

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

CURSO DE DIREITO

**ALGUMAS POLÊMICAS EM TORNO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Felipe Scalon Carrinho

Presidente Prudente/SP

2018

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

CURSO DE DIREITO

**ALGUMAS POLÊMICAS EM TORNO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Felipe Scalon Carrinho

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.^o Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2018

**ALGUMAS POLÊMICAS EM TORNO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

João Victor Mendes de Oliveira
Examinador

Pedro Augusto de Souza Brambilla
Examinador

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2018.

*Isso de ser
Exatamente o que se é
Ainda vai nos levar além*
(Paulo Leminski)

À José Scalon,
meu avô e exemplo, com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre ter guiado meus passos e me guardado, protegendo meu trilhar de todo mal. Aos meus pais, pelo apoio incondicional prestado, pelas noites mal dormidas, pelas provações superadas, palavras de incentivo, broncas e reconhecimentos, a eles minha eterna gratidão por toda educação e apoio nos momentos sombrios dessa caminhada.

Aos meus avós José e Neide, por acreditarem em mim e nos meus sonhos, presenteando-me com meu primeiro *Vade Mecum*, quando ainda não possuía meios para comprar, sempre estando ao meu lado e buscando prestar todo incentivo para que eu pudesse realizar o sonho que juntos nutrimos.

A minha Avó Angeles, que não está mais ao nosso lado neste momento, agradeço por todo o carinho que sempre teve por mim e por ter me mostrado que devemos sempre lutar pelo que queremos.

Agradeço também ao meu tio e padrinho Alex, por estar presente durante toda essa jornada, apoiando minhas escolhas e mostrando o lado bom da vida, ensinando que quando se tem um objetivo, com esforço e perseverança é possível alcançá-lo.

Aos meus amigos Lucas e Gabriel, por serem meus melhores amigos desde que me conheço por gente, e mesmo com toda distância, sempre foram duas pessoas muito presentes em minha vida, sendo verdadeiros irmãos de alma e coração.

Aos meus queridos amigos e companheiros de graduação Guilherme e Amanda, por estarem comigo nesta caminhada desde o começo, auxiliando direta e indiretamente nesta jornada para que eu concluísse mais esta etapa da minha vida, sendo exemplos de pessoas e profissionais.

Agradeço a Renata, com todo amor e carinho, por estar ao meu lado em toda esta jornada, buscando sempre o melhor para nós, pela paciência e cumplicidade que tem comigo, sendo um exemplo de pessoa e profissional, sempre incentivando na busca de ser alguém melhor, agradeço por nunca ter desistido e por sonhar dos mesmos sonhos que eu.

A Gislaíne e Renato, por todo apoio que me prestaram neste ano, atuando diretamente na concretização de meu sonho, demonstrando valores que são raros nos

dias de hoje, deixo minha eterna gratidão por tudo que me mostraram e ensinaram neste ano.

Agradeço também aos meus antigos amigos de cartório por terem incentivado e ajudado diretamente nesta caminhada, auxiliando minha construção pessoal como profissional e transmitindo todo o conhecimento possível, bem como Eder, Luiz e Edineia, por todo apoio e suporte necessário para que eu continue seguindo em frente, a eles, meu mais sincero obrigado.

E por fim, volto meus agradecimentos ao Professor, Orientador e Mestre Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues por ter aceito meu pedido de prontidão, se disponibilizando e me auxiliando em todo este ano, estando sempre ao meu lado, me incentivando e tranquilizando, orientando toda a elaboração deste trabalho. O meu muito obrigado aos professores examinadores João Victor e Pedro Augusto, por terem aceito meu pedido e por terem se prontificado na composição desta banca, ajustando seus horários para que tudo fosse possível.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo tratar sobre as nuances trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 frente ao instituto da tutela provisória, livro próprio deste Código, debruçando-se sobre a inovadora estabilização de seus efeitos. Para isso necessário se fez demonstrar a evolução histórica da tutela dentro direito processual brasileiro, apontando sua formação no Código de Processo Civil de 1973, diferenciando a tutela antecipada dos procedimentos cautelares, bem como as alterações que este referido Código sofrera em 1994 e 2002, chegando ao atual quadro processual, apontando a celeridade e praticidade buscada pelo atual Código. Em seguimento, foi realizada uma sistematização das espécies de tutela provisória, conceituando e delineando os procedimentos da tutela provisória de evidência, suas hipóteses de concessão e quando poderá ser requerida, bem como a tutela provisória de urgência, tratando sobre seus pressupostos, suas requisições em caráter incidental e antecedente, desdobrando-se acerca das tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada. Diante da concessão antecedente da tutela provisória, abordou-se a estabilização da mesma, explicando o modo de ocorrência, seus requisitos e o caráter monitorio que a estabilização pode vir a ter, apontando como evitar a estabilização e a ação cabível para que esta estabilização seja revista, reformada ou invalidada, apontando a problemática envolvendo o litisconsorcio e a estabilização dos efeitos da tutela, sendo pertinente trazer ao presente trabalho a cisão doutrinaria sobre a imutabilidade da sentença que estabiliza a tutela antecipada antecedente e a formação da coisa julgada, bem como a possibilidade de estabilizar os efeitos da tutela antecipada antecedente frente a Fazenda Pública, apontando os caminhos que a doutrina vem traçando assim como as divergências que com eles surgem.

Palavras-chave: Tutela de Urgência. Tutela de Evidência. Estabilização. Coisa Julgada. Direito Processual Civil.

ABSTRACT

The present study aims to deal with the nuances brought by the civil procedure law of 2015 before the institute of provisional tutorship, proper book of this Code, focusing on the innovative stabilization of its effects. For this, it was necessary to demonstrate the historical evolution of the tutela in Brazilian procedural law, pointing out its formation in the civil procedure law of 1973, differentiating the Early Protection of Caution Procedures, as well as the changes that this Code had suffered in 1994 and 2002, arriving to the current procedural framework, pointing out the speed and practicality sought by the current Code. Subsequently, a systematization of the Provisional Tutorship species was carried out, conceptualizing and delineating the Injunction procedures, their hypothesis of granting and when it may be required, as well as the injunctive relief, dealing with their assumptions, their requisitions in incidental and antecedent character, unfolding about the Provisional Guardianships of Precautionary and injunctive relief. In view of the previous concession of provisional protection, the stabilization of the same was discussed, explaining the mode of occurrence, its requirements and the monitory character that stabilization may have, pointing out how to avoid stabilization and the appropriate action for this stabilization to be revised, or invalidated, betting the problem involving the complainant. and stabilization of the effects of the tutorship, being pertinent to bring to the present work the doctrinal split on the immutability of the sentence that stabilizes the antecedent guardianship antecedent and the formation of the thing judged, as well as the possibility of stabilizing the effects of the antecedent guardianship before the Public Finance, pointing out the paths that the doctrine has been drawing as well as the divergences that appear with them

Keywords: injunctive relief. Injunction. stabilization. res judicata. civil procedure law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	11
2.1 Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 1973.....	11
2.2 Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015.....	16
3 ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA.....	21
3.1 Tutela Provisória Fundamentada na Evidência do Direito.....	19
3.2 Tutela Provisória Fundada na Urgência	27
3.2.1 Tutela provisória de urgência antecipada.....	32
3.2.1.1 Tutela antecipada requerida em caráter antecedente e em caráter incidental ...	34
3.2.2 Tutela provisória de urgência cautelar.....	40
3.2.2.1 Tutela cautelar requerida em caráter antecedente e em caráter incidental.....	40
4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTUELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	45
4.1 Pressupostos Para Ocorrência da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente	47
4.2 A Estabilização da Tutela e Seu Caráter Monitorio	51
4.3 Ação Autônoma com Pedido de Revisão, Modificação ou Extinção da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente	53
4.4 Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente e o Litisconsórcio Passivo.....	57
4.5 Estabilização e Coisa Julgada.....	60
4.6 Estabilização dos Efeitos da Tutela Antecipada Antecedente Frente à Fazenda Pública	65
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trouxe um estudo sobre a evolução, análise e compreensão do Livro V do Código de Processo Civil, abordando o instituto da tutela provisória, classificando suas espécies e tratando com um olhar especial a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente bem como sua estabilização e as consequências problemáticas que com ela vem.

Em um primeiro momento, foi apresentado o processo de evolução da tutela antecipada e dos procedimentos cautelares dentro do processo civil brasileiro, apontando as alterações legislativas de 1994 e 2002, que trouxeram grandes mudanças em tais institutos, chegando até o panorama processual atual, explicando todo o caminho levado até o livro V, das tutelas Provisórias.

Após estes apontamentos, foram expostas todas as subdivisões pertinentes do instituto no atual ordenamento jurídico, classificando as espécies de tutela provisórias, e explicando de maneira aprofundada cada uma delas, pontuando suas características comuns além de suas singularidades.

Foram indicadas, com especial enfoque as tutelas de urgência, antecipada e cautelar, explicando os procedimentos necessários para sua concessão, bem como o momento em que podem ser requeridas.

Após indicadas as particularidades das espécies de tutela provisória, adentrou-se no ponto principal do presente trabalho, tratando da estabilização da tutela de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente, apontando como ocorre a estabilização, quais as espécies de tutela que sofrem com a estabilização e o motivo de certas espécies não se estabilizarem.

Vencida esta etapa, apontou-se a existência ou não da hipótese de o juiz não estabilizar a tutela antecipada, e se existe hipótese das futuras partes, ativa e passiva, já terem realizado negócio jurídico processual acerca da estabilização.

Desnudou-se de maneira específica os pressupostos para estabilização, tratando do caráter monitorio que a estabilização da tutela antecipada antecedente pode vir a ter e das vantagens que tanto o autor quanto o réu podem acabar alcançando

quando a estabilização guardar relação com as disposições dos artigos 700 ao 702, conjuntamente com os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil.

Em seguida, foi abordada a forma de rever, modificar ou extinguir a estabilização da tutela por meio de ação autônoma, que deve ser proposta no prazo decadencial de dois anos e bem como a situação que se desentrelaça, na hipótese de não ser proposta referida ação.

Logo após, foi destacada a ocorrência de impugnação por parte do litisconsorte passivo, com as suas consequências frente suas espécies, unitário e simples, tratando sobre suas diferenças primordiais.

Abordou-se a relação da estabilização e a coisa julgada, com o devido debruçamento sobre a coisa julgada material e a conservação dos efeitos da tutela estabilizada, abarcando os posicionamentos doutrinários a respeito, bem como a flexibilização do prazo para a propositura da ação autônoma contra a estabilização da tutela provisória.

Por fim, foi abordado no presente a estabilização dos efeitos da tutela frente à Fazenda Pública, observando suas peculiaridades e formas para que seja concedida, esclarecendo a existência ou não da possibilidade de se estabilizar nestes casos em que se atua contra a Fazenda.

Por derradeiro, importante destacar que o método utilizado na pesquisa do presente trabalho foi a dedutiva, haja vista ser pautada na observação de fenômenos jurídicos de fato e de direito que podem configurar a estabilização da tutela de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente. Os referenciais teóricos adotados para o estudo da tutela foram as obras de Fredie Didier Junior. Por fim, o procedimento de dados foi o bibliográfico, como doutrinas e legislações atuais.

2 TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Para chegar no quadro processual atual, o legislador se deparou com situações novas que em sua época se apresentavam insolúveis, principalmente no que tange ao processo e procedimento.

Precipuamente não existia no ordenamento jurídico brasileiro meios para ter o direito devidamente satisfeito, ou que fosse garantido antes de uma sentença, fato este que por vezes causava transtornos a quem tinha direito de requerer.

Observando isso, o Código de Processo Civil brasileiro buscou alcançar uma maneira de solucionar esta lacuna, sofrendo em seu texto duas complexas alterações que trouxeram grandes discussões à tona.

Em decorrência dessas alterações, a insegurança jurídica começou a pairar sobre o procedimento da tutela antecipada e dos procedimentos cautelares. Em caso de ter o pedido de tais institutos negados, as partes não sabiam como recorrer, e acabavam por serem oneradas com a preclusão do seu direito e assim perdiam a chance de buscalo juridicamente, causando grandes injustiças no ordenamento jurídico da época.

Antevendo isto, o novo e atual Código de Processo Civil, promulgado em 2015, buscou trazer uma solução razoável para este transtorno, que por vezes causava danos às partes no processo.

Buscou o legislador então, sistematizar a tutela antecipada e cautelar, apontando os institutos conjuntamente com a tutela de evidência, em um único livro, conhecido como tutelas provisórias.

Diante de toda esta evolução procedimental nos dias de hoje é possível ter uma satisfação do direito que se busca no processo, ou garantir que ele seja resguardado até a sentença final, por meio de uma tutela. Para se chegar a este quadro atual, foi necessário todo um processo de evolução processual, como será explicado a seguir.

2.1 Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 1973

Historicamente, no curso natural do processo, somente se alcançava a satisfação de um direito por meio de uma sentença transitada em julgado, que poderia demorar anos a depender do caso. Por vezes a prestação jurisdicional corria o risco de

se esvaír, fazendo com que o processo perdesse sua efetividade.

Por conta disso, países da Europa como França, Alemanha e Suíça passaram a utilizar uma prática conhecida como antecipação da tutela, para que o direito pleiteado pelo autor fosse satisfeito antes de se obter uma sentença de mérito.

No Direito brasileiro tal prática já era adotada em procedimentos esparsos, taxativamente mencionados, como nas ações possessórias e nos mandados de segurança, não sendo uma prática usual, dificultando a efetividade do processo. Nesses casos em que o tempo minava a prestação jurisdicional, não havia na legislação meios processuais afim de evitar tais prejuízos as partes.

Em virtude de não existir uma hipótese que autorizasse a antecipação da tutela satisfativa, já que na época do referido código, somente os procedimentos cautelares eram previstos. Os magistrados então, começaram a conceder cautelares com verdadeiro caráter satisfativo, aplicando uma interpretação extensiva do artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973 pela necessidade de satisfação do direito antes do encerramento do processo por sentença transitada em julgado, como apontado por Luiz Guilherme Marinoni:

A necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situação de perigo, levou à utilização da tutela cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da prestação que só poderia ser veiculada através da “ação principal”. Se tal fenômeno – denominado por Carpi, para o direito italiano, de força expansiva da tutela cautelar – foi realmente necessário, não cabe discutir nesse momento, importando, em verdade saber se a tutela que satisfaz a pretensão no plano fático pode ser classificada como cautelar.¹

Houve então, uma clara desvirtuação das cautelares no processo civil até então vigente, sendo elas expandidas para que pudessem se tornar verdadeiras cautelares satisfativas, antecipando a efetivação do direito do autor, antes da concessão da tutela jurisdicional definitiva, conforme apresenta Fredie Didier Júnior:

Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem criando-se,

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1993. p. 75-76.

jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”.²

Tais atos eram desta forma, no mínimo, estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro, pois as cautelares serviam para acautelar um direito e não para concedê-los, acontecendo, por conseguinte, uma desvirtuação do procedimento cautelar, fazendo com que essas cautelares servissem, à grosso modo, como tutela antecipada.

