, visto que o conflito seria provisoriamente resolvido, carecendo de segurança jurídica. De acordo com Eduardo Talamini “para o jurisdicionado não basta (e nem mesmo parece ser algo logicamente concebível) a eliminação provisória da dúvida sobre a existência ou não de uma relação de filiação; não basta a invalidação provisória de um contrato (...)”¹³³.

No entanto, com o intuito de não mitigar a aplicação da estabilização da tutela, a melhor opção se compatibiliza com a possibilidade de permitir que o magistrado, à luz do caso concreto, decida pela aplicação ou não da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, ainda que seja a tutela constitutiva ou declaratória, uma vez que toda tutela tem, intrinsecamente, parcela constitutiva, declaratória e condenatória. É o caso, por exemplo, de concessão de uma tutela antecipada antecedente requerida pela parte autora com o intuito de realizar determinada cirurgia. Caso o magistrado entenda que a cirurgia deva ser custeada pelo plano de saúde e este não interponha o recurso de agravo de instrumento, a tutela provisória, ora concedida, irá estabilizar, declarando e constituindo o direito do autor.

4.1.1 Do cabimento da técnica processual de estabilização em face do Poder Público

Muito se tem discutido sobre o cabimento das tutelas provisórias em face do Poder Público. Inicialmente, cumpre dizer que o artigo 1.059, *caput*, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de aplicação das tutelas provisórias contra o Ente Público, desde que atendida as regras previstas nos artigos 1º a 4º da Lei nº 8.437/1992 e artigo 7º, §2º da Lei nº 12.016/2009.

¹³³ 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**. Revista de Processo. vol. 209. ano 37. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012, p. 27.

Na mesma senda, os autores que inclinam-se pela possibilidade do cabimento das medidas provisórias contra o Poder Público têm como fundamento a possibilidade de emprego da ação monitória em face do Ente Público, conforme preconiza o §6º do artigo 700 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Bruno Garcia Redondo aduz:

A nosso ver, é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, por alguns fundamentos. Primeiramente, porque o CPC/15 (art. 700, §6º) consagrou o entendimento de que cabe ação monitória contra o Poder Público (na linha do que já constava a Súmula 339 do STJ). Além disso, não há formação imediata de coisa julgada, sendo permitido, à Fazenda, propor ação de modificação em até 2 anos. Somente se o Poder Público ficar inerte durante o biênio é que haverá formação de coisa julgada material¹³⁴.

No entanto, antes de tratar especificadamente da estabilização da tutela antecipada em face do Ente Público, faz-se necessário tratar do reexame necessário atribuído às decisões contra o Poder Público.

Nos moldes do artigo 496, I, do Código de Processo Civil, somente está sujeita ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Portanto, a priori, a decisão que concede a tutela provisória não se sujeita ao reexame necessário.

Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos, ao tratarem do tema, expõem que “(...) não cabe reexame necessário da decisão que concede tutela provisória contra o Poder Público, porque não se trata de sentença”¹³⁵.

Percebe-se que neste caso há um “limbo jurídico”, uma vez que, apesar de obrigatório o duplo grau de jurisdição, no caso da concessão das medidas provisórias, por não se tratar de sentença, não haveria a necessidade do reexame.

¹³⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 174.

¹³⁵ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017, p. 136.

Nesse sentido, Mirna Cianci, através de uma leitura sistemática, expõe 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"¹³⁶.

Acompanhando os posicionamentos acima, a Desembargadora Heloisa Combat da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Jacuí/MG em face do Ministério Público, reconhecendo a possibilidade da estabilização da demanda pela ausência da impugnação, através do recurso de agravo de instrumento, pelo advogado público do Município réu.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 304 DO NCPC. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA. APLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. - O art. 304 apresenta uma redação clara em relação ao requisito para se tornar estável a tutela de urgência na modalidade antecipada, isto é, a não interposição de recurso contra a decisão que a conceder. - O legislador optou por utilizar o termo "recurso" contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, não cabendo ao intérprete sua ampliação, no sentido de admitir qualquer impugnação para obstaculizar a estabilização da tutela concedida, com a consequente extinção do processo. - Lecionam os Professores Érico Andrade (UFMG) e Dierle Nunes (PUC Minas) que, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório da tutela antecipatória (satisfativa), e o réu não impugnar a tutela concedida, mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 304, §§ 1º e 3º, novo CPC). - A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária. (Enunciado 21 sobre o NCPC do TJMG). -Recurso improvido¹³⁷.

Interessante expor que a Desembargadora Heloisa Combat defende que a Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, aduzindo, ainda, que por tal decisão não ser fundada em cognição exauriente é descabido o reexame necessário.

Assim, diante desse quadro, caso o advogado público não impugne a medida provisória, através do recurso de agravo de instrumento, concedida em favor do autor, a demanda irá estabilizar, não se sujeitando ao reexame necessário. É nesse

¹³⁶ CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. São Paulo: Ed. RT, set. 2015, p. 256.

¹³⁷ TJ-MG - AC: 10348160004894001 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 03/11/2016, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/11/2016.

sentido que Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos se posicionam ao afirmarem que “a decisão que concede a tutela provisória, mesmo estabilizada pela inércia da parte contrária, não tem natureza de sentença, não estando, portanto, sujeita a reexame necessário”¹³⁸.

Na mesma toada, Francisco de Barros e Silva Neto preleciona:

Todos os argumentos utilizados para se defender a impossibilidade de estabilização da tutela de urgência contrária à Fazenda Pública (desrespeito à remessa necessária, risco de fraudes, proteção ao interesse público etc.) foram debatidos quando do cabimento da ação monitoria e, como cediço, a jurisprudência rejeitou, ao ponto de o novo Código incorporar dispositivo expresso sobre o tema (art. 700, §6º)¹³⁹.

Em sentido contrário, a Desembargadora Lílian Maciel Santos da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais em face do Ministério Público sob as razões de que qualquer meio de impugnação é capaz de obstar a estabilização da tutela antecipada, principalmente quando há interesse público, com fundamento na obrigatoriedade da cognição exauriente previsto constitucionalmente.

PROCESSO CIVIL - TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE - ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA - RECURSO PROVIDO. - A ocorrência da estabilização da tutela faz com que a decisão que a concedeu passe a existir de forma autônoma e independente do processo, que será extinto sem sentença de cognição exauriente. - O fato de a parte autora ter apresentado uma fundamentação mais completa na petição inicial, não restrita somente ao pedido antecipatório, não é apto a fazer com que a tutela requerida passe a ser incidente e o feito tenha que ser processado diretamente pelo rito comum. - Os requisitos apontados no art. 303, caput do CPC/15 são o mínimo necessário para que a ação seja processada pelo rito da tutela de urgência em caráter antecedente, não havendo vedação legal ao seu aditamento na própria petição inicial. - Para a aplicação do art. 304 do CPC/2015, a expressão 'recurso' deve ser interpretada de maneira extensiva, de sorte a abranger toda e qualquer forma de impugnação, mormente nas causas que envolvam a Fazenda Pública, cujo interesse público é insito. - Interpretação diversa implicaria o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 304 do NCPC, pois a figura da coisa julgada está vinculada constitucionalmente à cognição exauriente, o que incorre na apreciação da tutela antecipatória. - Recurso ao qual se dá provimento¹⁴⁰.

¹³⁸ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017, p. 136.

¹³⁹ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 151-152.

¹⁴⁰ TJ-MG - AC: 10372160023977001 MG, Relator: Lílian Maciel Santos (JD Convocada), Data de Julgamento: 09/03/2017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/03/2017.

Por tanto, cumpre dizer que tal celeuma ainda não está bem assentada pela jurisprudência e pela melhor doutrina, não se sabendo ao certo qual o caminho tomar, visto que dificilmente uma decisão provisória estabilizada forçará o Poder Público a cumprir tal medida, pois nos ditames legais a decisão fica sem efeito até que seja realizado o reexame necessário, conforme Mirna Cianci aduz:

Convém ainda assumir que, uma vez estabilizada a tutela antecipada e ausente ação visando sua impugnação, contrairá ares de definitividade, ainda que despida de coisa julgada. E será ineficaz, não é demais recordar, enquanto não ocorrida essa condição de reexame, que fica sem solução no sistema¹⁴¹.

