

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

BRUNO HENRIQUE OLMO DE OLIVEIRA

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: EFEITOS NA
PRÁTICA FORENSE E PONTOS CONTROVERSOS**

**CURITIBA
2018**

BRUNO HENRIQUE OLMO DE OLIVEIRA

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: EFEITOS NA
PRÁTICA FORENSE E PONTOS CONTROVERSOS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Ruy Alves Henriques Filho

CURITIBA

2018

BRUNO HENRIQUE OLMO DE OLIVEIRA

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: EFEITOS NA
PRÁTICA FORENSE E PONTOS CONTROVERSOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____
Prof. Ruy Alves Henriques Filho

Prof. Membro da Banca

Curitiba, ___ de _____ de 2018.

RESUMO

O presente trabalho objetiva um estudo acerca do novel instituto processual consistente na estabilização da tutela antecipada antecedente, advindo com a promulgação do CPC-2015. Análise da aludida matéria se mostra necessária na medida em que a inclusão do referido Instituto Processual no Ordenamento Jurídico brasileiro é por demais recente e ainda pairam dúvidas, no meio jurídico, acerca da sua aplicabilidade e eficácia na *práxis* forense. Outrossim, de uma leitura sumária dos artigos que disciplinam a matéria concernente à Estabilização (artigos 303 e 304), percebe-se que houve evidente omissão legislativa acerca de situações processuais relevantes e que necessitavam de regulamentação, o que enseja, conseqüentemente, fervorosas discussões no meio jurídico. Diante disso, o presente trabalho se presta a explicar, por meio de levantamentos bibliográficos, acerca dos pontos controversos do referido Instituto, as principais vantagens e críticas a respeito deste e qual será a sua aplicabilidade prática na realidade do judiciário brasileiro, além de se conceituar e explicar a respeito das tutelas provisórias regulamentadas no Capítulo V, parte geral, do CPC, notadamente as tutelas de urgência a que a Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente é vinculada.

Palavras-chave: Novo CPC, estabilização da tutela antecipada antecedente e tutela provisória.

LISTA DE SIGLAS

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

CPC - Código de Processo Civil

SUMÁRIO

RESUMO	4
LISTA DE SIGLAS	5
1 INTRODUÇÃO	8
2 TUTELA PROVISÓRIA	10
2.1 HISTÓRIA – NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS NUMA PERSPECTIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	10
2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS INSTITUTOS	15
2.3 CONCEITO LEGAL DE TUTELA PROVISÓRIA	18
2.4 CLASSIFICAÇÕES DAS TUTELAS PROVISÓRIAS	19
2.4.1 Quanto à Fundamentação – Da Urgência ou da Evidência	20
2.4.2 Quanto à Natureza - Tutela Antecipada e Cautelar	22
2.4.3 Quanto ao Momento da Concessão – Incidental ou Antecedente	23
2.5 CARACTERÍSTICAS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS	24
2.5.1 Sumariedade da Cognição	25
2.5.2 Precariedade	25
2.5.3 Inaptidão para Formar Coisa Julgada	26
2.6 TUTELA PROVISÓRIA COMO FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO CIVIL	26
2.7 COMPETÊNCIA	27
2.8 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE OFÍCIO	28
3 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA	31
3.1 CLASSIFICAÇÃO	31
3.2 REQUISITOS GERAIS PARA A CONCESSÃO – <i>FUMUS BONI IURIS</i> E <i>PERICULUM IN MORA</i> (“TEORIA DA GANGORRA”)	31
3.3 PRESSUPOSTO ESPECÍFICO – REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA E POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO	34

3.4 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA – “ZONAS CINZENTAS”....	36
4 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	38
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA CAUTELAR.....	38
4.1.1 Cautelares Típicas e Atípicas.....	38
4.1.2 O Poder Geral de Cautela.....	39
4.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA.....	40
4.3 CARACTERÍSTICAS COMUNS À TUTELA CAUTELAR E A TUTELA SATISFATIVA	41
4.3.1 Provisoriedade	41
4.3.2 Revogabilidade.....	41
4.3.3 Sumariedade da Cognição	41
5 DA DEFINIÇÃO, PROCEDIMENTO E EFEITOS PRÁTICOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	42
5.1 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS .	42
5.2 DA JUSTIFICAÇÃO TEÓRICO-FILOSÓFICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	42
5.3 A SIMPLIFICAÇÃO E AUTONOMIA DA TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO AO PEDIDO PRINCIPAL	43
5.4 DO PROCEDIMENTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	45
5.4.1 Pressupostos para Ocorrência da Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente	45
5.4.2 Da Impossibilidade de Estabilização da Tutela Cautelar.....	48
5.4.3 Da Impossibilidade de Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Incidental.....	49
5.4.4 Da Legitimidade e Postulação.....	51
5.4.5 Da Apreciação Judicial	56
5.4.6 Das Atitudes do Réu Frente ao Deferimento da Tutela Antecipada	60
5.4.6.1 Inércia do réu – ampliação das hipóteses de impugnação à estabilização – análise do artigo 304, <i>caput</i> , do CPC.....	63

5.4.7 Da Não Obrigatoriedade do Aditamento	65
5.4.8 Da Incompatibilidade entre a Estabilização e o Aditamento da Inicial.....	66
5.4.9 Da Possibilidade de Revisão, pelo Julgador, da Decisão Estabilizada, em Face de sua Precariedade. Preclusão <i>Ad Judicia</i> ?	68
5.5 DA AÇÃO AUTÔNOMA PARA A REVISÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	69
5.5.1 Do Ônus da Prova na Ação Autônoma	73
5.5.2 Possibilidade de Ajuizamento de Ação Autônoma mesmo Após o Transcurso do Prazo Estabelecido no § 5º do artigo 304 do CPC.....	75
6 OUTROS PONTOS CONTROVERSOS RELATIVOS À ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.....	82
6.1 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E REEXAME NECESSÁRIO	82
6.2 ESTABILIZAÇÃO CONTRA TUTELA ANTECIPADA JÁ ESTABILIZADA (ESTABILIZAÇÃO SUCESSIVA)	84
6.3 PARALELO ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A AÇÃO MONITÓRIA.....	86
6.3.1 Da Aplicação Subsidiária das Regras Atinentes à Ação Monitória (Honorários Advocatícios e Custas), em Razão da Hiporregulação Legislativa a Respeito da Estabilização	87
6.3.2 Possibilidade de Estabilização contra a Fazenda Pública.....	90
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	92

1 INTRODUÇÃO

O CPC/2015 trouxe, ao processo civil brasileiro, um novo vetor pautado na garantia de uma maior efetividade e funcionalidade ao processo, criando, de forma inédita, para tal desiderato, entre vários institutos, a tutela antecipada antecedente.

A tutela antecipada sempre foi entendida como uma medida para a prestação jurisdicional adequada, célere e efetiva. Agora, com a entrada em vigor do novo CPC no ano de 2016, a tutela que antes somente poderia ser requerida e concedida de forma incidental (no bojo do processo principal), pode, também, ser prestada de forma antecedente e autônoma em relação ao pedido principal (mérito), podendo, ainda, caso não impugnada pelo recurso cabível (em regra Agravo de Instrumento), estabilizar-se e produzir efeitos extraprocessuais.

A tutela antecipada antecedente é entendida como a tutela de urgência (concedida quando presentes os requisitos do *fumus bonis juris* e do *periculum in mora*) requerida de forma precedente ao pedido principal (mérito) e que, uma vez concedida e não impugnada pelo réu, acaba se estabilizando, mantendo, portanto, os seus efeitos por prazo indeterminado, mesmo depois de extinto o feito em que foi concedida.

Tal novidade legislativa, sem dúvida, acarretará maior efetividade ao processo, notadamente naqueles casos em que o demandante não necessita de uma tutela definitiva e o demandado não demonstra interesse em discutir o mérito, acarretando a desnecessidade de estender o feito para uma cognição exauriente e plena. A tutela "estabilizada", nesse caso, resolverá a crise do direito material do caso concreto, papel que é fundamental da jurisdição, sem a discussão do mérito propriamente dito e, mormente, sem a necessidade de se esperar todo o trâmite processual ordinário para tanto.

O jurisdicionado busca, na realidade, uma tutela provisória que enseje a imediata execução, pouco importando se fundada em cognição sumária ou exauriente. Não se tolera mais uma demora injustificada na prestação jurisdicional. Nesse contexto que surge, com o advento do novo CPC, a estabilização da tutela antecipada antecedente, para, no final das contas, conceder ao jurisdicionado uma tutela provisória "qualificada" pela estabilização, consistente em manter os efeitos

da decisão para além do processo em que foi concedida, quando a parte *ex adversa* mantém-se inerte em querer discutir o mérito da questão decidida.

A questão que se levanta, no entanto, diz respeito a quais os limites da estabilização ou mesmo se o procedimento e seus efeitos estão regulamentados a contento pela legislação processual. A resposta a esse último questionamento, há, contudo, de ser negativa. São várias as controvérsias a respeito dessa inovação legislativa, tanto na Jurisprudência, quanto na Doutrina. Tanto é verdade que o ilustre mestre Heitor Vitor Mendonça Sica desenvolveu artigo enigmático sobre o tema, denominado "Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada 'Estabilização da Tutela Antecipada'", em que identifica vários problemas que a sua aplicação poderá trazer e propõe, desde logo, várias soluções concretas a respeito.

As circunstâncias anteriormente aduzidas demonstram que, "nem de longe", o novel instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente é objeto de entendimento pacífico na Doutrina e na Jurisprudência. Em razão da relevância prática do tema concernente à estabilização, o qual poderá, caso seja bem utilizado pelos jurisdicionados, desafogar os incontáveis processos que abarrotam o Judiciário Brasileiro e principalmente pela sua controvérsia, demonstra-se relevante e necessário um estudo aprofundado e uma nova abordagem para se entender e definir, de forma conclusiva e indene de dúvidas, quais são os limites, efeitos e o procedimento do que se entende por estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em síntese, se pretende, com o presente trabalho, apresentar, por meio de levantamentos bibliográficos, os conceitos de tutela provisória e realizar um estudo minucioso acerca da estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente, analisando-se, de forma exaustiva, as disposições contidas nos artigos 303 e 304, do CPC, que dispõem quanto ao procedimento para a sua concessão e as principais problemáticas que podem advir na prática forense.

2 TUTELA PROVISÓRIA

2.1 HISTÓRIA – NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS NUMA PERSPECTIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Promovendo-se uma análise histórica da ciência Processual Civil, depreende-se que a aludida matéria promoveu, por meio de seus principais pensadores, a paulatina reivindicação, principalmente com o advento da Escola Processual Italiana do início do século XX, de uma autonomia em relação a outras ciências do Direito. Dito de outro modo, tais pensadores queriam, de forma definitiva, desvencilhar o processo do direito material, dando-lhe o status de ciência autônoma, com seus institutos, regras e princípios próprios, bem como merecedora de especial atenção pelo estudioso do Direito.¹

Percebe-se que o que se queria, unicamente, era uma absoluta autonomia da Processo Civil como matéria própria na Ciência do Direito. Ocorre que, por se levar ao extremo as consequências de tal pensamento, o processo civil começou a ganhar um ar de absoluta “neutralidade” em relação ao direito material e suas respectivas necessidades.² Pensamento, aliás, que era defendido ferrenhamente pela Escola Italiana clássica.

Resumidamente, com a consolidação de tal pensamento, percebia-se o processo como um fim em si mesmo, não sendo vinculado, de nenhuma maneira, ao direito que era perseguido pelo postulante.

Não tardou para que os processualistas modernos percebessem que este pensamento limitado consistente na separação irrestrita do processo com o direito material não acarretaria ao Jurisdicionado nenhum benefício, ao revés, somente lhe ocasionara única e exclusivamente malefícios.

Como bem pontua Luiz Guilherme Marinoni, houve, nesse caso, uma evidente confusão entre autonomia científica, instrumentalidade do processo e

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015. p. 195.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência**. 1.ed. São Paulo: RT, 2017. p. 21.

neutralidade do processo com o direito material. Explica-se, o processo pode manter, sem maiores problemas, a sua autonomia científica em relação à outras matérias, mas não há como negar que este, em sua essência, possui natureza instrumental, de modo que não cabe a ele ser completamente indiferente em relação ao direito material perseguido e à realidade da vida, devendo, em verdade, sempre estar atento às necessidades dos direitos.³

Cumpre assinalar, ainda, que o próprio Ordenamento Jurídico, ao prever os direitos dos cidadãos, deve ter em mãos um instrumento eficaz para garanti-los. Tal instrumento é, por excelência, o processo⁴, uma vez que é vedada, pelo Ordenamento Jurídico pátrio, a autotutela, salvo em raríssimas situações predefinidas em lei.

Levando-se em conta tais pensamentos e, mormente, a necessidade de conferir uma tutela adequada aos direitos dos jurisdicionados, o processo começou a ser entendido como um instrumento para consecução dos direitos dos cidadãos, deixando de ficar alheio às crises do direito material.

Em relação à aludida instrumentalidade do processo, arremata, com maestria, o professor Luiz Guilherme Marinoni:

No estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de entender as necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais.⁵

Todavia, na atual sistemática do Processo Civil, principalmente aplicando-se à realidade do Judiciário Brasileiro, percebeu-se que, além de garantir os direitos do cidadão por meio do processo, deve tal garantia ser efetiva e, acima de tudo, tempestiva⁶.

³ MARINONI, 2017, p. 22.

⁴ MARINONI, loc. cit.

⁵ MARINONI, loc. cit.

⁶ Nesse sentido, defende Humberto Theodoro Jr.: “No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a tutela ao direito material envolvido em crise de efetividade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 613).

Denota-se, no entanto, que a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva encontra obstáculo na própria ideal do processo, entendido como um procedimento legalmente previsto para proporcionar às partes um efetivo debate acerca do direito *sub judice*. Tal discussão, no entanto, para obter uma decisão judicial segura a respeito, demanda necessariamente tempo, o que acaba ocasionando, por mais das vezes, uma prestação jurisdicional morosa.

Tal problemática pode ser explicada da seguinte maneira, nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

A relação entre tempestividade e efetividade é evidente e restaria supérfluo insistir nessa obviedade. O processo trava uma constante luta contra o tempo, obtemperando entre 'segurança' e 'celeridade', visando ao equilíbrio entre essas duas forças, numa tentativa de encontrar melhor solução possível ao caso concreto. É desse encontro de forças, aliado à busca, no plano processual, da exata realização de tudo aquilo que é garantido pelo direito material, que resulta a efetividade do processo.⁷

Conclui, ainda, o referido autor, nos seguintes termos:

Contudo, o propalado equilíbrio não é simples de se alcançar, podendo-se afirmar que, no mais das vezes, se a justiça é rápida, não há decisão segura; se, ao revés, a decisão for segura, não haverá justiça rápida. Se, por um lado, é inescusável que o processo deve durar o tempo necessário para que haja o amadurecimento da síntese e da antítese trazidas pelo autor e pelo réu, permitindo-lhes amplo direito de defesa, o pleno exercício do contraditório e, bem assim, a oportunidade de produzirem provas e de interpirem recursos contra as decisões que lhes forem desfavoráveis, de outro, não se pode deixar de considerar que o tempo necessário para que o processo se desenvolva com pleno respeito a tais garantias acima, muitas vezes, na inutilidade da decisão ou, na melhor das hipóteses, num dano evidente àquele que buscava a tutela jurisdicional.⁸

Constata-se, portanto, que há uma linha tênue entre segurança e efetividade da decisão. A segurança deve ficar assegurada pelo próprio juiz, de modo que não pode proferir decisões que influenciem na esfera jurídica dos jurisdicionados sem um conhecimento razoável sobre as condições da causa sob julgamento, sob

⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 68.

⁸ RIBEIRO, loc. cit.

pena de ocorrer verdadeiras injustiças. A efetividade, contudo, vai no plano diametralmente oposto, uma vez que, ao se assegurar uma segurança exacerbada na causa, necessariamente se necessitará de mais tempo para o amplo debate (pleno contraditório), fazendo com que a efetividade fique em segundo plano.

Questão importante de trazer à baila, no momento, diz respeito aos efeitos deletérios que o tempo de tramitação dos feitos pode acarretar ao demandante, uma vez que a demora na obtenção da tutela jurisdicional, por si só, já lhe acarreta danos⁹, somente beneficiando, de outro lado, o réu que, em geral, não tem razão.¹⁰ Tal assertiva pode ser ilustrada do seguinte modo:

[...] É impossível fechar os olhos à realidade: de um lado, o autor deseja, por meio de um processo, a obtenção do bem da vida a que julga ter direito; de outro, o réu que se opõe a tal pretensão tem interesse na conservação da situação que o autor pretende modificar. Não se nega que o réu possa ter interesse na obtenção da tutela para pacificar a discussão quanto ao bem da vida em litígio, porém seu é menor que o do autor, na medida em que enquanto a discussão judicial se prolonga, a fruição do bem da vida em jogo continua com o réu.¹¹

Ao encargo suportado pela parte que detém o direito, mas necessita o regular andamento do processo para vê-lo reconhecido pelo Poder Judiciário, convencionou-se chamar Ônus do Tempo no Processo, que sempre recai, numa demanda judicial, sobre alguma das partes.

É indubitoso que um processo judicial sempre demandará tempo razoável para que seja prestada a tutela jurisdicional, pois, para se garantir, de forma efetiva e concreta, aos demandantes, os princípios do contraditório e ampla defesa, tão requisitados num Estado Democrático de Direito, é necessária uma discussão ampla que, logicamente, requisitará tempo.¹²

⁹ RIBEIRO, 2016. p. 69.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipada, julgamento antecipado e execução imediata de sentença**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 20-22.

¹¹ RIBEIRO, loc. cit.

¹² Em igual sentido, Fredie Didier Jr. preleciona: “A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir imediatamente.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.

A questão que se coloca em pauta diz respeito se é justo àquele que detém, pelo Ordenamento, o direito reconhecido, suportar todo o trâmite processual para, somente ao final da demanda, ver reconhecido o seu direito. A resposta a tal indagação há de ser negativa. Não é justo que a parte fique desamparada pelo direito, enquanto que a parte contrária, despida de razão, goze dos benefícios da demora da prestação jurisdicional.¹³ Ademais, não há como olvidar que a própria demora pela prestação jurisdicional, em si, já acarreta danos e frustrações ao autor da demanda.

Foi principalmente em vista dessa situação aventada que os processualistas começaram a entender que era necessária uma tutela diferenciada para a proteção dos direitos, levando-se em conta, também, os efeitos deletérios que o tempo do processo pode causar ao jurisdicionado.¹⁴ Percepção já empreendida, aliás, pelo professor Ovídio Baptista, em célebre obra do ano de 1987, *in litteris*:

A maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de tutela diferenciada, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou, deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o “assegure”, proclamando-se, uma vez mais, a função eminentemente “instrumental” do processo.¹⁵

Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Jus podivm, 2016. p. 643).