Em decorrência desta anomalia jurídica, em 1994, veio a primeira reforma do Código de Processo Civil de 1973, promovida pela Lei nº 8952/1994, que tornou generalizada a autorização para que a antecipação da tutela satisfativa fosse concedida em qualquer procedimento, seja ele comum ou especial. Esse ato foi introduzido pela alteração feita no artigo 273 do CPC/73, como observado:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - Fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Consequentemente, mitigou-se a categorização entre procedimento de conhecimento e execução, promovendo o princípio da efetividade, garantindo a satisfação de direitos, ainda no processo de conhecimento, fato que não ocorria anteriormente, assim prevendo Carnelutti:

De acordo com os técnicos, depois do processo de cognição, que serve para conhecer se um homem é culpado ou inocente, quando se resolve com a condenação vem a execução. Todavia, durante muito tempo acreditou-se que a execução era algo muito diferente da cognição e não tinha nada em comum com o processo. Claro, ultimamente, modificaram-se estas ideias. Hoje, por exemplo, pensa-se que são, pelo contrário, duas fases de um mesmo processo, como são

² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 465.

duas fases da medicina o diagnóstico e a cura.³

Com a alteração deste dispositivo, não se mostrava mais necessário o pedido de tutela cautelar, que continha nítido viés satisfativo, vez que a tutela antecipada poderia ser requerida em qualquer procedimento. Desta forma, garantia-se uma maior satisfação dos direitos do autor frente aos problemas que a legislação processualista civil enfrentava com a desproporcionalidade demasiada do tempo.

Posteriormente, chegou em nosso ordenamento a Lei nº 10244/2002, que ficou conhecida como a segunda reforma legislativa no antigo Código de Processo Civil, onde foram acrescentados os §6º e 7º no artigo 273. Senão vejamos:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

[...]

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Agora, segundo o §6º, a tutela antecipada também poderia ser concedida quando um ou mais pedidos se provassem incontroversos, não havendo mais a necessidade de comprovação do *periculum in mora*.

Desta forma, extraía-se do artigo 273, que além dos requisitos para a concessão da tutela, poderia pela força das alegações que demonstrassem evidente o direito, a referida satisfação, conforme aponta José Roberto dos Santos Badaque:

O juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam. Embora tal requisito esteja relacionado com aquele necessário à concessão de qualquer cautelar o *fumus boni iuris*, tem-se entendido que tais expressões não são sinônimas, pois prova inequívoca significa um grau mais intenso de probabilidade da existência do direito.⁴

A evidência do direito que restava claro nos procedimentos, ensejava a

³ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**, 1. ed. Campinas: Editora Minelli, 2001. p. 41-43.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **tutela Cautelar e tutela Antecipada: tutelas Sumárias e de Urgência**, Malheiros Editores, 4ª Ed, 2006, p. 341.

concessão da tutela para satisfazer o direito do autor. Tal verossimilhança deveria ser maior até mesmo que das cautelares do artigo 798 do mesmo diploma legal, a fim de não restarem dúvidas acerca do direito do autor.

Pelo §7º, foi inserida a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, não mais dependendo de uma ação autônoma para acautelar a prestação final jurisdicional. Como ensina Sebastian Watenberg Ruanoba:

A fungibilidade técnica diz respeito ao preenchimento dos requisitos de uma ou outra tutela cuja fungibilidade se pretende, cautelar ou antecipatória. Ao aplicar o princípio da fungibilidade, deve o juiz observar se estão presentes os requisitos autorizadores da medida entendida como correta. Caso contrário, estará atentando o magistrado contra as diferenças existentes entre as tutelas cautelar e antecipatória. [...] Evidentemente, a regra da fungibilidade entre as tutelas antecipatória e cautelar não pode ser interpretada ao pé da letra do que dispõe o § 7º do art. 273 do CPC. Assim, o novel instituto não só autoriza a concessão de tutela cautelar quando requerida tutela antecipatória, como também autoriza a concessão de tutela antecipatória quando requerida tutela cautelar. Não existe fungibilidade que comporte via única⁵

Logo, se o autor ajuizasse ação com pedido de antecipação da tutela e essa mesma tutela possuísse somente caráter assecuratório, e não satisfativo, o magistrado poderia concedê-la como uma tutela cautelar, por conta do Princípio da Fungibilidade.

Este dispositivo gerou grande discussão doutrinária, pois se fosse realizada uma análise literal do referido parágrafo, a fungibilidade seria unilateral, de mão única, não podendo acontecer de maneira inversa, o que para o ordenamento jurídico brasileiro seria insustentável.

Em decorrência desta literalidade da norma, era defendido que a referida fungibilidade deveria ser aplicada de maneira bilateral, porém os magistrados se negavam a aplicar este entendimento.

Ante tal polêmica, a doutrina, em discordância com a literalidade da lei, caminhou no sentido de que deveria sim ser adotada a fungibilidade de forma bilateral, conforme leciona por fim Leonardo Ferres da Silva Ribeiro diz:

[...] para resolver adequadamente a questão procedimental, bastaria que o juiz, diante de uma petição inicial de ação cautelar preparatória, convencendo-se da

⁵ RUANOBA, Sebastian Watenberg, **Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 148, p. 321-352. São Paulo: RT, Jun. 2007. p. 340 e 342.

necessidade de tutela antecipada, concedesse a medida para, após, determinar o aditamento da petição inicial, a conversão de rito e a citação. O que importa, em verdade, é não deixar o jurisdicionado sem a necessária tutela de urgência, adequando-se o procedimento com especial atenção ao contraditório e à ampla defesa, para que não seja tolhido do réu nenhuma garantia.⁶

Assim, caso o juiz se deparasse com uma tutela cautelar requerida pelo autor, pautada no procedimento cautelar, mas que tivesse nítido caráter satisfativo, devia deferir a tutela antecipada e solicitar o aditamento da petição inicial, realizando a conversão do rito e da citação. O inverso também deveria ser feito, convertendo o rito da tutela antecipada para o rito das cautelares, balizando-se em todos os requisitos que este necessitava para a sua efetivação, privilegiando o contraditório e a ampla defesa.

2.2 Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015

O novo Código de processo civil, promulgado em 2015, veio para trazer maior instrumentalidade ao processo, viabilizando um comprometimento mais sério com o ideal de efetividade, que se tornou um princípio norteador da processualística civil brasileira.

Dentre as várias novidades apresentadas no novo Código de Processo Civil, importante destacar a reforma aplicada no que tange a tutela jurisdicional, que positivou conceitos já consolidados pela doutrina.

O procedimento cautelar que era previsto pelo Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 798 e seguintes, bem como a tutela antecipada constante no artigo 273, encontram-se revogados frente ao Novo Código de Processo Civil, que trouxe tais dispositivos em livro único, intitulada tutela provisória.

Conforme lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

No intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador instituiu um importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar). A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir,

⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/73 ao CPC/15**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arcar com ele.⁷

Para os autores, a principal função da tutela provisória é fazer com que o processo não seja desproporcionalmente oneroso e que as duas partes dividam o ônus do tempo, não sendo o demandante o único a arcar com ele.

Em relação à tutela provisória, encontramos duas espécies no ordenamento processual, sendo uma pautada na garantia do direito e outra na satisfação do mesmo, tendo fundamentos na evidência que o direito demonstra e na urgência que o processo denota.

Interessante destacar que, como apontado, não existe mais um livro próprio para o processo cautelar. Agora a tutela cautelar é concedida em consonância com o artigo 300 do Código Processo Civil, as disposições sobre as cautelares típicas, por sua vez, estão agora previstas no artigo 301 do mesmo diploma legal.

Referidas cautelares previstas nos dispositivos legais supracitados, são meramente exemplificativas, podendo o magistrado aplicar todas as medidas necessárias para que seja garantido o direito a ser satisfeito no final do processo.

Focando na tutela de urgência o novo código trouxe diversas inovações e alterações referentes a esta espécie, com o intuito de fazer com que ela seja de fácil acesso ao procedimento e que possa, ao mesmo tempo, ter uma função útil.

O legislador manteve também a fungibilidade entre as tutelas antecipadas e cautelares, que foi anteriormente apresentada no revogado Código de Processo Civil. Porém, é trazida à baila com maior simplicidade, objetivando o uso efetivo desse instrumento, coisa que não acontecera no referido código revogado. Buscou-se, portanto, de todas formas cabíveis, evitar os malefícios que o tempo possa causar no processo.

Sobre o citado malefício do tempo dentro do processo, cumpre destacar que existe certa divergência com relação ao tempo razoável do processo. Esta divisão é feita pela doutrina, que diferencia tempo razoável do processo e os malefícios do decurso temporal, como tempo fisiológico do processo e o tempo patológico do processo.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567.

Acerca do tempo fisiológico, cabe dizer que este é o tempo natural que o processo levaria para chegar a sua conclusão. Já o tempo patológico do processo seria o tempo que o processo deveria estar em andamento, mas por algum motivo está parado, o que provoca uma demora irrazoável no processo.

Observando tais questões sobre o tempo, a tutela provisória veio com o novo Código de Processo Civil para prevenir os malefícios do tempo fisiológico ou natural do processo, pois o tempo patológico por vezes não se mostra presente, uma vez que a justiça está sempre buscando meios para garantir a máxima celeridade possível.

Por existirem casos em que a urgência se mostra tão grande ou o direito se apresenta tão certo, que o autor não pode nem mesmo aguardar o transcurso deste tempo, a tutela provisória se traduz imperiosa no ordenamento jurídico, afim da efetivação do direito, não permitindo que a demora deteriore ou prejudique o direito da parte, que desde logo poderia ser concedido.

Em seguimento, a tutela de evidência baseia-se em um direito que se mostra cristalino ao autor, não se mostrando necessário o requisito do perigo da demora, pois a concessão desta tutela se pauta única e exclusivamente na grande probabilidade do direito, que garante o magistrado com um elevado grau de certeza. Neste sentido, explica Luiz Fux:

A expressão (direito evidente) vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a possibilidade 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, posto que injusta a espera determinada.⁸

Preocupados então com a injusta espera na contemplação do direito e por estar este provado de maneira cristalina, foi pelo livro das tutelas provisórias, onde a evidência, no artigo 311 do atual Código de Processo Civil encontra sua possibilidade de aplicação.

Outrossim, cumpre destacar que o legitimado para requerer a tutela

⁸ FUX, Luiz, **tutela de Segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)**, ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 305-306.

provisória, nos moldes do Código de Processo Civil de 2015, é em regra o autor que busca a tutela jurisdicional definitiva, que demonstrando seu direito, e o risco da demora, quando necessário e existente, busca a antecipação dos efeitos da tutela, ou o acautelamento dos efeitos da tutela definitiva.

Também poderá requerer a tutela o terceiro interessado, que após habilitado ao processo se torna parte legítima e tem competência para pleiteá-la, seja ela satisfativa ou cautelar. Além disso, até mesmo ao réu é possibilitado o requerimento da tutela, uma vez que todos têm acesso à justiça. Segundo lições de Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

O réu pode requerer a tutela provisória quando for reconvinte e denunciante; quando formular pedido contraposto; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão²⁴. Também é possível a antecipação dos efeitos do acolhimento do contraditório²⁵ (direito de retenção, direito de compensar etc.) exercido pelo réu em defesa.

Até mesmo quando simplesmente contesta demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requerer a antecipação provisória dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia".⁹

Deste modo, conforme apontado pelos professores, o réu pode também ter interesse nos efeitos da tutela, vez que a depender do caso, o pleito autoral pode ser manifestamente, evidentemente, claramente improcedente. Assim, em homenagem ao princípio da isonomia, não haveria óbice no requerimento uma tutela negativa, visando obstar que o requerente tenha possibilidade de efetivação do direito que demanda.

Cumprido destacar que a tutela antecipada somente poderá ser requerida pelo autor da ação, enquanto que a tutela de evidência em regra é requerida pelo autor, conforme artigo 311 inciso I, do Código de Processo Civil, mas poderá o réu requerê-la de acordo com os documentos apresentados na contestação, em caráter incidental.

Por fim, o juízo competente para análise do pedido de tutela está previsto no artigo 299 do Código de Processo Civil vigente, que será juízo da causa, quando requerida em caráter incidental, e caso requerida em caráter antecedente, será endereçada para o juízo competente para análise do pedido de tutela definitiva, ou seja,

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 573.

do pedido principal.

No caso de tutela requerida em caráter antecedente, caberá ao réu em preliminar de contestação, alegar a incompetência relativa do juízo, sendo que nesta hipótese, a incompetência absoluta poderá ser suscitada a qualquer tempo, ou até mesmo de ofício, fato que não ocorre com a incompetência relativa, que somente poderá ser suscitada em preliminar de contestação, conforme aponta Thereza Arruda Alvim Wambier:

Ao contrário do que sucede com a incompetência absoluta, que jamais se sana e pode ser suscitada a qualquer tempo e grau de jurisdição, comportando pronunciamento *ex officio*, a incompetência relativa tem prazo e forma próprios para ser arguida: o prazo é o da contestação, e deverá a incompetência relativa ser arguida em capítulo preliminar da peça contestatória. Não sendo arguida em preliminar de contestação, dá-se a prorrogação da competência relativa: o que outrora era, potencialmente, incompetência relativa deixa de sê-lo. O vício de incompetência que antes existia torna-se um “não vício”.¹⁰

Deste modo, caso a incompetência relativa não tenha sido arguida, ocorrerá a prorrogação da competência ao juízo, não existindo mais a possibilidade de se falar em nulidade quanto a este fato. Conseqüentemente, em face a esta prorrogação, o juízo outrora relativamente incompetente, será totalmente competente para o julgamento da demanda.

Cumpra agora observar a classificação das tutelas provisórias frente ao atual código de processo civil, observando suas peculiaridades e destrinchando cada espécie existente em nosso ordenamento.

¹⁰ 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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 132.

3 ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA

Conforme inicialmente apresentado, o Código de Processo Civil veio para classificar de uma vez por todas e melhorar o funcionamento, bem como a aplicabilidade das tutelas provisórias no sistema processual brasileiro.

Assim, com esta premissa, buscou o livro V deste Código, dividir as tutelas fundadas na evidência do direito que elas demonstram e na urgência que elas possuem perante a demora do procedimento.

As tutelas cautelares e satisfativas, configuram as duas espécies de tutela provisórias existentes no processo civil vigente, podendo elas serem fundadas na evidência ou na urgência que o direito possui, garantindo alcançar o que se busca com a demanda judicial, ou antecipando-o antes de finda ação.

Em se tratando do fundamento na evidência, o único requisito necessário para sua concessão é a probabilidade do direito, inexistindo necessidade de demonstrar o perigo da demora ou risco do dano, se prestando está somente para a antecipação de um direito, não possuindo cautelar fundada na evidência.

Quando fundada na urgência, por sua vez, não guarda relação com a evidência do direito, vez que poderá ser deferido para garantir cautelarmente como para satisfazer antecipadamente do que é demandado.

Em última análise, ambas as tutelas podem se valer para antecipar uma satisfação que só poderia ser alcançada depois de exaurido todo o trâmite processual, todavia, tanto suas fundamentações quanto o processo de requerimento seguem caminhos diferentes.

3.1 Tutela Provisória Fundamentada na Evidência do Direito

Quando se pensa na satisfação total do direito a ser alcançado em um processo, pensa-se em uma adequada prestação da tutela dada a parte requerente. Assim, não se deve pensar somente na vertente da urgência, já que nem toda prestação é urgente, ou seja, existem casos em que não existe o risco do dano, mas sim a

demonstração fática do direito do autor. Neste sentido acentua Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

[...] A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. Somente há sentido e utilidade em falar da "tutela da evidência" como técnica processual. É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo. Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica. Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou "provisórias"¹¹

Conforme apresentado pelos citados autores, evidência configura uma situação processual que leva o processo a um nível de cognição tão clara que o seguir do procedimento seria um ônus ao autor, permitindo conceder a tutela do direito antes da sentença que julgue procedente a tutela jurisdicional definitiva.