Da mesma sorte, Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos expõem:

Em tese, essa possibilidade existe, mas dificilmente a pessoa beneficiada pela tutela que foi estabilizada deixará de buscar a coisa julgada material, pois muitas vezes o que se busca em face do Poder Público é uma decisão que declare a existência ou não de uma relação jurídica (inexigibilidade de um tributo, por exemplo), e os efeitos buscados só serão atingidos se puder haver coisa julgada material. Por isso, ainda que a estabilização seja cabível, em tese, na prática o que poderá ocorrer é a formulação de pedido de tutela final, pela parte, ou mesmo o ajuizamento de outra ação, buscando decisão sobre a qual se opere a coisa julgada¹⁴².

No entanto, em um acórdão proferido em sede de reexame necessário, o Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná alterou os fundamentos da sentença de primeiro grau, que havia proferido sentença extinguindo a ação sem resolução do mérito com fulcro no artigo 465, VI, do Código de Processo Civil – sentença de extinção por falta de interesse recursal – aplicando o *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil, ou seja, dando como novo fundamento a estabilização da tutela concedida antecipadamente. O interessante deste acórdão é que, de acordo com o Desembargador, a extinção da ação com base na falta de interesse recursal implicaria na revogação da liminar pleitada pela parte autora, diversamente, ao conceder a

¹⁴¹ CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. São Paulo: Ed. RT, set. 2015, p. 256.

¹⁴² VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017, p. 136.

estabilização da demanda, ainda que o processo fosse extinto sem a resolução do mérito, a liminar continuaria a produzir seus efeitos.

DECISÃO: ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores e Juiz de Direito Substituto em 2º Grau integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso em sede de reexame necessário e, no mérito, manter a sentença por fundamentação diversa, nos termos do voto do Relator. EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA PARA MATRÍCULA DA REQUERENTE EM CRECHE MUNICIPAL. CUMPRIMENTO PELO ENTE DEMANDADO. PEDIDO SUPERVENIENTE DE AMBAS AS PARTES DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DA ORDEM LIMINAR. SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. 465, VI, NCPC. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPLICARIA NA REVOGAÇÃO DA LIMINAR. HIPÓTESE QUE AUTORIZA APLICAÇÃO DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PREVISTA NO ART. 304 DO NCPC. SENTENÇA MANTIDA POR 2 FUNDAMENTO DIVERSO EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO¹⁴³.

Dessa forma, pode-se entender que não é necessário que haja a confirmação da sentença através do reexame necessário para que a sentença que concedeu a estabilização da tutela antecipada comece a produzir seus efeitos. Isto é, o reexame necessário pode até ser obrigatório para que se verifique a veracidade do trâmite processual em primeiro grau, mas este não é necessário para que os efeitos da tutela antecipada, ora estabilizada, comecem a fluir no plano fático.

Muito ainda deverá ser debatido, apenas após a consolidação da jurisprudência que estes pontos serão esclarecidos, mas é certo que este acórdão poderá abrir precedentes para que a estabilização da tutela antecipada seja utilizada em face do Poder Público, inclusive no sentido de que os efeitos das decisões que concedem a estabilização da tutela começarão a ser produzidos antes mesmo da confirmação da sentença em sede de reexame necessário. Portanto, é imperioso concluir que é plenamente cabível a utilização do instituto da estabilização em face do Poder Público.

¹⁴³ TJ-PR - REEX: 15593778 PR 1559377-8 (Acórdão), Relator: Ramon de Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 06/12/2016, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1955 24/01/2017.

4.2 Do Meio de Impugnação da Decisão que Concedeu a Tutela Antecipada Antecedente

Nos moldes do artigo 304, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil, a tutela antecipada antecedente irá tornar-se estável se, da decisão que a concedeu não for interposto o respectivo recurso. O recurso que faz menção a letra da lei é o agravo de instrumento, conforme regra o inciso I do artigo. 1.015 do Código de Processo Civil. Logo, deverá a parte contrária, após tomar ciência da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente requerida pela parte autora, interpor o recurso de agravo de instrumento com o intuito de elidir a estabilização da demanda.

Interessa ressaltar que, além do réu, também podem se valer do agravo de instrumento para impedir que a decisão que concedeu a tutela antecipada se torne estável o litisconsorte¹⁴⁴, o assistente simples¹⁴⁵ e o terceiro prejudicado¹⁴⁶.

A expressão “respectivo recurso” empregada pelo legislador tem sido bastante criticada. Isso porque, para parcela da doutrina, qualquer outro meio de impugnação, sobretudo a própria contestação, deveria ser capaz de elidir a estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada.

É nesse sentido que autores como Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello têm entendido que a expressão “recurso” não deve ser interpretada restritivamente, ou seja, caso a parte contrária apresentasse a contestação, por exemplo, ao invés do recurso de agravo de instrumento, a decisão estaria impedida de estabilizar¹⁴⁷.

¹⁴⁴ CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de *desaceleração do processo (uma análise crítica)***. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. São Paulo: Ed. RT, set. 2015, p. 258.

¹⁴⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 176.

¹⁴⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 197.

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

Na mesma senda, Fredie Didier Jr. aduz que:

(...) Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada¹⁴⁸.

Os autores Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz também criticam a opção adotada pelo legislador, pois ao impedir que outros meios de impugnação também pudessem ser utilizados para impedir a estabilização, estaria, o legislador, afrontando a Constituição Federal. Nesse sentido, os autores expõem:

Uma leitura constitucionalmente adequada remete à ampliação das possibilidades de se evitar a estabilização da tutela antecipada, ao contrário da própria disposição legal. Trata-se, aqui, de se realizar a jurisdição constitucional para adequar o texto da lei aos ditames da Constituição, possibilitando a manutenção dos interesses do instituto, que potencialmente pode auxiliar na efetiva tutela dos direitos, sem tornar letra morta a direito a perseguir de forma definitiva a resposta jurisdicional ao caso em mão. Portanto, não só o agravo de instrumento tem o condão de evitar a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, mas qualquer forma de impugnação do requerido tendente a desconstituir dito pronunciamento judicial ou que demonstre, de qualquer sorte, o desejo de se submeter à cognição exauriente da matéria, com o objetivo de formação de coisa julgada. Desta forma, podem cumprir este papel os embargos de declaração, a reclamação, o pedido de suspensão de segurança (no mandado de segurança), a própria contestação do feito ou mesmo o mero pedido de reconsideração¹⁴⁹.

Outra problemática derradeira do emprego do recurso de agravo de instrumento como meio hábil a elidir a estabilização da tutela antecipada surge pelo fato de o recurso ser mais custoso se comparado à simples contestação. A contestação é gratuita, ao contrário do recurso de agravo de instrumento em que há a necessidade do pagamento de custas para a sua interposição. Haveria, portanto, violação ao direito de defesa e ao devido processo legal, pois para que o réu possa se insurgir contra a estabilização deverá arcar com tais custas, caso contrário não poderá interpor o recurso.

¹⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 609.

¹⁴⁹ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo. vol. 260. ano 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 115-116.

Contudo, autores como Humberto Theodoro Júnior e Daniel Assumpção Amorim não adotaram os posicionamentos acima expostos. Para os aludidos autores, o recurso de agravo de instrumento é o meio hábil a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

(...) Contestar antes de o pedido ter sido complementado e antes de realizada a audiência de conciliação, provoca um tumulto e uma subversão do procedimento comum, ao qual se sujeita a medida antecipatória, quando não estabilizada. Portanto, a só preocupação com a economia processual não justifica a solução extralegal em cogitação, tendo em vista que fatalmente conduziria a perplexidade e procrastinações maiores do que o uso do agravo para evitar a estabilização da medida provisória satisfativa¹⁵⁰.

No mesmo sentido, Elaine Harzheim Macedo expõe:

Algumas críticas a esta previsão podem ser opostas, como o fato de se estimular a postura recursal. Não se acredita nisso, porque a prática forense mostra que a decisão judicial sobre tutelas antecipatórias (satisfativas ou cautelares) é sistematicamente impugnada via recurso, seja pelo autor, quando obtém a antecipação, seja pelo réu, quando citado, para tentar reverter o quadro que lhe foi desfavorável. É a consequência do processo adversarial, tão afeito à tradição verde e amarelo¹⁵¹.