¹³ Esse racional também é defendido por Leonardo Ferres da Silva: “Além disso, seria ingenuidade supor que a morosidade da tramitação dos processos não interessa a ninguém. É óbvio que a perpetuação da lide interessa àqueles que não têm interesse no cumprimento das normas, àqueles que, em última análise, não tem razão. Se é certo que em muitos casos o réu tem interesse em provar que o autor não tem razão no que alega, também é claro noutras tantas ou mais numerosas hipóteses, o interesse do réu reside em simplesmente gozar do *status quo* o máximo de tempo possível, sabedor da inevitável solução final em seu desfavor.” (RIBEIRO, 2016, p. 70).

¹⁴ Conclusão a que chega o professor Fredie Didier Jr., sintetizando a problemática nos seguintes termos: “O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e, na ii) razoabilidade da escolha de quem arcará com o ônus do passar do tempo necessário para a concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc.cit.).

¹⁵ SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil.** Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 98.

A indicada “tutela diferenciada” refere-se, ao que se entende hoje, no Código de Processo Civil de 2015, por “Tutela Provisória”.

Percebe-se, diante disso, que a tutela provisória, como técnica processual de antecipação ou conservação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, surgiu para contornar, de maneira efetiva, a morosidade da justiça e para conceder uma tutela adequada e efetiva, invertendo-se, por mais das vezes, o ônus do tempo no processo, quando se demonstrar necessário.¹⁶

Constitui-se, portanto, como uma das principais finalidades da tutela provisória, abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição, garantindo ao demandante a possibilidade de gozo imediato de efeitos que somente poderiam ser concedidos ao final do processo, quando realizada a cognição exauriente.¹⁷

Surge a tutela provisória, também, como instrumento para a repartição do peso do tempo entre as partes, afastando as situações em que somente o demandante arque com ele.¹⁸

É, nesse contexto apresentado, que deve-se conceituar e compreender o que se entende por tutela provisória.

2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS INSTITUTOS

Consoante exposto alhures, o novo CPC, ao tratar da tutela provisória, inovou, de forma positiva, ao tratar de todo o regime jurídico a ela concernente num livro único dedicado. Assim, dispôs sobre o gênero “tutela provisória” e suas

¹⁶ Nesse diapasão, necessária a transcrição da precisa lição de Humberto Theodoro Júnior: “Mas, há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como está, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. Criam-se, então técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da Tutela da Justiça.” (THEODORO JÚNIOR, 2017. p. 614).

¹⁷ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 644.

¹⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.

espécies “tutela de evidência” e “tutela de urgência”, subdividindo-se essa última em “tutela antecipada” e “tutela cautelar”.

As tutelas provisórias, por constarem no livro V da Parte Geral do CPC, podem ser concedidas tanto no processo de conhecimento (nos procedimentos especiais inclusive), quanto nos de execução, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

No CPC de 1973 admitiam-se três grandes espécies de provimentos jurisdicionais, como bem leciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *in verbis*:

[...] o de conhecimento, destinado a dar ao julgador os subsídios necessários para que pudesse emitir o julgamento, pronunciando a lei do caso concreto; o de execução, voltado para a satisfação do direito do credor, quando o devedor não cumpria voluntariamente a obrigação consubstanciada em título executivo; e o cautelar, sempre acessório, destinado a proteger os outros tipos de provimento ameaçados pela demora do processo.¹⁹

O pensamento científico da ciência processual civil exigia que, para cada provimento jurisdicional requerido, era necessário um processo autônomo para a sua consecução, de modo que era impossível, na sistemática anterior, requerer uma tutela cautelar no bojo do processo de conhecimento ou mesmo no de execução. Demonstrava-se necessária uma ação cautelar autônoma para garantir o respectivo processo. E, não se admitia, ainda, o requerimento da tutela antecipada genérica, sendo que somente poderia ser concedida se houvesse previsão legislativa expressa autorizando o seu provimento no bojo dos procedimentos especiais, como era o caso, *verbi gratia*, das ações possessórias, embargos de terceiro, etc.²⁰

Papel fundamental para a evolução e o desenvolvimento do Processo Civil brasileiro teve a Lei n°. 8.952/1994, que alterou o artigo 273 do CPC, incluindo, no Ordenamento Jurídico, a possibilidade de requerimento e concessão de tutela

¹⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. In: LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Civil Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 346.

²⁰ GONÇALVES, loc. cit.

antecipada (satisfativa) genérica, em qualquer processo e procedimento, desde que preenchidos os requisitos gerais estabelecidos naquele artigo.²¹

Desse modo, coexistiam, no sistema jurídico, dois tipos de tutela provisória, a cautelar e a satisfativa. Contudo, em razão do procedimento diferenciado de ambas, era indispensável uma diferenciação estanque entre elas, uma vez que a tutela cautelar deveria, por disposição expressa do Código, ser requerida em ação autônoma, enquanto que a tutela satisfativa poderia ser solicitada, sem problemas, no bojo da ação principal.²²

Tal diferenciação entre as tutelas causou, na doutrina e na jurisprudência, elevadas discussões para conceituar em cada caso concreto qual tipo de tutela que deveria ser requerida. A prática, aliás, demonstrava que a propalada diferenciação entre as tutelas acarretava ao jurisdicionado incalculáveis prejuízos, considerando a dissonância de entendimentos de magistrados sobre a classificação da tutela provisória – se cautelar ou antecipada – numa mesma situação fática, ocasionando, no mais das vezes, a extinção do feito pela inadequação da via eleita, num evidente e desnecessário formalismo exacerbado.

Situação esta que pode ser bem ilustrada pelo mestre Lúcio Delfino:

Não raro, ingressava-se com ações cautelares que acabavam extintas, sem apreciação de mérito, porquanto o entendimento do magistrado (ou tribunal) destoava-se daquele talhado na petição inicial; acreditava o julgador que se tratava aquele pedido de antecipação de tutela e não propriamente de um acautelamento. A situação inversa também não era incomum. [...] Em tais casos – não seria exagero afirmar – o jurisdicionado efetivamente participava de verdadeiro jogo de azar, como se entretendo de um passatempo estivesse desejando avidamente que os “números sorteados” correspondessem ao “bilhete” retratado em sua petição inicial. Se infelizmente o jogador, apenas outra tentativa lhe restaria, devendo adquirir – e, em regra, pagar por ela (despesas com processo e honorários advocatícios) – nova possibilidade de jogo, rogando, agora, por melhor sorte.²³

Problemática essa que ocasionou a edição da Lei nº. 10.444/2002, alterando a redação do artigo 273 do CPC, que passou a admitir ao magistrado, ainda que

²¹ GONÇALVES, loc. cit.

²² GONÇALVES, 2016, p. 347.

²³ DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005. p. 187-220.

tivesse sido postulada a tutela antecipada, conceder, se entendesse mais apropriado, uma tutela cautelar, no bojo do processo principal.²⁴

Com a referida novidade legislativa, tornou-se completamente desnecessária e irrelevante a diferenciação da tutela antecipada para a cautelar, haja vista que o legislador adotou a fungibilidade entre ambas.

Se já era despicienda a discriminação entre ambas as tutelas no CPC anterior, quanto mais agora, com o advento do novo CPC, considerando que o legislador, neste último diploma legal, passou a discipliná-las em conjunto, como espécies do mesmo gênero, não havendo que se falar, tampouco, em fungibilidade, já que ambas passaram a compor o gênero único das tutelas provisórias.²⁵

2.3 CONCEITO LEGAL DE TUTELA PROVISÓRIA

A palavra “tutela” induz à ideia de proteção ou amparo de algum objeto/desiderato. Ao passo que a tutela jurisdicional, nos dizeres do professor Marcelo Abelha:

Se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre a relação material – em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor ‘de quem tem razão’ (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento.²⁶

Em seu turno, a tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória. Fredie Didier Júnior conceitua a tutela definitiva como:

²⁴ GONÇALVES, loc. cit.

²⁵ GONÇALVES, 2016, p. 347.

²⁶ ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 421.

Aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.²⁷

A tutela provisória, a seu passo, “é a tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária.”²⁸ Pelo exposto, a tutela provisória, fundada em cognição sumária, concede os efeitos práticos da tutela final antes de ocorrer uma cognição exauriente no processo que lhe confere a definitividade.²⁹

Aliás, a finalidade da tutela provisória é

Ou afastar o perigo a que está sujeita a tutela jurisdicional definitiva, ou redistribuir os ônus da demora na solução do processo, quando o direito tutelado for evidente, o que ela alcança ou por meio da antecipação dos efeitos da sentença, ou pela adoção de uma medida protetiva, assecurativa, que visa não satisfazer, mas preservar o provimento final.³⁰

Dito isso, não há, no âmbito legal, uma definição expressa do que se entende por tutela provisória. Na realidade, nem caberia ao legislador fazê-lo. Seria muita pretensão sua conceituar, de forma precisa e estanque, o referido instituto. Por isso, resolveu prever no Código, de maneira acertada, somente as formas como ela pode ser concedida e as naturezas que pode ter, deixando ao intérprete o papel de formular sua a conceituação.³¹

2.4 CLASSIFICAÇÕES DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

A tutela provisória, diante de sua evidente importância, pode ser classificada e estudada em três diferentes dimensões, cada qual com seu regime jurídico

²⁷ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 637.

²⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 637.

²⁹ No mesmo sentido, Marcus Vinicius Rios Gonçalves aduz, nos seguintes termos: “É inequívoco que ela (tutela provisória) é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada”. (GONÇALVES, 2016, p. 348).

³⁰ GONÇALVES, loc. cit.

³¹ Ibid., p. 347.

próprio, classificando-se pela sua natureza, fundamentação ou momento em que é requerida. Quanto à natureza, pode ser antecipada (satisfativa) ou cautelar (não satisfativa), em relação à fundamentação, de urgência ou de evidência; e no que se refere ao momento de sua concessão, antecedente ou incidental.³²

Vejamos cada uma delas detidamente.

2.4.1 Quanto à Fundamentação – Da Urgência ou da Evidência

A presente classificação leva em conta os fundamentos que foram usados pelo juiz para a concessão da tutela provisória.

A tutela provisória, como já apontado alhures, é subdividida em tutela de urgência e de evidência.

Tutela de urgência, como bem define o *caput* do artigo 300 do CPC, é fundada, necessariamente, em “probabilidade do direito” e o “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo”. Alicerçada, portanto, em outras palavras, nos famigerados *Fumus bonis iuris* e *Periculum in mora*.

Tal tutela (urgência) é gênero em que são espécies a tutela antecipada (satisfativa) e cautelar.

Diferentemente da tutela de urgência, a tutela da evidência prescinde, para a sua concessão, do *periculum in mora*, podendo ser deferida desde que presente uma das quatro situações taxativamente previstas no artigo 311 do CPC.³³

Com lucidez e precisão que lhe é própria, Alexandre Câmara conceitua a tutela de evidência como:

³² GONÇALVES, 2016. p. 348.

³³ Art. 311, CPC: “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 documental 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.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

Uma *tutela antecipada não urgente*, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora*. Está-se, aí, pois, diante de uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura *evidente* (isto é, dotada de probabilidade máxima) a existência do direito material.³⁴

A tutela, por conseguinte, é concedida, independentemente do perigo da demora, uma vez que o direito do demandante demonstra-se, como o próprio nome já pode induzir, evidente face aos elementos contidos no processo. Daí se extraindo que “há um alto grau de probabilidade do direito substancial alegado, o que gera menor perigo de dano, ou seja, há um *fumus boni iuris* qualificado.”³⁵

O objetivo da aludida tutela, desse modo, não é

Propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a *injustiça* suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário. Se o processo democrático deve ser *justo*, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da *tutela sumária da evidência*: favorece-se a parte que à evidência tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada.³⁶

Destarte, torna-se indispensável, para a distinção das tutelas de urgência para as da evidência, a aferição da necessidade (ou não) da presença do pressuposto do *periculum in mora* para a concessão da medida.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 166.

³⁵ LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil: Sistematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 259.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, 2017. p. 615.

2.4.2 Quanto à Natureza - Tutela Antecipada e Cautelar

Superada a classificação anterior, tem-se, como consectário lógico, a análise da presente separação.

Tal classificação (quanto à natureza) analisa o conteúdo da tutela provisória concedida. Se vai antecipar provisoriamente a satisfação ou a cautela do direito afirmado.

A tutela antecipada, ou também chamada de satisfativa, visa a satisfação, total ou parcialmente, do direito material perseguido pelo requerente³⁷, antecipando a eficácia da decisão que somente seria concedida ao final da demanda.³⁸ Pretende, portanto, satisfazer o próprio bem da vida objeto da demanda.³⁹

A tutela cautelar, em seu turno, visa a proteção do bem da vida perseguido, conservando a própria integridade do processo, sem, contudo, pretender a satisfação do direito.⁴⁰ Objetiva, na realidade, a garantia da futura satisfação do direito material deduzido.⁴¹ Para Didier:

A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva não satisfativa; e é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.⁴²

Haroldo Lourenço, sintetizando ambas as tutelas, proclama nos seguintes termos:

³⁷ LOURENÇO, 2017. p. 248.

³⁸ Nesse sentido, pertinente a lição de Leonardo Ribeiro, *in verbis*: “Com efeito, a antecipação de tutela deve ser entendida como a possibilidade de precipitação dos efeitos da tutela jurisdicional ou, noutras palavras, o adiantamento dos efeitos de um futuro provimento de mérito, permitindo a fruição imediata, pelo autor, daquilo que só teria possibilidade de gozar após um longo percurso processual e de tempo: após eventual sentença que excepcionalmente tenha eficácia imediata (ou seja, cujo recurso de apelação não seja recebido no efeito suspensivo), após o julgamento da apelação ou ainda após o trânsito em julgado”. (RIBEIRO, 2016. p. 115).

³⁹ ABELHA, Marcelo, 2016, p. 405.

⁴⁰ ABELHA, loc. cit.

⁴¹ LOURENÇO, loc. cit.

⁴² DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 645.

Enfim, o que as diferencia é o tipo de situação de perigo existente. Se o perigo incidir sobre o direito material (perigo da morosidade), será cabível tutela antecipada. Se o perigo incidir sobre os efeitos do processo (perigo da infrutuosidade), será hipótese de tutela cautelar.⁴³

Portanto, sempre deve-se analisar, na presente classificação, qual a finalidade da tutela provisória. Se visa acautelar o próprio direito ou, mesmo, antecipar os seus efeitos no processo.

2.4.3 Quanto ao Momento da Concessão – Incidental ou Antecedente

As tutelas provisórias de urgência podem ser concedidas de forma antecedente ou incidental, ao passo que, as de evidência somente o podem incidentalmente. É o que se extrai da redação contida no parágrafo único do artigo 294 do CPC.⁴⁴

Por incidental, entende-se a tutela que é requerida e concedida no bojo do processo principal, sem a necessidade de novo recolhimento de custas⁴⁵. É, em outros termos, de acordo com Didier:

Requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado 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 provisória.⁴⁶

A tutela incidental, portanto, pode ser requerida e concedida em todo o curso da demanda, sem a necessidade de qualquer outra formalidade e mediante simples petição⁴⁷, podendo ser desde o seu início, junto com a própria exordial ou em

⁴³ LOURENÇO, 2017, p. 248.

⁴⁴ Art. 294, parágrafo único, CPC: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁴⁵ GONÇALVES, 2016. p. 351.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 649.

⁴⁷ CÂMARA, 2017, p. 157.

qualquer outra etapa processual (até mesmo em sede de sentença ou na fase recursal⁴⁸), desde que presentes os requisitos para tanto.

Entende-se, por outro lado, como tutela antecedente, aquela que é formulada e concedida antes da dedução do pedido principal ou, ao menos, antes de apresentada a argumentação completa deste, de modo que, ao requerê-la, deverá o demandante indicar qual será a pretensão principal, expondo de maneira sumária o direito que visa assegurar.⁴⁹

No mesmo sentido, define Didier a tutela provisória antecedente como

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 os seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois pede-se a tutela definitiva.⁵⁰

Assim, tem-se a tutela antecedente como um instrumento processual eficaz em momentos em que a situação de urgência está presente concomitantemente à propositura da demanda e o requerente não detém tempo hábil para levantar todos os elementos necessários para formular, de imediato, uma tutela definitiva completa e acabada, podendo, de acordo com o permissivo legal, fazê-lo ulteriormente.⁵¹

2.5 CARACTERÍSTICAS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

As tutelas provisórias têm, de acordo como Fredie Didier Jr., três características essenciais, vejamo-las.

⁴⁸ CÂMARA, 2017, p. 156.

⁴⁹ GONÇALVES, 2016, p. 351.

⁵⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 649.

⁵¹ Ibid., p. 651.

2.5.1 Sumariedade da Cognição

Entende-se por sumária a cognição que não é decidida com base na certeza da existência do direito. Ou seja, o juiz, ao conceder a tutela provisória, o faz somente com base no convencimento da boa aparência do direito alegado (juízo de probabilidade)⁵², analisando somente de forma superficial o objeto litigioso⁵³, tendo em vista a necessidade de concessão imediata da medida requerida.

2.5.2 Precariedade

Considerando que a tutela provisória é fundada em cognição superficial, portanto, não definitiva, pode, a qualquer tempo, ser revista e revogada, nos termos do disposto no artigo 296, *caput*, do CPC, mas desde que seja justificada em alterações fáticas posteriores, não podendo o magistrado alterar a decisão anterior por apenas ter mudado de opinião.⁵⁴

Nessa mesma sequência de ideias, sábia a lição de Humberto Theodoro Júnior:

É, pois, a avaliação superficial e não exauriente do suporte fático bem como a sua possível alteração ao longo do tempo de espera da tutela definitiva que conferem à decisão em torno das medidas da tutela de urgência ou da evidência o seu caráter essencialmente *provisório*. Apoiada a decisão sobre fatos mutáveis, a permanência de seus efeitos fica, por isso mesmo, subordinada à continuidade do estado de coisas em que se assentou o respectivo deferimento.⁵⁵

E arremata o referido mestre, com precisão cirúrgica:

⁵² GONÇALVES, 2016, p. 353.

⁵³ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 644.

⁵⁴ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 354.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 623.

Alterados os fatos, modifica-se a base da decisão, a qual, ao tentar amoldar-se a eles, pode exigir *modificação*, ou até mesmo ter de ser *revogada*. O julgamento provisório, de tal sorte, enquadra-se na categoria das “sentenças condicionais *lato sensu*”, ou “sentenças incompletas”. Sentença (ou decisão) da espécie não pode subsistir se o fato que pretende atingir já não é o mesmo que se demonstrou em juízo, anteriormente à sua prolação.⁵⁶

Tem-se, desse modo, que se as circunstâncias, fáticas e jurídicas, em que foi concedida a tutela provisória permanecerem inalteradas, não cabe ao magistrado modificá-las ou mesmo revogá-las, sob pena de constituir evidente abuso de poder deste.⁵⁷

Conclui-se, portanto, que, pela precariedade da tutela provisória, a sua eficácia pode, a qualquer momento, ser revogada ou modificada.