Assim, seria injusto pensar que somente quando configurado risco do dano ao resultado útil do processo poderia ser concedida uma tutela provisória, ignorando a evidência do direito que se mostra nítido pelas provas produzidas. Acerca desta tutela, acrescenta Marcelo Abelha Rodrigues:

É uma espécie de tutela antecipada sem urgência. Muito embora esteja atrelada e vinculada à necessidade de evitar os efeitos deletérios do tempo processual, não tem como móvel a urgência, mas sim a necessidade de evitar que o tempo do processo, fisiológico (razoável) ou patológico (irrazoável), seja suportado por aquele que se apresenta como titular de um direito evidente¹²

Deste modo, não seria do melhor direito imputar ao autor o ônus de arcar com uma demora irrazoável do processo, pois, como dito anteriormente, um dos ensejos da criação e sistematização da tutela provisória é evitar os efeitos maléficis do tempo fisiológico ou natural ao procedimento.

Destarte, quando está claro que a parte, nas suas próprias alegações, tem evidenciado o direito do que requer, apesar de não existir risco ao resultado útil do

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 617.

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 476.

processo, é permitida a concessão de tutela jurisdicional de maneira provisória, baseado na evidência.

Esta modalidade de tutela é apresentada para adiantar o direito de quem requer. Posteriormente, a concessão da tutela definitiva pelo magistrado, será meramente confirmatória do direito que fora antecipadamente concedido, vez que já estava provado, antes mesmo da cognição exauriente do processo.

Sobre o tema, diz Fredie Didier Jr:

A evidência é uma situação processual em que determinados direitos se apresentam em juízo com mais facilidade do que outros. Há direitos que tem um substrato fático cuja prova pode ser feita facilmente. Esses direitos, cuja prova é mais fácil, são chamados de direitos evidentes, e por serem evidentes, merecem tratamento diferenciado.¹³

Portanto, a evidência trata de direitos que possuem uma carga probatória mais simples, tratando de premissas evidentes, que demonstram com clareza as alegações feitas pelo autor, e desta forma embasam a possibilidade da tutela de evidência.

Vale ressaltar que essa modalidade de tutela não se confunde com o julgamento antecipado do mérito, uma vez que ela possui um caráter provisório, podendo ser revogada a qualquer tempo durante o andamento do processo, enquanto que o julgamento antecipado da lide, por decorrer de cognição exauriente, esgota todos os meios de prova fazendo coisa julgada material e, caso não seja alegada em sede recursal, nas contrarrazões da apelação, fará coisa julgada material.

Conforme ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

Não é, porém, no sentido de uma tutela rápida e exauriente que se concebeu a tutela que o novo Código de Processo Civil denomina tutela de evidência, que de forma alguma pode ser confundida com um julgamento antecipado da lide, capaz de resolvê-la definitivamente.¹⁴

¹³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 6ª ed. Salvador: Podivm, 2010. p. 408.

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2050.

Logo, a tutela provisória de evidência não se funda em cognição exauriente, não sendo resolvida definitivamente quando concedida, e precisa ser substituída por uma tutela definitiva ao final do procedimento, para que haja a real efetivação do direito.

Conforme artigo 311 do Código de Processo Civil, que trata da tutela de evidência:

Art. 311. A tutela da 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;

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 fundado 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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

De acordo com o referido artigo, a tutela de evidência, diferentemente dos outros tipos de tutela provisória, não possui como fundamento perigo em sua demora ou risco de dano irreparável ao processo, não sendo ela urgente ou concedida por cautela, mas somente concedida por via satisfativa.

Outra observação pertinente é que a tutela de evidência possui duas modalidades, a punitiva e a documentada, sendo esta última baseada em diversos documentos, conforme será apontado.

Entende-se por tutela de evidência punitiva aquela que visa uma punição ao réu, por se utilizar de atos protelatórios ou abusivos, que se fundam em manifesta má-fé no curso do procedimento, com o único objetivo de atrasar o feito e assim conseguir que o autor não tenha a satisfação de seu direito, já que desta forma seria favorável ao réu o tempo demasiadamente desproporcional, pois sabendo que seria a parte a sucumbir na lide, usa de meios protelatórios para que tal sucumbência ocorra o mais tardar possível, como aponta Ovídio A. Batista da Silva:

A princípio, o propósito protelatório engloba o abuso do direito de defesa, a permitir afirmarmos que aquele que abusa do seu direito de defesa o faz, no mais das vezes, de forma a protelar o processo, transformando-o não em instrumento de busca da composição da lide, mas sim como forma de atender a seus próprios interesses.¹⁵

Ao observar do que tratam os atos protelatórios, esta tutela não possui meramente um caráter punitivo, sendo também um meio de trazer igualdade dentro do processo, para que a via judicial não sirva somente em atenção aos interesses próprios de uma das partes, maculando a busca pela justiça.

Assim, caso uma das partes use de atos protelatórios que levem a mazela do processo, a fim de trazer uma irrazoabilidade temporal, pode-se conceder esse tipo de tutela para balancear as situações.

Por sua vez, a tutela de evidência documentada, pode se dar por precedente obrigatório, contrato de depósito e ausência de contraprova. Quando fundada em precedentes obrigatórios, ela possuirá duplo embasamento, sendo um de fato e outro de direito.

O primeiro fundamento, é lastreado nos documentos apresentados pela parte que o comprove, e que tenha precedente obrigatório, como teses firmadas nos tribunais ou súmulas vinculantes para que tornem pacífico o entendimento sobre o caso.

Diz Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

Devidamente preenchidos os pressupostos que autorizam essa tutela de evidência documentada, a decisão concessiva não poderá limitar-se a apontar o lastro documental de comprovação das alegações de fato e invocar o precedente ou o enunciado de súmula onde foi firmada a tese invocada. É necessário que identifique os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstre que o caso sob julgamento se assemelha ao caso que lhe deu origem, ajustando-se aos seus fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).¹⁶

Logo, não é somente necessário que sejam apresentados os fatos e o direito, mas que também haja a identificação dos fundamentos determinantes que levaram a usar o precedente no caso concreto, demonstrando onde eles se assemelham.

Agora, quando ela se apresentar fundada em contrato de depósito, o

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V.I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998. p. 142.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 626.

fundamento será especificamente neste contrato e não em qualquer documento, sendo necessário que também haja a configuração de mora. Ainda que seja extrajudicial, caso ajuizada ação de conhecimento já pode-se conceder tutela provisória de evidência.

Por fim, mas não menos importante, quando for concedida por ausência de contraprova suficiente, ela terá que preencher três requisitos para ser admitida, quais sejam: que a evidência seja demonstrada pelo autor e não haja contestação do réu de forma documental, ou seja, o réu não poderá apresentar prova documental em sentido contrário; o segundo requisito é que o autor traga provas suficientes que evidenciem seu direito e, por fim, é que a ausência de contraprova apresentada pelo réu seja capaz de gerar dúvida no Juiz, quanto ao direito do autor e o motivo que enseja a concessão de tal direito.

Destaca-se, que nesse último caso se o réu pudesse apresentar outros meios de prova, não haveria como se conceder tutela de evidência, vez que esta possibilidade de produção de outros meios de prova obstaría na concessão dessa tutela, e assim, poderíamos então falar em julgamento antecipado da lide, pois a tutela não poderia ser concedida por este fundamento.

Logo, o problema surge ao considerarmos que, se a prova documental apresentada pela parte não for suficiente, e por ela for requerida a produção de outras provas, não mais se concederá a tutela.

Caso a contraprova documental não seja suficiente e a parte não requeira a produção de outras provas, fica autorizado ao juiz o julgamento antecipado do mérito da causa, concedendo, dessa forma uma tutela definitiva, por intermédio de uma decisão sumária, que acaba causando uma certa confusão entre os institutos do julgamento antecipado da lide e da concessão da tutela de evidência, trazendo risco ao efeito suspensivo de uma eventual apelação. Neste sentido esclarece Leonardo Greco:

Cabe ressaltar a semelhança entre a tutela de evidência com o julgamento antecipado do mérito, regulado nos artigos 355 e 356 do Código de 2016. Neste que ocorre nas hipóteses de desnecessidade de provas, de revelia ou de pedidos incontroversos, a sentença, ainda que parcial, é definitiva, ou seja, esgota a jurisdição cognitiva de primeiro grau, não podendo ser revogada ou modificada. Ocorrerão, entretanto, situações de superposição entre as hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de tutela antecipada de evidência. Se não houver possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor, deverá o juiz fazer uso do julgamento

antecipado do pedido. Se, em respeito ao direito de defesa do réu ou a alguma outra circunstância, for necessário ou útil facultar a prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência.¹⁷

Portanto, para o autor, a tutela provisória de evidência pautada na falta de contraprova suficiente não se confunde com o julgamento antecipado do mérito pois como a decisão se pauta em uma cognição sumária, ela terá caráter provisório podendo ser revogada, uma vez que o juiz terá motivos para fundamentar a produção e realização de outros atos no mesmo procedimento, buscando maiores esclarecimentos dentro da lide, para que não julgue com injustiça.

Finalmente, importante observar que o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil esclarece que em se tratando dos incisos I e IV o magistrado decidirá somente após apresentada a defesa do Réu, garantindo o contraditório e a ampla defesa no processo, enquanto que nos incisos II e III do mesmo artigo, terá o juiz de decidir a respeito da concessão da tutela antes da apresentação da contestação pela parte contrária, postergando este ato.

Destarte, a tutela de evidência lastreia-se na existência da probabilidade do direito, e guarda determinadas peculiaridades e caminhos para concessão, que dizem respeito apenas a ela.

Ante ao exposto, se faz imperioso desnudar os demais trâmites e cabimento de tutelas que guardam relação com a urgência que o direito possui, uma vez que aguardar o desenrolar natural da lide, faria com que o resultado do processo não lhe fosse mais útil.

3.2 Tutela Provisória Fundada na Urgência

Conforme era disposto no Código de Processo Civil de 1973, essas tutelas eram espécies distintas, porém com a alteração que o referido Código sofrera em 2002, acrescentando o §6º ao artigo 273, foi possibilitado ao autor aplicar a fungibilidade entre as espécies antecipadas e cautelares, fato este que gerou grande conflito na doutrina e

¹⁷ GRECO, Leonardo. **Doutrina selecionada. procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**: Volume 4. Coleção Novo CPC. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 206.

jurisprudência, pois os juízes acabavam por não concedê-la, alegando que somente poderia ocorrer esta fungibilidade da tutela cautelar para a antecipada, e não o contrário.

Frente a estes problemas, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe estas duas modalidades como subespécies de uma espécie de tutela provisória, de modo que os requisitos para a concessão delas são iguais, tendo algumas diferenças quando forem requeridas pelo autor, assim a fungibilidade que se buscou em 2002 se mostra efetivada no atual Código de Processo Civil.

Como os requisitos são os mesmos, se o magistrado entender que não se trata de uma satisfação de um direito, mas sim de uma cautela para que ele seja garantido até a fase de sentença, pode ele aplicar o princípio da fungibilidade, e apesar do Código não deixar expresso a sua ocorrência em via dupla, esta deverá ocorrer, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Curiosamente, o Novo Código de Processo Civil deixa de prever expressamente o caminho inverso, mantendo a falsa impressão de que a fungibilidade entre as diferentes espécies de tutela de urgência pode ter apenas uma via de direção. A omissão legislativa, ainda que pouco elogiável, não terá força para afastar a lógica de se aplicar a fungibilidade de tutela cautelar para antecipada e vice-versa¹⁸

Assim, a fungibilidade entre as tutelas de urgência poderá ser efetivada quando for requerido uma tutela antecipada bem como quando for requerido uma tutela cautelar, agora melhor se vislumbra o caráter dúplice do instrumento processual.

Seguindo, a tutela de urgência se difere da tutela de evidência no sentido de que a primeira se baseia tanto na fumaça do bom direito, este mais escasso que o presente na tutela fundada na evidência, quanto no risco do dano ou perigo ao resultado útil do processo, ou seja, na urgência para a concessão do pleito.

Fundadas na urgência, as tutelas satisfativas e cautelares servem para garantir o resultado útil do processo, quando este se mostrar ameaçado, assim explicando Leonardo Greco:

É a urgência, a situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 214.

pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evita-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.¹⁹

Logo, a tutela de urgência insurge-se sempre que uma situação de risco ou que demonstre patente o dano ao direito que a parte poderá sofrer se aguardar o curso natural do processo. A presente urgência pode ensejar uma tutela cautelar ou satisfativa, podendo elas serem requeridas em caráter antecedente ou incidental.

Observa-se ainda que, como dito anteriormente, estas duas espécies de urgência possuem os mesmos pressupostos, haja vista que o artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015 não faz distinção entre elas, assim, para que sejam concedidas, ambas precisam conter a demonstração do *fumus boni iuris*, pautando-se na probabilidade do direito e do *periculum in mora*, baseado no perigo da demora, que pode causar dano irreparável ao resultado útil do processo.

O enunciado 143 do Fórum Permanente De Processualistas Civis²⁰, aponta que está superada a distinção entre os procedimentos cautelares e as tutelas satisfativas (antecipadas), possuindo agora os mesmos requisitos.

Conforme brevemente tratado acima, importante se faz agora apontar as características destes requisitos, estando eles previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil atual, que diz: “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”.

Portanto, cumpre esclarecer que a probabilidade do direito figura na existência de indícios de o que o direito existe, tornando plausível sua concessão antes de findo o procedimento, assim aduzem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

¹⁹ GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015**. In: DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada – vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 212.

²⁰ Enunciado n. 143 do FPPC: A redação do art. 300, caput, 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.

A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nestes elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder “tutela provisória”²¹

Desta forma, para que seja configurada qualquer uma das referidas espécies de urgência, é imperioso que esteja presente um convencimento razoável dos fatos narrados, garantindo um grau suficiente para fundamentar a concessão da tutela pelo juiz.

Cumprido destacar que anteriormente, no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, se fazia necessária prova inequívoca e verossimilhança das alegações, o que parece contraditório, uma vez que a prova inequívoca nos leva a um juízo de certeza, enquanto a verossimilhança nos conduz a pensar em fortes indícios do direito, não instalando um quadro de convicção absoluta.

Antevendo isso, o Código atual agora exige “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”, aproximando-se mais da verossimilhança do que da prova inequívoca, mostrando que a tutela provisória é fruto de uma cognição sumária, sendo que para seu deferimento há necessidade de que ela seja demonstrada, de forma plausível, com fundamentos legais, fazendo com que o juiz se convença de sua possibilidade para que a aplique, pois se o magistrado não se convencer de que estão presentes os requisitos, não terá nem mesmo como fundamentar a decisão que concede a tutela.

Assim explica Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

Fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança necessária para concessão de tutela provisória de urgência do CPC e da liminar em mandado de segurança - dizendo, por exemplo, que aquela é menos intensa e esta última, mais intensa -, parece artificial, tal como era artificial a diferenciação que se fazia, no regime do CPC-1973, entre a plausibilidade exigida para o deferimento da tutela cautelar e a verossimilhança exigida para o deferimento da tutela antecipada. O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015. V. 2. p. 203.

suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação do seu convencimento.²²

Finalmente, como expõem os autores, não existe necessidade de que a probabilidade do direito seja cristalina ou que apresente fortes indícios, mas sim que seja possível demonstrar ao juiz de forma inequívoca a probabilidade de que a parte possa se sagrar vitoriosa no processo, trazendo segurança para que o magistrado possa conceder a tutela de urgência, antecipada ou cautelar.