Acompanhando os entendimentos acima, J. E. Carreita Alvim aduz:

A meu juízo, a determinação legal é *impositiva*, de modo que, se *não for interposto o recurso* contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, ocorre a sua *estabilização*, pelo que qualquer outra providência judicial (contestação, embargos modificativos, agravo interno, reclamação, pedido de reconsideração etc.) deve ser liminarmente rejeitada. Tendo-se, no caso, uma decisão interlocutória, contra essa decisão o recurso expressamente previsto pelo novo Código é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Se, no entanto, a decisão for monocrática do relator do tribunal, o recurso será o agravo interno (arts. 932, II c/c 1.021, *caput*)¹⁵².

É certo que a opção adotada pelo legislador tem cunho político, isso porque no projeto do código que tramitou no Senado Federal a expressão utilizada

¹⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. 56 ed. vol. I.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 683.

¹⁵¹ 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. vol. 250. ano. 40. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015, p. 206.

¹⁵² ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 197.

era “impugnação” (art. 287, §1⁰¹⁵³ e art. 288, §2⁰¹⁵⁴, do Anteprojeto) e não “respectivo recurso”, o que abriria um leque muito maior de meios capazes de impedir a estabilização da tutela antecipada.

De fato, o emprego do recurso de agravo de instrumento pode causar estranheza aos operadores do direito, mas, se bem interpretado o dispositivo de lei, servirá ao propósito para o qual foi criado. É dizer, o instituto da estabilização foi criado para dar celeridade ao processo, bem como para efetivar a o direito material no plano fático. Nessa toada, Rafael Calmon Rangel foi eloquente ao expor que:

A contestação, por seu turno, ampliaria demasiadamente o ambiente cognitivo, desfigurando completa e irreversivelmente o rito a ponto de não só obrigar a sua conversão para o procedimento comum, como de impedir a ocorrência da estabilização dos efeitos da tutela, tudo sem que o autor tivesse tido a singela oportunidade de aditar a inicial previamente¹⁵⁵.

O pedido de tutela antecipada antecedente é sumário, com base na urgência e só faz parte desta peça – além dos demais pressupostos genéricos – os fatos constitutivos do direito do autor e as provas capazes de influenciar a decisão provisória do magistrado. Logo, a contestação não é meio apto a impedir a estabilização, visto que a contestação deve ser utilizada para refutar e contraditar a petição inicial instruída por completo, o que não é caso da exordial de tutela antecipada. Assim, o ideal é valer-se do agravo de instrumento para debater sumariamente o direito do autor, visando, o réu, impedir a estabilização da demanda. Caso o agravo de instrumento seja conhecido e provido pelo Tribunal a demanda não estabilizará. Deverá, portanto, o processo voltar ao primeiro grau de jurisdição para que o autor seja intimado para emendar a petição inicial e somente a partir deste ponto é que o réu também seria intimado, seja para as audiências do artigo 303, II do Código de Processo Civil, seja para apresentar a sua contestação, nos moldes do artigo 303, III, do mesmo diploma legal.

¹⁵³ Art. 287. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

§ 1º Do mandado de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor.

¹⁵⁴ Art. 288. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo requerente presumir-se-ão aceitos pelo requerido como verdadeiros, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.

§ 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

¹⁵⁵ RANGEL, Rafael Calmon. **Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação**. Revista de Processo. vol. 261. ano 41. São Paulo: Ed. RT, 2016 p. 215.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada diretamente no Tribunal, caso em que a competência originária é do próprio Tribunal. Nesse caso, não há que se falar em interposição do recurso de agravo de instrumento como meio de impugnação capaz de afastar a estabilização da tutela antecipada. Outrossim, por uma questão de lógica, o meio de impugnação correto seria o agravo interno, nos moldes do artigo 1.021 do Código de Processo Civil. Contudo, este também é um tema ainda não bem delimitado pela doutrina e pela jurisprudência, carecendo de um posicionamento mais contundente. Portanto, a priori, parece ser possível a estabilização da tutela antecipada em sede de ação originária nos Tribunais, tema este que somente será melhor delimitado no decorrer do dia-a-dia da prática forense.

Vale trazer ao presente trabalho o entendimento adotado por Fredie Didier Jr. que preconiza ser imprescindível que a parte autora, em sede de petição inicial, deixe de declarar a sua vontade de dar prosseguimento ao feito caso a demanda reste estabilizada, expondo: “é preciso que o autor não tenha se manifestado, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da pretendida tutela antecipada. Trata-se de pressuposto negativo”¹⁵⁶.

Nesse sentido, continua o referido autor:

Assim, se o autor tiver intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, *ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial*¹⁵⁷.

Apesar de este ser o melhor entendimento, a priori, não parece ser esta a opção feita pelo legislador ao reger o tema da estabilização no novel código. Isso porque, levando em consideração uma interpretação literal dos dispositivos pertinentes ao tema, o artigo 303, *caput* e §1º, I do Código de Processo Civil prevê que o autor deverá emendar a petição inicial, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido principal no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro maior que o juiz fixar. Ainda, conforme aponta o inciso II do mesmo

¹⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 619.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR. op. cit., p. 619.

diploma legal, deverá o réu ser citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação, nos casos em que couber tais audiências ou sendo o caso de direito que não comporta a autocomposição, deverá o réu apresentar contestação nos moldes do artigo 335 do Código de Processo Civil, *ex vi*, inciso III do §1º do artigo 303 do Código de Processo Civil.

O legislador não foi feliz ao tratar do procedimento compreendido entre a concessão da medida provisória e sua respectiva estabilização, faltou boa técnica para redigir os artigos de lei. Isso porque, ao que tudo indica, os prazos começam a fluir concomitantemente, visto que após a concessão da tutela antecipada antecedente começa a fluir o prazo para o autor emendar a petição inicial (art. 303, §1º, I, CPC/15), bem como começa a fluir o prazo para a parte adversária interpor o recurso de agravo de instrumento que visa impedir a estabilização da tutela provisória (art. 304, *caput*, CPC/15). E mais, ainda há a citação e intimação da parte contrária para as audiências de conciliação ou mediação (art. 303, §1º, II, CPC/15) ou para apresentar a contestação (art. 303, §1º, III, CPC/15).

Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo aponta:

Outra relevante controvérsia gira em torno do confronto entre os *termos iniciais* dos prazos para o réu recorrer (*lato sensu*) da decisão concessiva da tutela antecedente (art. 304), sob pena de estabilização e extinção do processo e para o autor aditar a inicial (art. 303, §1º), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito e extinção dos efeitos da tutela antecedente. Da maneira como estão redigidos os dispositivos, parece haver uma inviabilização prática da estabilização da tutela antecedente. Afinal, o prazo para o autor aditar a inicial parece começar a correr, em regra, antes do prazo para o réu recorrer da decisão.

Explica-se: o prazo de 15 dias para o autor aditar a inicial corre já da “concessão” da tutela (art. 303, §1º), isto é, de sua intimação sobre a prolação da decisão (na pessoa de seu advogado, por meio de publicação em *DJe* ou de intimação pelo portal eletrônico). De modo diverso, o prazo de 15 dias para o réu apresentar impugnação recursal (art. 304) começa a fluir de momento muito posterior ao da decisão e sua publicação, iniciando seu curso somente a sua comunicação (que, conforme art. 231, flui, em regra da juntada, aos autos, com comprovante de sua citação/intimação, ou dia útil seguinte ao término do prazo do edital, do acesso ao portal ou do término do prazo para consulta).

Na prática, o autor será obrigado a aditar, gerando já a instauração da demanda principal, ante de ser possível verificar se o réu viria a deixar de recorrer e, assim, gerar a extinção do processo com a estabilização da tutela. Ocorre que, *data venia*, o objetivo da criação dessa nova técnica (estabilização da tutela com extinção do processo) parecia ser, exatamente, o de se evitar o aditamento da inicial (que ensejaria a instauração da

demanda principal e o seu curso rumo à resolução do mérito com cognição exauriente)¹⁵⁸.

No mesmo sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz apontam:

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 o 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 de justiça e, conseqüentemente, maior tempo para a 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 estabilização¹⁵⁹.