2.5.3 Inaptidão para Formar Coisa Julgada

Por ser fundada em cognição sumária e precária, em que o debate processual é por demais superficial ou sequer ocorreu, a tutela provisória não é idônea para formar a coisa julgada⁵⁸, haja vista que a segurança jurídica própria desse instituto não pode ser fundada numa cognição rasa.

2.6 TUTELA PROVISÓRIA COMO FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO NO PROCESSO CIVIL

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 623.

⁵⁷ Em igual sentido, Didier explana o seguinte: “A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela.” (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 645).

⁵⁸ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc.cit.

Consoante já explicitado alhures, a tutela provisória foi concebida, primordialmente, para atender situações em que, pelos elementos probatórios constantes nos autos, demonstra-se aconselhável a inversão do ônus do tempo no processo, fazendo com que a parte que, inicialmente, não suportava tal encargo (comumente, o requerido), passe, a partir da concessão da tutela provisória, a fazê-lo, dando termo, no caso concreto, à injustiça que dantes rodeava o processo.

Nessa ordem de ideias, evidencia-se que a tutela provisória é utilizada, quando redistribui o ônus do tempo no processo civil, como instrumento, em última análise, para a consecução do direito fundamental à duração razoável do processo, uma vez que por tal direito entende-se, pela razoabilidade, que deve suportar o estorvo do tempo a parte cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso.⁵⁹

Assim, a tutela provisória visa, quando levada a efeito no processo, em última análise, a garantia da duração razoável do processo.

2.7 COMPETÊNCIA

Dispõe o artigo 299, *caput*, do CPC, definindo a competência para as tutelas provisórias, que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”⁶⁰

Pela redação do referido artigo, tem-se dois aspectos no que concerne à competência.

A primeira diz respeito à tutela provisória incidental. Como a tutela provisória será requerida no bojo da ação principal e que já há um juízo prevento em que está tramitando o pedido precípua, não há maiores dúvidas quanto à sua competência.⁶¹

Agora, a segunda refere-se ao pedido antecedente, o qual é formulado sem a dedução do pedido principal. Desse modo, o requerimento deverá ser formulado

⁵⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 701.

⁶⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶¹ RIBEIRO, 2016, p. 214.

perante o Juízo competente para conhecer do pedido principal, “segundo as regras comuns do processo de cognição ou de execução (arts. 42 a 53).”⁶²

Nos tribunais, nos termos do artigo 299, parágrafo único do CPC⁶³, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito, sendo tal órgão, nos termos do artigo 932 do mesmo diploma, o relator, cabendo, em face da decisão monocrática eventualmente proferida por este, a interposição de agravo interno, nos moldes do disposto no artigo 1021 da mesma lei.⁶⁴

2.8 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE OFÍCIO

É, no âmbito da doutrina e jurisprudência, objeto de muita controvérsia a possibilidade de o magistrado conceder, sem o requerimento da parte, a tutela provisória.

O principal argumento contrário à aludida possibilidade defende que, pelo princípio da inércia, somente pode ser concedida a tutela quando requerida expressamente pelo interessado, não podendo, desse modo, ser concedida *ex officio*.

Outro fundamento, repelindo a possibilidade de concessão de ofício, diz respeito à impossibilidade de, uma vez concedida a tutela provisória sem o requerimento da parte, averiguar de quem é a responsabilidade pelos prejuízos causados pela decisão. Problemática esta que é delineada com precisão por Didier, *in verbis*:

Além disso, a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente

⁶² THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 655.

⁶³ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 655.

porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo.⁶⁵

Realmente, não parece correto o magistrado conceder de ofício a medida e, após, advindo prejuízos desta, a parte seja responsabilizada, sem, sequer, ter requerida tal tutela provisória.

Há, de outro lado, entendimento da doutrina, admitindo a atuação de ofício somente nas tutelas cautelares, como bem ilustrado e justificado por Leonardo Ferres:

Alia-se a essa leitura “literal” da norma contida no caput do art. 273 do CPC/1973 o raciocínio, repetido à saciedade pela doutrina, de que as decisões antecipatórias, diferentemente das cautelares, não teriam uma função “pública” de resguardar a utilidade da própria jurisdição, do processo, mas sim de favorecer o autor, outorgando-lhe, desde já, o bem da vida em desfavor do réu. Diante dessa nota distintiva entre a tutela cautelar e a antecipatória, ligando-se a primeira a um interesse público e a segunda a um interesse particular, sustentar-se a possibilidade de atuação oficiosa do juiz na primeira e a impossibilidade na segunda.⁶⁶

Tem-se, pelo entendimento supramencionado, que, pelo interesse público que lhe é imanente, somente pode a tutela cautelar ser concedida sem requerimento expresso da parte.

Contudo, em sentido contrário, abre-se a possibilidade de, casuisticamente, também ser concedida de ofício a tutela antecipada, desde que seja imprescindível, no caso concreto, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.⁶⁷

⁶⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 674.

⁶⁶ RIBEIRO, 2016, p. 156.

⁶⁷ Entendimento este que, aliás, é o adotado por Leonardo Ferres, no seguinte sentido: “Não enxergamos, nessa solução, qualquer violação ao princípio dispositivo, na medida em que o juiz ao decidir, mesmo que de ofício, o faz nos limites do pedido e, mesmo que assim não fosse, é certo que tal princípio – como, aliás, qualquer outro – em confronto com outros princípios, pode ceder para a proteção de determinado bem e/ou valor à luz do caso concreto. Ademais, a parte fez o pedido, a ser concedido na sentença, e o juiz somente o está antecipando”. Conclui, ainda, nos seguintes termos: “Uma leitura conjunta e uniforme do sistema que informa as tutelas de urgência não nos leva a outra conclusão senão pela possibilidade de concessão, de ofício, da tutela antecipada nas situações em que esta for necessária para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. A regra, portanto, é a mesma no que respeita à possibilidade de atuação *ex officio* do juiz tanto para a tutela cautelar quanto para a antecipatória.” (RIBEIRO, op. cit., p. 159).

Ainda, inadmitindo a possibilidade de concessão de ofício da tutela cautelar, sob a justificativa de tratar-se de tutela de interesse eminentemente privado, tem-se a lição de Marinoni:

Ao tempo em que se admitia a prestação de tutela cautelar de ofício, pressupunha-se que a sua concessão não prestava tutela ao direito da parte, sendo apenas providência no interesse do processo – e, portanto, ligada exclusivamente ao interesse público e ao exercício de uma função de polícia do processo. Trata-se de pressuposição superada pela doutrina, já que ninguém ainda hoje pode supor que o interesse da parte que obtém, por exemplo, um arresto, é tutelar o processo e não proteger cautelarmente o próprio direito de crédito de que se julga titular.⁶⁸

Todavia, considerando cooperação processual introduzida pelo CPC/2015, propõe Marinoni uma solução perfeita para o caso:

No entanto, tendo em conta a estrutura cooperativa do novo processo civil, pode o juiz, percebendo que é possível tutelar a parte provisoriamente, consultá-la a respeito de seu interesse na obtenção de uma tutela sumária (art. 6º, CPC). Não pode o juiz, porém, antecipar a tutela de ofício (seja satisfativa, seja cautelar), dado o regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição (art. 302, CPC), o qual a parte pode não ter interesse em submeter-se.⁶⁹

De fato, demonstra-se evidente que tal solução é a mais adequada para a celeuma levantada no presente tópico. Com efeito, se o magistrado visualizar situação em que é aconselhável a concessão da tutela provisória, deverá ouvir a parte interessada quanto ao seu interesse. Se manifestar concordância com a concessão, o magistrado poderá fazê-lo sem nenhum óbice. Se, no entanto, a parte restar inerte ou manifestar a discordância, resta demonstrado, de forma evidente, que a mesma está despreocupada quanto ao bem da vida por ela perseguido na demanda, de modo que a não concessão é a medida que se impõe.

⁶⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 307.

⁶⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, loc. cit.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

3.1 CLASSIFICAÇÃO

A tutela provisória, como já explicitado, é fundada em urgência e evidência. A tutela provisória de urgência, a seu turno, pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada).

3.2 REQUISITOS GERAIS PARA A CONCESSÃO – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* (“TEORIA DA GANGORRA”)

O artigo 300, *caput*, do CPC⁷⁰, ao realizar as disposições gerais sobre a tutela de urgência, previu que são requisitos específicos para sua concessão a “probabilidade do direito” e o “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

A probabilidade do direito, ou também conhecida como *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a plausibilidade de existência do direito alegado pela parte. Em outras palavras, “o magistrado precisa avaliar se há ‘elementos que

⁷⁰ Art. 300, CPC: “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.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

evidenciem' a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante."⁷¹

É necessária a verossimilhança fática, que diz respeito se a narrativa dos fatos trazida pelo demandante tem uma verdade provável, independentemente da produção de provas, e a plausibilidade jurídica, "com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos."⁷²

Sintetizando com maestria o que se entende por probabilidade do direito, ensina Marinoni:

A probabilidade 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 nesses elementos.⁷³

O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), por sua vez, conceitua-se, *in litteris*:

Trata-se do risco de lesão ou mesmo de perecimento do direito se não houver pronta atuação do Estado-juiz. Em algumas situações, a demora inerente à prestação jurisdicional é um obstáculo à fruição do direito, daí a necessidade de uma decisão do juiz para proteger ou mesmo permitir ao requerente, desde já, usufruir do direito, sob pena de não ter o que desfrutar após o normal andamento do processo.⁷⁴

Sua concessão somente poderá ocorrer se não for possível aguardar o final do processo para a entrega da tutela jurisdicional, pois, com a demora do processo, o tal fato poderá ocasionar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade⁷⁵. Desse modo, o *periculum in mora* demonstra-se como

⁷¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 675.

⁷² *Ibid.*, p. 676.

⁷³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 312.

⁷⁴ RIBEIRO, 2016, p. 142.

⁷⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 678.

pressuposto que, caso não atendido tempestivamente pelo Judiciário, acarretará o perecimento do próprio direito tutelado no processo.

Superada a definição de ambos os requisitos específicos, necessária a explanação a respeito do que a doutrina convencionou chamar como Teoria da Gangorra.

Tal teoria defende que a partir do momento em que se tem, no caso concreto, elementos que evidenciem um dos pressupostos das tutelas de urgência mais evidente que o exigível, menor importância se dará ao outro para a concessão da tutela de urgência.

A sobredita teoria pode ser ilustrada da seguinte forma⁷⁶:

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma “gangorra”. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto.⁷⁷

O entendimento supramencionado, de fato, parece ser o mais correto, tendo em vista que não há como delimitar, de forma estanque, e com uma rigidez absoluta, os pressupostos para a tutela de urgência. Deve-se, no caso concreto,

⁷⁶ RIBEIRO, 2016, p. 210.

⁷⁷ Em igual sentido, Eduardo José da Fonseca Costa entende que: “A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão de tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente essa exigência. Há situações em que os 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 boni iuris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*; por outro lado quanto mais ‘denso’ é o *periculum in mora*, com menor rigor se exige o *fumus boni iuris*”. [...]. “ O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas ‘móveis’, que podem se apresentar em graus ou níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos [...]. Conseqüentemente, para conceder-se a liminar, não há necessidade da presença simultânea dos dois pressupostos. Entre eles há uma espécie de permutabilidade livre. Se o caso concreto desviar-se do ‘tipo normal’ e somente um dos pressupostos estiver presente e em ‘peso decisivo’, mesmo assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma ‘configuração atípica’ ou ‘menos típica’, que se afasta do modelo descrito em lei. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de tutelas liminares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* fossem ‘elementos’ ou ‘forças’ que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no Projeto do novo CPC – uma análise de seus pressupostos. O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.169).

avaliar, por um juízo de proporcionalidade, qual é o mais preponderante e, se for o caso, flexibilizá-los.

3.3 PRESSUPOSTO ESPECÍFICO – REVERSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA E POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO

O novo CPC, ao dispor sobre a tutela de urgência, definiu, em seu artigo 300, § 3º⁷⁸, que a tutela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Depreende-se, portanto, que a tutela de urgência concedida deve ser reversível, com a possibilidade de retorno ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte contrária⁷⁹, porque, afinal,

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.”⁸⁰

Contudo, há casos em que se tem uma irreversibilidade recíproca, em que caso não seja a tutela concedida, ocorrerá, também, uma situação irreversível para o próprio demandante, como pode ser bem delineado, nos seguintes termos:

⁷⁸ Art. 300, § 3º, CPC. “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁷⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 680.

⁸⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.

[...] Casos há, porém, em que se estará diante da situação conhecida como de *irreversibilidade recíproca*. Consiste isso na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis. É o que se dá, por exemplo, no caso da fixação de alimentos provisórios. Neste caso, a concessão da medida produz efeitos irreversíveis (uma vez que se posteriormente se vier a constatar que não eram devidos alimentos, aqueles que tenham sido pagos não serão devolvidos, por força da incidência da regra da irrepitibilidade do indébito alimentar). De outro lado, porém, a denegação da medida produzirá efeitos irreversíveis sobre a própria subsistência do demandante, que afirma precisar da prestação alimentícia para prover seu sustento. Pois em casos assim (e em muitos outros, como o da tutela de urgência satisfativa que determina o fornecimento de medicamentos, caso em que a concessão produz efeitos irreversíveis, já que os medicamentos serão consumidos, mas também a denegação da medida produz efeitos irreversíveis, já que a pessoa que necessita do fornecimento gratuito de medicamentos pode até mesmo morrer se os não receber) cessa a vedação e passa a ser possível – desde que presentes os outros dois requisitos – a concessão da tutela de urgência satisfativa.⁸¹

Nesses casos, pelo princípio da proporcionalidade, há a possibilidade de concessão da medida, mesmo presente a irreversibilidade.

O novo CPC, em seu artigo 300, § 3^o⁸², faculta ao demandante a prestação de caução, real ou fidejussória, como forma de se garantir uma segurança jurídica ao demandado, que já terá assegurado ressarcimento prévio frente a eventuais danos que possa vir a sofrer, dado que a concessão da tutela fundada em cognição sumária sempre implica uma assunção de riscos.⁸³

Percebe-se, destarte, que a irreversibilidade pode ser contornada ou atenuada pela prestação de tal caução, que, nas palavras de Alexandre Câmara, pode ser sintetizado da seguinte forma:

A concessão de tutela de urgência – em qualquer de suas modalidades – exigirá a prestação de uma *caução de contracautela*, que pode ser real ou fidejussória, a fim de proteger a parte contrária contra o risco de que venha a sofrer danos indevidos (art. 300, § 1^o). Trata-se de medida destinada a acautelar contra o assim chamado *periculum in mora* inverso, isto é, o perigo de que o demandado sofra, em razão da demora do processo, um dano de difícil ou impossível reparação (que só será identificado quando se verificar que, não obstante provável, o direito do demandante na verdade não existia). Deve-se, porém, dispensar a caução de contracautela nos casos em que o demandante, por ser economicamente hipossuficiente,

⁸¹ CÂMARA, 2017, p. 155.

⁸² BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 313.

não puder oferecê-la (art. 300, § 1º, parte final). Afinal, não se pode criar obstáculo econômico ao acesso à justiça, que não é garantido só aos fortes economicamente, mas é assegurado universalmente. Há entendimento (consolidado no enunciado 497 do FPPC) segundo o qual as hipóteses de exigência de caução devem ser definidas à luz do art. 520, IV. Entenda-se: a caução deve ser fixada sempre que houver *periculum in mora* inverso, e uma das hipóteses previstas no aludido dispositivo legal é, precisamente, esta (risco de grave dano ao demandado). De outro lado, deve-se dispensar a caução em todos os casos previstos no art. 521 (enunciado 498 do FPPC).⁸⁴

Denota-se, pelo exposto, que a prestação de caução demonstra-se como uma forma muito efetiva de se contornar a irreversibilidade, entretanto, não pode ser imposta pelo magistrado quando restar visível que o demandante é economicamente hipossuficiente, devendo, nestes casos, dispensá-la, sob pena negativa da prestação jurisdicional.

3.4 FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA – “ZONAS CINZENTAS”

Consoante já exposto em outras linhas, as tutelas cautelares e antecipadas obtêm características e conceitos próprios que o individualizam entre si, no entanto, ambas pertencem a um único gênero das tutelas de urgência. Ademais, o novo CPC fez questão de unificar os requisitos para a sua concessão, tornando-se, desse modo, cada vez menos relevante a distinção entre tais institutos.⁸⁵

Assim, pode-se admitir uma tutela de urgência no lugar da outra que foi requerida, sem maiores problemas, conforme lição de Marcelo Abelha:

Considerando que a tutela cautelar ou a antecipada (satisfativa) possuem os mesmos fundamentos para a sua concessão e que vivem sob o mesmo rótulo da urgência, e considerando que a distinção entre ambas está nos fins a que se destinam, é inegável que o *discrimen* entre uma e outra não esteja, sempre, de modo tão evidente, podendo existir situações nas quais seja difícil identificar se a hipótese é ou não *cautelar* ou *antecipada*. É claro que se deve admitir a fungibilidade entre ambas, pois foi justamente em razão dessa similitude que ambas estão sob o mesmo Título V da Parte Geral do CPC (tutelas provisórias).⁸⁶

⁸⁴ CÂMARA, loc. cit.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 636.

⁸⁶ ABELHA, 2016, p. 409.

A celeuma, no entanto, instaura-se quando há casos em que, pelas suas peculiaridades, é muito difícil definir qual tipo de tutela que é a correta a ser concedida. Constitui-se, nesses casos, uma “zona cinzenta” entre ambos os institutos em que fica ainda mais difícil ou até impossível definir qual é o tipo de tutela é aplicável ao caso.⁸⁷ Por isso, torna-se ainda mais necessário a fungibilidade entre as tutelas para que a discussão a respeito de qual é o instituto aplicável ao caso constitua-se, na prática, algo completamente desnecessário e irrelevante.

⁸⁷ Contextualizando a problemática, explana Leonardo Ribeiro: “É interessante observar que, por vezes, é difícil definir se a tutela visa à cautela ou à antecipação. Tome-se, como exemplo, a sustação de protesto que, se de um lado apresenta nítido caráter acautelatório, de outro, parece antecipar um dos efeitos que adviria com a fruição da tutela buscada a final. Há, nesses casos, uma evidente zona de fronteira entre tais funções – conservativa e antecipatória – no âmbito das tutelas de urgência, porém isso não quer significar que sejam coisas distintas. Não são. Ambas são tutelas de urgência, cada qual desempenhando uma função predominante.” (RIBEIRO, 2016, p. 92).