Agora, em se tratando do “dano ou risco ao resultado útil ao processo”, quis o legislador afastar os possíveis danos que seriam experimentados pelo autor, que trariam riscos iminentes ao resultado útil do processo, evitando, assim, como exaustivamente tratado, os efeitos maléficos do tempo frente ao autor que a requerer, neste sentido ensina Daniel Mitidiero:

[...] na impossibilidade de espera para acautelamento ou satisfação do direito alegado em juízo, sob pena de frustrada a possibilidade de obtenção de tutela específica do direito ou mesmo de tutela pelo equivalente monetário em face do decurso do tempo. É perigo ligado à espera, que pode acarretar a ocorrência, a reiteração ou a continuação tanto de um ato ilícito como de um fato danoso capazes de frustrar a frutuosidade do direito.²³

Observa-se então que o perigo da demora se configura em *ultima ratio* como a impossibilidade de se aguardar o fim do procedimento para ver o direito em pauta tutelado adimplido pela outra parte, pois existem casos em que tal espera afeta severamente o resultado do processo.

Por fim, cabe-nos ressaltar que, na prática, a existência em peso de um dos requisitos acaba por suprir a falta do outro, conforme Eduardo José da Fonseca Costa:

A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão de tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente a essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão da extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade; e vice-versa. "No dia a dia do foro, quanto mais 'denso' é o *fumus bani iuris*, com menor rigor se exige o

²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 595-596.

²³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 132.

periculum in mora; por outro lado, quanto mais 'denso' é o periculum in mora, exige-se com menor rigor o fumus bani iuris.²⁴

Tendo em vista o direito ser dinâmico, quando um dos requisitos se apresenta em maior grau, o outro acaba tendo menor relevância e vice-versa, não deixando correr o risco da não efetivação da tutela por conta de falta ou menor relevância do perigo da demora ou probabilidade do direito, sendo estes os pressupostos necessários conjuntos para concessão de tutela provisória de urgência.

3.2.1 Tutela provisória de urgência antecipada

Antes de abordar a tutela de urgência antecipada e suas formas de deferimento, é importante destacar que esta espécie de tutela possui um requisito específico, de que não a medida concedida caso se torne irreversível.

Portanto, existe uma vedação quanto a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, prevista no § 3º do Artigo 300, senão vejamos: “§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Assim, referida irreversibilidade se trata de um requisito negativo para a concessão desta espécie de tutela, inexistindo tal requisito para a concessão de tutela de urgência cautelar, já que esta se presta somente a garantir um direito.

Importante destacar que a irreversibilidade não se trata da concessão em si, pois a tutela provisória é revogável a qualquer tempo durante o processo. O que é irreversível nesse caso, são os efeitos que decorrem da concessão da tutela.

Nesse sentido, diz o Ex-Ministro Teori Zavaski:

No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato,

²⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no Projeto de novo CPC - uma análise de seus pressupostos. O futuro do Processo Civil no Brasil - uma análise crítica ao projeto de novo CPC**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 166.

tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo.²⁵

Portanto, a antecipação irreversível desvirtuaria o procedimento, tornando-o inútil, transformando-se unicamente em um ônus ao réu, que não teria mais a oportunidade de exercer o direito fundamental de se defender, cerceando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em contrapartida, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga expõe:

Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, “ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo”.

[...]

Mas 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.²⁶

Observando o disposto pelos autores, haverá um conflito de interesses quanto a concessão da tutela, devendo ser feito pelo julgador um juízo de valores entre a probabilidade do direito e a irreversibilidade de sua concessão. Porém, essa irreversibilidade deve ser interpretada de maneira branda, para que não haja uma impossibilidade de aplicação da tutela antecipada, seja em caráter antecedente ou incidental, pois por vezes o réu pode alegar ser o detentor do direito, mas ainda sim ter a tutela com caráter irreversível concedida.

Com relação a esse pressuposto negativo, onde o juiz deixa de conceder a tutela caso seus efeitos possam ser irreversíveis, a doutrina ainda não é pacífica, sendo que a ideia que mais coaduna com nova sistemática do Código de Processo Civil é de que seja feita um juízo de ponderação pelo magistrado.

Por fim, o artigo seguinte elenca as hipóteses em que a parte que se beneficiou de uma tutela anteriormente concedida deverá responder caso ocorra

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 600.

prejuízos ao requerido. Nos seguintes termos, diz o artigo:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - A sentença lhe for desfavorável;

II - Obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - Ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - O juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único - A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Dessa forma, o dispositivo acima citado constitui-se como outra forma de coibir o requerente a fazer uso deturpado da tutela antecipada, protegendo o patrimônio e os interesses da parte requerida, mantendo coerência quanto a sua utilização e aplicabilidade, em virtude de todos os requisitos necessários para sua concessão, inclusive em observância ao requisito negativo da irreversibilidade da concessão da tutela.

Superada esta questão quanto ao pressuposto específico existente na tutela de urgência antecipada, pode-se observar que ela se presta para que o direito buscado pelo autor seja satisfeito antes mesmo da sentença final, que o aponte como detentor do direito em si.

Finalmente, tendo se demonstrado os pressupostos gerais da tutela de urgência, bem como a reversibilidade que esta possui, poderá o magistrado concedê-la. Como será apontado a seguir, esta poderá ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

3.2.1.1 Tutela antecipada requerida em caráter antecedente e em caráter incidental

A tutela de provisória de urgência antecipada poderá ser requerida em caráter antecedente quando instalado um risco iminente ao direito, antes que se possa deflagrar o procedimento.

Esta previsão surgiu ainda no Código anterior, de uma forma anômala do artigo 801, onde era concedida uma cautelar preparatória, mas com caráter satisfativo, fato este que causava grades debates na doutrina, pois se concedia uma tutela

antecipada por um procedimento que via de regra serviria para somente garantir um direito ao autor.

Segundo ensinamentos de Antônio de Moura Cavalcanti Neto:

A tutela antecipada antecedente equivale, em linhas gerais, à cautelar preparatória que existia no Código de Processo Civil anterior (art. 801) e que foi mantida no atual Código (art. 305). Não faria sentido permitir o pedido antecedente de tutela cautelar e vedar tal faculdade quanto à tutela satisfativa (antecipada), uma vez que ambas fazem parte do gênero “tutela Provisória” (Livro V do CPC) e fundam-se, primordialmente, na urgência.²⁷

Em conformidade com Antônio de Moura, seus dispositivos preveem a possibilidade de ser requerida em caráter antecedente tanto a tutela de urgência antecipada quanto a cautelar, já que no Livro V do atual Código, estas encontram-se em conjunto dentro da tutela de urgência, permitindo assim um tratamento comum entre elas e viabilizando a cada uma um procedimento específico, para que possam ser concedidas de maneira antecedente, ou seja, antes mesmo do processo em si.

Entretanto, o fato delas serem concedidas de maneira antecedente não enseja a possibilidade de suas estabilizações. No artigo 303, Código de Processo Civil, encontra-se previsto o procedimento da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, seguindo-se até o artigo 304 do mesmo diploma, onde observa-se que somente a tutela antecipada poderá estabilizar-se.

Observando o disposto nos artigos supracitados, percebe-se que os requisitos iniciais e os atos procedimentais subsequentes ao requerimento da tutela antecipada estão elencados no artigo 303, enquanto que no artigo 304 é tratado especificamente da estabilização da tutela, tema que será tratado em tópico próprio.

Finalmente, antes de ser analisado o procedimento para a concessão de tutela provisória de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente, importante dizer o que se trata o caráter antecedente.

Nas lições de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

²⁷ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização.** In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Coleção grandes temas do novo CPC - v.6 - tutela Provisória. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 196.

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva.²⁸

Desta maneira, o caráter antecedente dado a ela é um pedido provisório, de forma que primeiro se pede a concessão da tutela provisória e posteriormente adita-se a petição para preencher todos os requisitos legais e indicar a tutela definitiva que se pretende alcançar com o processo. Interessante observar o procedimento para concessão da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente.

O procedimento está previsto no já citado artigo 303 do Código de Processo Civil, onde o requerente deverá, em uma petição inicial simplificada, pedir a tutela provisória antecipada, indicar qual a tutela final, expondo sumariamente a causa de pedir, o direito que se busca realizar, inclusive sua probabilidade e demonstrando o perigo da demora.

Além disso, o requerente deve deixar expresso que pretende valer-se dos benefícios da antecipação da tutela nos moldes do artigo 303, § 5º do atual Código de Processo Civil, tendo também que indicar o valor da causa, bem como recolher as custas processuais, caso não seja beneficiário da justiça gratuita.

Conforme Cassio Scarpinella Bueno, a tutela provisória de urgência deve ser compreendida em dois sentidos:

O primeiro diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo *caput* do art. 303 não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela antecipada vir a estabilizar-se na hipótese do art. 304.²⁹

Então, temos que observar primeiro se a petição inicial apresentada se encontra nos moldes de artigo 303, para que ela seja procedente e, posteriormente, deve-

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 571.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

se analisar se essa tutela poderá ser estabilizada, conforme artigo 304, ambos do Código de Processo Civil.

Concedida a tutela provisória de urgência antecipada, o juiz então deverá realizar dois outros atos, conforme o supracitado artigo 303 § 1º, 2º e 3º, Código de Processo Civil.

O primeiro deles diz respeito a intimação do autor para que no prazo legal de 15 dias, ou em outro maior fixado pelo juiz, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução de mérito, de acordo com artigo 303, § 1º, I, § 2º, venha aditar a petição inicial, para que, complemente a sua causa de pedir confirme o pedido de tutela definitiva e junte novos documentos indispensáveis ou úteis para apreciação da lide.

Já o segundo ato deverá ser praticado pelo juiz, e diz respeito a citação e intimação do réu para compareça na audiência de conciliação ou mediação, e cumpra o disposto em relação a concessão de tutela antecipada.

Não havendo autocomposição, o réu se encontrará citado para que no prazo de 15 dias, contados de acordo com o artigo 355, do Código de Processo Civil, apresente sua contestação. Por óbvio, o prazo da contagem para a manifestação do réu não poderá começar antes que a petição seja aditada pelo autor e ele tome conhecimento inequívoco de tal, senão, caso o autor apresentasse novos documentos, o réu não possuiria meios de contestá-los, uma vez que não teria conhecimento a respeito dos mesmos.

Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga, salientam que:

Quando o réu responde à demanda do autor e/ou recorre da decisão que concede a tutela antecipada, o procedimento comum se desenvolverá normalmente, rumo às suas etapas de saneamento, instrução e decisão. Quando o réu fica inerte, o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente e extinção do feito.³⁰

Desse modo, havendo recurso ou manifestação contrária à decisão que

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 604.

concede a tutela antecipada, o processo se desenvolverá normalmente e, caso o réu fique inerte, ocorrerá o disposto no artigo 304 do Código de Processo Civil, onde o Juiz poderá estabilizar a tutela antecipada antecedente, ou extinguir a lide sem resolução de mérito.

Agora, quando for deferida em caráter incidental, seja por petição simples ou por meio de concessão liminar no seguir do processo, deverá ser observado, na data de seu requerimento, que o autor já tenha se manifestado acerca da tutela final, como aponta Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória³¹

Afirma-se então que a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter incidental será concedida no decorrer do procedimento, ou conjuntamente com o início o processo, já tendo sido delineada a pretensão final que busca o autor.

Para que seja concedida a tutela provisória de urgência antecipada incidental, poderá ser requerida por meio de uma simples petição atravessada no meio do processo, expondo a probabilidade do direito e o risco do dano ao resultado útil do processo.

Quando concedido em atendimento ao requerimento feito por petição atravessada no meio do procedimento, deverá o magistrado realizar audiência para que o réu possa se manifestar acerca da concessão da tutela incidental, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, assim como abrir prazo de cinco dias para que possa oferecer resposta em observância ao artigo 218 do Código de Processo Civil.

Pode-se ainda, como abordado acima, ser concedida de maneira liminar, ou por justificação prévia. Quando for concedida de maneira liminar, o juiz adiará a audiência e concederá a tutela sem oitiva da parte contrária, mas diga-se, este ato não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, já que o referido magistrado não

³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 571.

estará ignorando tais princípios, mas sim postergando a oportunidade de manifestação do réu para um momento futuro.

Deste modo, não estará tolhendo o direito do réu de se defender, apenas adiando este direito para um momento oportuno, haja vista o perigo do dano iminente e a probabilidade do direito do autor estarem devidamente comprovados.

Neste caso, após concedida a liminar é que será oportunizado ao réu o direito de defesa, para que se manifeste a respeito da tutela concedida em caráter liminar, evitando grave violação ao contraditório e a ampla defesa.

Observa-se, que caso o magistrado negue a liminar que requer a tutela incidental, caberá agravo de instrumento da decisão, previsto no artigo 1015, I, do Código de processo Civil, por ser esta uma decisão interlocutória, que não põe fim ao processo, além de não ser autônoma, sendo sempre reversível. Como explica João Batista Lopes:

Cabe registrar, à partida, a impropriedade técnica do dispositivo: o provimento antecipado (decisão interlocutória) é sempre reversível, seja porque cabível contra ele recurso (agravo de instrumento), seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável. Diante disso, a quem interpretar o texto com os olhos voltados para a *ratio legis*: evitar que a concessão da tutela antecipada crie fato consumado e definitivo, sem possibilidade de retorno ao *status quo ante*. Cuida-se, portanto de irreversibilidade do provimento *tout court*. Como observa Marcine “é evidente que, quando se fala em reversibilidade, não se pode nem pensar em apenas duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização, ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível³²

Portanto, a tutela de urgência antecipada incidental ocorre dentro da ação principal, sendo requerida por meio de petição simples proposta, via de regra, pelo autor, e concedida ou indeferida por meio de decisão interlocutória, pautando-se sempre no caráter reversível que estas tutelas possuem.

Finalmente, o juiz poderá determinar que o autor deposite calção para a concessão da tutela de urgência, conforme artigo 300 §1º, garantindo que, caso a tutela se torne irreversível, e a parte contrária tenha prejuízos, estes danos possam ser ressarcidos.

³² LOPES, João Batista. **tutela antecipada**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70

3.2.2 Tutela provisória de urgência cautelar

Tratando especificamente da tutela de urgência cautelar, é patente afirmar que, por vezes, o tempo natural do processo pode levar a deterioração do direito, no sentido de que o autor, ao final, pode acabar por não ter mais o que receber, seja porque o réu agiu dolosamente, ou pelo tempo em si, que pode acabar por macular o direito que se busca.

Importante destacar que neste caso não se fala em satisfação do direito, mas sim cautela para que ele seja garantido, de modo que nesta espécie de tutela o autor necessita de garantias que preservem seu direito, até a conclusão da lide.

Outra grande diferença que ocorre entre as duas espécies de tutela, é que a tutela cautelar, por somente se pautar na garantia de determinado direito, não necessita que esteja demonstrado seu caráter reversível, já que nesta, é patente que o direito não será satisfeito, ele será resguardado até o final do procedimento, com uma sentença transitada em julgado.