Portanto, com o intuito de dar efetividade ao instituto da estabilização, bem como pretendo evitar problemas de ordem procedimental – como por exemplo, a perda dos prazos ou a extinção do processo –, o ideal seria valer-se das interpretações sistemática e teleológica da norma. Ou seja, interpretar os dispositivos pertinentes ao tema de acordo com sua real finalidade, visando a harmonia entre ambas as normas. É dizer, após a concessão da tutela provisória satisfativa antecedente, primeiramente deveria o réu ser citado para, querendo, apresentar o recurso de agravo de instrumento com o intuito de elidir a estabilização da demanda.

¹⁵⁸ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 178-179.

¹⁵⁹ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 113-114.

Caso o réu interponha o respectivo recurso e este seja confirmado pelo tribunal – e, portanto, elidindo a estabilização da demanda –, intima-se o autor para emendar a petição inicial e o réu para a audiência de conciliação ou de mediação ou, ainda, nos casos em que não é cabível a autocomposição, para que apresente a contestação, nos prazos estabelecidos em lei.

Dessa forma, caso o réu não apresente o respectivo recurso, a demanda estabilizaria desde logo, evitando, assim, a continuidade do feito principal.

Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo expõe:

[...] inexistindo impugnação pelo réu, haveria estabilização da tutela antecedente e extinção do processo sem necessidade de formulação do pedido principal pelo autor (sendo ônus exclusivo do réu a propositura de ação modificativa), consagrando-se, pela primeira vez no Direito Processual Civil brasileiro, a possibilidade de *tutela satisfativa autônoma*¹⁶⁰.

Em análise às críticas sobre o meio de impugnação da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente percebe-se que os autores que são favoráveis ao agravo de instrumento como meio apto a obstar a estabilização valem-se da ideia de que a estabilização seria uma decisão interlocutória e, portanto, nos ditames legais, o agravo de instrumento seria o meio correto de impedir a estabilização. Já aqueles autores que criticam o agravo de instrumento como meio apto a impedir a estabilização da tutela antecipada o fazem com base numa leitura constitucional ao direito de defesa e ao devido processo legal.

No entanto, para a melhor compreensão deste ponto da problematização, faz-se necessário, ainda, introduzir um outro problema.

Não obstante o legislador estipular o agravo de instrumento como meio adequado para impedir os efeitos da estabilização, a interposição do recurso, por si só, é capaz de impedir a estabilização ou este deve ser conhecido e provido pelo tribunal?

Sobre o tema, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz se posicionam:

Neste ponto – da mera interposição – aparecem novos problemas da novel legislação. Se a mera interposição do agravo de instrumento é o que basta para evitar a estabilização, quais seriam os efeitos do recurso não conhecido

¹⁶⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 180.

(art. 932, III, do NCPC) ou daquele improvido monocraticamente (art. 932, IV, do NCPC) e, ainda, do intempestivo? (...)

Em relação aos demais requisitos de admissibilidade, a melhor interpretação é de que mesmo não cumpridos, ainda que depois de intimada a parte para suprir eventual falta, a mera interposição do agravo de instrumento defeituoso presta-se a obstar a ocorrência da estabilização da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela em caráter antecedente, na forma do art. 304, *caput*, do NCPC. Portanto, sejam nos demais casos de não conhecimento (salvo se por intempestividade) ou no desprovimento liminar, pelo próprio relator, a mera interposição do recurso já é mecanismo hábil para a não ocorrência da estabilização¹⁶¹.

No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica expõe:

Outro aspecto a ser enfrentado concerne à hipótese em que o recurso manejado pelo réu contra a decisão concessiva de uma tutela provisória “estabilizável” não for conhecido, ante a falta de algum dos requisitos de admissibilidade. Para solucionar esse problema, parto do entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a preclusão da questão recorrida. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido¹⁶².

Posto os respectivos entendimentos sobre o tema, passa-se a análise da problemática.

Primeiramente é necessário compreender a estabilização como um procedimento autônomo. Ou seja, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, à luz da melhor interpretação, primeiro cita-se o réu para que, querendo, interponha o respectivo recurso. Interposto o recurso, este deverá ser conhecido e provido pelo tribunal, caso em que a estabilização da demanda não ocorreria. Isso porque – e agora trazendo à tona as problematizações tratadas acima – mais do que ser considerado estranha a opção do legislador em regradar o agravo de instrumento como meio capaz de elidir a estabilização da demanda, seria admitir que a mera interposição do recurso, ainda que não conhecido, nem provido, bastaria para obstar a estabilização da tutela antecipada. Logo, e ainda na primária fase do procedimento de estabilização da demanda, não seria absurda a hipótese de o recurso de agravo de instrumento ser meio hábil a impedir a estabilização da demanda, se fosse conhecido

¹⁶¹ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 116-117.

¹⁶² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf>. Acesso em 10/04/2017.

e provido pelo tribunal. Assim, tal opção seria condizente como o procedimento, uma vez que antes de dar continuidade ao feito – com a emenda da petição inicial por parte do autor –, o réu deveria pronunciar-se no sentido de demonstrar se pretende deixar a demanda estabilizar ou não, justamente através do respectivo recurso. Assim, somente se o recurso interposto fosse conhecido e provido é que o feito voltaria a tramitar pelo procedimento comum, caso contrário haveria a estabilização e extinção do feito, nos moldes do artigo 304, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil. Dessa forma, tendo o recurso sido conhecido e provido, o autor deverá ser intimado para emendar a petição inicial, nos moldes do inciso I, §1º, do artigo 303 do Código de Processo Civil.

4.3 A Natureza Jurídica da Decisão que Estabiliza a Tutela Antecipada

Após a tutela antecipada tornar-se estável, o processo será extinto, conforme dispõe o §1º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Interessa dizer que mesmo após a extinção do feito os efeitos dessa decisão serão conservados, isto é, ainda que não haja coisa julgada material, os efeitos desta decisão tornar-se-ão estáveis em decorrência da estabilização.

Contudo, muito se tem discutido na doutrina sobre a natureza jurídica desta decisão que põe fim ao processo. É dizer, trata-se de decisão definitiva ou terminativa, com ou sem resolução de mérito? Isso porque, nas palavras de Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, “não há paralelo na legislação processual ao que ocorre no art. 304, §1º, do NCPC, no que concerne à extinção do processo em razão da estabilização da antecipação dos efeitos da tutela”¹⁶³.

Nesse sentido, os autores tratam da hipótese de que a decisão que põe fim ao processo é sem a análise do mérito, com base no artigo 485, X, do Código de Processo Civil, apontando como fundamento a falta de um pedido final certo e determinado e a impossibilidade desta decisão fazer coisa julgada material¹⁶⁴,

¹⁶³ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 119.

¹⁶⁴ LAMY. op. cit.

concluindo que “(...) o acerto final e definitivo do direito material não é o objetivo do instituto”¹⁶⁵.

Mas, também fazem menção à possibilidade desta decisão ser com mérito, sob as alegações de que “(...) a tutela sumária, assim como a exauriente, diz respeito ao mérito da demanda”¹⁶⁶. Aqui, somente há diferença entre os valores empregados pelo magistrado ao decidir. Isto é, ao invés da certeza, vale-se da probabilidade e ao invés de buscar-se a verdade, construindo as razões de sua decisão com base na verossimilhança, expondo que “muda-se o vetor de racionalidade da decisão, mas se mantém íntegra a proteção ao interesse juridicamente tutelado do interessado”¹⁶⁷.

Nesse sentido, J. E. Carreira Alvim, aduz que “(...) a extinção, nesse caso, é equiparada à extinção do processo com resolução de mérito, na medida em que a decisão estabilizada contém um provimento substancial, relativo à pretensão material deduzida nesse processo embrionário (...)”¹⁶⁸. O autor vai mais longe, expondo que “tem-se, neste caso, uma situação *sui generis*, de uma decisão *interlocutória* com eficácia *sentencial*, com *força* de coisa julgada *formal* e sem *autoridade* de coisa julgada material (...)”¹⁶⁹.

A definição apresentada por J. E. Carreira Alvim é muito bem colocada. De fato, trata-se de uma decisão interlocutória, tanto é que o agravo de instrumento é o recurso hábil a impedir a estabilização – e por consequência, a extinção do processo –, mas também tem eficácia sentencial, já que os efeitos dessa decisão serão conservados, ou seja, serão reproduzidos, ainda que com a extinção do feito, bem como há força de coisa julgada formal, uma vez que desta decisão não cabe mais recursos – operando-se a preclusão máxima –, somente será possível o ajuizamento da ação autônoma prevista no artigo 304, §2º do Código de Processo Civil. Por fim, carece da autoridade da coisa julgada material, uma vez que não pode-se falar que esta decisão é imutável e indiscutível, conforme disposição do artigo 502 do Código de Processo Civil.