4 TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar, conforme já explicado em linhas anteriores, deixou, a partir da vigência do CPC/2015, de ser processada em ação autônoma, passando a ser veiculada em conjunto com o pedido principal. Tal novidade legislativa foi por demais salutar, haja vista que a tutela cautelar tem como principal escopo e característica a garantia da eficácia da própria tutela final, de modo que demonstra-se completamente prescindível a necessidade de um processo autônomo somente para concretizar uma tutela cautelar que é, eminentemente, acessória.

4.1.1 Cautelares Típicas e Atípicas

Cautelar típica é aquela expressamente disposta em lei, com a previsão de seus requisitos próprios e as circunstâncias em que será concedida. Ou seja, é especialmente formulada para o caso concreto a que se presta. Em sentido oposto, a cautelar atípica não tem previsão em lei. Explica-se, é concedida pelo permissivo genérico que autoriza a concessão da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), cabendo ao magistrado determinar a melhor medida para a sua concretização, pelo seu poder geral de cautela.⁸⁸

⁸⁸ RIBEIRO, 2016, p. 105.

O novo CPC, ao contrário de seu antecessor, deixou de prever as cautelares típicas, extinguindo-as. Com efeito, doravante, para a concessão das cautelares, basta a presença dos requisitos “gerais” do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, cabendo ao magistrado determinar, dentro do Poder Geral de Tutela Provisória, qual é a melhor forma para executá-las.

Não obstante somente a possibilidade de concessão das cautelares atípicas, o CPC, em seu artigo 301⁸⁹, elencou algumas formas de efetivação da cautelar. Cumpre assinalar, no entanto, que tal rol é meramente exemplificativo, podendo o magistrado conceder outras formas não previstas ou não reguladas expressamente pela lei, desde que adequadas ao caso.⁹⁰

4.1.2 O Poder Geral de Cautela

Trata-se do dever-poder concedido ao juiz para, no caso concreto, escolher a melhor medida para a efetivação da tutela provisória concedida.

Nas palavras de Leonardo Ribeiro:

É sabido e consabido que é impossível ao legislador prever e regular todas as situações de risco que justificam uma tutela de urgência. Dessa forma, para permitir a atuação do juiz nas mais diversas hipóteses de lesão ou ameaça é que se estruturou, num primeiro momento, o chamado poder geral de cautela. Trata-se de um amplo “dever-poder”, municiando o magistrado dos instrumentos necessários para conceder a medida que seja adequada e necessária para a eliminação do perigo de dano ou da ameaça, ainda que tal situação não tenha sido prevista pela lei.⁹¹

O Poder Geral de Cautela apresenta-se, portanto, como elemento imprescindível para a possibilidade de concessão das cautelares atípicas, pois é

⁸⁹ Art. 301, CPC: “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 asseguaração do direito.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 647.

⁹¹ RIBEIRO, 2016, p. 108.

ele que confere a liberdade para o magistrado escolher a melhor tutela para o caso concreto.

O que se observa, outrossim, é que o novo CPC passou a admitir, de forma inédita, o Poder Geral de Tutela Provisória, ampliando esse poder-dever dantes mencionado para todas as tutelas provisórias. É o que se extrai da análise da redação 297 do CPC, ao dispor que “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”⁹²

Conclui-se pela incidência do referido poder-dever em todas as tutelas provisórias (de urgência e evidência) em razão aludido artigo estar alocado nas disposições gerais concernentes à tutela provisória do código.

Desse modo, o Poder Geral de Cautela, próprio do CPC anterior, deu lugar ao Poder Geral de Tutela Provisória, ampliando, de forma considerável, as situações em que o magistrado pode atuar a fim de escolher a medida adequada para a consecução da tutela, devidamente previstas no artigo 139, IV, do CPC/2015.⁹³

4.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA ANTECIPADA

Consoante já demonstrado à saciedade em oportunidades anteriores, a tutela de urgência antecipada, conforme o próprio nome já pode sugerir, antecipa os efeitos do futuro provimento de mérito. Permite, portanto, a fruição imediata daquilo que somente seria concedido ao final da demanda⁹⁴.

⁹² BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹³ Art. 139, CPC. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

⁹⁴ RIBEIRO, 2016, p. 115.

4.3 CARACTERÍSTICAS COMUNS À TUTELA CAUTELAR E A TUTELA SATISFATIVA

As tutelas cautelares e satisfativas, como já dito anteriormente, são tutelas de urgência e ambas estão vocacionadas a assegurar a eficácia do resultado final da demanda.

Diante dessas circunstâncias comuns, denota-se que estão presentes características aplicáveis a ambas as tutelas, as quais serão aduzidas a seguir.

4.3.1 Provisoriedade

As tutelas de urgência são concedidas mediante a presença dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, em uma cognição sumária, não tendo o condão, em nenhum momento, a definir, de forma imutável, uma situação jurídica.⁹⁵ Estas somente são concedidas para atender a necessidade momentânea, de forma que podem ser, a qualquer momento, revogadas, quando ausente qualquer dos requisitos que outrora estavam presentes na época da sua concessão.

4.3.2 Revogabilidade

Como consequência lógica da provisoriedade, tem-se a revogabilidade, que, conforme demonstrado alhures, é conceituada como a possibilidade de alteração ou revogação, a qualquer momento, da tutela de urgência concedida, desde que haja alteração na situação fática ou jurídica.⁹⁶

4.3.3 Sumariedade da Cognição

⁹⁵ RIBEIRO, 2016, p. 121.

⁹⁶ Ibid., p. 122.

Considerando a provisoriedade que é própria às tutelas provisórias, o magistrado, ao apreciar o pedido da tutela de urgência, somente analisará se está presente a plausibilidade do direito alegado e o perigo de demora, não realizando, ao menos naquele momento processual, uma análise aprofundada dos fatos alegados, deixando tal atividade para o final da demanda, quando, então, será proferida a sentença.⁹⁷

5 DA DEFINIÇÃO, PROCEDIMENTO E EFEITOS PRÁTICOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

5.1 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Talvez uma das principais novidades advindas com o novo CPC seja a estabilização da tutela antecipada antecedente, que consiste, nos termos do artigo 304, *caput*, do CPC⁹⁸, na manutenção dos efeitos da decisão concedida provisoriamente, mesmo após a extinção da ação em que foi conferida. Tal decisão somente poderá ser revista, reformada ou invalidada em decisão de mérito proferida em ação principal posteriormente ajuizada.

5.2 DA JUSTIFICAÇÃO TEÓRICO-FILOSÓFICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A estabilização da tutela antecipada, como forma de dirimir os conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário sem a necessidade de uma cognição

⁹⁷ Ibid., p. 127.

⁹⁸ Art. 304, CPC. “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

exauriente, mas concedendo o efeito prático requerido, tem como principal objetivo e efeito a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, uma vez que se terá, pela estabilização, uma resposta efetiva do Judiciário, com efeitos por prazo indeterminado, sem a necessidade de se esperar todo o trâmite processual ordinário para tanto.⁹⁹

Percebe-se, ainda, que

O objetivo da regra que prevê a estabilização da tutela antecipada é, por um lado, eliminar a necessidade de discussão de uma questão que, diante da conduta do réu, não gera mais controvérsia, e, de outro, outorgar capacidade de produzir efeitos a uma decisão interna a um processo que resulta extinto sem resolução do mérito.¹⁰⁰

Nessa ordem de ideias, a estabilização pode ser idealizada como um instituto processual que permite a obtenção de resultados práticos ao processo a partir da inércia do réu¹⁰¹, pois o próprio autor já terá satisfeito sua pretensão pela desídia deste e não mais terá, ao menos naquele momento, nada mais a requerer, extinguindo-se o feito.

Ademais, tem-se também que a estabilização foi motivada para a diminuição dos custos do processo, uma vez que o procedimento encurtado acarretará menores gastos de recursos públicos e privados ao processo.¹⁰²

5.3 A SIMPLIFICAÇÃO E AUTONOMIA DA TUTELA ANTECIPADA EM RELAÇÃO AO PEDIDO PRINCIPAL

Depreende-se, pela própria essência da estabilização regulamentada pelo artigo 304 do CPC, que este Diploma Legislativo conferiu à estabilização uma autonomia, uma vez que permitiu que a tutela antecipada anteriormente

⁹⁹ CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017, p. 44.

¹⁰⁰ MARINONI, 2017, p. 231-232.

¹⁰¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 685.

¹⁰² CARDOSO, 2017, p. 46.

concedida regule a crise do direito material por prazo indeterminado, mesmo após a extinção do feito, dispensando a necessidade de ajuizamento de um processo principal, de cognição plena para tanto.¹⁰³

Nesse sentido, didática a lição de Eduardo Arruda Alvim:

Na essência, o que faz o art. 304 do CPC/2015 é reconhecer a viabilidade de que essa tutela provisória antecipada seja capaz de solucionar a crise de direito material no plano empírico. Em outras palavras, reconhece-se que a tutela que disciplinou provisoriamente a relação de direito material está apta a satisfazer os interesses práticos das partes envolvidas, diminuindo ou eliminando a necessidade de discussão do mérito. Satisfeitas as partes com os efeitos práticos sumariamente obtidos, pode ser que não tenham mais interesse em discutir a questão de fundo ou pretensão “principal”, já que, por assim dizer, teriam resolvido (no plano dos fatos) os seus problemas.¹⁰⁴

Conclui, ainda, da seguinte forma:

É em razão dessa capacidade ou aptidão de solucionar o conflito no plano dos fatos que o CPC/2015 confere autonomia à tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente. Ela passa a operar efeitos panprocessuais, sendo mantida sem a necessidade da discussão exauriente do mérito. Diferentemente do que previa o CPC/73, segundo o qual, extinto o processo por qualquer motivo, extinguia-se também a tutela antecipada e seus efeitos, o CPC/2015 permite que a tutela provisória se perpetue autonomamente, disciplinando a relação entre as partes. Em suma, está estabelecida no art. 304 uma técnica especial de resolução provisória do conflito, por meio da qual uma tutela provisória passa a gozar de autonomia, permitindo às partes a fruição de seus efeitos práticos, independentemente da discussão de mérito, na expectativa de que isso sirva para diminuir a litigiosidade.¹⁰⁵

Destarte, percebe-se a simplicidade e autonomia da estabilização na medida em que regula, em efeitos fora do processo, o direito material, sem a necessidade de perquirir, de forma exauriente, acerca do mérito processual, valendo-se, para tanto, de um procedimento enxuto previsto em nos artigos 303 e 304 do CPC¹⁰⁶.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 689.

¹⁰⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 200.

¹⁰⁵ ALVIM, loc.cit.

¹⁰⁶ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

5.4 DO PROCEDIMENTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O novo CPC, consoante já explicitado, previu todo um procedimento específico para o requerimento e processamento da tutela antecipada antecedente.

A respeito dessa especialidade legislativa, comenta Cassio Scarpinella:

O que o art. 303 faz é criar verdadeiro procedimento a ser observado por aquele que formula pedido de tutela provisória antecipada antecedentemente fundamentada em urgência. Um procedimento tão especializado que até poderia estar alocado, no CPC de 2015, dentre os procedimentos especiais do Título III do Livro I da Parte Especial. Tão sofisticado (ao menos do ponto de vista teórico) que ele pode ser entendido como caso de “tutela jurisdicional diferenciada”, expressão que, a despeito de pomposa, conduz à distinção procedimental por vezes eleita pelo legislador para obtenção de tutela jurisdicional levando em conta especificidades do direito material.¹⁰⁷

O legislador, portanto, regulamentou de forma específica e individualizada a tutela antecipada antecedente, conferindo-lhe uma evidente autonomia procedimental.

Superado esse ponto, passa-se a análise detida e minuciosa acerca de todo o caminho procedimental e as peculiaridades da tutela antecipada antecedente, regulamentada nos artigos 303 e 304 do CPC¹⁰⁸.

5.4.1 Pressupostos para Ocorrência da Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente

Didier defende que para que ocorra a estabilização da tutela antecipada antecedente, é necessária a presença de 4 (quatro) requisitos cumulativos, a saber:

¹⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 268-269.

¹⁰⁸ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

(i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização; (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada; (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente; (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.¹⁰⁹

A necessidade de indicação de interesse na tutela antecipada antecedente e na consequente estabilização já na exordial (primeiro requisito) constitui-se como corolário da boa-fé processual, uma vez que deve o autor, desde logo, manifestar suas intenções no processo para o requerido avaliar qual a conduta que adotará nos autos. Se o autor já indicar, *ab initio*, que satisfaz a sua pretensão somente com a estabilização, pode o réu avaliar as possibilidades e deixar de oferecer recurso em face da tutela concedida, justamente para estabilizá-la, lhe trazendo a vantagem da diminuição dos custos do processo.¹¹⁰

Necessário, portanto, o conhecimento, de antemão, das intenções do autor, para, com elas, se pautar a conduta do requerido.

O segundo requisito trata-se de pressuposto negativo. Não deve o autor, em nenhum momento, promover atos no sentido de dar prosseguimento ao processo.¹¹¹

Tal requisito configura, na realidade, decorrência lógica do primeiro, haja vista que são condutas contraditórias o requerimento da estabilização e, depois de concedida a tutela, requerer o prosseguimento do processo pela cognição exauriente. A estabilização foi pensada e desenvolvida justamente para abreviar o procedimento e conferir efeitos práticos ao autor, sem a necessidade de um processo de cognição exauriente. A partir do momento em que o autor indica a sua intenção na continuação do processo, estará atuando, portanto, de forma contraditória, em dissonância com os princípios legais.

¹⁰⁹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 692.

¹¹⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 692.

¹¹¹ CARDOSO, 2017, p. 59.

Concluindo, demonstra-se completamente inadmissível o autor indicar o interesse somente na estabilização, sem a prosseguimento do processo para uma cognição exauriente, e, após, concedida a tutela antecipada posteriormente estabilizada, aditar a inicial para um procedimento plenário. De fato, tal conduta esbarra na vedação do *venire contra factum proprium*, uma vez que surpreende o réu, prejudicando a sua defesa. Pode, entretanto, o autor aditar a inicial e prosseguir a demanda quando o pedido de tutela antecipada for indeferido, pois o objetivo final, que era a estabilização, acabou sendo frustrado.¹¹²

O terceiro pressuposto (prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente) é decorrência lógica para a estabilização da tutela, pois, afinal, somente se estabilizará a tutela que for concedida. Pode ocorrer, também, de estabilizar somente parcela do pedido formulado pelo autor, quando for deferida parcialmente pelo juiz ou quando o réu somente impugnar parte da tutela concedida.¹¹³

Por fim, o quarto pressuposto, consiste na inércia do réu.

Cumprе assinalar que tal inércia deve ser decorrente de uma citação real do requerido. Se o demandado for citado fictamente (por edital ou hora certa) não ocorrerá a estabilização, pois paira dúvida a respeito do efetivo conhecimento deste acerca da decisão concedida, de sorte que, deverá ser designado curador especial para oferecimento de defesa, afastando-se a estabilização.¹¹⁴

Ademais, ausente, de igual modo, a estabilização quando¹¹⁵ “a tutela antecipada concedida antecedentemente for questionada por quem se apresente como assistente simples do réu ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa aproveitem também o réu inerte.”¹¹⁶

¹¹² Ibid., p. 57.

¹¹³ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 689.

¹¹⁴ Ibid., p. 691.

¹¹⁵ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, loc. cit.

¹¹⁶ Discorrendo acerca da impugnação da medida pelos litisconsortes, defende Eduardo Arruda Alvim: “Com relação à existência de litisconsortes passivos, entendemos que a interposição de recurso por um litisconsorte só aproveita ao outro no caso de litisconsórcio unitário, aplicando-se a regra do art. 1.005 do CPC/2015. De acordo com o que defendemos oportunamente em obra conjunta com Arruda Alvim e Araken de Assis, somente no litisconsórcio unitário, em que há a necessidade de que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente atinja todos os litisconsortes de maneira uniforme, é que o recurso interposto por um deles se estenderá aos demais. Desse modo, diversamente, tratando-se de litisconsórcio simples, é possível a estabilização da tutela com relação a apenas um dos litisconsortes, o que se pode chamar de estabilização parcial subjetiva”. (ALVIM, 2017, p. 222-223).

5.4.2 Da Impossibilidade de Estabilização da Tutela Cautelar

Prevê o artigo 304, caput, do CPC¹¹⁷, numa interpretação literal, que somente cabe a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada, não cabendo tal hipótese não decisões cautelares.

Nesse particular, andou bem o legislador em prever a estabilização somente para as tutelas antecipadas, tendo em vista que as cautelares, pela sua natureza conservativa, não admitem a estabilização.

Nesse sentido, pertinente a lição de Eduardo Arruda Alvim¹¹⁸:

Além disso, a estabilização não se ajusta à tutela de urgência cautelar, seja em razão da falta de previsão legal nesse sentido, seja em razão da própria natureza da tutela cautelar. Como vimos em várias passagens deste trabalho, a tutela de urgência cautelar possui índole conservativa, tendo por finalidade evitar que o processo, enquanto instrumento, se mostre inefetivo. Ou seja, o requisito da “urgência” cautelar não é aferido pelo perigo que corre o bem da vida pleiteado, mas pelo perigo de que o julgamento de mérito, quando proferido, não se mostre útil. Diferentemente da tutela antecipatória, satisfativa por natureza, o provimento cautelar nada satisfaz. Diante disso, embora ambas apresentem um verdadeiro “quê” de cautelaridade, não há sentido na estabilização de um provimento que nada satisfaz e que, portanto, não tem aptidão para solucionar a crise de direito material.¹¹⁹

Desse modo, vislumbra-se como completamente inócua a estabilização de tutela cautelar, uma vez que esta nada satisfaz, não tendo nenhuma finalidade prática ao demandante.¹²⁰

¹¹⁷ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹⁸ ALVIM, 2017, p. 208-209.

¹¹⁹ Em igual norte, cumpre trazer o raciocínio feito por Leonardo Ferres: “A técnica *conservativa* empregada pela tutela cautelar presume a adoção de uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido principal. Utilizando-se desse raciocínio, fica difícil imaginar a estabilização de efeitos cautelares. Vejamos como exemplo o arresto. Como se justifica que tal medida subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor?” (RIBEIRO, 2016, p. 225).

¹²⁰ Com entendimento contrário, Marcelo Pacheco Machado entende, analisando a possibilidade de estabilização da tutela cautelar ainda no projeto de lei do CPC/2015, nos seguintes termos: “Os

Ocorre que, ao se admitir somente a estabilização da tutela antecipada, o código acaba reabrindo a discussão a respeito da natureza da tutela de urgência concedida (se antecipada ou cautelar)¹²¹, o que dá ensejo a desnecessárias discussões que, por muitas vezes, são inconclusivas, mormente quando se está diante de situações de “zona cinzenta” entre ambos os institutos.¹²²

5.4.3 Da Impossibilidade de Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Incidental

Pela literalidade do CPC – artigos 303 e 304 -, somente podem estabilizar-se as tutelas antecipadas concedidas em caráter antecedente.