Assim, está tutela poderá ser requerida em caráter antecedente ou em caráter incidental, conforme será apontado a seguir, bem como suas diferenças acerca da tutela cautelar para a tutela antecipada.

3.2.2.1 Tutela cautelar requerida em caráter antecedente e em caráter incidental

A tutela provisória de urgência cautelar poderá ser requerida em caráter antecedente para sanar a problemática da urgência na garantia de um direito antes de se requerer a tutela definitiva, pois a urgência nestes casos é tamanha na manutenção do direito, que primeiro pede-se a tutela cautelar e, posteriormente, a tutela jurisdicional definitiva.

Quando requerida em caráter antecedente terá como objetivo adiantar provisoriamente a eficácia da tutela cautelar e assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

O procedimento para a concessão da antecipação da tutela cautelar está previsto no artigo 305 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo este um procedimento próprio para a concessão.

Referido artigo indica que a petição inicial que busca a tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente deverá cumprir os requisitos do artigo 319 incisos I, II, V e VI e também apresentar a causa de pedir e do direito que se busca acautelar de maneira sumária, bem como a demonstração do risco do resultado útil ao futuro processo, e também o perigo do dano.

Ainda sobre o artigo 305, em seu parágrafo único, é apontado a distinção entre os procedimentos das tutelas antecedentes antecipadas e cautelares, diante de uma tutela antecipada requerida em caráter antecedente, deverá ser observada disposto no artigo 303 do Código de Processo Civil.

Após requerida a tutela de urgência cautelar antecedente, o juiz analisará o pedido, a fim de concedê-lo, devendo o autor, no prazo de trinta dias, apresentar o pedido de tutela definitiva. Destarte, poderá o magistrado determinar que o autor emende a petição inicial no prazo de quinze dias, caso não estejam presentes os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, ou que apresentem defeitos e irregularidades na causa de pedir, por fim, poderá indeferir o pleito, conforme previsto no artigo 330 do referido diploma legal.

Uma vez deferida a petição inicial que requer a cautelar antecedente, o juiz deverá julgar mediante cautelar ou justificação previa, oportunizando o direito de defesa prévia à parte contrária, garantindo o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Caso seja deferida em caráter liminar, a parte contrária será intimada para que apresente a defesa no prazo legal, em conformidade com o artigo 307 do Código de Processo Civil, e caso não o faça, diferentemente do que acontece com a tutela provisória de urgência antecipada antecedente, não ocorrerá estabilização, conservando seus efeitos até o aditamento no prazo de trinta dias, não ocorrendo extinção do feito.

Sobre a concessão da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente, Leonardo Feres da Silva Ribeiro possui três ressalvas:

[...] a primeira é que o juiz só dará tal decisão se estiver convencido, sendo certo que a revelia não necessariamente conduzirá à procedência do pedido; a

segunda, é que se trata de uma decisão interlocutória e não sentença. Salvo se reconhecer a prescrição ou decadência do direito do autor, sujeita, portanto, ao recurso de agravo de instrumento; a terceira é que a decisão está limitada à tutela cautelar e não diz respeito ao pedido principal, ressaltando-se novamente a hipótese de reconhecimento da prescrição ou decadência do direito do autor.³³

Assim, a decisão que trata da concessão da urgência cautelar é interlocutória, com caráter provisório que poderá ser revogado a qualquer tempo, não se estabilizando em nenhuma hipótese. Explica Adriano Soares da Costa:

Dada a natureza conservativa da tutela cautelar, a concessão de medida liminar acautelatória não se estabiliza em hipótese alguma, porque (a) a sua finalidade é simplesmente acessória de pretensão assegurada (não do processo, notem bem!); (b) se não houver o exercício da pretensão assegurada, a pretensão a assegurar se extingue; (c) a sua natureza é sempre temporária e nunca se tende a definitividade³⁴

Logo, nunca estabilizará a tutela cautelar antecedente, justamente por ter caráter meramente assecuratório, que poderá ser revogada em qualquer momento antes mesmo da emenda da petição inicial pelo autor.

Portanto, após concessão da tutela antecedente cautelar, o autor deverá apresentar o pedido de tutela definitiva no prazo de 30 dias, contados a partir da efetivação da medida cautelar, que deverá ser feito por petição apresentada nos próprios autos, sem o pagamento de novas custas.

Passado o prazo e apresentado a novo pedido, o magistrado intimará as partes para que compareçam à audiência de mediação e conciliação, e se não houver autocomposição, ao réu será aberto o prazo de quinze dias para apresentar sua defesa.

Insta salientar que apesar de o pedido de tutela cautelar antecedente não fazer coisa julgada material, este não pode ser renovado, pois como aponta o artigo 505, o juiz não poderá julgar novamente questões já decididas a respeito da lide.

³³ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: RT, 2015. p. 225.

³⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: Costa, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos: PEREIRA, Mateus Costa (Orgs). *tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37.

Caso o pedido de cautelar antecedente seja rejeitado pelo magistrado, nada obsta o pedido de tutela satisfativa definitiva pelo requerente, somente afetando referido pleito em caso de indeferimento fundado na prescrição ou decadência.

Deste modo, por se tratar de uma decisão de cognição sumária e de estar claro que não interfere no julgamento da lide que se forma, a única exceção consiste no artigo 310 do Código de Processo Civil, que diz respeito a demonstração da prescrição ou decadência, ocorrendo então o julgamento de mérito, influenciando de maneira negativa na lide principal.

Outrossim, pode ocorrer também que a tutela cautelar possa ser requerida no decorrer do procedimento, para que o direito pretendido pela parte possa ser de fato garantido até o final do andamento razoável do processo, insurge-se a tutela provisória de urgência cautelar, conforme explica Marcelo Abelha:

A antecipação da tutela com função cautelar caracteriza-se pelo fato de que seu papel precípua é impedir que o próprio processo seja atingido por uma situação de urgência ou risco de dano iminente, ou seja, que os efeitos deletérios do tempo no processo comprometam ou sacrifiquem a utilidade da própria técnica processual³⁵

Quando requerida em caráter incidental, esta vem para garantir e tornar vislumbrável o resultado útil do processo, protegendo-o dos males que ensejam risco, ou perigo de dano ao direito do autor.

O artigo 301 do Novo Código, prevê as hipóteses em que a tutela provisória de urgência de natureza cautelar pode ser efetiva, vejamos:

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

Assim, o citado artigo abrange meios adequados para que haja uma efetivação da tutela provisória de urgência cautelar, assegurando o direito do autor, por meio de cautela específica, embora disponha o legislador que o juiz poderá utilizar-se de

³⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 463-465

qualquer outra medida para assegurar o direito, conforme artigo 297 do atual Código de Processo Civil.

Esta disposição abstrata presente no supracitado artigo, trata do poder geral de cautela, que já vinha expresso no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 798. Este poder geral de cautela permite então, que o magistrado possa garantir o direito do autor por todos os meios possíveis em direito admitidos.

Sobre o assunto, explica Humberto Theodoro Junior:

Há, destarte, medidas que o próprio legislador define e regula suas condições de aplicação, e há também medidas que são criadas e deferidas pelo próprio juiz, diante de situação de perigo não previstas ou não reguladas expressamente em lei. Esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de “poder geral de cautela.”³⁶

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a tutela provisória de urgência cautelar é um meio de garantir ao autor o resultado útil do processo, por meio de procedimentos específicos como os previstos no artigo 301 do Código de Processo Civil, ou por tutelas inominadas, autorizadas pelo artigo 297 do mesmo diploma legal, requeridos no decorrer do procedimento, por petição simples atravessada nos autos ou conjuntamente com a petição inicial, neste caso nos mesmos moldes que a tutela antecipada incidental.

Por fim, a tutela de urgência cautelar quando insurge-se no curso do processo, vem para garantir que, ao final, se alcance um resultado útil, objetivando o poder geral de cautela, e protegendo o autor da deterioração do direito, pois, por vezes, poderia acontecer da pretensão se perder no lapso temporal do processo, tornando ineficaz a busca jurisdicional, gerando diversas injustiças no ordenamento jurídico brasileiro.

³⁶ THEODORO Jr, Humberto. **Curso de direito processual civil. Processo de execução e processo cautelar**. V. II, 21ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. p. 378

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTUELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Existe a possibilidade, conforme previsão do artigo 303 do Código de Processo Civil, de ser concedida uma tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Após concedida essa tutela, caso o réu não interponha recurso cabível e tempestivo, pode ocorrer a hipótese de que ela seja estabilizada, sendo essa ocorrência prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil.

A estabilização da tutela antecipada consiste na busca dos efeitos da tutela jurisdicional final por meio de um procedimento sumário, evitando o prosseguimento do processo e conseqüentemente não fazendo coisa julgada.

Destarte, observa-se que a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, garante que a matéria estabilizada não possa mais ser revista no mesmo processo, findando-o com um julgamento sem resolução de mérito, mantendo a conservação de seus efeitos.

Conforme observa Heitor Vitor Mendonça Sica:

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento.³⁷

Assim, a estabilização permite que quando as partes se sintam conformadas com a tutela antecipada concedida, ou seja, não haja recurso da por parte do réu, e tenha o autor requerido a estabilização, finda-se o processo de maneira sumária, havendo uma maior celeridade na concessão de direitos as partes, garantindo que o processo não sofra com transtorno causado pelo tempo.

Dispõe observar que a estabilização da tutela provisória somente ocorre

³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela provisória”**. In: DIDIER JR., Fredie; (Coordenador Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. (Coordenadores). tutela Provisória. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 180.

com as tutelas antecipadas, pois, como dito anteriormente, não há que se falar em estabilização da tutela provisória de urgência cautelar, uma vez que seria inconcebível esta estabilização, porquanto presta-se exclusivamente a conservar um direito a ser alcançado no fim do procedimento.

Também não podemos falar em estabilização da tutela de evidência neste caso, fato a ser questionado, pois essa tutela se presta a satisfação de um direito que já se encontra manifestamente provado, carecendo somente de uma sentença para que a torne definitiva.

Em relação a estabilização das espécies de tutela, diz Daniel Amorim Assumpção Neves:

Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma tutela acessória meramente conservativa. Afinal, com a concessão da medida cautelar o direito da parte não estará satisfeito, não havendo sentido falar-se em sua estabilização.³⁸

Neste diapasão, existe sentido na não concessão de uma estabilização para a tutela cautelar, o que não ocorre em relação a evidência. Neves, complementa:

O mesmo, entretanto, não se pode dizer da tutela provisória da evidência, que a exemplo da tutela antecipada tem natureza satisfativa. Nesse caso o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência.³⁹

Assim, conforme explicado acima por Daniel Assumpção, a tutela provisória de evidência se trata na verdade de uma tutela satisfativa, pois ela promove a satisfação de um direito a parte requerente, logo o artigo 304, Código de Processo Civil, em seu *caput*, também deveria ter previsto a concessão da estabilização da tutela neste caso.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 449-450

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **loc. cit.** p. 449-450.

Importante ressaltar que, em relação a estabilização aqui tratada, o legislador foi claro em somente concedê-la à tutela provisória de urgência antecipada antecedente, de modo que, uma tutela incidental não poderá ser estabilizada, mesmo que concedida antes do réu ter apresentado contestação, demonstrando assim, outra limitação pelo disposto artigo supracitado.

4.1 Pressupostos Para Ocorrência da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

Como apontado, a estabilização da tutela antecipada somente ocorrerá com a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ou seja, antes mesmo de já se ter formado um processo em torno da tutela jurisdicional final que se busca.

Inicialmente é importante destacar os pressupostos necessários para que haja a estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, ante a sua peculiaridade, pois o procedimento acaba por se encerrar sem formar coisa julgada, por meio de uma cognição sumária.

Primeiramente, o autor apresentará petição inicial simples, indicando qual a prestação jurisdicional final a ser alcançada, uma breve síntese do processo, o valor da causa, evidenciando a probabilidade do direito, o perigo da demora, bem como o risco de dano que o levou a requerer uma tutela de urgência antecipada antecedente.

Nesta petição o autor deverá indicar expressamente que requer a estabilização dos efeitos da tutela, sob pena de correr o risco de não ter o pleito concedido, conforme explica Heitor Vitor Mendonça Sica:

Isso porque as técnicas previstas nos arts. 303 e 304 constituem “benefícios” ao autor, (como deixa claro o §5º do art. 303) e jamais poderiam ser a ele aplicados contra a sua vontade. O jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para o exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória “estabilizada” apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art.304, §5º. Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. (...) esse entendimento pode ser extraído da própria interpretação sistemática dos arts. 303 e 304. O primeiro dispositivo prevê a faculdade do autor em provocar o Poder Judiciário apenas para apreciar o pedido de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter

anterior, ao passo que o segundo dispõe que a técnica de estabilização se aplica apenas na hipótese de a medida ter sido deferida “nos termos do art. 301”. Não bastasse, o “benefício” do art. 303 precisa ser pleiteado expressamente na petição inicial (§5º).⁴⁰

Destarte, a estabilização não faz coisa julgada, podendo ser revista em ação autônoma, de modo a constituir outro processo, situação esta que pode ensejar insegurança no autor quanto ao direito ora concedido.

Portanto, não estaria o magistrado obrigado conceder uma estabilização, pois pode-se pensar que teria o requerente interesse em continuar com o procedimento, tendo postulado somente por uma tutela provisória, a fim de alcançar uma decisão que faça coisa julgada, conforme apontam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Mas é possível que o autor tenha interesse em obter mais do que isso. As tutelas declaratória e constitutiva, por exemplo, podem só servir ao jurisdicionado se concedidas em definitivo e com força de coisa julgada - não basta uma separação provisória de corpos, é necessário um divórcio definitivo com dissolução do vínculo matrimonial, para que se realize o direito, permitindo que se contraiam novas núpcias; para além da sustação ou cancelamento provisório do protesto de um título, impõe-se a sua invalidação por decisão definitiva. A segurança jurídica da coisa julgada pode revelar-se necessária para a satisfação das partes envolvidas na causa.⁴¹

Assim, pode ser que o autor tenha a intenção de buscar uma sentença que faça coisa julgada, mas tenha urgência extrema na concessão da tutela antecipada, motivando assim o requerimento de uma tutela antecipada antecedente.

Deferida a tutela antecipada, abre-se o prazo de 15 dias para o autor aditar a petição inicial, conforme explicado em tópico anterior; ao réu incumbe uma outra responsabilidade: a de recorrer da concessão da estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente com o advento sentença.

Em que pese o artigo 304 do Código de Processo Civil preveja a possibilidade de impugnação da estabilização por meio recursal, merece ser observado

⁴⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela provisória”**. In: DIDIER JR., Fredie; (Coordenador Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. (Coordenadores). tutela Provisória. Bahia: Jus Podivm, 2016, p. 182

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 606.

que o mesmo artigo não disciplina qual seria o recurso cabível, gerando certo conflito doutrinário. Porém, quando tratar-se de decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória o recurso cabível será o agravo de instrumento, conforme prevê artigo 1015, inciso I, do mesmo diploma legal, explicando Érico Andrade e Dierle Nunes:

[...] alargando a possibilidade da estabilização, a partir das anunciadas vantagens que a estabilização produz para o ambiente jurisdicional e para as partes, na busca de tutela diferenciada, e, ainda, em razão de que o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização, considerando, inclusive, que nas versões anteriores do projeto se utiliza o termo mais abrangente “impugnação” e, agora, no projeto aprovado e que se transformou no novo CPC houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso.⁴²

Entretanto, outros pensadores como Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, entendem que se o réu contestasse no prazo de 15 dias já evitaria a estabilização da tutela, pois teria ele se manifestado de maneira tempestiva.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, vão mais além, alegando que se o réu, até mesmo se manifestasse acerca do interesse pela conciliação, estaria afastando a estabilização, quebrando a inercia que se mostra necessária para tal concessão.