¹⁶⁵ LAMY. loc. cit., p. 119.

¹⁶⁶ LAMY. op. cit., p. 119.

¹⁶⁷ LAMY. op. cit., p. 119.

¹⁶⁸ ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 199.

¹⁶⁹ ALVIM. op. cit., p. 203.

Convergindo com os autores, Bruno Garcia Redondo expõe:

Por essas razões, a sentença que extingue o processo e mantém os efeitos da tutela antecipada antecedente deve ser definitiva (art. 487), já que o direito material foi anteriormente reconhecido ao autor (na decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente que veio a estabilizar-se) e o pedido foi integralmente acolhido (não obstante a tutela ter sido deferida, na decisão interlocutória anterior, com base em cognição não exauriente e ainda ser possível a eventual modificação dos efeitos da tutela). A capitulação da sentença extintiva deve indicar o inc. I do art. 487, e não o art. 485¹⁷⁰.

Diante deste quadro, percebe-se que, pelo menos nesses momentos iniciais, não há uma uniformidade de entendimentos acerca do tema, ou seja, enquanto a jurisprudência não se posicionar em relação a natureza jurídica da decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada, o melhor posicionamento é o adotado por J. E. Carreira Alvim, que diz tratar-se de situação *sui generis*.

4.4 Das Custas e dos Honorários Advocatícios

Não há qualquer menção legal quanto ao regramento de qual das partes deverá arcar com as custas processuais quando da extinção do processo pela estabilização da tutela antecipada antecedente. Contudo, Fredie Didier Jr. inclina-se pelo entendimento de que o réu deveria ser eximido do pagamento destas custas, aplicando-se analogicamente o §1º do artigo 701 do Código de Processo Civil¹⁷¹.

No mesmo sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz afirmam que “dada a similitude da estabilização com o procedimento monitório, melhor saída é a aplicação do art. 701 do NCPC à extinção do processo que trata do art. 304, §1º, do mesmo Código”¹⁷².

Outrossim, os autores, ao citar Eduardo Talamini, continuam:

¹⁷⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 177.

¹⁷¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

¹⁷² LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 120.

Como frisa Talamini, “a estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitoria”, quais sejam, a cognição sumária, a falta de impugnação trazer ao réu consequência desfavorável permanecendo a medida em vigor por tempo indeterminada, não havendo coisa julgada material¹⁷³.

Dessa forma, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) criaram o enunciado nº 18 que assim dispõe: “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)”.

Contudo, em sentido contrário, Bruno Garcia Redondo aduz que:

Ao nosso ver, a regra do referido dispositivo é infeliz e, além disso, essa analogia se revela descabida ante o princípio da causalidade. Tendo o réu dado causa à demanda, obrigando o autor a ingressar no Judiciário para obter a tutela pleiteada, o razoável é que seja condenado a reembolsar as despesas processuais com as quais o autor tiver arcado, aplicando-se, na espécie, a regra do §2º do art. 82, (há “sentença” extintiva de há “vencedor”), sob pena de a nova sistemática da tutela antecedente, em vez de vantajosa, vir a tornar-se indevida e economicamente prejudicial ao vencedor¹⁷⁴.

Ao que tudo indica, o posicionamento adotado pelo referido autor é o mais correto, pois, ainda que tal decisão seja interlocutória, há eficácia sentencial, bem como há um vencedor no processo, qual seja, o autor. Diante desse quadro, as custas processuais adiantadas pelo vencedor deverão ser ressarcidas pela parte perdedora, nos moldes do artigo 82, §2º, do Código de Processo Civil.

Quanto aos honorários advocatícios, o artigo 519 do Código de Processo Civil regra que: “aplica-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederam tutela provisória”.

Outrossim, J. E. Carreira Alvim preleciona:

Como o art. 513 determina que, no cumprimento da sentença, será observado, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial (*Do Processo de Execução*), e o art. 519 manda, por seu turno, que se aplique às decisões sobre tutela provisória as disposições relativas ao cumprimento de sentença (provisório ou definitivo), não fica afastada a aplicação do art. 827, §1º, segundo o qual o valor dos

¹⁷³ LAMY. op. cit., p. 120.

¹⁷⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 177.

honorários será reduzido pela metade, se, no caso da tutela antecipada, a decisão for espontaneamente cumprida¹⁷⁵.

Na mesma toada, Bruno Garcia Redondo expõe:

Cabível, assim, em interpretação sistemática e teleológica, a aplicação da sanção premial de redução dos honorários pela metade do mínimo geral, tal como previsto, pelo próprio CPC/15, para outras hipóteses em que o réu não opõe resistência ao cumprimento (ainda que não espontâneo) da obrigação, como se dá no caso do reconhecimento da procedência do pedido com o cumprimento da obrigação (§4º do art. 90), cumprimento do mandado monitório no prazo, sem a oposição de embargos (art. 701) e pagamento integral da execução (título extrajudicial) em 3 dias (§1º do art. 827). Desse modo, se o réu não impugnar a decisão da tutela antecedente, gerando a estabilização da tutela e a extinção do processo, a sentença extintiva (§1º do art. 304) deve condenar o réu em honorários advocatícios correspondentes à metade do mínimo geral, isto é, 5% (cinco por cento)¹⁷⁶.

Apesar de existirem posicionamentos contrários a este entendimento¹⁷⁷ é certo que os honorários são devidos, visto que o autor teve que contratar o patrono para atuar em sua causa. Igualmente, há a sucumbência em sede de tutela antecipada quando a parte contrária deixa de impugnar a decisão, levando a extinção do processo. Portanto, caso o réu sucumba deverá arcar tanto com as despesas processuais quanto com os honorários advocatícios.

4.5 Do Regime de Execução da Tutela Antecipada Estabilizada

Após a estabilização da demanda se a parte adversária não tiver cumprido espontaneamente a decisão proferida pelo juízo competente, poderá a parte

¹⁷⁵ ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 201-202.

¹⁷⁶ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 177-178.

¹⁷⁷ Em sentido contrário LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 119-120.

autora dar início à execução da medida. Contudo, quanto ao regime de execução da tutela antecipada estável nada prevê a legislação processual.

Em razão dessa lacuna legal alguns posicionamentos vêm surgindo na doutrina. Nesse sentido, há autores¹⁷⁸ que defendem que o regime de execução da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente deve ser o mesmo daquele que rege o cumprimento provisório da sentença, nos moldes dos artigos 520 a 522 do Código de Processo Civil.

Contudo, há quem entenda que a execução da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, após sua estabilização, deva ocorrer nos moldes do regime de execução definitivo¹⁷⁹. Isso porque, a ausência de coisa julgada material não interfere no regime de execução da decisão, como por exemplo, a execução da sentença que fixa alimentos é definitiva, mas a decisão que fixa os alimentos não transita em julgado, conforme dispõe o artigo 15 da Lei nº 5.478/68¹⁸⁰.

Nessa toada, Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos prelecionam:

Ainda assim, a circunstância de poder ser ajuizada ação revisional, para majorar ou minorar o valor da pensão, ou mesmo ação de exoneração da pretensão alimentícia, não faz com que os alimentos fixados, além serem revistos, não possam ser objeto de execução definitiva¹⁸¹.

Portanto, à luz deste posicionamento, a execução da tutela antecipada antecedente estabilizada poderá ser definitiva.

4.6 Ação de Revisão, Reforma ou Invalidação da Decisão Estabilizada

A decisão estabilizada poderá ser revista, reformada ou invalidada por qualquer das partes no prazo de 2 (dois) anos, conforme rege os §§ 2º e 5º do artigo

¹⁷⁸ Nesse sentido, REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015.

¹⁷⁹ Nesse sentido, VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

¹⁸⁰ Art. 15. “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

¹⁸¹ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017, p. 137.

304 do Código de Processo Civil. Assim, caso uma das partes queira revisar, reformar ou invalidar a decisão poderá fazê-lo através do ajuizamento de ação autônoma, podendo pedir o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para a instrução da petição inicial da nova ação, conforme disciplina o §4º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

De acordo com o que estabelece o §4º, parte final, do artigo 304 do Código de Processo Civil, o juízo competente para a apreciação da nova ação será o mesmo que decidiu sobre a tutela antecipada estabilizada.