Contudo, com entendimento contrário, defendem Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade a possibilidade da estabilização da tutela incidental¹²³, nos seguintes termos:

efeitos da tutela de urgência concedida e não impugnada, com efeito, devem prevalecer, como regra geral, seja essa tutela satisfativa ou meramente conservativa. Embora a eficácia da medida conservativa não seja um fim em si mesma e não represente tutela da relação de direito material, esta seria mantida por decorrência da inação da parte afetada, e não por uma necessidade de regular – mesmo que provisoriamente – a situação conflituosa.” E finaliza: “O sistema pode conviver, sem grandes dificuldades práticas, com a submissão do demandado em relação aos efeitos da medida cautelar por tempo indeterminado. E isso, porque o projeto conta com a possibilidade expressa de qualquer das partes ajuizar a demanda principal e lá obter a revogação ou modificação da medida deferida em seu desfavor, independentemente da conduta da parte favorecida, tal como determina o art. 282, § 4º, do PLS 166/2010.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 202, p. 259, dez.2011).

¹²¹ RIBEIRO, loc. cit.

¹²² Tentando solucionar a problemática concernente às zonas cinzentas entre ambos os institutos, tem-se a salutar lição de Carlos Augusto de Assis: “À primeira vista também nos parece que a estabilização se encaixa melhor na antecipação satisfativa. Entretanto, acreditamos que deveria haver espaço, pelo menos, para os casos limítrofes, em que há dúvida se se trata de cautelar ou antecipação satisfativa. Tome-se como exemplo o caso da sustação de protesto, em que há dúvida na doutrina a respeito. Assumindo que seja cautelar, como defende, por exemplo, Kazuo Watanabe, não se vislumbra qualquer problema em estabilizar a tutela caso a medida não seja impugnada [...]” (ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36).

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 206, p. 48-49, abr.2012.

Aliás, nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função [...].¹²⁴

Em que pese os ponderáveis argumentos favoráveis à estabilização da tutela incidental, a sua impossibilidade é a medida que se impõe.

A uma, porque o próprio CPC previu expressamente a estabilização pela tutela antecipada antecedente. A duas, pois entendimento contrário acarretaria uma evidente insegurança jurídica, uma vez que a estabilização foi pensada e instituída para o procedimento antecedente, em que somente há uma cognição sumária de procedimento abreviado. De sorte que

A finalidade das normas recém-implantadas em nosso sistema processual (estabilização da tutela) foi exatamente evitar a instauração da ação de cognição exauriente, pois esta possui procedimento longo e demorado, com ampla instrução probatória e espaço para toda sorte de chicanas processuais das partes. O legislador buscou realçar o valor efetividade da prestação jurisdicional, adotando procedimento e instrumentos processuais tendentes a abreviar o conflito, oferecendo aos sujeitos do processo uma solução rápida e estável. O ajuizamento de ação plenária, portanto, vai de encontro a esse propósito.¹²⁵

Assim sendo, torna-se completamente contraditória à própria essência e finalidade da estabilização da tutela concedê-la na forma incidental, eis que já houve, quando concedida incidentalmente, o início da ação de cognição exauriente e o conseqüente procedimento pleno, esvaziando-se, assim, a finalidade da estabilização, que era justamente encurtar o procedimento e a cognição.

¹²⁴ Com igual entendimento, mas somente o admitindo a estabilização quando a tutela incidental for concedida liminarmente, Leonardo Ferres defende: “A melhor interpretação, segundo pensamos, é aquela que confere a maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso da tutela antecipada deferida incidentalmente. Como lembram Dierle Nunes e Érico Andrade, esta é a solução dada pelo direito italiano, que permite a estabilização da tutela antecipada deferida dentro do procedimento ordinário, com o encerramento do processo sem que na decisão antecipatória forme coisa julgada; e, ainda, do direito francês, que admite o *référé* no curso do processo principal, podendo acarretar a extinção deste com a subsistência da decisão provisória”. E arremata, do seguinte modo: “Fazemos, contudo, uma ressalva: admitimos o fenômeno da estabilização também para a hipótese de uma tutela antecipada incidental, *desde que deferida liminarmente*. Evidentemente, não se pode cogitar da estabilização quando a tutela antecipada for deferida no curso do processo, após resistência do réu ou ampliação da cognição. Isso se dá porque a lógica desse instituto é permitir a estabilização dos efeitos da tutela antecipada deferida e, bem assim, a extinção do processo logo no seu nascedouro, sem resistência do réu. Prosseguindo a ação, não há mais que se falar em estabilização.” (RIBEIRO, 2016, p. 226).

¹²⁵ CARDOSO, 2017, p. 63.

No mesmo sentido da impossibilidade da estabilização da tutela incidental, tem-se o entendimento de Eduardo Talamini:

As disposições sobre estabilização dos efeitos da medida antecedente, tal como postas, são incompatíveis com o regime das medidas incidentais. Não se ignora a possibilidade de emprego da técnica da estabilização nas medidas sumárias incidentais - como acontece na Itália, por exemplo (art. 669-octies, settimo comma, do CPC italiano,). Mas isso depende de regras específicas que definam parâmetros de estabilização compatíveis com a estrutura e a dinâmica de um processo de cognição exauriente já em curso.¹²⁶

Denota-se que efetivamente é necessário um procedimento legal específico para a hipótese de estabilização da tutela incidental, levando-se em conta as suas peculiaridades. Demonstra-se, portanto, impossível a estabilização da tutela incidente, sem a previsão legal para tanto.

5.4.4 Da Legitimidade e Postulação

Preceitua o artigo 303 do CPC, o seguinte:

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

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

¹²⁶ 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**, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 30, jul.2012.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.¹²⁷

Percebe-se, por uma leitura sumária da redação acima transcrita, que tais dispositivos legais permitem expressamente a possibilidade de requerimento da tutela antecipada na forma antecedente e preveem o procedimento que deve ser atendido para tanto.

Da análise do referido artigo, depreende-se que não há nenhuma indicação expressa de quem seja o legitimado para requerer o pedido de tutela antecipada antecedente. Contudo, em uma leitura sistemática e lógica, constata-se que tal pedido somente pode ser deduzido pelo autor, uma vez que a tutela antecedente, por expressa disposição legal, somente pode ser requerida em sede de petição inicial, ao passo que sempre aquele que ajuíza a inicial é, conseqüentemente, o autor da demanda. Não há como, exemplificativamente, o réu requer tutela antecedente na inicial, pois, caso o fizesse, na realidade seria o autor da demanda.¹²⁸

Por expressa disposição legal, pode o autor, nos casos de urgência contemporânea à propositura da demanda, dar início a um procedimento prévio que somente terá como fito a concessão da tutela de urgência, nele contendo a exposição da lide, do direito afirmado e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, além da indicação do pedido de tutela final¹²⁹, que podem ser especificados nos seguintes termos:

¹²⁷ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²⁸ Com o mesmo entendimento, mas sob justificativa diversa, proclama Humberto Theodoro Júnior: “O pedido de tutela satisfativa antecedente, todavia, cabe, em regra, apenas ao autor da demanda principal, pois seu aforamento pressupõe antecipação dos efeitos da ação que o requerente já identifica na própria petição inicial da medida provisória, comprometendo a complementá-la, após a execução do provimento urgente, se for o caso (NCPC, art. 303, § 1º, I)”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 671).

¹²⁹ CARDOSO, 2017, p. 64.

Enquanto a exposição sumária da lide diz respeito à causa de pedir próxima e remota que fundamentará o pedido final, o direito a que se busca realizar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo dizem respeito ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* que fundamentam a pretensão da tutela de urgência.¹³⁰

Assim, na realidade, deve o autor apenas realizar uma indicação do pedido principal (mérito da causa), caso este seja ulteriormente deduzido em Juízo, e comprovar os requisitos para a concessão da tutela antecipada (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Essa exposição contida na petição inicial, portanto, deve ser sumária, justamente em decorrência da extrema urgência do que sofre o direito do autor para a concessão da tutela provisória e, também, pela falta de tempo hábil para a formulação de uma petição completa com todos os fatos e documentos necessários. Discorrendo a respeito dessa veemente urgência, tem-se a preciosa lição de Alexandre Câmara, *in litteris*:

Tem-se aí uma previsão que será muito útil, por exemplo, naqueles casos em que a necessidade de se propor a demanda surge fora do horário normal do expediente forense, quando a petição inicial muitas vezes tem de ser elaborada às pressas para ser examinada em primeiro lugar por um juiz plantonista (o qual, como notório, só pode examinar requerimentos extremamente urgentes, que não podem sequer esperar pela reabertura dos trabalhos ordinários do fórum). Imagine-se, por exemplo, o caso de alguém que, passando mal durante a madrugada, precisa ser submetido a uma cirurgia de emergência e, por qualquer razão, a operadora de seu plano de saúde não autoriza a intervenção. Seria um rematado absurdo exigir do demandante (e de seu advogado) a elaboração de uma petição inicial completa, formalmente perfeita, que preenchesse todos os requisitos impostos por lei. Pois é fundamental que a lei processual admita, em casos assim, uma petição inicial “incompleta”, mas que se revele suficiente para permitir a apreciação do requerimento de tutela de urgência satisfativa.¹³¹

Denota-se, portanto, que a simples expressão “exposição sumária da lide” a que alude o CPC garante ao demandante a efetiva tutela jurisdicional, uma vez que admite-se, por tal vocábulo, a possibilidade de elaboração de uma petição inicial mais simplificada para o atendimento do direito violado, demonstrado urgente à

¹³⁰ SOUZA, Artur César de. **Tutela Provisória**: Tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2016. p. 187.

¹³¹ CÂMARA, 2017, p. 157.

época da propositura da demanda, relegando para um segundo momento, quando já concedida e efetivada a medida apta a solucionar a situação de perigo do direito, o aditamento da inicial, atendendo-se as exigências legais.¹³²

Dispõe, outrossim, o § 4º do artigo 303 do CPC¹³³ acerca da necessidade de exposição, na própria petição inicial de tutela antecedente, quanto ao valor da causa do pedido principal.

A respeito, Humberto Theodoro Jr. preleciona:

Diz o NCPD que o valor da causa, na espécie, levará em consideração o pedido de tutela final (art. 303, § 4º), ou seja, devendo a pretensão antecipatória, em princípio, instrumentalizar o pleito principal, a vantagem econômica visada pelo procedimento acessório confunde-se, em boa parte, com aquela perseguida no procedimento de mérito. De fato, não tem sentido atribuir ao pleito acessório um *valor da causa* maior do que o do principal. No entanto, a medida urgente pode ter uma dimensão menor já que é possível pretender antecipação de efeitos apenas parciais do julgamento final de mérito. Sendo assim, o valor da causa a ser atribuído ao pedido de tutela satisfativa antecedente poderá ser até igual ao pedido principal, mas não deverá ultrapassá-lo e, eventualmente, poderá ser menor¹³⁴.

Conseqüentemente, em decorrência de expressa imposição legal, imprescindível a exposição do valor da causa em sede de exordial, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Deve o requerente da medida, ademais, indicar na petição inicial que está ajuizando a demanda de modo antecedente, valendo-se do benefício previsto no *caput* do artigo 303¹³⁵.

¹³² Luiz Guilherme Marinoni, no entanto, ao discorrer a respeito da petição inicial “incompleta” na tutela antecedente, critica a novidade legislativa com os seguintes dizeres: “O problema é que o requerimento de tutela antecipada mediante petição inicial “inacabada” infelizmente poderá ser generalizado na prática forense, na medida em que “urgência contemporânea à propositura da ação” é algo que não pode ser medido com precisão. Isso permitirá, caso não haja rigor judicial, que a parte possa, mascarando a situação de urgência, pedir tutela antecipada *sem correr qualquer risco de ser vencido* no processo – na medida em que, para a extinção do processo quando a tutela antecipada é indeferida, basta o não aditamento da petição inicial (art. 303, § 6º, CPC).” (MARINONI, 2017, p. 133). Em igual sentido é o entendimento de Talamini. (TALAMINI, 2012, p. 32).

¹³³ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹³⁴ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 681.

¹³⁵ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Tal exigência legal tem como principal fundamento a necessidade de dar ciência ao magistrado acerca da escolha da tutela antecedente, fazendo com que este não tenha do mesmo rigor, ao receber a petição inicial, da ação de cognição plena em que são deduzidos os pedidos principais. Extrai-se, também, de tal determinação, que o requerente deve indicar expressamente o interesse na estabilização da tutela, quando quiser se valer das disposições contidas no artigo 304 do CPC.

Nesse sentido, ensina Cassio Scarpinella:

Por fim, cabe ao autor, na petição inicial em que requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, manifestar sua vontade de valer-se do “benefício previsto no caput deste artigo” (art. 303, § 5o). Este “benefício” merece ser compreendido, a despeito da remissão legislativa, em duas acepções. A primeira 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 concedida vir a estabilizar-se na hipótese do art. 304. Na exposição que segue, esta dualidade assume relevo, a ponto de tornar inócua o “benefício” na primeira acepção.¹³⁶

Não se pode presumir, entretanto, que sempre o demandante ajuizará tutela antecipada antecedente com a finalidade de estabilizar a tutela requerida. Com efeito, pode o autor simplesmente demandar em tutela antecedente, mas sem o intuito de estabilizá-la. Tal caso pode ocorrer, quando, *verbi gratia*, o autor se deparar com situação de extrema urgência de direito que justifique a elaboração de petição inicial incompleta, propondo, em decorrência disso, tutela de urgência antecedente com somente a exposição sumária da lide, mas unicamente tendo interesse no prosseguimento da ação em cognição exauriente com o posterior aditamento da inicial.¹³⁷

¹³⁶ BUENO, 2017, p. 270.

¹³⁷ Luiz Eduardo Galvão, ilustrando as situações em que, além da estabilização, a tutela antecipada antecedente pode ser benéfica ao réu, expõe: “O autor pode estar enfrentando uma situação de urgência tão intensa que não dispõe de tempo para reunir todos os documentos necessários à propositura da ação, e talvez também não haja tempo para elaborar uma petição inicial a contento para a inauguração direta do procedimento principal (lembre-se que, no procedimento antecedente, quando instado a aditar a inicial, o autor poderá trazer aos autos novos argumentos e provas). Ou, então, a opção pelo procedimento antecedente pode ser fruto de mera estratégia processual: o autor não quer antecipar todos os seus argumentos antes da concessão da tutela antecipada”.

Anote-se, ademais, que a escolha do autor, no momento do ajuizamento da demanda, o vincula. Se não escolheu a estabilização, poderá aditar a inicial; se optou pela estabilização, não poderá aditá-la.¹³⁸

A aludida imposição da vinculação ao autor do quanto requerido à exordial se justifica pela seguinte situação hipotética:

Imagine-se, por exemplo, que o autor já tenha decidido que pretende, após a concessão da tutela antecipada antecedente, dar seguimento ao processo. Se isso não tiver sido declarado, o réu, ao ser intimado da decisão, pode deixar de impugná-la na expectativa de que o autor com ela se satisfaça. Nesse caso, o autor, que já havia decidido continuar o processo (mas não havia manifestado esse propósito), aditará a inicial e dará sequência à demanda e o réu será prejudicado pela perda do prazo para recorrer [...].¹³⁹

Na realidade, constata-se que tal exigência é por demais salutar, uma vez que em consonância com os ideais da boa-fé processual e vedação do *venire contra factum proprium*. Percebe-se, ainda, que a proibição do aditamento consagra a vedação, dantes mencionada, de o réu praticar qualquer ato no sentido de dar prosseguimento ao processo, quando requereu a estabilização.

5.4.5 Da Apreciação Judicial

Postulada, em peça vestibular, a tutela antecipada antecedente com o preenchimento das formalidades exigidas no artigo 303 da Lei Adjetiva¹⁴⁰, esta será submetida à apreciação judicial. Pode o magistrado adotar, em síntese, duas posturas que acarretarão consequências diametralmente opostas ao processo, consistentes em deferir ou indeferir a medida pleiteada.

Passo, primeiro, à análise do deferimento da medida pelo juiz.

(CARDOSO, 2017, p. 98).

¹³⁸ CARDOSO, loc. cit.

¹³⁹ CARDOSO, loc. cit.

¹⁴⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Após a apreciação do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris e periculum in mora*) e dos pressupostos para a estabilização da tutela antecipada (o requerimento expresso dos benefícios da estabilização e a abstenção de qualquer ato no sentido de dar prosseguimento em cognição plena), o juiz deferirá a medida requerida e determinará a citação e intimação do réu para, querendo, impugnar a tutela antecipada a fim de não estabilizá-la.

Analisando detidamente do artigo 303, verifica-se um aparente contrassenso de viabilidade prática entre os seus §§ 1º e 2º¹⁴¹. De fato, o inciso I do § 1º determina que o autor, uma vez concedida tutela antecipada antecedente, será intimado para, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, aditar a petição inicial, complementando a argumentação para uma cognição exauriente, analisando o pedido principal e juntando-se novos documentos. No entanto, extrai-se do referido dispositivo legal que o prazo para o autor aditar a petição inicial sempre se iniciará antes do prazo para o réu recorrer da decisão,

Explica-se: o prazo de 15 dias para autor aditar a inicial corre já da “concessão” da tutela (art. 303, §1º), isto é, de sua intimação sobre a prolação da decisão (na pessoa de seu advogado, por meio de publicação em DJe ou de intimação pelo portal eletrônico). De modo diverso, o prazo de 15 dias para o réu apresentar impugnação recursal (art. 304) começa a fluir de momento muito posterior ao da decisão e sua publicação, iniciando seu curso somente após a sua comunicação (que, conforme art. 231, flui, em regra da juntada, aos autos, com comprovante de sua citação/intimação, ou dia útil seguinte ao término do prazo do edital, do acesso ao portal ou do término do prazo para consulta).¹⁴²

Destarte, o autor seria obrigado a aditar, iniciando a cognição exauriente com o pedido principal, sem ao menos saber se o requerido deixaria de recorrer, extinguindo o processo com a estabilização (art. 304, § 1º).¹⁴³

Ocorre que tal medida vai completamente contra o ideal do próprio instituto, que é justamente evitar a instauração de procedimento pleno. A partir do momento em que se exige, independentemente da manifestação do requerido, o aditamento

¹⁴¹ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴² REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 40, v. 244, p. 177, jun.2015.

¹⁴³ Art. 304, CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

da inicial, estará se desvirtuando completamente a estabilização, na medida em que sempre o procedimento será alargado, acarretando, em última estância, o descontentamento e a inutilização do instituto, pois umas das suas principais finalidades restarão ceifadas, quais sejam, a sumarização do procedimento e a economia processual.