No caso em concreto, quando o réu deixa de apresentar recurso cabível, mas apresenta contestação impugnando a estabilização, ele estaria exercendo seu direito de defesa, respeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa, garantindo sua discordância sobre a tutela.

Importante destacar que, em respeito ao princípio supracitado, a manifestação do réu acerca da tutela antecipada antecedente, contestando-a já seria suficiente para que o magistrado estivesse autorizado em não a conceder.

Por fim, importante destacar que a impugnação parcial levaria a estabilização daquilo que não fora impugnado pelo réu, e que a impugnação genérica não tem nenhuma penalidade no procedimento aqui abordado, de modo que o Código

⁴² ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada.** In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (orgs.). procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada – Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75-76

deveria ter ido além, para que fosse garantido que somente uma impugnação consistente fosse capaz de evitar que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente se estabilizasse.

Superadas estas questões quanto a impugnação do réu, e sendo concedida a estabilização da tutela antecipada prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil, caso o réu não recorra da decisão ou mesmo interponha qualquer tipo de impugnação que faça com que o autor tenha que aditar a petição inicial que requereu a tutela, no prazo de legal, ela se estabilizará e o processo será extinto.

Cumprido destacar, que nem sempre a estabilização é um encargo para o réu, pois pode acontecer da mesma ser algo proveitoso para ele também, uma vez que, caso não recorra, não terá o que o autor aditar, caminhando assim para a estabilização e, por conseguinte, diminuindo os custos do processo para ele, neste sentido apontam Didier Jr., Sarno Braga e Alexandria de Oliveira:

Mas nada impede que, mesmo na ausência destes pressupostos, as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, avençando a estabilização de tutela antecipada antecedente em outros termos, desde que dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190, CPC. É a conclusão firmada no enunciado n. 32 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente".⁴³

Assim, pode ocorrer de as partes realizarem negócio jurídico processual, para que eventuais matérias que possam ser concedidas em sede de tutela provisória antecipada antecedente se estabilizem direto, sem o autor apresentar requerimento para tanto, apresentando somente a petição inicial, bem como fazendo valer o referido negócio jurídico.

Finalmente, estabilizada a tutela de urgência antecipada antecedente, extingue-se o processo, sem resolução de mérito, pelo disposto no artigo 485, inciso X, Código de Processo Civil, tornando o juízo prevento para eventual ação autônoma que vise rediscutir a tutela estabilizada, conforme possibilidade prevista no §2º do artigo 304 do mesmo Código.

⁴³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 610

4.2 A Estabilização da Tutela e Seu Caráter Monitorio

A estabilização da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente ocorre por meio de uma decisão fundada em cognição sumária.

Ocorre que, ante a inércia do réu, em não ter se manifestado acerca da decisão que concede a tutela antecipada, está se estabilizará. Em decorrência disso, não poderá mais ser revista, alterada ou modificada no mesmo procedimento.

Portanto, mesmo com o processo extinto, a tutela concedida continuará produzindo efeitos, trazendo um verdadeiro caráter monitorio ao instituto, como bem explicam Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.⁴⁴

Observa-se então, que a inércia do réu garante que a monitorização da tutela antecipada antecedente se concretize, aumentando o campo de abrangência da ação monitoria, findando o pensamento os autores:

Sucede que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.⁴⁵

Assim, pensando nesta generalização do procedimento monitorio e conjuntamente com os pressupostos da estabilização da tutela, pensa-se até mesmo em uma técnica conjunta entre os dois institutos, uma técnica monitoria que abrangeria os dispostos nos artigos 700 a 702 e os supracitados artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil.

Eduardo Talamine caminha no mesmo sentido, alegando que a ação monitoria busca a rápida constituição de título executivo, a fim de que o processo de execução se constitua de maneira célere, sem perda de tempo e ônus ao autor.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 605.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **loc. cit.** p. 605

O procedimento monitorio então, busca por meio de uma cognição sumária a produção do título executivo, garantindo resultados práticos mais céleres, pautando-se na inércia do réu e assim constituindo o título executivo de maneira dinâmica, de modo que seria perfeitamente viável uma tutela monitoria, conforme apresenta o autor:

Em suma, eis os traços essenciais da tutela monitoria: a) mediante cognição sumária, busca-se acelerar a produção de resultados práticos (no modelo atual, isso se dá com a criação rápida de um título executivo - ou seja, um atalho para a execução); b) atribui-se força preclusiva intensa à inércia do réu (no modelo atual, sua omissão implica a constituição do título executivo, "de pleno direito"); c) transfere-se ao réu o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não há a produção de coisa julgada material⁴⁶

Portanto, a cadeia de eventos apresentada demonstra a possibilidade da tutela monitoria, garantindo ainda certas vantagens no caso do réu permanecer em silêncio, quando da estabilização.

Como observa-se, a tutela antecipada estabilizada, a princípio seria sempre um ônus ao Réu, porém como bem apontado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no § 1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, caput, CPC, também aplicado por analogia).⁴⁷

Neste diapasão, a monitoria serviria tanto para o autor que teria seu direito satisfeito, sem nem mesmo deflagrar um processo, e o réu teria uma diminuição nas custas, tendo que pagar somente 5% do valor dos honorários advocatícios de sucumbência, fazendo o caráter monitorio da estabilização da tutela algo vantajoso para ambas as partes.

⁴⁶ 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: RT, julho, 2012, p. 25-27.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 605.

4.3 Ação Autônoma com Pedido de Revisão, Modificação ou Extinção da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente

Após atendidos os pressupostos para a estabilização, bem como seu caráter monitorio, cumpre dizer que a tutela antecipada antecedente produzirá seus efeitos sem que haja qualquer intercorrência, além do processo em que ela foi concebida ser extinto.

Todavia, existe a possibilidade de sua rediscussão por meio de ação autônoma, que poderá ter por objetivo sua revisão, modificação ou extinção da estabilização concedida. Referida ação possui respaldo legal no artigo 304 § 2º e 3º, Código de Processo Civil.

Conforme o § 5º do aludido artigo 304, poderá ser intentada a ação autônoma para rediscutir a tutela estabilizada no prazo de dois anos, a contar da sentença que extinguiu o processo pelo § 1º do mesmo artigo.

Apesar da ação vir a rediscutir mérito do processo extinto, por conta do réu não ter exercido seu direito de contraditório e ampla defesa, pois caso o fizesse não teríamos que falar em estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, vez que para que não ocorresse bastava a impugnação do réu neste sentido.

Taísa Silva Dias Frezza e Flávio Luís de Oliveira explicam que:

[...] a previsão de estabilização da tutela de urgência nos moldes propostos deve ser interpretada como constitucional. Até porque, decorrido in albis o prazo para impugnar a medida, o réu poderá suspender a eficácia em ação autônoma, como forma de nova oportunidade ao exercício do contraditório. Reitera-se, portanto, que o contraditório eventual ou até mesmo o invertido não viola a garantia do art. 5º, LV, da Constituição. Ao contrário, fortalece outros direitos fundamentais como o acesso à justiça, o devido processo legal e, sobretudo, a duração razoável do processo.⁴⁸

Outrossim, o prazo da ação autônoma é decadencial, uma vez que possui natureza constitutiva negativa, em vista de ser ajuizada para a desconstituição da tutela

⁴⁸ FREZZA, Taísa Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luís de. tutela de evidência na incontroversia da parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada? **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Vol. 49 n.64. p153-219. Bauru:EDITE, Jul-Dez/2015 p. 173.

estabilizada, sendo necessário, por óbvio, o preenchimento do disposto no art. 319, Código de Processo Civil.

A respeito do referido prazo, existe grande divergência na doutrina sobre até quando poderia ser proposta a ação autônoma, pois vencido o prazo bienal não se poderia mais apresentá-la.

Entende parte da doutrina então, que após transcorrido os dois anos para a propositura da ação, a estabilização da tutela se tornaria imutável, não fazendo coisa julgada, mas também não podendo mais ser revista de forma alguma, haja vista não existir nenhum outro meio cabível para sua impugnação, senão referida ação. Nas palavras de Bruno Garcia Redondo:

Essa imutabilidade “inominada” não seria coisa julgada, mas, na prática seria mais forte do que ela. Afinal, a decisão estabilizada não poderia ser atacada sequer por ação rescisória (sendo, assim, mais forte do que a coisa julgada), e ainda impediria a propositura da ação autônoma para debater o direito material (produzindo o mesmo efeito processual da coisa julgada, apesar de não ser coisa julgada).⁴⁹

Em contrapartida, outra parte da doutrina entende que apesar de não poder ser proposta ação autônoma após o prazo de dois anos, nada impediria de ser proposta nova ação, versando sobre o mesmo direito material, mas buscando agora uma cognição exauriente, conforme afirma Tereza Arruda Alvim Wambier:

O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação da tutela. Assim, passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta (mas não a mesma ação). Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar.⁵⁰

⁴⁹ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. São Paulo: RT, a40, v.244. Jun.2015. p. 167-194

⁵⁰ WAMBIER, Rodrigues Luiz e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 514

Deste modo, parte da doutrina defende que se não houver a impetração da ação no prazo estipulado, não haveria mais nenhuma forma de rever, alterar ou extinguir este direito, e assim a estabilização teria mais força até mesmo que a coisa julgada.

Por outro lado, outra corrente doutrinaria aduz que o prazo decadencial ou prescricional do direito material concedido é que seria apto a apresentação da ação autônoma, e não somente os dois anos, deste modo, aumentando o prazo para que o direito material que fora estabilizado pudesse ser rediscutido, e assim garantindo uma cognição exauriente acerca do mesmo.

Sobre o que pode ser requerido na ação autônoma, há mais uma discordância na doutrina no tocante a possibilidade de ser objeto da ação somente a revisão, desconstituição ou extinção da tutela, ou se seria possível que se pudesse realizar outros pedidos.

Acerca do tema, diz Cassio Scarpinella Bueno:

A que demanda refere-se o §2º do art. 304? A resposta merece ser a mais ampla possível. Qualquer pretensão de direito material pode ensejar pedido de tutela jurisdicional, a ser formulado por qualquer das partes, apto a rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela provisória antecipada antecedente e, nesse sentido, estancar ou modificar seus efeitos. E, por isso mesmo, é correto entender a plena viabilidade de ser requerida tutela jurisdicional *contra* os efeitos que tenham sido produzidos até então. É o que se dará, por exemplo, sempre que o autor desta *nova* postulação pretender responsabilizar o beneficiário da tutela provisória antecipada antecedente pelos danos que tenha experimentado.⁵¹

Desta forma, para o autor supracitado, é admitida a formulação de pedidos distintos, para que sejam ressarcidos os danos experimentados pela tutela que fora estabilizada.

Por outro lado, existem doutrinadores, como Olavo de Oliveira Neto e Elias Marques de Medeiros Neto que não compactuam com tal posicionamento e defendem que não é possível cumular com o pleito de revisão, modificação ou extinção, com qualquer outro tipo de pedido.

Destaca-se que o juízo em que correu o processo extinto nos termos do § 1º do art. 304, Código de Processo Civil é prevendo para análise da referida ação, e

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **op. cit.** p. 263-264.

ambas as partes possuem o interesse jurídico em manejar a demanda, vez que tanto o autor quanto o réu, podem ter interesse na rediscussão da matéria estabilizada.

O autor poderá se valer de tal ação para que se firme pacificamente a tutela ora concedida, de modo a não haver mais discussões acerca do tema, evitando que o réu venha a desconstituir ou modificar o direito concedido pela estabilização da tutela, como assevera Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

O autor, por exemplo, poderá propor ação no simples intuito de *confirmar* a decisão, agora com cognição exauriente e aptidão para fazer coisa julgada. Isso tem especial relevância naqueles casos em que ele, demandante, poderia ter manifestado interesse no prosseguimento do processo em que fora deferida a tutela provisória antecedente, mas não o fez, de modo que, com a superveniente inércia do réu, houve estabilização da tutela antecipada.⁵²

Portanto, o autor poderá meramente se adiantar na discussão da estabilização para que a mesma se torne definitiva, garantindo a satisfação de seu direito, sem que haja qualquer risco de ser revogado ou tolhido.

Quanto ao ônus da prova, entende-se que será do autor da nova ação, uma vez que este visa rediscutir a tutela estabilizada, buscando demonstrar que a mesma deve ser revertida, modificada ou invalidada. Neste sentido apresenta Tereza Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Torres de Mello:

Parece-nos, todavia, que essa nova demanda *reabre*, por assim dizer, a discussão do processo extinto, aprofundando a cognição até então exercida e, por isso, não altera a distribuição originária do ônus da prova. Assim, caso seja o réu da ação extinta a assumir a condição de autor dessa segunda demanda, não haverá a redistribuição do ônus de prova, de forma que o réu dessa segunda ação (autor da ação extinta), continuará tendo o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.⁵³

Porém, tal entendimento não é pacífico no vigente ordenamento jurídico, existindo autores que dizem que o ônus da prova na nova ação será do autor da ação que estabilizou a tutela, ou seja, do autor da primeira demanda que concedeu a

⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 211.

⁵³ 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.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 513.

estabilização que se busca alterar, modificar ou extinguir.

Por fim, sobre ação autônoma que visa rediscutir a tutela de urgência antecipada antecedente, não cabe concessão de tutela antecipada antecedente, pois nesta linha de raciocínio, se fosse concedida nesta ação, e viesse a se estabilizar, isso se tornaria um ciclo vicioso de estabilizações, desvirtuando a finalidade do procedimento. Assim, afirma Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] isso devido à expressa proibição contida no art. 304, §3º, do CPC, segundo o qual a tutela estabilizada continua a produzir seus efeitos enquanto não revista, reforma ou invalidade por decisão de mérito, o que somente se dará no momento em que o magistrado prolatar sentença⁵⁴

Então a tutela estabilizada já está produzindo efeitos, que somente serão alterados, revistos ou extintos em sede de sentença de ação autônoma, se assim não fosse, nunca se alcançaria uma sentença com caráter probatório amplo acerca do direito material em questão.

Ademais, o §4º do art. 304, Código de Processo Civil, elucida que somente por meio de sentença de mérito é que a tutela estabilizada poderá ser revista, de modo que o próprio diploma legal torna inviável a concessão de tutela antecipada na ação autônoma, que visa rediscutir a estabilização da tutela.

4.4 Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente e o Litisconsórcio Passivo

Como apresentado até o momento, se a tutela antecipada antecedente foi impugnada por meio de recurso ou defesa cabível, ela não se estabilizará, e se for estabilizada e intentada a ação autônoma que a impugne no prazo de dois anos, esta poderá ser revista, modificada ou extinta.

O problema surge no caso de se tratar de um procedimento complexo com litisconsórcio passivo, onde pode ocorrer que existam litisconsortes que preferem pela

⁵⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias marques de; OLIVEIRA, Patricia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. 1ª ed. vol. I. São Paulo: verbatim, 2015. p. 648

estabilização e outros que não, apresentando recurso ou defesa cabível afim de evitar que a tutela antecedente se estabilize.