Contudo, algumas problemáticas vêm surgindo no que tange o tema da ação de revisão, reforma ou invalidação da decisão estável.

A primeira problemática diz respeito à natureza jurídica do prazo para o ajuizamento desta ação autônoma. Isto é, o prazo da ação que visa revisar, reformar ou invalidar a decisão que estabilizou a tutela antecipada é decadencial, peremptório ou preclusivo?

Para Guilherme Thofehrn Lessa o prazo é preclusivo; inclusive o autor critica a opção feita pelo legislador ao expor:

O direito à ação autônoma é, portanto, o direito à cognição plena e exauriente – é o *direito ao processo justo*, previsto constitucionalmente. Não se tratando de direito a simples *ato processual* e sim do próprio direito à tutela justa e efetiva, este não pode sujeitar-se a um prazo preclusivo *endoprocessual*, como previsto pelo novo CPC¹⁸².

Autores como Eduardo Talamini¹⁸³, Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos¹⁸⁴, Humberto Theodoro Junior¹⁸⁵ e J. E. Carreira Alvim¹⁸⁶

¹⁸² LESSA, Guilherme Thofehrn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2106, p. 170.

¹⁸³ 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**. Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

¹⁸⁴ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. Revista de Processo. vol. 206. ano 2012. p. 48-49. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

¹⁸⁶ ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

entendem que o prazo para o ajuizamento desta ação é decadencial, visto que após o transcurso do prazo de 2 (dois) anos o próprio direito de rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada é extinto.

No mesmo sentido, Ana Paula Vasconcelos e Maria Teresa Vasconcelos expõem que “(...) a natureza do prazo de dois previsto no art. 304, §5º, do CPC/2015 é decadencial, pois o que se extingue é o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada (CPC/2015, art. 304, §5º)”¹⁸⁷.

Divergindo dos autores acima, Elaine Harzheim Macedo entende que se trata de prazo peremptório, uma vez que o que se extingue é o direito de ação, permanecendo o direito subjetivo das partes. Nesse sentido, a autora expõe que “(...) não há que se falar em decadência ou prescrição, porque institutos de natureza de direito material, regrados que são pelas leis de direito material”¹⁸⁸.

Não obstante o entendimento adotado pela referida autora, o prazo ter natureza decadencial se encaixa melhor ao sistema da estabilização. Isso porque, apesar de não fazer coisa julgada material, o próprio direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que estabilizou a tutela antecipada antecedente precisa, cedo ou tarde, extinguir-se. Portanto, é razoável que após o transcurso do prazo bienal não se tenha mais o direito de invocar a revisão, reforma ou invalidação da decisão estabilizada.

Contudo, ainda que se entenda como decadencial o prazo para ajuizar a ação autônoma, outra celeuma surge. Para os autores Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, apesar do prazo previsto no §5º do artigo 304 do Código de Processo Civil ser decadencial, não deveria a legislação processual tratar do tema. Outrossim, caberia à legislação civil reger o prazo, de acordo com o direito material pretenso.

Nas palavras dos aludidos autores:

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015**. Revista de Processo. vol. 263. ano 42. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017, p. 135.

¹⁸⁸ 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 preempção?** Revista de Processo. vol. 250. ano. 40. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015, p. 209.

Trata-se, em relação à estabilização, do maior anacronismo do instituto, sem similitude entre os diferentes ordenamentos jurídicos que de uma forma ou outra, tratam sobre tutelas sumárias assemelhadas (como o *référé* ou a *ordinanza di ingiunzione*). Em todos, a questão da decadência é tratada exclusivamente às luzes do direito material. Em outras palavras, não há um prazo específico para a ação que possibilita a cognição exauriente da matéria. Isto é deixado à legislação civil, sendo que a ação poderá ser proposta enquanto não observado o prazo decadencial do próprio direito substancial. Seria dizer, no Brasil, que ao invés de fixar o prazo do §5º do art. 304 do NCPC, poder-se-ia ter relegado o assunto aos art. 205 e 206 do CC ou qualquer outro prazo disposto na legislação extravagante própria¹⁸⁹.

Outra problemática surge no que tange ao termo inicial do prazo decadencial de 2 (dois) anos para ajuizar a nova ação.

Para Francisco de Barros e Silva Neto o termo inicial do prazo para revisar a decisão que estabilizou a tutela antecipada deveria começar a correr “apenas a partir (da ciência) dos fatos que venham a embasar a necessidade de revisão”¹⁹⁰, porque para o autor:

(...) Não há logicamente como deflagrar o prazo para a demanda revisional antes do advento dos fatos que embasariam essa pretensão. Seria algo como se considerar em curso possível prazo para requerer a diminuição ou o aumento do valor de pensão alimentícia, antes do desemprego ou do aumento de salário do alimentante. Haveria o risco de tais fenômenos ocorrerem após o decurso do prazo e, assim, de restar frustrado o ajuste monetário¹⁹¹.

Surge, também, discussão sobre a quem pertence o *onus probandi* na ação autônoma que visa rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada.

¹⁸⁹ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 124-125.

¹⁹⁰ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 153.

¹⁹¹ SILVA NETO. op. cit. ,p. 153.

Para autores como Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa¹⁹², Marcelo Pacheco Machado¹⁹³ e Eduardo Talamini¹⁹⁴, cabe ao autor da nova ação (seja ele o réu ou o autor da ação antecedente) o ônus da prova, conforme regra os incisos I e II do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo expõe:

A nosso ver, 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 que estiver na posição de autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu do pedido antecedente), salvo se houver distribuição dinâmica (art. 373, §§1º e 2º c/c art. 357, III) ou negócio processo relativo ao *onus probandi* (art. 373, §§3º e 4º c/c art. 190)¹⁹⁵.

Em contrapartida, autores como Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁹⁶ e coautores; e Humberto Theodoro Junior¹⁹⁷ e Érico Andrade defendem que o ônus da prova no que concerne aos fatos constitutivos do direito permanece com o autor da ação originária (a ação estabilizada), mesmo que seja ele réu na nova ação.

Acompanhando os autores acima, Mirna Cianci aduz:

Destaque-se a respeito, que a possibilidade de propositura da ação por qualquer das partes não traduz, nessa situação particular, a aplicação literal do art. 373 I e II e §§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 avia sido carreado, ou seja, de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do beneficiário da tutela antecipada,

¹⁹² YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela.** Revista de Processo. vol. 231. ano 39. p. 125-141. São Paulo: Ed. RT, mai. 2014.

¹⁹³ MACHADO, Marcelo Pacheco. **Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil.** vol. 202. ano. 36. p. 233-266. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.

¹⁹⁴ 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.** Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

¹⁹⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias.** Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 183.

¹⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

¹⁹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC.** Revista de Processo. vol. 206. ano 2012. p. 48-49. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

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 antecipado¹⁹⁸.

Ainda dentro do tema a ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da estabilização da tutela antecipada, põe-se em discussão a possibilidade do cabimento de tutelas provisórias nesta nova ação. Ou seja, é possível que a parte autora valha-se da tutela antecipada antecedente ou outra medida provisória em sede de ação de revisão, reforma ou invalidação da decisão que estabilizou a tutela antecipada antecedente?

A redação do §3º do artigo 304, do Código de Processo Civil, a priori, não permite o requerimento de medidas provisórias quando da ação autônoma, pois a redação do artigo supra traz a expressão “decisão de mérito”, presumindo-se que os efeitos da decisão estabilizada somente poderão ser afastados por uma decisão de mérito, não podendo, a parte autora, valer-se de outras medidas provisórias.

Contudo, este não parece ser o melhor entendimento. Isso porque, esta ação é uma ação comum, isto é, é uma ação autônoma que, ainda que tenha finalidade específica, segue os moldes de qualquer outra ação autônoma. Portanto, parece que o melhor entendimento inclina-se pela possibilidade do requerimento e concessão de medidas provisórias quando da ação que visa revisar, reformar ou invalidar a decisão que estabilizou a tutela antecipada antecedente.