Com o mesmo raciocínio, defende Luiz Eduardo Galvão:

Se o autor for sempre obrigado a provocar a instauração de um processo principal e exauriente a respeito da matéria discutida, não fará absolutamente nenhum sentido prever a tutela antecipada estabilizada, que passaria a ser inócua. O novo instituto seria mais do mesmo, já que não apresentaria nenhuma diferença prática substancial em relação ao atual regime jurídico da tutela antecipada, é dizer, após o deferimento desta, o prosseguimento do feito pelo rito comum continuaria sendo obrigatório.¹⁴⁴

Restaria, ademais, completamente inócua a providência processual consistente no aditamento da inicial quando o requerido não impugnar a decisão, estabilizando-a. Consistiria, portanto, em um dispêndio inútil de energia, contrário aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência¹⁴⁵, insculpidos no artigo 8º do CPC.¹⁴⁶

Em razão disso, Bruno Garcia Redondo¹⁴⁷ propõe solução salutar ao caso:

Por essa razão, o prazo que deveria começar a correr em primeiro lugar deveria ser aquele para o réu impugnar a decisão em grau recursal (e não o prazo para o autor aditar a exordial). Não havendo impugnação, o processo já seria extinto e a tutela se estabilizaria, evitando-se um possível desperdício de atividade jurisdicional com o desenvolvimento da demanda principal. Somente se houvesse recurso da decisão é deveria começar a correr o prazo para o autor proceder ao aditamento, formulando o pedido principal, sob pena de extinção sem resolução do mérito.¹⁴⁸

¹⁴⁴ CARDOSO, 2017, p. 92.

¹⁴⁵ CARDOSO, 2017, p. 92.

¹⁴⁶ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴⁷ REDONDO, 2015, p. 11-12.

¹⁴⁸ Comunga do mesmo entendimento Heitor Sica, *in verbis*: “De fato, não faria sentido exigir do autor que pediu logo na peça inicial para que fosse observado o regime dos arts. 303 e 304 que desde logo formulasse o pedido de tutela final. Tal pedido restará prejudicado caso o réu não interponha recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada e ela se estabilize. Aliás, sob essa mesma ótica, não há muito sentido em se exigir do autor que, antes mesmo da confirmação ou não da estabilização da tutela antecipada, adite a peça inicial para “complementação de sua argumentação, juntada de

Tem-se, por conseguinte, que a medida mais adequada ao caso é citar e intimar o requerido para impugnar a decisão concedida e, caso o faça, seja intimado o autor para aditar a inicial. Se o demandado permanecer inerte, será extinta a ação sem julgamento de mérito.¹⁴⁹

Agora, por outro lado, se o magistrado indeferir a tutela antecipada antecedente pleiteada, por entender ausentes os elementos para a sua concessão, deve intimar o autor para que emende a inicial, em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito, em atenção ao disposto no art. 303, § 6º¹⁵⁰.

Na realidade, trata-se de aditamento e não emenda da inicial, como alude o CPC, uma vez que a petição inicial não está inepta (hipótese para a emenda da inicial), mas tão somente não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência. Em outros termos, não há vício da inicial apto a ensejar a respectiva emenda, mas somente há a necessidade de se aditar a exordial para a consecução da demanda em cognição exauriente, uma vez que não estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência. Desse modo, percebe-se uma impropriedade do legislador em prever a expressão “emenda” na

novos documentos e confirmação do pedido de tutela final” no prazo de 15 dias ou outro assinado pelo juiz. O certo seria que a complementação houvesse apenas se o réu interpôs recurso contra a decisão concessiva de tutela e, portanto, evitou sua estabilização, afastando, a partir de então, o disposto no art.304.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 406).

¹⁴⁹ Em sentido diametralmente contrário, tem-se o entendimento de Artur César de Souza: “[...] E se diante de determinada circunstância, o prazo para o aditamento da petição inicial por parte do autor (quinze dias ou outro que o juiz fixar) findar-se antes do prazo para que o réu deverá interpor o recurso de agravo de instrumento, qual será consequência jurídica? O juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, perdendo a eficácia a tutela concedida, pois o autor não aditou a petição inicial, ou o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, mas com a estabilização dos efeitos da tutela concedida, tendo em vista que o réu não interpôs o recurso de agravo de instrumento. Parece-me que, nesse caso, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, perdendo a eficácia da tutela antecipada concedida, pois o autor teria, por dever legal processual, a obrigação de realizar o ‘aditamento da petição inicial’, uma vez que esse dever surge primeiro para o autor, ou seja, o prazo para o aditamento findou-se antes do prazo para a interposição do respectivo recurso.” (SOUZA, 2016, p. 202).

¹⁵⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

redação legal, quando, em verdade, era evidente situação de “aditamento” da inicial.¹⁵¹

Pode o autor, por fim, complementar a sua argumentação do modo que lhe aprouver, desde que conexa às circunstâncias deduzidas à exordia.¹⁵²

5.4.6 Das Atitudes do Réu Frente ao Deferimento da Tutela Antecipada

Nos termos do disposto no artigo 303, § 1º, inciso II, do CPC, uma vez deferida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o réu será citado e intimado da medida concedida para, caso queira, impugná-la, afastando a estabilização prevista no *caput* do art. 304.¹⁵³

O requerido, portanto, tem, em síntese, a possibilidade de adotar duas condutas frente ao deferimento da tutela antecipada: impugna a medida concedida ou mantém-se inerte.

Ao escolher tática processual que adotará nos autos, o demandado analisará quais consequências serão preponderantes na escolha de cada uma das condutas possíveis e quais as chances de seu sucesso em cada uma delas, escolhendo, ao final, a que lhe acarretará maiores benefícios – excetuando-se, por óbvio, os casos em que o requerido apresenta completo descaso com a tutela concedida em seu desfavor.

A respeito, lúcida a lição de Luiz Eduardo Galvão:

O réu deverá pensar de forma estratégica. A estabilização da tutela antecipada lhe pode ser bastante útil, por exemplo, nos casos em que ele se sinta inseguro quanto à viabilidade do acolhimento dos seus argumentos de defesa ou quando julgue serem remotas suas chances de êxito. Nesse caso, vislumbrando uma provável derrota em um processo de cognição exauriente – quando haverá coisa julgada e todos os custos do procedimento comum –, é melhor para o demandado aceitar a estabilização, pois, neste caso, haverá sensível redução dos custos com o processo – redução de honorários e de custas processuais – e não será formada coisa julgada material, evitando o requerido todas as

¹⁵¹ CARDOSO, 2017, p. 71.

¹⁵² *Ibid.*, p. 71-72.

¹⁵³ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

consequências danosas que dela poderiam advir, inclusive uma demanda indenizatória do autor com fundamento no efeito positivo da coisa julgada.¹⁵⁴

E complementa o aludido autor, *in litteris*:

Logo se vê que a estabilização da tutela antecipada pressupõe um consenso, um encontro de vontades. Ambas as partes devem enxergar benefícios na abreviação do processo. O autor terá o bem da vida que deseja de maneira rápida e definitiva e o réu não terá contra si a coisa julgada material, além de se beneficiar da redução dos custos do processo.¹⁵⁵

Tem-se, por conseguinte, que a estabilização, na realidade, configura-se como evidente comunhão de interesses das partes que, analisando os *prós* e os *contras* da estabilização da medida, optam por esta, em razão de entenderem que lhes é a mais conveniente ao caso.

Por isso, apresenta-se como o momento mais importante do processo a situação em que o requerido analisa se impugna ou não a medida concedida. Uma vez o autor permanecendo inerte, a decisão se estabiliza e o feito será extinto sem resolução de mérito (artigo 304, §1º)¹⁵⁶, podendo qualquer uma das partes, ao teor do permissivo constante no § 2º do art. 304 do CPC¹⁵⁷, demandar a outra com intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Se impugnada a medida, a decisão não será estabilizada¹⁵⁸ e o autor, então, será

¹⁵⁴ CARDOSO, 2017, p. 74.

¹⁵⁵ CARDOSO, loc. cit.

¹⁵⁶ Art. 304, CPC: "A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto." (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁵⁷ Art. 304, § 2º, CPC: "Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput." (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁵⁸ Anote-se que, conquanto a tutela concedida impugnada pelo réu não se estabilize, esta permanecerá irradiando seus efeitos, exceto se for posteriormente revogada pelo Juízo. Nesse sentido, defende Antonio de Moura Cavalcanti Neto: "Não se deve confundir o art. 304 com a própria tutela antecipada concedida. Esse dispositivo prevê a estabilização das medidas de urgência satisfativas, diante da concessão pelo juiz e da inércia do réu. Se o réu recorre e, portanto, não resta preenchido o seu suporte fático, não há derrubada automática da decisão provisória." Complementa, ainda, do seguinte modo: "A prosperar o entendimento de que o recurso do réu, além de obstar a estabilização, também derruba a tutela antecipada antecedente, teremos a possibilidade de causar graves riscos ao autor, que terá a sua situação jurídica provisória alterada ou destruída pela simples

intimado para, nos termos do artigo 303, § 1º, inciso I¹⁵⁹, aditar a inicial, iniciando-se a cognição exauriente com o exame do pedido principal.

A questão que há de se trazer à baila, no entanto, diz respeito à quais possíveis benefícios que podem ser revertidos ao réu caso opte pela não impugnação da medida concedida, estabilizando-a.

Além da própria estratégia de defesa dantes mencionada, tem-se, também, como vantagem para o réu, em caso de sua inércia, a possibilidade de isenção de custas processuais e o pagamento de apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência, aplicando-se, por interpretação analógica, as disposições relativas à ação monitória contidas no artigo 701 do CPC¹⁶⁰, considerando a similitude da sistemática da estabilização com o da ação monitória uma vez que em ambas tem-se efeitos práticos com a inércia do demandado¹⁶¹ e, assim como a monitória, uma vez concedida a medida¹⁶², “cabe ao réu discutir a questão, tendo a iniciativa de iniciar um debate acerca do tema judicializado.”¹⁶³

ação do demandado. Definitivamente, não parece ser essa a razão inspiradora da lei. A estabilização é um plus, um instituto que, estando presente, dispensa o ajuizamento de um processo principal. Como fica claro, busca proteger quem tem o melhor direito, ainda que de forma provisória. Assim, não ocorrendo, sobrevive a tutela antecipada, que, entretanto, depende do aditamento do autor para que continue vigente, eis que o nosso ordenamento não abrigou a previsão de haver pronunciamento provisório não estável sem ajuizamento do processo principal.” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente**: tentativa de sistematização, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 out. 2017).

¹⁵⁹ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 686.

¹⁶² XIMENES FARIAS, Tauser. **Estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada antecedente**. **Jus Brasil**, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://tauserxf.jusbrasil.com.br/artigos/418028908/estabilizacao-dos-efeitos-da-tutela-provisoria-de-urgencia-antecipada-antecedente>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

¹⁶³ Contrário à isenção dos honorários de sucumbência, em aplicação analógica do art. 701 do CPC, tem-se o entendimento de Heitor Sica: “Aqui, hei de recusar o paralelo com a ação monitória regulada pelo CPC de 1973. Como é curial, o cumprimento espontâneo do mandado injuntivo pelo réu o isenta da responsabilidade pelo custo do processo (art. 1.102-C, §1º39). Trata-se de um incentivo para o réu satisfazer de plano a pretensão do autor (e que, aliás, não é incólume a críticas). Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas de sucumbência.” (SICA, 2016, p. 416).

5.4.6.1 Inércia do réu – ampliação das hipóteses de impugnação à estabilização – análise do artigo 304, *caput*, do CPC

O artigo 304, *caput*, do CPC¹⁶⁴, prevê, em uma interpretação literal, que a tutela concedida somente será estabilizada quando contra ela não for interposto o respectivo recurso.

Percebe-se que, pela prática forense, o recurso cabível será, na grande maioria das vezes, o agravo de instrumento, nos termos do que dispõe o artigo 1.015, inciso I, do CPC¹⁶⁵, eis que contra tutela provisória concedida, em decisão interlocutória de primeiro grau. Mas nada impede que o recurso adequado seja o agravo interno quando a medida for concedida por relator de tribunal (2º Grau de Jurisdição), usando da prerrogativa que lhe é conferida pelo artigo 932, inciso II, da Lei Adjetiva.¹⁶⁶

Entende-se que¹⁶⁷ basta a simples interposição do recurso para que se afaste a estabilização, mesmo que este seja posteriormente não conhecido em razão de inobservância de pressuposto recursal, excetuando-se o caso de intempestividade.¹⁶⁸

Tem-se, portanto, que as vias recursais são as medidas mais adequadas para o afastamento da estabilização da tutela antecipada antecedente, eis que,

¹⁶⁴ Art. 304, CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁶⁵ Art. 1.015, CPC. “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁶⁶ Art. 932, CPC. “Incumbe ao relator: [...] II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁶⁷ SICA, 2016, p. 408.

¹⁶⁸ Contrário ao referido entendimento, criticando a simples interposição de recurso como meio apto para afastar a estabilização, Eduardo Scarparo adverte: “A esse respeito, também convém referir que a nova legislação, pagando pedágio à antiga genealogia liberal que herda, estabelece que a simples interposição de recurso (melhor seria de impugnação), independentemente dos motivos, do cabimento do recurso ou da relevância da exposição trazida pelo recorrente, dá azo à exigência de que o requerente apresente o pedido principal, no prazo fixado no art. 303, §1º, I. Ou seja, mesmo que o recurso (ou a impugnação) esteja pautado em argumentos estapafúrdios, sem qualquer amparo lógico ou legal, elegeu o legislador que o ônus de promover a continuidade da ação, para fins de manter os efeitos da antecipação de tutela satisfativa concedida, recaia àquele a quem foi atestada a maior probabilidade do direito.” (SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. **Scarparo Advocacia**, Rio Grande do Sul, nov.2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2016/11/14/estabilizacao-da-tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-de-2015/>>. Acesso em: 30 out. 2017).

adotando-se tais medidas, o requerido cumprirá a literalidade da lei (art. 304, *caput*).¹⁶⁹

Contudo, não se pode admitir a interposição do recurso como o único meio apto a tal desiderato. Deve-se realizar interpretação extensiva do contido no *caput* do artigo 304 do CPC, permitindo o afastamento da estabilização por qualquer meio impugnatório apresentado pelo réu, uma vez que a simples insurgência do requerido demonstra, de forma indene de dúvidas e independentemente do meio processual eleito, a sua insatisfação quanto à tutela concedida, sendo descabido exigir somente um único meio para tanto (recursal).¹⁷⁰

Fredie Didier¹⁷¹, ampliando as hipóteses de impugnação, expõe o seguinte:

Se, no prazo do recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para coisa julgada.¹⁷²

Conclui, ainda, *in verbis*:

¹⁶⁹ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁷⁰ Admitindo qualquer meio impugnatório como apto a afastar a estabilização, tem-se o entendimento de Cassio Scarpinella, *in litteris*: “A melhor resposta, penso, é a de aceitar interpretação ampliativa do texto do *caput* do art. 304. Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. E, a propósito, o rol de questões do parágrafo anterior é mero exercício de adivinhação; ele não quer, evidentemente, suplantar as ocorrências da prática forense, que são muito mais amplas e bem mais diversificadas. Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo *caput* do art. 303 (que é a primeira acepção da palavra “benefício” do § 5o do art. 303, como identifiquei no n. 6.1, *supra*), prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a “tutela final”, apta a transitar materialmente em julgado. A hipótese, faço questão de esclarecer, não tem o condão de infirmar a tutela antecipada já concedida. Ela, apenas, evita a sua estabilização.” (BUENO, 2017, p. 273-274).

¹⁷¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 690.

¹⁷² Antonio de Moura Cavalcanti Neto, criticando a possibilidade de afastamento da estabilização somente pela apresentação de contestação, expõe: “A apresentação de contestação pelo autor representa erro grosseiro, pois não há o que contestar. Quando o autor é citado para contestar no Procedimento Comum tem o dever de atacar os fatos e fundamentos da petição inicial. No caso da tutela antecipada antecedente, ele, se não se conformar, deve impugnar a decisão provisória. Ademais, nem há pedido final a ser contraditado, uma vez que o seu prazo para resposta apenas começará a correr na forma do art. 303, § 1º, II e III, que remetem aos arts. 334 e 335, todos do CPC”. (CAVALCANTI NETO, 2017, p. 14).

Em suma, a eventual apresentação de defesa no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização [...].¹⁷³

Tal entendimento é o mais adequado, simples e garantista aos direitos processuais do demandado, pois se o requerido está se insurgindo nos autos, dentro do prazo legal, deve-se levar em conta a sua manifestação de vontade.¹⁷⁴ Entendimento diverso levaria a um incentivo legal à propositura de recursos, algo que é completamente destoante à sistemática adotada pelo NCPC.¹⁷⁵

5.4.7 Da Não Obrigatoriedade do Aditamento

Consoante exposto alhures, a melhor interpretação do conflito aparente das normas contidas nos artigos 303, § 2º e 304, § 1º, do CPC¹⁷⁶, é no sentido de que, uma vez concedida tutela antecedente, seja o réu citado e intimado para oferecer impugnação e, após transcorrido o respectivo prazo, é que autor seja intimado para se manifestar. Caso o réu tenha impugnado a medida concedida, essa não se estabiliza e o autor é intimado para dar seguimento ao processo de cognição exauriente, aditando a inicial. No entanto, se mantido inerte o requerido no prazo

¹⁷³ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 691.

¹⁷⁴ Artur César de Souza entende, contudo, que somente se afasta a estabilização mediante a propositura de recurso. Nesse sentido: “O que o legislador exige é que a reação do réu à concessão da tutela antecipada antecedente seja por meio de ‘recurso’ e não outra forma de impugnação, como, por exemplo, antecipação da contestação, pedido de reconsideração e outras similares. Parece-me que o legislador exige do réu uma atitude pró-ativa no sentido de que a antecipação de tutela possa ter a possibilidade efetiva de ser revista por um órgão jurisdicional ad quem.” (SOUZA, 2016, p. 199-200).

¹⁷⁵ Corroborando o alegado, Bruno Garcia Redondo defende nos seguintes termos: “Não obstante essa modificação de nomenclatura ao longo do procedimento legislativo, a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo lato sensu do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo: seja a interposição de agravo de instrumento, seja a apresentação de sucedâneo recursal (v.g., suspensão de segurança), seja a propositura de demanda impugnativa autônoma (no caso, apenas a reclamação, já que ação rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pelo fato de a lei prever agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de contestação ou reconvenção.” (REDONDO, 2015, p. 167-194). No mesmo sentido: MACHADO, 2011, p. 262.