Parte da doutrina entende que independente do litisconsórcio, caso haja recurso de qualquer dos réus, será impedida a estabilização. A corrente divergente, entende que depende do tipo de litisconsórcio, podendo ser unitário ou simples e, de acordo com a sua espécie, a tutela se estabilizará ou não, conforme explica Eduardo Talamine:

Havendo litisconsórcio passivo no processo urgente preparatório, a impugnação apresentada por um dos réus aproveitará àqueles que não impugnaram na medida em que os fundamentos apresentados não digam respeito exclusivamente ao impugnante. Vale dizer: fundando-se a impugnação em defesas comuns aos litisconsortes passivos, a tutela urgente também não se estabilizará em face dos réus que permaneceram inertes.

Trata-se da diretriz externada nos arts. 509 e 739-A, § 4.º, do CPC vigente, para os recursos e os embargos de executado, respectivamente. Essas regras aplicam-se analogicamente à impugnação ao cumprimento e aos embargos monitórios. Elas são reiteradas no Projeto de novo Código (respectivamente, arts. 959 e 875, § 4.º, do PLC 8.046/2010).⁵⁵

Portanto, em caso de litisconsórcio passivo unitário, se um dos réus apresentar recurso tempestivamente, aproveitará aos outros, de modo que a inércia de alguns não afetará o resultado do recurso, que é evitar a estabilização.

Cumprir destacar que, em caso de existirem vários pedidos de tutela a serem impugnados, e o réu somente impugnar aqueles que lhe são pertinentes, a estabilização recairá sobre os outros pedidos que não foram contrapostos, afetando também todos os demais réus.

No mesmo sentido, quando o réu impugna fração da tutela antecedente requerida pelo autor, a outra parte da fração não impugnada se estabilizará. Explica o supracitado autor:

Por outro lado, quando houver cumulação de comandos concessivos de medidas urgentes, a formulação de impugnação apenas impedirá a estabilização dos efeitos relativos aos capítulos decisórios efetivamente impugnados. Exemplificando: no processo urgente preparatório, deferiram-se liminarmente duas providências antecipatórias independentes entre si. Se o réu impugna

⁵⁵ 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: RT, julho, 2012, p. 29.

apenas uma delas, estabilizam-se os efeitos da outra. Idêntica diretriz será aplicável às hipóteses em que a providência urgente for quantitativamente decomponível, e o réu impugnar apenas uma fração dela (por exemplo: determina-se o sequestro de cinco bens; o réu impugna a determinação da medida apenas no que tange a três deles). Estabilizar-se-ão os efeitos da parcela não impugnada⁵⁶

Desta forma, os atos praticados no litisconsórcio unitário a todos aproveitam. Aponta Mirna Cianci que, “no caso de litisconsórcio, a impugnação apresentada por um, a todos aproveita, já que atos benéficos se estendem aos demais, bem como o recurso do litisconsorte também comunica, da mesma forma”⁵⁷.

Agora, se caso o litisconsórcio for simples e não unitário, haverá grandes diferenças no que tange a estabilização, pois neste caso, a intenção divergente dos réus gerará efeitos diversos.

Seria como se o autor estivesse propondo uma ação contra diversos réus separadamente, e como as ações versam sobre o mesmo mérito, constituem o litisconsórcio.

Deste modo, pode ser que para um dos réus é interessante que o processo se estabilize, e assim não tenha maiores custos em uma demanda que acredita que irá sucumbir. Em contrapartida, pode acontecer de outro réu na mesma demanda optar por recorrer, pois acredita que o autor será o sucumbente, haja vista o quadro de provas que possui, e deste modo, apresenta o recurso cabível dentro do prazo.

Nesta linha, ao réu que não recorreu, será o processo estabilizado, enquanto que ao réu que recorreu, o processo não sofrerá com a estabilização, e seguirá seu curso normalmente.

Isto ocorre, pois existe mais de uma relação jurídica, podendo cada um dos réus terem seus próprios argumentos de defesa, não ocorrendo aqui a extensão dos efeitos do artigo 345, I, Código de Processo Civil.

O artigo supracitado deve ser entendido de maneira mitigada, pois a estabilização da tutela antecipada antecedente não quer dizer expressamente que o réu confessa fictamente ser o sucumbente no processo por não se manifestar, já que pode

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. **op. cit.** p. 30.

⁵⁷ CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). **Revistas dos Tribunais Online**, [S.L], v. 247, p. 249-261, set. 2015.

ser que ele tenha realizado negócio processual com o autor para a ocorrência da estabilização, ou que no momento oportuno apresente ação de impugnação que vise revê-la.

Neste sentido, apresenta Humberto Dalla Bernadina de Pinho e José Roberto Sotero de Porto, apud Eduardo José da Fonseca Costa:

Aliás, plenamente possível a estabilização parcial da tutela, seja subjetivamente (quanto a apenas um ou alguns dos réus), seja objetivamente. O atual quadro normativo, que expressamente prevê o julgamento parcial de mérito, não deixa dúvidas a respeito. Na cumulação própria simples, nada impede que ocorra, bem como na sucessiva, quando deferidos todos os pedidos.⁵⁸

Assim, caso exista um litisconsórcio simples, poderá ser a estabilização parcial, ou seja, somente para o réu que a queira, podendo os outros recorrerem da decisão, fazendo com que o autor tenha que aditar a referida tutela.

Por fim, cumpre dizer que no caso de assistente simples, poderá apresentar recurso ante a inércia do réu, porém, caso este manifeste interesse pela estabilização, o assistente não poderá apresentar recurso, entendimento este do enunciado número 501 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis⁵⁹

4.5 Estabilização e Coisa Julgada

Não se pode confundir estabilização da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente com coisa julgada. O § 6º do art. 304, Código de Processo Civil, diz que “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a rever, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste

⁵⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 431-432 (apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina De; PORTO, José Roberto Sotero De Mello. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO: UM PANORAMA DAS PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS. Revista dos Tribunais Online, [S.L], v. 278, p. 215-233, abr. 2018)

⁵⁹ Enunciado n. 501 do FPPC: “A tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário”.

artigo.” Logo, os efeitos da estabilização somente conservarão os efeitos da tutela concedida de maneira estável.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que:

[...] após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada.⁶⁰

Assim, após o transcurso do prazo de dois anos para que o réu proponha ação autônoma que vise rever, reformar ou extinguir a decisão estabilizada, este não teria mais como atacar os efeitos da tutela estabilizada, tornando-a imutável no tocante aos seus efeitos, e não a materialidade do direito, assim também não fazendo coisa julgada material.

Portanto, a tutela estabilizada ganharia uma importância tão grande, que se tornaria até mesmo mais garantidora que a coisa julgada, uma vez que como não foi previsto no Código de Processo Civil, a ação rescisória não tem como ataca-la.

Diante da problemática que surge com a imutabilidade dos efeitos da estabilização, surgiram dois posicionamentos na doutrina processualista brasileira, sendo um que defende que o transcurso do prazo de dois anos não faz coisa julgada nunca, e outro que após o esgotamento do prazo bienal, a tutela antecipada faria coisa julgada, tendo ainda autores que defendem formar coisa julgada formal e autores que defendem formar coisa julgada material.

Segundo o primeiro posicionamento doutrinário, na estabilização da tutela provisória antecipada antecedente, não há um procedimento completo, onde todos os meios de prova se exauriram, e as partes tenham se valido do contraditório e da ampla defesa. O que acontece, na verdade, é meramente uma decisão superficial, que não se pauta no esgotamento de todos os meios cognitivos, de modo que o legislador, por bem, resolveu extinguir o processo sem resolução de mérito.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 605.

Acerca de tal posicionamento, aduz Eduardo Talamini:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita a confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada a cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5.º, L1V, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune a revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pode desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumaria (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.⁶¹

O que se estabiliza então é a concessão da estabilização, pois seu conteúdo pode ser revisto a qualquer tempo, dentro do prazo decadencial de dois anos, por meio de ação autônoma, enquanto que na coisa julgada o conteúdo se torna imutável, não podendo ser rediscutido, senão por meio de ação rescisória.

Passados dois anos da estabilização da tutela, não se poderá mais propor ação autônoma para rediscussão do feito, mas isso não quer dizer que então se trata de coisa julgada, ou que transitou em julgado. Tal prática ocorre pela segurança jurídica, para que nosso ordenamento não tenha decisões, mesmo que não discutam o mérito, que sempre poderão ser rediscutidas, conforme aponta Cassio Scarpinella Bueno:

A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão não faz com que ela transite materialmente em julgado. Há, aqui, merda coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica. Não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da “ação rescisória”, técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses.⁶²

⁶¹ TALAMINI, Eduardo. **tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da demanda urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 209, p. 28, jul. 2012.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **op. cit.** p. 263.

De maneira intermediária, Adriano Soares da Costa apresenta uma visão mais branda quanto a coisa julgada frente e tutela antecedente estabilizada, argumentando que contra a decisão da estabilização que não for impugnada por ação autônoma, faria coisa julgada formal, pautando-se na segunda corrente, sem, contudo, ser tão extremo a ponto de argumentar que a tutela antecipada antecedente faça coisa julgada material, e nunca mais possa ser revista. Conforme se segue:

[...] desde já, assento que a estabilização da tutela antecipada é sempre provisória, não se confundindo com o efeito da coisa julgada material; é dizer, não gerando uma preclusão máxima, como, aliás, prescreve o § 6º do art. 304 CPC-15. Se a parte obtém a antecipação antecedente de tutela reivindicatória, para posterior dedução integral da lide, e o réu não recorre, a decisão ficará estabilizada e o processo será extinto (§1º). Quais os efeitos que são antecipados na ação reivindicatória? O principal, executivo *latu sensu*, com baixa carga de declaratividade, dado que o que se declara nessa fase é apenas a existência dos pressupostos para a tutela de urgência. O réu terá dois anos para ingressar com a “ação” desconstitutiva da estabilidade da antecipação da tutela, findos os quais não poderá mais discutir a matéria nos mesmos autos. É dizer, a estabilização da tutela de urgência faz coisa julgada formal. Sem embargo, nada impede que o réu nessa ação ingresse com uma ação declaratória de direito de propriedade. Se se sagrar vencedor, haverá coisa julgada material da declaração do direito de propriedade, o que lhe abre caminho para uma ação de imissão na posse, cujo pedido de tutela antecipada poderá ser antecedente. Ou seja, a cognição sumária da tutela antecipada não se sobrepõe às ações plenárias que discutam o fundo do direito subjetivo um jogo.⁶³

Logo, no exemplo citado pelo autor, o que faria coisa julgada é a sentença que extingue o processo, e concede a estabilização da tutela, porém tal estabilização poderá ser revertida, em caso de outra ação que tenha uma declaração do bem, e que possa ser concedida uma nova tutela antecipada. Neste caso, a sentença que declara a posse do bem, possui cognição exauriente, se sobressaindo sobre a decisão que estabiliza a tutela, que possui uma cognição sumária.

Em contrapartida, a outra vertente deste segundo posicionamento doutrinário aduz que apesar de não estar previsto no artigo 304 expressamente, a imutabilidade da tutela antecipada antecedente alcançada no decorrer do prazo de dois anos, faria coisa julgada material, ocorrendo a coisa julgada formada tardiamente, por ter sido postergada para o final dos dois anos, como explica Bruno Garcia Redondo:

⁶³ COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P Campos; PEREIRA, Matheus Costa (Orgs.). **tutela provisória. Coleção Grandes Temas Novo CPC** – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35-36

É nesse sentido que o referido dispositivo diz que não há 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.” A referência a não formação da coisa julgada, acompanhada do advérbio “mas” conectado ao trecho seguinte, que diz que a estabilidade pode ser afastada pela ação de modificação, esclarecem que a referência que o § 6º faz (à inexistência de coisa julgada) restringe-se ao período em que a ação de modificação pode ser proposta, isto é, dentro dos 02 anos após a extinção do processo.⁶⁴

Então, ela não fará coisa julgada no prazo em que pode ser proposta a ação autônoma, porém superado este prazo, a estabilização da tutela antecipada antecedente formará coisa julgada, finalizando o autor neste sentido:

Se, dentro dos 02 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento in albis do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado o debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina coisa julgada material o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busque modificar anterior julgamento de mérito⁶⁵

No mesmo sentido entende Leonardo Greco, se pautando em uma interpretação literal do §6º do artigo 304 do Código de Processo Civil:

[...] deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 304, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 296, inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada⁶⁶

Pela literalidade da lei, não pode o juiz revogar a estabilização sem que seja requerido por meio de ação autônoma. Justamente por isso que transcorrido o prazo de dois anos faria coisa julgada.

⁶⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 6, p. 297.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 287

⁶⁶ GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015** in Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: Ano 8, Volume 14, Julho-Dezembro de 2014, p. 305-306.

Portanto, existem dois posicionamentos doutrinários distintos a respeito da estabilização da tutela antecipada antecedente e a formação ou não de coisa julgada bem como se esta formação ensejaria coisa julgada material ou formal.

Por ora, o mais acertado é que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que venha a ser estabilizada e se torne imutável, não faz coisa julgada. Todavia, não existe uma solução prática para o caso especificamente.

Conforme se apresenta, não cabe ação rescisória da tutela estabilizada, justamente por não formar coisa julgada material, uma vez que seu conteúdo não é imutável, mas sim a sentença que o estabiliza.

Assim, passado o prazo para propor ação autônoma que vise rever, reformar ou extinguir a decisão estabilizada, em virtude da segurança jurídica, não será tal decisão rediscutida, nem mesmo por ação rescisória, por clara previsão legal, sendo pacífico este entendimento e presente no enunciado Nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁶⁷

Finalmente, por todo exposto, tal decisão será imutável, mas está imutabilidade está longe de ser confundida com a coisa julgada material, uma vez que como dito, o que se torna imutável é a sentença que concede a estabilização da tutela, enquanto que a coisa julgada se forma em volta do direito material apontado na sentença terminativa pautada em cognição exauriente.

4.6 Estabilização dos Efeitos da Tutela Antecipada Antecedente Frente à Fazenda Pública

Superada a questão concernente a estabilização da tutela antecipada antecedente e a coisa julgada, cumpre observar se existe possibilidade de que os referidos efeitos possam ser aplicados também em face da fazenda pública.

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a discussão acerca da possibilidade ou não de concessão da tutela provisória frente a Fazenda caiu

⁶⁷ Enunciado n. 33 do FPPC: “Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência”.

por terra, haja vista o artigo 1059 deste referido Código aponta seu cabimento, observando os requisitos necessários para tal, *in verbis*:

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Deste modo, conforme aponta o supracitado artigo, extingue-se a discussão sobre a possibilidade da concessão da tutela frente à Fazenda Pública, delimitando sua aplicação em contorno as Leis 8437/92 e 12016/09, e conforme o enunciado número 582 do fórum permanente e processualistas civis⁶⁸, caberá a estabilização da tutela antecipada quando requerida de maneira antecedente.

Conforme aponta Fredie Didier Jr. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, as únicas limitações constantes para a concessão de tutela contra a fazenda são:

Diante disso, atualmente, fica proibida a tutela provisória contra o Poder Público que tenha como objeto: a) "a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" (art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009); b) medida "que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação" (art. 10, §3º, Lei n. 8-437/1992) - que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade (cf. art. 300, §3º, CPC), como já se disse; e, enfim, c) a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal - ressalvados a ação popular e a ação civil pública (art. 1º, §§1º e 2º, Lei n. 8.437/1992)⁶⁹

Assim, pode ser apresentada tutela antecipada e cautelar, antecedente ou incidental, em todos os casos, com ressalva os tratados acima. Porém, quando tratar-se de tutela antecipada antecedente as peculiaridades começam a surgir.