Nesse sentido, Francisco de Barros e Silva Neto aduz:

A casuística da matéria é tão rica que facilmente vêm à mente situações em que, vedada a concessão de tutela provisória para suspender, total ou parcialmente, a tutela antecipada estabilizada, a demanda prevista no art. 304 não se mostraria capaz de evitar danos graves e injustos. Basta imaginar o contexto em que fatos supervenientes afetaram o equilíbrio imposto pela decisão judicial, ou que o juiz prolator da decisão objugada estivesse em claro impeditivo ou, mais ainda, sob indícios veementes da prática de delito criminal¹⁹⁹.

Da mesma sorte, Bruno Garcia Redondo aponta:

¹⁹⁸ CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. São Paulo: Ed. RT, set. 2015, p. 257.

¹⁹⁹ SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Revista de processo. vol. 259. ano 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 153.

Em outras palavras, a tutela antecipada estabilizada pode ser alterada em qualquer fase da ação de modificação, tanto liminarmente *inaudita altera parte*, quanto incidentalmente no curso dessa nova demanda, como ainda ao final da mesma, na sentença final, dependendo do momento em que o juiz se convença da presença dos elementos que devem gerar a modificação da tutela até então estabilizada²⁰⁰.

Por fim, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz expõem:

Sabe-se que as técnicas caracterizadoras das tutelas de urgências, ou mesmo de evidência, estão circunspectas ao direito a uma resposta efetiva da jurisdição. A proteção efetiva aos direitos pressupõe técnicas processuais que se destinem à sua consecução. Há, portanto, o direito constitucionalmente protegido às medidas de urgência que, sejam para conservar ou satisfazer direitos, propiciem ao interessado a efetiva proteção jurisdicional suas pretensões de direito material. Neste diapasão, não pode a lei processual extirpar esta garantia fundamental do cidadão e excluir à apreciação judicial as medidas antecipatórias e cautelares nesta ação prevista no art. 304, §2º, do NCPC, que busca rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada²⁰¹.

Contudo, apesar de possível a utilização das medidas provisórias, tais como as medidas de urgências e as de evidência, cumpre dizer que não é possível a estabilização desta nova ação. Isso porque, é ilógico pensar em uma estabilização da estabilização – que poderia ocorrer novamente, criando um procedimento sem fim. Da mesma forma, há, obrigatoriamente, a necessidade de uma decisão de mérito, conforme preconiza o §3º do artigo 304 do Código de Processo Civil, figurando, portanto, a impossibilidade de estabilização desta nova demanda.

Após o decurso do prazo bienal para a propositura desta ação haverá a extinção do próprio direito de rever, reformar ou invalidar a decisão que estabilizou a tutela antecipada antecedente, ensejando a decadência deste direito. O que leva a seguinte indagação: e agora?

O que se busca com esta questão é expor o que ocorre após esgotar-se prazo de 2 (dois) anos posto às partes para revisar, modificar ou invalidar a decisão

²⁰⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 183.

²⁰¹ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 123-124.

que estabilizou a tutela antecipada antecedente. Há coisa julgada? Cabe ação rescisória? Cabe uma nova ação visando debater o mérito?

Sobre o tema, diversas correntes vêm surgindo.

Há autores²⁰² que sustentam que após o transcurso em branco do prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação de revisão, reforma ou invalidação da decisão que estabilizou a tutela antecipada antecedente não caberia mais nenhuma ação, seja a ação rescisória, seja outra ação visando debater o mérito da decisão estabilizada.

Os fundamentos deste posicionamento estão atrelados ao fato de que esta decisão estabilizada não faz coisa julgada material (§6º, art. 304, NCPC), impossibilitando, portanto, o manejo a ação rescisória – sendo, inclusive, o posicionamento adotado na interpretação do enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁰³. Da mesma sorte, não haveria a possibilidade de as partes ajuizarem uma nova ação com o intuito de debater o mérito da decisão estabilizada, visto que este direito se extinguiu por força do §5º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Outros autores²⁰⁴ inclinam-se pela impossibilidade do manejo da ação rescisória. No entanto, defendem a possibilidade do ajuizamento de uma outra ação autônoma visando debater o mérito da decisão estabilizada.

A impossibilidade de ajuizamento da ação rescisória resguarda-se nos mesmos fundamentos da primeira corrente, qual seja, a falta de coisa julgada material. Contudo, sob o mesmo fundamento, para esta corrente é perfeitamente possível o ajuizamento de uma outra ação buscando debater o mérito da decisão estabilizada. É dizer, pelo fato da decisão estabilizada não fazer coisa julgada material, estaria

²⁰² Sobre o tema: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2.** 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015; SOUZA, Artur César de. **Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC; da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte.** Revista de Processo. vol. 235. ano. 39. p. 151-186. São Paulo: Ed. RT., set. 2014.

²⁰³ Enunciado nº 33 do FPPC: "(art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência".

²⁰⁴ Sobre o tema: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2015; 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.** Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

ausente o seu efeito positivo, qual seja, o dever de observância pelo magistrado daquilo que está abarcado pela coisa julgada. Logo, qualquer das partes poderiam ajuizar uma nova ação, já que não há o dever de observância daquela decisão pelo magistrado.

Por fim, Leonardo Greco²⁰⁵ defende que após o decurso do prazo bienal haveria a formação de coisa julgada material, cabendo, portanto, somente o ajuizamento de ação rescisória.

Para que haja a possibilidade do manejo da ação rescisória é imprescindível a formação de coisa julgada. Certo disso, é necessário realizar uma análise do §6º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

O §6º do artigo 304 do Código de Processo Civil assim dispõe: “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”. De acordo com o disposto no artigo conclui-se que a decisão que concedeu a tutela não fará coisa julgada, contudo, a estabilidade dos efeitos dessa decisão somente será afastada pela ação autônoma prevista no §2º do mesmo dispositivo legal. Implica dizer que se a ação autônoma não for ajuizada após o decurso do prazo legal, esta decisão passaria ter ares de definitividade, podendo-se falar, até mesmo, que passaria formar coisa julgada material.

Nesse sentido, Bruno Garcia Redondo expõe:

A nosso ver, não há maiores dificuldades em se sustentar a formação de coisa julgada material após o encerramento do prazo de 2 anos sem a propositura da ação de modificação.

A própria regra do §6º do art. 304 não impede essa conclusão. Dito dispositivo não afirma que jamais existirá, a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não coisa julgada somente *durante o período* de 2 anos previsto para a ação de modificação. Afinal, poderiam surgir duas dúvidas: (i) se, tendo em vista a não impugnação pelo réu e a extinção do processo (art. 304, *caput* e §1º), haveria formação de coisa julgada; e (ii) caso houvesse coisa julgada, seria descabida uma ação de modificação da tutela, restando ao réu, apenas o ajuizamento de ação rescisória. O propósito do §6º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe, durante 2 anos, a

²⁰⁵ GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. 14. ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez. 2014.

propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau, em vez da propositura da ação rescisória²⁰⁶.

Continua o autor:

(...) A referência a não formação de coisa julgada, acompanhada do advérbio “mas” conector ao trecho seguinte, que diz que a estabilidade pode ser afastada pela ação de modificação, esclarecem que a referência que o §6º (à inexistência de coisa julgada) restringe-se ao período em que a ação de modificação pode ser proposta, isto é, dentro dos 2 anos após a extinção do processo²⁰⁷.

Logo, para o autor, assim como para Leonardo Greco, haveria a formação de coisa julgada material após o transcurso do prazo bienal para a propositura da ação autônoma prevista no §2º do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Divergindo com os autores, Guilherme Thofehrn Lessa aduz que:

Na hipótese do art. 304, §6º, do NCPC, a coisa julgada só abraçará a autoridade da decisão proferida em juízo de cognição sumária quando alcançar o limite temporal de estabilização das situações jurídicas previstas no direito material, como é o caso da prescrição e decadência²⁰⁸.

Há, ainda, autores²⁰⁹ que entendem que esta decisão jamais fará coisa julgada, possibilitando o manejo de uma nova ação para rediscutir o mesmo direito que foi alvo da estabilização. Devendo, portanto, o magistrado adentrar no mérito da questão, podendo decidir negativamente com base na prescrição ou na decadência à luz do direito material.

²⁰⁶ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. vol. 244. ano 40. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015, p. 187.

²⁰⁷ REDONDO. op. cit., p. 187.

²⁰⁸ LESSA, Guilherme Thofehrn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 171.