¹⁷⁶ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

legal, o processo será extinto, sem resolução de mérito, com a estabilização da decisão concedida e não impugnada.¹⁷⁷

5.4.8 Da Incompatibilidade entre a Estabilização e o Aditamento da Inicial

Conforme exposição contida no item concernente aos pressupostos da estabilização da tutela antecipada antecedente, o autor não pode, de qualquer forma, formular, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada. Ou seja, não pode, uma vez concedida a tutela antecedente, se manifestar no sentido de dar prosseguimento ao processo (aditamento da inicial), tendo em vista que tal conduta seria completamente contraditória à lógica contida na estabilização, em que visa-se evitar a extensão do processo para uma cognição exauriente.

Pode o autor aditar a inicial, no entanto, somente quando fazer uso do procedimento de tutela antecipada antecedente sem escolher a estabilização, mesmo que o réu não tenha impugnado a medida, posto que o pressuposto supramencionado somente se aplica quando requerida a estabilização.¹⁷⁸

A lógica para a vedação do aditamento da inicial, quando estabilizada a demanda, pode ser ilustrada por Luiz Eduardo Galvão do seguinte modo:

¹⁷⁷ Tal decisão é, no entanto, irrecurável, haja vista a completa ausência de interesse recursal do requerido, podendo este, na forma do que dispõe o § 2º, do art. 304 do CPC, promover a ação própria para a rediscussão da matéria. Nesse sentido, precisa a lição de Artur César de Souza: “Contra a decisão de extinção do processo, em regra, não caberá recurso de apelação, pois o réu não terá interesse no recurso em face do que dispõe o § 2º do art. 304 do novo C.P.C. Entendo que não haverá interesse no recurso de apelação no que concerne à análise da antecipação de tutela ou do mérito, pois esta análise deverá ocorrer na demanda autônoma que poderá ser proposta por qualquer das partes nos termos do § 2º do art. 304 do novo C.P.C.” (SOUZA, 2016, p. 199-200).

¹⁷⁸ Frise-se, aliás, que apesar da emenda, não se tratam de dois processos autônomos e independentes (pedido antecedente e pedido principal). Na realidade, é somente um processo em que o pedido principal é ulteriormente formulado com a emenda à inicial. Diante disso, somente haverá o pagamento das custas processuais por ocasião da petição inicial originária. (SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no projeto da câmara dos deputados do novo CPC – Da tutela de evidência e da tutela satisfativa – Última parte. **Revista de processo**, São Paulo, n. 235, p. 178, 2014).

Em suma, o autor, pela lógica do instituto aqui estudado, abriria mão de uma parcela da estabilidade característica da coisa julgada material e, em troca, ganharia a solução do caso em prazo muito mais curto. Decerto não foi intenção do legislador permitir que o sujeito fosse beneficiado pela tutela antecipada estável e, ainda assim, pudesse optar pelo prosseguimento do processo para a realização de cognição exauriente do seu objeto litigioso. Isso simplesmente esvaziaria o instituto; retiraria toda a sua utilidade. Ademais, sequer seria uma postura coerente.¹⁷⁹

O referido autor finaliza o seu raciocínio nos seguintes termos:

Ora, se o autor deseja o exame do mérito com cognição exauriente, que instaure de logo o procedimento principal. Se lhe é necessário (em virtude da extrema urgência, por exemplo) ou conveniente requerer uma tutela antecipada antecedente antes de inaugurar o procedimento principal, que assim o faça, mas deverá declarar, desde o princípio, que não pretende valer-se da estabilização da tutela antecipada (em verdade, basta que não manifeste, na petição inicial, intenção de beneficiar-se da estabilização). Portanto, o requerente não pode obter a estabilização e, ao mesmo tempo, inaugurar a fase de cognição exauriente do processo. Não haveria ganho de tempo nem economia de recursos, pois, mesmo com a estabilização da tutela sumária, o procedimento plenário seria instaurado, consumindo ainda mais recursos públicos e privados.¹⁸⁰

Tem-se, por conseguinte, que admitir o aditamento da inicial, mesmo quando já estabilizada a tutela antecedente concedida, acaba por tornar inócuo o próprio instituto da estabilização, pois, admitindo-se essa hipótese, de qualquer modo, o autor dará início ao processo de cognição exauriente, algo que era justamente o que o legislador queria evitar com a adoção de tal instituto. Desse modo, torna-se completamente contraditório e incompatível com o instituto da estabilização a possibilidade de aditamento da inicial após a concessão da medida e a sua não impugnação pelo requerido, uma vez que o autor já terá, em tese, obtido os efeitos práticos requeridos na inicial da tutela antecipada antecedente requerida.

Dessa forma, há, no momento em que o autor faz a opção na inicial pela estabilização da tutela antecipada, uma preclusão lógica da possibilidade de aditar a inicial se a medida concedida não for impugnada pelo requerido.¹⁸¹

¹⁷⁹ CARDOSO, 2017, p. 94.

¹⁸⁰ CARDOSO, loc. cit.

¹⁸¹ CARDOSO, 2017, p. 94.

5.4.9 Da Possibilidade de Revisão, pelo Julgador, da Decisão Estabilizada, em Face de sua Precariedade. Preclusão *Ad Judicia*?

A tutela satisfativa, como bem demonstrado em linhas anteriores, tem como principal característica a sua revogabilidade, considerando o caráter provisório em que é concedida.

Cumpra assinalar, portanto, que o magistrado, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, pode alterar ou, mesmo, revogar a tutela provisória quando, também, as circunstâncias em que ela foi concedida se alterarem no bojo do processo em que requerida. Tem-se, por conseguinte, que a tutela antecipada é concedida pelo juiz *rebuc sic stantibus*¹⁸², dado que esta se adequa em consonância com as alterações fáticas supervenientemente ocorridas.

Entretanto, analisando o específico caso da estabilização da tutela antecipada antecedente, percebe-se que, em que pese esta seja, também, uma tutela provisória, acaba irradiando os seus efeitos para fora do processo, solucionando o conflito do caso concreto, mesmo quando extinta a demanda em que foi concedida¹⁸³.

Assim, uma vez estabilizada a tutela e, conseqüentemente, extinto o feito, não haverá mais a possibilidade de o magistrado modificar ou revogar a medida por ele concedida, eis que o feito estará extinto e os efeitos da decisão ultrapassarão os limites da lide em que foi concedida, regulando o caso concreto por prazo indeterminado.

Constitui-se, por conseguinte, evidente preclusão *ad judicium*, dado que o magistrado não mais poderá, de ofício, alterar ou revogar a tutela concedida e que ulteriormente foi estabilizada.

¹⁸² LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81.

¹⁸³ Tal fenômeno é denominado por Artur César de Souza como a ultratividade e estabilidade da tutela antecipatória. (SOUZA, 2016, p. 198).

A única situação em que poderia ser admitida a revogação ou modificação da tutela estabilizada é, nos termos do que dispõe o artigo 304, § 2º do CPC¹⁸⁴, mediante a propositura de demanda autônoma¹⁸⁵ para a rediscussão da matéria.¹⁸⁶

5.5 DA AÇÃO AUTÔNOMA PARA A REVISÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela concedida, uma vez estabilizada, conserva os seus efeitos mesmo após a extinção do processo em que foi concedida.

O CPC entendeu por bem eleger como único meio processual adequado para a modificação ou revogação da decisão estabilizada a ação autônoma a que se refere o § 2º do art. 304.¹⁸⁷

Caminhou bem o legislador ao definir uma ação autônoma para tal desiderato, haja vista que consolida, de uma vez por todas, a autonomia da decisão estabilizada em relação ao processo de cognição exauriente, independentemente da discussão do mérito, e exige, quando ajuizada a ação autônoma com o pedido principal, que se instaure uma cognição plena, garantindo um amplo acesso ao direito de defesa.

Sintetizando, com maestria, todo o exposto, Humberto Theodoro Jr. preleciona:

¹⁸⁴ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁸⁵ Esse é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: "Uma vez estabilizada a tutela satisfativa de urgência, então, será possível a qualquer das partes ajuizar, em face da outra, demanda com o fim de obter a revisão, reforma ou invalidação da decisão concessiva da tutela antecipada estável (art. 304, § 2º). Só no caso de vir a ser proposta esta demanda é que será possível a revogação dos efeitos da tutela antecipada estável, devendo este novo processo tramitar perante o mesmo juízo em que se desenvolveu o processo no qual fora deferida a tutela antecipada que se estabilizou (art. 304, § 4º, parte final), o qual terá competência funcional para conhecer da demanda de desconstituição da tutela antecipada estável." (CÂMARA, 2017, p. 159).

¹⁸⁶ Heitor Sica, no entanto, defende que o magistrado pode revogar ou modificar a decisão estabilizada até a decisão de extinção a que alude o § 1º do art. 304 do CPC, desde que sobrevenha aos autos novos elementos. Nesse sentido: "[...] Ao contrário, o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo ex vi do art. 304, §1º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz "de mãos atadas" diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu." (SICA, 2016, p. 413).

¹⁸⁷ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

O Código, por outro lado, deixa aberta a porta para posterior ajuizamento da ação principal, de cognição plena, para rediscutir o direito material objeto da tutela editada no processo antecedente – revendo, reformando ou invalidando a tutela satisfativa –, conforme se extrai do art. 304, § 2º. Todavia, mesmo com o ajuizamento da ação principal, a medida concedida no procedimento antecedente mantém seus efeitos, enquanto não revista, reformada ou invalidada pelo juiz (art. 304, § 3º). Essa dupla possibilidade, de continuidade da medida provisória ou aperfeiçoamento posterior do processo de mérito de cognição plena, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade da tutela provisória, que tivesse como base a violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição.¹⁸⁸

Destarte, com a ação própria, o interessado poderá rever a decisão estabilizada em uma cognição plena, afastando-se, em definitivo, qualquer eventual discussão remanescente a respeito da violação do contraditório ou da ampla defesa.¹⁸⁹

Ora, se for do interesse da parte, basta que esta ajuíze a ação no prazo legal que poderá ver um processo de cognição plena. Digo e repito: o que o CPC fez, com a instituição da estabilização da tutela, foi a inversão do ônus da deflagração da demanda ao requerido. Nesse sentido:

Na vigência do CPC-1973, o autor, ao obter uma tutela antecipada do seu direito já provável, carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva. Com o CPC-2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente, esse ônus é transferido para o réu. Isso porque o autor, ao obter uma tutela antecipada em caráter antecedente do seu direito já provável, conta com a sua estabilização e consequente extinção do processo em caso de inércia do réu. É o réu que assume o ônus de propor uma nova ação no intuito de reverter a medida, podendo inclusive, no bojo desta mesma ação, pedir a revisão, reforma ou invalidação antecipada da medida, mediante a demonstração da probabilidade do direito que afirma ter e do risco de dano ou ilícito ou de inutilidade do resultado final.¹⁹⁰

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 690.

¹⁸⁹ Nessa ordem de ideias, necessária a transcrição do escólio de Luiz Eduardo Galvão: “É possível dizer que a previsão dessa ação de revisão é um importante instrumento para dar certa tranquilidade aos sujeitos processuais durante o transcurso do procedimento de estabilização: autor e réu saberão que uma má avaliação a respeito da conveniência da estabilização poderá ser corrigida com o ajuizamento da ação autônoma ora tratada. Sentir-se-ão, assim, mais confortáveis para deixar de prosseguir com a demanda, dando lugar à consolidação da tutela antecipada.” (CARDOSO, 2017, p. 94).

¹⁹⁰ GRECO, 2014 apud DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 693-694.

Assim sendo, basta que o interessado (usualmente o réu) ingresse com a demanda autônoma para rediscutir tutela estabilizada.

Pela redação do § 2º do art. 304 do CPC, percebe-se, pela sua literalidade, que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”.¹⁹¹

No entanto, denota-se que, na realidade, o interesse para rever, reformar ou invalidar a demanda estabilizada é eminentemente do requerido. Razão pela qual alguns autores sustentam que o único interessado para questionar a tutela antecipada é o réu, ao passo que cabe ao autor, tão somente, ajuizar a demanda autônoma para requerer outra forma de tutela, a sua própria ampliação ou mesmo os benefícios da certeza da coisa julgada ao final da demanda, eis que a tutela estabilizada não faz coisa julgada, nos termos da disposição expressa contida no § 6º do art. 304 da Lei Adjetiva.¹⁹²

Tal entendimento é sustentado por Marinoni, *in litteris*:

Como já dito, afirma o § 2º do art. 304 que “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”. A norma confere às *partes* o direito de pedir a reforma ou invalidação da tutela antecipada. Contudo, apenas o réu pode ter interesse em se voltar contra a tutela antecipada. O autor pode renunciar à tutela do direito, não tendo qualquer motivo para propor ação para reformá-la ou invalidá-la. Como é óbvio, se a tutela do direito é insuficiente ao autor, ele não fica impedido de propor ação para pleitear uma outra forma de tutela (v. g., inibitória quando antes pedida remoção do ilícito), outro modo de prestação da tutela (v. g., paralisação de atividades quando antes requerida instalação de filtro) ou a própria tutela de direito em maior extensão (v. g., ressarcitória na forma específica quando antes pedida ressarcitória pelo equivalente, ou seja, antecipação de soma). Evidentemente que sem a restrição de dois anos, prevista no § 5º do art. 304 [...].¹⁹³

Arremata o autor, do seguinte modo:

¹⁹¹ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹² Art. 304, § 6º, CPC: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

¹⁹³ MARINONI, 2017, p. 240.

Interessado em questionar a tutela antecipada é o réu, ou seja, aquele que a sofre. O § 2º fala em “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada”. Sucede que o rever é pressuposto do reformar e do invalidar. O réu pode propor ação para reformar – ou seja, modificar – ou para tornar a tutela antecipada destituída de validade, que assim fica sem efeitos. De qualquer forma a ação tem em conta a decisão que concedeu a tutela antecipada, objetivando demonstrar que a tutela estabilizada deve ser alterada ou não pode continuar valendo.¹⁹⁴

Noutras palavras, percebe-se que ambas as partes poderão, como faculta o § 2º do art. 304 do CPC¹⁹⁵, ajuizar a demanda autônoma posteriormente, mas cada uma, em geral, com finalidades diversas. O réu optará pela demanda para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada e o autor a ajuizará para ampliar a cognição, alterar a tutela que outrora fora concedida e estabilizada ou se beneficiar da coisa julgada.¹⁹⁶

De qualquer modo, repita-se, independentemente da finalidade perseguida pela parte, o meio processual adequado para tal fito será a ação autônoma.

Trata-se de ação que persegue a cognição exauriente e que tramitará, considerando a natureza da relação jurídica discutida em juízo, pelo procedimento especial ou comum¹⁹⁷, conforme o caso.¹⁹⁸

¹⁹⁴ MARINONI, loc. cit.

¹⁹⁵ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹⁶ Em igual sentido, Eduardo Arruda Alvim esclarece com maestria a questão, *in verbis*: “Verifica-se que a referida ação pode ser proposta tanto por aquele que requereu a tutela provisória que se tornou estável, quanto por aquele contra quem a tutela foi concedida. A par disso, é bem verdade que, a princípio, o interesse pela propositura de tal demanda acabará por tocar mais ao réu do que ao autor, na medida em que este, de ordinário, terá sido satisfeito faticamente pela decisão que se tornou estável, tanto é que assim o havia requerido, o que, convém assentar, não lhe retira a possibilidade de promover tal demanda. Ainda assim, cremos que na maioria das hipóteses a propositura da ação se dará por parte do réu originário, que passa a ser autor, já que uma das consequências da estabilização da tutela antecipada é a inversão do ônus do tempo, assim como ocorre na tutela da evidência, recaindo sobre o réu, então, o ônus de buscar uma decisão de mérito que o favoreça. Muito embora o referido § 2º mencione apenas que a ação autônoma terá por objeto a “revisão”, “reforma” ou “invalidação” da tutela satisfativa estabilizada, certo é que tal demanda poderá versar sobre a confirmação da decisão antecipatória de tutela, tendo em vista que poderá sobrevir ao autor, após o pedido de tutela antecipada antecedente, o interesse pela cognição exauriente sobre o mérito, apta a tornar coisa julgada a decisão proferida.” (ALVIM, 2017, p. 231).

¹⁹⁷ BUENO, 2017, p. 276.

¹⁹⁸ Cassio Scarpinella, aliás, discorrendo a respeito das matérias que podem ser aduzidas na ação autônoma, mudou o entendimento passando a compreender que somente as questões que dizem respeito aos efeitos práticos da tutela estabilizada é que podem ser discutidas. Nesse diapasão: “A que demanda refere-se o § 2º do art. 304? Nas duas primeiras edições deste Manual respondi a questão de maneira ampla. Após muito estudo e reflexão sobre o tema, passo a entender que a

Ao teor do que dispõe o artigo 304, § 4º do CPC¹⁹⁹, qualquer das partes podem requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida e estabilizada a demanda, servindo este como elemento instrutório para a petição inicial da ação autônoma de impugnação²⁰⁰.

Deve, ademais, a aludida ação própria ser ajuizada no Juízo em que foi concedida a medida, eis que prevento (304, § 4º do CPC, parte final), constituindo-se, em verdade, competência funcional²⁰¹ e, portanto, absoluta de fixação de competência.²⁰²

5.5.1 Do Ônus da Prova na Ação Autônoma

Questão problemática que o operador do direito pode se deparar na prática processual diz respeito a perquirir, na posterior ação autônoma, de quem é o ônus da prova.

O CPC, ao regulamentar a estabilização da tutela antecipada antecedente, não dispôs nada a respeito, deixando uma enorme lacuna legislativa.

O tema não passou despercebido pela doutrina, tendo esta já se manifestado a respeito.

Analisando tal celeuma, numa perspectiva das regras gerais do CPC previstas em seu artigo 373²⁰³, percebe-se que o *ônus probandi* é, em regra, do autor da ulterior demanda autônoma, eis que este alega fatos constitutivos de seu

resposta mais adequada é restritiva. O que é alcançado por aqueles dois anos só pode ser o questionamento dos próprios efeitos práticos da tutela antecipada, ampliando-os por iniciativa do autor da medida; eliminando-os ou reduzindo-os, a cargo do réu. Pensar diferentemente é entender que as mais variadas pretensões de direito material que possam confrontar o que restou estabilizado estejam sujeitas ao prazo de dois anos a que se refere o § 5º do art. 304. Não consta que o CPC de 2015 tenha querido (ou pudesse) ir tão longe.” (BUENO, loc. cit.).

¹⁹⁹ Art. 304, § 4º, CPC. “Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

²⁰⁰ RIBEIRO, 2016, p. 229.

²⁰¹ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 694.

²⁰² REDONDO, 2015, p. 14.