Primeiramente, é de se observar que em razão do princípio constitucional da isonomia, a Fazenda possui certas vantagens processuais, pois ela não tem condições de atuar nos prazos processuais ordinários, havendo, portanto, uma dilação

⁶⁸ Enunciado n. 582 do FPPC. Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 632

dos mesmos, dentre outras vantagens que não existem para as partes no processo, conforme aponta Leonardo Carneiro da Cunha:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes para tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da legalidade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.⁷⁰

Então, a primeira peculiaridade consiste no tratamento dado ao Ente Fazendário dentro do processo, pois a ele são garantidas prerrogativas como verdadeiras vantagens, a fim de que seja mantida a igualdade de partes.

Seguindo, é de se observar que além das vantagens dadas a Fazenda Pública, existe certa diferença no que tange ao pressuposto da inércia do réu para a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Conforme fora apontado anteriormente, para que a tutela estabilize o réu não poderá apresentar recurso ou defesa cabível. Nesta seara, observa-se que a ausência de manifestação acerca da estabilização pode ter ocorrido por dolo, culpa, ou por vislumbrar o réu que, de fato, seria a parte sucumbente no processo, assim observando o caráter monitorio da tutela, deixa de apresentar recurso, causando a estabilização.

Posto isso, é de se excluir o dolo e a culpa do Ente Fazendário que não apresente recurso, pois como observado, ele vai ser notificado para que apresente impugnação, e terá um prazo maior para tanto.

Assim, a ausência de apresentação de recurso por parte da Fazenda se dá por vislumbrar, no caso em concreto, a ilicitude de seus próprios atos, caindo por terra a regra de que os advogados públicos deveriam recorrer de todos os atos, mesmo aqueles que restassem comprovados a atuação ilícita do Ente Fazendário. Nas palavras de Ademario Araújo Castro:

⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 28.

Destaque especial deve ser dado para o "olhar" de controle sobre o ato administrativo ilegal atacado em juízo. Existe, nessa seara, um imenso espaço para aperfeiçoar a ação da Advocacia Pública como instrumento de controle. Primeiro, é preciso superar as equivocadas visões arraigadas na linha da defesa "a todo custo" ou da defesa "contra tudo e contra todos". Ademais, nesse campo, a Advocacia Pública pode contribuir de forma decisiva para a redução dos níveis de litigiosidade que chegam ao Poder Judiciário.

Importa consignar, com a ênfase devida, a missão fundamental da Advocacia Pública: sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito (interesse público primário). Isso significa que a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário. O conflito inconciliável entre as duas manifestações do interesse público resolve-se, com afastamento do secundário, em favor do primário.⁷¹

Portanto, a atuação dos procuradores estatais e federais hoje, busca o aperfeiçoamento do estado democrático de direito, vez que se defendessem as ilegalidades praticadas pela Fazenda, afim de satisfação pecuniária, estariam mitigando este estado ideal, demonstrando assim que nas situações em que existe manifesta ilegalidade do ato praticado pela administração pública, seus procuradores podem deixar de apresentar o recurso que impediria a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente.

Destarte, existe grande divergência na estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente em face dos direitos indisponíveis à Fazenda Pública, pois caso ocorresse a estabilização, estaria a Fazenda aceitando tacitamente os argumentos do autor, e assim assumindo sua culpa.

Neste sentido entende Janaína Noleto Castelo Branco:

Argumento forte para a defesa da inaplicabilidade da estabilização à Fazenda Pública seria a impossibilidade de imposição do efeito material da revelia quando são indisponíveis os interesses (art. 345, II, CPC/15). Em geral, são indisponíveis os interesses do ente público. Mesmo não sendo o recurso uma contestação (revelia é ausência de contestação), é mister reconhecer que o efeito da ausência de recurso na hipótese de concessão de tutela antecipada antecedente (estabilização) é até mais grave que o efeito da ausência de contestação (presunção de veracidade dos fatos narrados pela parte autora). Nessa perspectiva, não seriam estabilizáveis as decisões contrárias ao poder público que concedessem tutela antecipada antecedente.⁷²

⁷¹ CASTRO, Aldemario Araujo. **A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772>>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

⁷² BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A Fazenda Pública e a estabilização da tutela antecipada antecedente**. [2016]. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/375821484/a-fazenda-publica-e-a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente>>. Acesso em: 25 out. 2018.

Em contrapartida, entende Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido. [...] é evidente, e de clareza solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado.⁷³

Conforme apresenta o jurista, o interesse público se pauta na preservação e manutenção da ordem jurídica, mesmo que, a grosso modo, o interesse privado também acabe por ser um interesse público, quando protegido pela égide constitucional.

Assim, dizer somente que o interesse público torna os direitos tutelados indisponíveis, de forma a impedir que haja a estabilização, gera uma escassez argumentativa muito grande, pois é do interesse público o reconhecimento ideal de direitos, mesmo que judicialmente, assim cumprindo sua função e garantindo referido interesse.

Superada esta questão, é importante versar sobre a remessa necessária acerca da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente frente à Fazenda Pública.

A remessa necessária é a confirmação da sentença que condena a Fazenda Pública pelo Tribunal, e somente após concedida uma sentença final que ocorre esta remessa, não se pensando em remessa necessária em se tratando de uma decisão interlocutória.

Conforme dispõe Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, existem dois motivos centrais para que não haja necessidade de remessa necessária e que ela não cause entraves para a estabilização da tutela, no que se segue:

- i) em primeiro lugar, porque o duplo grau obrigatório só se refere às sentenças e a tutela provisória é usualmente concedida por meio de decisão interlocutória; e
- ii) em segundo lugar, porque sempre se admitiu a tutela provisória em face da

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 68-69.

Fazenda Pública, em situações esparsas (possessórias, mandado de segurança etc.), sem que se levantasse o óbice da remessa necessária - ao contrário, inúmeras foram as leis e inúmeros foram os institutos criados para mitigar as consequências das medidas provisórias nestas circunstâncias.⁷⁴

Na mesma linha de pensamento fundamenta Heitor Vitor Mendonça Sica sobre a necessidade de remessa necessária:

A resposta é evidentemente negativa, a começar pelo fato de que o art. 496 do novo CPC delimita o cabimento da remessa necessária para a “sentença (...) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (inc. I) e “que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal” (inc.II). Ora, a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo art. 203, §1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, §1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença não pode ser considerada propriamente proferida “contra” a Fazenda Pública-ré.⁷⁵

Por conseguinte, a sentença que concede a tutela provisória não possui o caráter necessário para que haja o reexame necessário, finalizando o Autor seu pensamento no seguinte sentido:

De resto, não custa lembrar que essa exata mesma questão permeou a discussão em torno do cabimento da ação monitória em face do Poder Público, tendo a Corte Especial do STJ decidido que “o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações”⁷⁶

Assim, conforme aponta o referido autor, o STJ já entende que o reexame necessário não é exigência ou prerrogativa da Fazenda, de modo que pode vir a ser dispensado em diversas situações, como no caso da tutela antecipada requerida em caráter antecedente que se estabiliza em face da Fazenda Pública.

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **op. cit.** p. 632-633

⁷⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela provisória”**. In: DIDIER JR., Fredie; (Coordenador Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. (Coordenadores). *tutela Provisória*. Bahia: Jus Podivm, 2016, p. 191

⁷⁶ **Ibid.**, p. 192

5 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes modificações e inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas, a possibilidade de estabilização da tutela provisória de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente.

Considera-se está uma das principais inovações do referido Código, uma vez que pode ser findado o procedimento antecedente, mantendo os efeitos da tutela por meio de uma decisão interlocutória. Uma vez o réu não impugnando a inicial precária do autor, de modo tempestivo, a tutela será estabilizada e o processo será extinto.

Buscou-se, então, ilustrar de maneira aprofundada as espécies de tutela provisória presentes no atual Código de Processo Civil, apresentando suas singularidades e características específicas para então adentrarmos na referida inovação.

Assim, concluímos que o Código de Processo Civil de 2015 estruturou de forma sistemática as espécies de tutela em seu Livro V, tornando a tutela provisória como gênero das espécies cautelares e satisfativas, que por sua vez se fundam na urgência e na evidência.

Observando as tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, concluímos que poderá ser estabilizada, mas não é qualquer uma delas que pode se operar o efeito discutido, pois como abordado, a tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente não pode ser estabilizada. Entretanto, caso seja uma tutela antecipada antecedente ela poderá devendo o autor requerer expressamente, devendo juiz determinar o aditamento da tutela antecedente. Neste aditamento, o autor reforçará a tutela final e terá a oportunidade de alterar o valor da causa, uma vez que o réu terá a oportunidade de contestar a petição inicial com as referidas modificações.

Foi apontado ainda que em se tratando de impugnação por parte do litisconsorte passivo, importante será observar qual o tipo de litisconsórcio, já que podemos encontrar o unitário e o simples.

Em caso de ser litisconsórcio unitário, o recurso de um dos réus aproveitará aos demais, enquanto que no caso de litisconsórcio simples, como nesta hipótese existem diversas relações jurídicas, o recurso de um dos réus não aproveitará aos demais, deixando que a eles a tutela se estabilize, não configurando confissão ficta, pois

aqui é patente que aos réus que tiveram a tutela estabilizada, haja a possibilidade de intentar ação autônoma para rever esta estabilização.

Vemos porém, que em relação a tutela provisória de evidência, errou o legislador ao não prever sua estabilização, vez que trata da satisfação de um direito tanto quanto a tutela de urgência antecipada, sendo que nesta modalidade de tutela provisória, o direito é mais provável que na urgência, demonstrando com mais clareza que deveria o legislador prever a estabilização também da tutela fundada na evidência, mas como não o fez, tal possibilidade inexiste no ordenamento jurídico atual.

Tratando da estabilização, fica claro que dentro do prazo decadencial de dois anos, ela poderá ser matéria de ação autônoma promovida tanto pelo autor, que busca uma cognição exauriente, quanto pelo réu, que busque rever, modificar ou extinguir.

Passado o prazo de dois anos, a tutela antecipada antecedente não poderá mais ser revista, porém, isso não quer dizer que fará coisa julgada material, uma vez que a imutabilidade da estabilização diz respeito somente a sentença que concede a tutela e não quanto ao seu conteúdo da mesma, divergindo categoricamente da coisa julgada material, que trata da imutabilidade do conteúdo da sentença, não cabendo também o ajuizamento de ação rescisória.

Neste sentido, parte da doutrina entende que não seria mais possível rever de forma alguma, independente de fazer coisa julgada ou não, enquanto que outra parte da doutrina afirma que se fosse intentada outra ação versando sobre o direito material estabilizado, dentro do prazo prescricional ou decadencial deste, o direito material em si poderia ser reanalisado, não se tratando neste caso de ação autônoma ou rescisória.

De sorte, ao tratar da coisa julgada, é patente observar que a doutrina se encontra cindida no sentido de que parte dela entende que a estabilização não faz coisa julgada formal ou material, e neste sentido o direito ainda poderia ser atacado, mas uma outra parte da doutrina entende que faria sim coisa julgada, tendo aqueles que defendem ser coisa julgada formal, pois a matéria pode ser fruto de outra ação mas nunca em relação ao mesmo processo, bem como aqueles que entendem fazer coisa julgada material, sendo esta coisa julgada somente postergada pelo prazo de dois anos, superado este prazo, a coisa julgada material se formaria frente a estabilização da tutela.

Após superar a questão da coisa julgada, tratou-se da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente frente à Fazenda Pública, fato que gera muitos questionamentos, pois ela possui diversas prerrogativas, que configuram verdadeiras vantagens processuais, além de que de acordo com a indisponibilidade do direito e a remessa necessária, alguns doutrinadores entendiam que não seria possível a estabilização, fato este já pacificado, inclusive por um enunciado do fórum permanente de processualistas civis, de modo que a tutela antecipada antecedente poderá sim se estabilizar perante à Fazenda Pública, evitando uma continuidade desnecessária no processo.

Por fim, depois de observar que muito se debate acerca da estabilização, espera-se que todos os atores do processo façam uso dos dispositivos a eles disponíveis, especialmente no que tange a tutela provisória e urgência antecipada requerida em caráter antecedente, que torne o processo mais célere e efetivo e que, conforme apresentado, a estabilização não seja um tema complexo, mas sim de grande efetividade para o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (orgs.). procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada – Vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Novo código de processo civil anotado**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2016.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**, Malheiros Editores, 4ª Ed./2006
- BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A Fazenda Pública e a estabilização da tutela antecipada antecedente**. [2016?]. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/375821484/a-fazenda-publica-e-aestabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente>>. Acesso em: 25 out. 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**, 1. ed. Campinas: Editora Minelli, 2001.
- CASTRO, Aldemario Araujo. **A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10772>>. Acesso em: 25 out. 2018.
- CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização**. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Coleção grandes temas do novo CPC - v.6 - Tutela Provisória. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CIANCI, Mirna. **A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)**. Revistas dos Tribunais Online, [S.L], v. 247, set. 2015.

COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: Costa, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016 p. 431-432 (apud PINHO, Humberto Dalla Bernardina De; PORTO, José Roberto Sotero De Mello. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO: UM PANORAMA DAS PRINCIPAIS QUESTÕES CONTROVERTIDAS. Revista dos Tribunais Online, [S.L], v. 278, p. 215-233, abr. 2018)

_____. PEREIRA, Mateus Costa; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. (Coordenadores). **Tutela Provisória.** Bahia: Jus Podivm, 2016.

_____. **Tutela de evidência no Projeto de novo CPC - uma análise de seus pressupostos. O futuro do Processo Civil no Brasil - uma análise crítica ao projeto de novo CPC.** Belo Horizonte: Forum, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo.** 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 5 ed. Salvador: Jus Podivm, v.2. 2010

_____. **Curso de Direito Processual Civil.** 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

_____. **Curso de Direito Processual Civil.** 10ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

FREZZA, Taísa Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luíz de. Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada? **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos.** Vol. 49. N. 64. P. 153-219. Bauru: EDITE, Jul – Dez/ 2015.

FUX, Luiz, **Tutela de Segurança e Tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada),** ed. Saraiva, São Paulo, 1996.

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015.** In: DIDIER JR, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada – vol. 4. 2ª ed. Salvador:

Juspodvm, 2016

_____. **Doutrina selecionada. procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**: Volume 4. Coleção Novo CPC. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1993.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015. V.2.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único – 8. ed.** Salvador: Ed. Juspodvm, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**. 1ª ed. Vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo. São Paulo: RT, a40, v.244. Jun.2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/73 ao CPC/15**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RUANOBA, Sebastian Watenberg, **Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 148, p. 321-352. São Paulo: RT, Jun/2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela provisória”**. In: DIDIER JR., Fredie; (Coordenador Geral). COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. (Coordenadores). **Tutela Provisória**. Bahia: Jus Podivm, 2016.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. V.I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da demanda urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 209, p. 28, jul. 2012.

THEODORO Jr, Humberto. **Curso de direito processual civil. Processo de execução e processo cautelar**. V. II, 21ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Rodrigues Luiz e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.