²⁰⁹ ANDRARE, Érico; NUNES, Dierle. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf. Acesso em 04/05/2017.

Nessa toada, expõem:

Nesse sentido, sob o aspecto prático, a decisão de estabilização inicialmente na forma do arts. 303 e 304 do novo CPC, e posteriormente atingindo a estabilização definitiva (art. 304, §6º, do novo CPC), não se poderá mais ter acesso à ação de cognição exauriente para rediscutir a matéria (art. 304, §§ 2º e 4º), mas mesmo que tal ação venha a ser ajuizada ou em outra ação distinta venha a matéria a ser novamente invocada, o juiz não poderá extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 485, V) de plano ou sem maiores indagações, mas sim terá de adentrar o mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório, seguindo-se, após, se se reconhecer que a matéria encontra-se estabilizada de forma definitiva na forma do citado art. 304, §6º, a extinção do processo com resolução de mérito (art. 487, II), como se passa no caso de se ajuizar ação cujo direito material tenha sido acobertado pela prescrição ou decadência²¹⁰.

Dessa forma, a única certeza é que falta um panorama de como o instituo da estabilização será aplicado, há ainda muitas incógnitas sobre o tema, há muito o que se discutir, papel este que será exercido pela doutrina e pela jurisprudência.

No entanto, sobre esta última problemática, é possível adotar o posicionamento de que, de fato, não haverá a formação de coisa julgada material, mas uma nova espécie de provimento definitivo. É dizer, mesmo que não haja cognição exauriente, mesmo que esta decisão não faça coisa julgada material, é possível afirmar que se trata de um provimento definitivo, apto à imutabilidade e indiscutibilidade. Não se pode falar em falta de segurança jurídica, visto que as partes têm o prazo de 2 (dois) para rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada, ou seja, há a possibilidade de rediscutirem esta decisão, possibilitando que haja a cognição exauriente e a formação de coisa julgada. Logo, se as partes, mesmo podendo, não optam por uma decisão de mérito, significa dizer que esta decisão não é necessária, assim como é na França; lá, há a possibilidade de as partes manejarem uma ação principal com o intuito de formar a coisa julgada material, mas é muito pouco utilizada, conforme já foi demonstrado em tópico pertinente.

²¹⁰ ANDRARE, loc. cit.

5 CONCLUSÃO

A estabilização da tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo brasileiro, já que através deste instituto é possível que o conflito seja rapidamente solucionado e o objeto da demanda seja entregue a parte autora. É certo que trata-se de um instituto novo no direito pátrio, ainda carente de limites e com algumas divergências quanto à sua utilização e aplicação no processo brasileiro. Contudo, a essência da estabilização pode vir muito bem a calhar, se bem utilizada.

Conforme foi demonstrado no discorrer do presente trabalho, a estabilização é uma técnica processual que já vinha sendo discutida a algum tempo no Brasil, mas que somente com o projeto de Código de Processo Civil é que foi implementada. A estabilização passou por diversas mudanças até chegar em sua versão final, presente nos artigos 304 e seguintes do novo Código de Processo Civil, atualmente em vigor.

Dentre tudo aquilo que foi tratado neste trabalho, o ponto mais interessante é aquele que trata dos limites da estabilização da tutela antecipada. É dizer, por tratar-se de um tema novo, muito ainda deverá ser debatido, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, para que ao longo do tempo a estabilização ganhe contornos mais consistentes e claros. No entanto, ainda que falte alguma delimitação para a aplicabilidade da estabilização, é fato que esta técnica processual é bastante intrigante, visto que através da estabilização haverá um aumento significativo da celeridade processual, ao menos naquelas causas de menor complexidade.

Interessa expor que o presente trabalho buscou explorar os contornos da estabilização da tutela antecipada, demonstrando sua aplicabilidade na prática através dos julgados apresentados. Foi possível constatar que ainda há certa instabilidade quanto à aplicação da estabilização em determinadas ocasiões, como por exemplo, em face do Poder Público. Da mesma sorte, o presente trabalho buscou sistematizar a estabilização da tutela antecipada, visando expor o seu cabimento, meios de impugnação e o seu desfecho após o transcurso do prazo bienal – ponto este que merece destaque, visto que ainda há uma grande discussão sobre a natureza jurídica deste provimento.

Conforme também foi demonstrado, apesar da estabilização ter sido inspirada no direito francês, em muito a estabilização pátria difere de sua fonte de inspiração. Isso porque, no direito francês há um magistrado específico para atuar nas causas onde se busca solucionar o conflito através da estabilização da demanda. No entanto, ainda que neste e em outros pontos a estabilização pátria seja diferente da francesa, não implica dizer que esta técnica processual não seja apta a alcançar seu objetivo, qual seja a solução mais célere do conflito desapegando-se das formalidades processuais; é dizer, a estabilização busca a solução do direito material no plano fático, não se sujeitando completamente ao formalismo processual. Este ponto também é bastante criticado por parte da doutrina, já que se fala em falta de segurança jurídica, justamente por não haver esse respeito às formas. No entanto, apesar do formalismo ser muito importante e necessário para o bom resultado do processo, essa rigidez da “burocracia” processual também pode trazer prejuízos para aquela parte que de fato faz jus ao objeto alvo da lide. Dessa forma, pelo menos para as causas mais simples, o instituto da estabilização será muito bem-vindo como um excelente meio de solução célere do conflito processual.

Portanto, muito ainda deverá ser explorado no que concerne a este tema, mas é certo que sua essência é uma grande inovação para o processo civil brasileiro e, se bem aplicada, a estabilização poderá ser uma nova perspectiva de solução da pretensão demandada.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano 41. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

ANDRARE, Érico; NUNES, Dierle. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf>. Acesso em 04/05/2017.

BARCELLOS, Leonardo de Souza Naves; LIMA, Julia Lins das Chagas. **As hipóteses de tutela de evidência previstas no novo CPC**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. p. 225-233. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016.

BAUERMAN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. VI. ano 4. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil da UERJ, jul./dez. 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

BONATO, Giovanni. **Os référé**s. Revista de Processo. vol. 250. ano 40. São Paulo: Ed. RT. dez. 2015, p. 220.

CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revista de Processo. vol. 247. ano 40. p. 249-261. São Paulo: Ed. RT, set. 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações**

probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil. vol. 4: processo coletivo.** 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FREITAS JR, Horival Marques de. **Breve análise sobre as recentes propostas de estabilização das medidas de urgência.** Revista de Processo. vol. 225. ano 38. p. 195-223. São Paulo: Ed. RT, nov. 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro.** Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016.

GOMES, Frederico Augusto. **Autonomia, eficácia temporal e estabilização da tutela de urgência.** 2014. Monografia de Graduação (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015.** Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. 14. ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez. 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. p. 105-129. São Paulo: Ed. RT, out. 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil.** Revista de Informação Legislativa. vol. 48, nº 190, t. 2, p. 186-187. Disponível em <
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242950/000939997.pdf?sequence=3>>. Acesso em 03/04/2017.

LESSA, Guilherme Thofehrn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo.** Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. p. 159-176. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

LIMA, Bernardo da 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. vol. 250. ano 40. p. 167-187. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.

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 preempção?** Revista de Processo. vol. 250. ano. 40. p. 189-215. São Paulo: Ed. RT, dez. 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil.** vol. 202. ano. 36. p. 233-266. São Paulo: Ed. RT, dez. 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973.** Revista de Processo. vol. 257. ano 41. p. 153-178. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RANGEL, Rafael Calmon. **Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação.** Revista de Processo. vol. 261. ano 41. p. 199-228. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias.** Revista de Processo. vol. 244. ano 40. p. 167-193. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”.** Disponível em <
http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/96668/doze_problemas_onze_sica.pdf>.
Acesso em 10/04/2017.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. **Tutela provisória no novo Código de Processo Civil.** Revista de processo. vol. 259. ano 41. p. 139-158. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

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. Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência.** Revista de Processo. vol. 257. ano 41. p. 179-214. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. 56 ed. vol. I.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC.** Revista de Processo. vol. 206. ano 37. p. 13-59. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. **Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015.** Revista de Processo. vol. 263. ano 42. p. 123-139. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela.** Revista de Processo. vol. 231. ano 39. p. 125-141. São Paulo: Ed. RT, mai. 2014.