²⁰³ Art. 373, CPC. “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

direito, cabendo ao réu comprovar somente a existência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Considerando que o maior interessado em rediscutir a tutela estabilizada é o réu da primeira demanda, percebe-se que o ônus da prova recairá, na maioria esmagadora das vezes, a este, que se tornará o autor do segundo processo, devendo suportar, diante da regra geral do artigo 373 do Diploma Legal supracitado²⁰⁴, tal ônus.²⁰⁵

Ocorre que, demonstra-se completamente injusta tal interpretação, pois, caso a tutela antecipada concedida fosse devidamente impugnada pelo réu na ação antecedente, o processo de cognição plena continuaria e o ônus da prova permaneceria com o autor da demanda. Desse modo, não parece lógico que tal ônus seja alterado pelo simples fato de que foi ajuizada nova ação, mas que esta rediscutirá a mesma matéria concernente à primeira.²⁰⁶

Luiz Eduardo Galvão, explanando sobre o tema, defende que a ação autônoma é simplesmente, do ponto de vista material, a continuação da primeira demanda, eis que ambas discutem praticamente a mesma matéria²⁰⁷, devendo, destarte, ocorrer a regra da inalterabilidade dos encargos probatórios, *in verbis*:

Podemos falar, portanto, que há uma *regra da inalterabilidade dos encargos probatórios* aplicável aos casos em que há estabilização da tutela antecipada, regra esta que determina, como visto, a imutabilidade das incumbências probatórias das partes disciplinadas na ação originária. Os encargos que cada um dos sujeitos processuais possuía na tutela antecipada antecedente não sofrerão alteração numa eventual ação que vise a reverter a tutela estabilizada.²⁰⁸

No mesmo sentido de manter-se os ônus probatórios da primeira demanda, é o entendimento de Marinoni, a saber:

²⁰⁴ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰⁵ Esse, ademais, é o posicionamento adotado por Bruno Garcia Redondo, entendendo, ainda, que poderá o magistrado distribuir de forma dinâmica o ônus, se preenchidos os pressupostos legais. (REDONDO, 2015, p. 15).

²⁰⁶ CARDOSO, 2017, p. 108.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 106.

²⁰⁸ CARDOSO, 2017, p. 108.

A ação proposta pelo réu não lhe outorga o ônus de demonstrar que as alegações dos fatos constitutivos do direito suposto como provável não são verdadeiras. A propositura da ação revela o intuito do réu em modificar ou invalidar a tutela antecipada, mas este não assume o ônus de provar que as alegações dos fatos constitutivos do direito do autor – agora réu – não correspondem à realidade. A situação é similar àquela que ocorre quando utilizada a técnica da inversão do ônus da propositura da ação principal – depois de concedida a tutela do direito com base em cognição sumária. Há inversão do ônus de propor a ação, mas o ônus da prova continua sendo de quem afirmou o direito e ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo.²⁰⁹

Tem-se, portanto, que os ônus processuais devem permanecer inalterados em relação à primeira demanda, para que o réu não suporte, na demanda principal, injustos e desnecessários encargos, o que, ao final, acabaria desestimulando o próprio instituto da estabilização da tutela, eis que o réu ficará mais em dúvida em não impugnar a tutela antecipada concedida antecedentemente, por receio de sofrer o ônus da prova dos fatos constitutivos em futura demanda.²¹⁰

5.5.2 Possibilidade de Ajuizamento de Ação Autônoma mesmo Após o Transcurso do Prazo Estabelecido no § 5º do artigo 304 do CPC

O CPC, ao regulamentar a estabilização da tutela antecipada, definiu, em seu artigo 304, §5º²¹¹, o prazo de 2 (dois) anos para que a tutela estabilizada pudesse ser revista em ação autônoma, tendo como termo inicial a sentença que extingue o feito, em face da estabilização da tutela concedida.

De início, analisando de maneira superficial a impossibilidade de rediscussão após o decurso do prazo, poder-se-ia cogitar numa coisa julgada da matéria constante na decisão estabilizada, em face de sua imutabilidade, entretanto, o legislador entendeu por bem dispor expressamente, no § 6º do artigo 304 da Lei

²⁰⁹ MARINONI, 2017, p. 240-241.

²¹⁰ CARDOSO, loc. cit.

²¹¹ Art. 304, § 5º, CPC. “O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

Adjetiva²¹², que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, afastando, de uma vez por todas, qualquer celeuma que pudesse ser arguida a respeito.

Tal prazo restou estipulado pelo legislador a fim de que a rediscussão a respeito do direito material não perdurasse eternamente²¹³. No entanto, ao estabelecer tal limitação temporal para rediscussão da tutela estabilizada, a doutrina abriu divergência a respeito da possibilidade (ou não) do ajuizamento de ação autônoma após o decurso desse prazo, tendo adotado, em síntese, três posicionamentos diversos a respeito. Vejamo-los.

O primeiro posicionamento dos estudiosos entende que, malgrado o CPC tenha proibido a rediscussão após o decurso do prazo de 2 (dois) anos, ainda é possível fazê-lo, desde que ainda não tenham transcorridos os prazos prescricionais do direito material²¹⁴, pois “não ter mais o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela.”²¹⁵

Em outros termos, entende-se que o direito material em si pode ser rediscutido após o transcurso do prazo, uma vez que, ao se conceder a tutela posteriormente estabilizada, somente foi apreciado pelo juiz se estavam presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória, não tendo se formulado pelo autor, sequer, o pedido principal.

Percebe-se, outrossim, que o que não poderá mais ser rediscutida é a decisão concessiva da tutela provisória, mas permanecerá plenamente possível fazê-la quanto ao direito material em si.²¹⁶

²¹² Art. 304, § 6º, CPC. “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

²¹³ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 692.

²¹⁴ Esse é o posicionamento defendido por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *in verbis*: “[...] 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 de tutela. 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.” (RIBEIRO, 2016, p. 230).

²¹⁵ MARINONI, 2017, p. 245.

²¹⁶ ALVIM, 2017, p. 235.

Portanto, não prescrita a pretensão, pelo entendimento esposado, é plenamente viável a propositura de nova ação para rediscutir o direito material, mesmo que já passados os 2 (dois) anos para a rediscussão da matéria.

A crítica a tal entendimento resume-se, basicamente, nas palavras de Bruno Garcia Redondo, em “esvaziar as regras dos §§2º, 3º, 5º e 6º do art. 304, claras no sentido de que a modificação da tutela estabilizada somente é possível por meio de uma ação de modificação (§§2º, 3º e 5º), que deve ser proposta em até 02 anos (§6º)”²¹⁷, explica-se:

Note-se: se couber demanda destinada a debater o direito material mesmo após 02 anos, ficarão, sem qualquer utilidade, as regras de não menos do que quatro parágrafos (§2º, 3º, 5º e 6º) do art. 304. Essas regras seriam inócuas, incapazes de gerar qualquer consequência jurídica ou qualquer sanção (processual) em caso de seu descumprimento. Afinal, qual seria a sanção por ter sido esgotado, em branco, o prazo de 02 anos para a ação de modificação da tutela antecipada estabilizada, se, após esse prazo, fosse possível ajuizamento de ação destinada a debater o direito material, (no âmbito da qual poderá haver, por consequência lógica e prática, a modificação dos efeitos da tutela estabilizada)? Não vemos utilidade em a lei prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em maior até mesmo maior, capaz de produzir rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu.²¹⁸

A segunda corrente, defendida por Bruno Garcia Redondo, afirma que, numa interpretação sistemática dos parágrafos constantes no artigo 304 do CPC²¹⁹, o transcurso do prazo de 2 (dois) anos leva a ocorrência da coisa julgada material, mesmo havendo redação expressa no § 6º contrária a tal entendimento.

A sobredita corrente pode ser sintetizada nos seguintes termos:

Ora, se a conjugação das regras dos §§2º, 3º, 5º e 6º leva ao entendimento de que a tutela antecipada estabilizada somente pode ser modificada dentro de 02 anos por meio de uma demanda específica, somos obrigados a concluir que, após o esgotamento desse prazo, fica absolutamente impossibilitada a discussão do próprio direito material, sob pena burla àquelas regras, já que o debate do direito material poderia, por consequência inafastável, levar à modificação (prática e jurídica) da tutela estabilizada, o que está vedado por aqueles quatro dispositivos. E, como essa inexorável conclusão segue no sentido da impossibilidade de

²¹⁷ REDONDO, 2015, p. 18.

²¹⁸ REDONDO, loc. cit.

²¹⁹ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

propositura de ação destinada a debater o direito material, somos obrigados a denominar como coisa julgada material esse fenômeno que surge com o esgotamento in albis do prazo bienal.²²⁰

E ainda:

A própria regra do §6º do art. 304 não impede essa conclusão. Dito dispositivo não afirma que jamais existirá, a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não há coisa julgada somente durante o período de 02 anos previsto para a ação de modificação. Afinal, poderiam surgir duas dúvidas: (i) se, tendo em vista a não impugnação pelo réu e a extinção do processo (art. 304, caput e §1º), haveria formação de coisa julgada; e (ii) caso houvesse coisa julgada, se seria descabida uma ação de modificação da tutela, restando ao réu, apenas o ajuizamento de ação rescisória. O propósito do §6º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe, durante 02 anos, a propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau, em vez da propositura de ação rescisória.²²¹

Entende o autor precursor dessa corrente que, diante da existência da coisa julgada, é cabível a ação rescisória após o transcurso do prazo bienal.

Tal corrente é bastante criticada pela doutrina, uma vez que, conforme entendimento majoritário, o manto da coisa julgada não pode cobrir decisões que são consubstanciadas por cognições sumárias, eis que completamente incompatíveis entre si.

Nesse sentido, precisa a lição de Eduardo Talamini:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à 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 à 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 pôde desenvolver. A emissão de

²²⁰ REDONDO, 2015, p. 19.

²²¹ REDONDO, loc. cit.

decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões rele antes 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.²²²

Ademais, a formação de coisa julgada na estabilização da tutela antecipada acabaria desestimulando que o réu deixasse de recorrer da tutela antecipada concedida, eis que a ocorrência desta lhe é mais maléfica.²²³

Por fim, a terceira e última corrente entende que o prazo bienal para o ajuizamento da demanda autônoma de rediscussão da tutela estabilizada trata-se de prazo decadencial, não podendo, portanto, suspender ou interromper o prazo extintivo do direito de propor a ação.

Desse modo, entende-se que, transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da demanda autônoma, a possibilidade de rediscussão da matéria ventilada na decisão estabilizada estaria fulminada pela decadência.

Levantando uma possível crítica a respeito do aludido entendimento, têm-se as palavras precisas de Humberto Theodoro Jr., *in litteris*:

Há quem pense ser inadmissível a marcação de um prazo fatal para o exercício da ação de revisão ou invalidação da medida antecipada estabilizada, ao argumento de que não seria constitucional a interdição a uma ação de contraditório pleno em torno de um litígio que apenas sumariamente se compôs. Ter-se-ia uma incompatibilidade, na espécie, com o processo justo. Dessa maneira, mesmo depois do prazo de dois anos do art. 304, § 5º, continuaria “sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das

²²² TALAMINI, 2012, p. 28.

²²³ Percepção esta que foi empreendida por Luiz Eduardo Galvão, nos seguintes termos: “De fato, é mais conveniente que não haja formação de coisa julgada quando se tratar de estabilização da tutela antecipada, pois, se assim não fosse, haveria um grande contraestímulo para que o réu deixe de recorrer da decisão que antecipa a tutela e, assim, permita a ocorrência da estabilização da tutela antecipada. Em verdade, reconhecer a existência de coisa julgada retiraria uma das maiores utilidades – se não a maior – que o réu pode encontrar no instituto aqui estudado, o que possivelmente acabaria por esvaziá-lo e relegá-lo ao absoluto desuso, frustrando a finalidade perseguida pelo legislador brasileiro.” (CARDOSO, 2017, p. 137).

partes”, como o que ocorre, por exemplo, através da prescrição, da decadência e da *supressio*.²²⁴

Em resposta, o sobredito mestre, expõe seus argumentos nos seguintes termos:

A crítica, a nosso sentir, não procede. Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual. Exemplo típico de prazo decadencial instituído pelo Código de Processo Civil é aquele referente à propositura da ação de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 975, *caput*). Nunca se pôs em dúvida, em nosso direito positivo, a viabilidade de se instituir em lei prazos decadenciais para o ajuizamento de certas demandas, sejam elas precedidas ou não de algum acerto em juízo. Além da ação rescisória vários são os casos de ações anulatórias ou revisionais, de larga presença no foro, que se extinguem pelo decurso do tempo (vícios de consentimento, incapacidade do contratante, renovação de locação, revisão de aluguel etc.).²²⁵

Pelo o que foi exposto, entende-se como plenamente possível a previsão legal do instituto da decadência, mesmo que num Diploma Processual.

Bruno Garcia Redondo apresenta, outrossim, duas outras críticas ao referido entendimento, a saber:

(i) essa estabilidade fundada em cognição não-exauriente ser “superior” à coisa julgada (impedindo, até mesmo, ação rescisória); e (ii) essa estabilidade, sem ter natureza de coisa julgada, produzir o efeito de impedir a propositura de ação autônoma destinada a debater o direito material.²²⁶

De fato, ao se adotar o entendimento da aplicação da decadência ao caso concreto, se acaba impedindo qualquer rediscussão da matéria após o decurso do prazo, impossibilitando, até mesmo, a possibilidade de propositura de ação rescisória que é hábil a deconstituir a coisa julgada que, em tese, deveria ter uma

²²⁴ THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 693.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

²²⁶ REDONDO, 2017, p. 17.

certeza maior que a “coisa estabilizada”. Ocorre, na realidade, o fenômeno denominado por Artur César de Souza como “coisa soberanamente julgada.”²²⁷

A celeuma, ao que parece, permanecerá sem solução por um bom tempo, mas, numa análise de todos os entendimentos expostos, me parece o mais acertado aquele que permite o ajuizamento de ação de rediscussão, mesmo após o transcurso do prazo de bienal, mas desde que respeitados os prazos prescricionais do direito material.

²²⁷ SOUZA, 2014, p. 186.

6 OUTROS PONTOS CONTROVERSOS RELATIVOS À ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

6.1 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E REEXAME NECESSÁRIO

A remessa necessária, instituto criado para a consecução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, exige que, para que uma sentença prolatada em face da Fazenda Pública tenha sua eficácia efetivada, deve ser submetida e apreciada, independentemente da interposição de recurso pelas partes, pelo segundo grau de jurisdição, ocorrendo uma reapreciação da matéria já analisada e julgada em primeira instância.

Tal instituto somente é aplicado, nos termos do artigo 496, I e II, do CPC²²⁸, para sentenças que forem proferidas “contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público” ou “que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”.

Questão que merece indagação, neste particular, diz respeito à necessidade (ou não) de submissão da tutela estabilizada em demanda ajuizada em face da Fazenda Pública.

A resposta há de ser negativa. Não há como submeter uma tutela provisória estabilizada à remessa necessária. O legislador, ao prever a remessa necessária, somente a exigiu para os casos de sentenças julgadas em desfavor da Fazenda Pública. Em nenhum momento previu tal possibilidade para decisão proferida no âmbito do procedimento de tutela antecipada antecedente.

Nesse diapasão, precisa a lição de Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso²²⁹:

²²⁸ Art. 496, CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

²²⁹ CARDOSO, 2017, p. 120.

Além disso, é preciso notar que o reexame necessário foi pensado para proteger a Fazenda Pública contra a formação de coisa julgada injusta, ou seja, com a necessária revisão, por parte do tribunal, da sentença proferida em primeira instância, atribui-se maior segurança ao julgamento e diminui-se a probabilidade de consolidação de uma sentença injusta. Tanto é assim que uma sentença não submetida à remessa necessária –sendo o caso de submissão – simplesmente não transita em julgado.²³⁰

Complementa, ademais, seu raciocínio, do seguinte modo:

Também por essa razão não há falar em submissão à remessa necessária da decisão proferida no âmbito do procedimento de tutela antecipada antecedente, já que aqui não há formação de coisa julgada material. Logo, havendo decisão que a Fazenda Pública repute injusta e contra a qual eventualmente não tenha interposto o recurso de agravo, basta a propositura da ação de revisão da tutela antecipada para questioná-la. Não há, portanto, qualquer prejuízo aos entes públicos em virtude da não submissão da decisão ao duplo grau de jurisdição obrigatório.²³¹

Diante da possibilidade de rediscussão da tutela estabilizada em ação autônoma, não há qualquer prejuízo ao Ente Público pela não submissão da medida concedida ao instituto da remessa necessária, sendo, portanto, completamente dispensável a aplicação do Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório.²³²

²³⁰ No mesmo diapasão, Artur César de Souza proclama que a decisão concessiva da tutela antecipada sequer é sentença, *in verbis*: “[...] No caso, a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente não proveio de uma sentença, mas, sim, de uma decisão interlocutória sujeita ao recurso de agravo de instrumento. Além do mais, a sentença que extingue posteriormente o processo é sem resolução de mérito, portanto, nem contra e nem a favor da Fazenda Pública.” (SOUZA, 2016, p. 202).

²³¹ CARDOSO, 2017, p. 120.

²³² No mesmo sentido, pertinente a lição de Marinoni: “A Fazenda Pública, como qualquer outro, sempre tem à sua disposição a ação de revisão. Proposta essa ação, a sentença proferida contra a Fazenda Pública estará sujeita, se for o caso (§§ 3º e 4º do art. 496, CPC), à remessa necessária. Caso a ação não seja proposta – *quando necessária*, ou seja, em caso de tutela antecipada em que *não* se tomou em conta alegação de fato dependente de posterior elucidação –, a tutela se tornará imutável e indiscutível ainda que a decisão que a concedeu não tenha sido revista pelo tribunal. Na verdade, a garantia buscada pela remessa necessária é plenamente compensada pela possibilidade de se propor a ação de revisão. Lembre-se que, nos casos em que a ação de revisão é necessária, não há que se pensar em admissão de fatos ou em confissão. O que realmente importa é que, como a própria Administração Pública fica no pleno controle da gestão dos seus casos judiciais, não há racionalidade em obrigar o particular a pagar por eventual atuação omissiva (não propositura da ação de revisão) destituída de adequação ou probidade. Isto significaria uma *gritante violação da igualdade perante os procedimentos judiciais*, indispensável ao desenvolvimento da vida social num Estado de Direito, alimentada por *possíveis condutas desviadas* dos agentes públicos. Ora, casos

Urge consignar, entretanto, que uma vez ajuizada e decidida a segunda demanda de rediscussão da tutela estabilizada, a sentença, se desfavorável ao Ente Público, deve ser apreciada necessariamente em segunda instância, eis que presentes os requisitos indicados no artigo 496, I, da Lei Adjetiva²³³.

6.2 ESTABILIZAÇÃO CONTRA TUTELA ANTECIPADA JÁ ESTABILIZADA (ESTABILIZAÇÃO SUCESSIVA)

Questão que merece indagação diz respeito à possibilidade de ocorrência de estabilização de decisão provisória eventualmente concedida na segunda demanda de rediscussão da primeira, ajuizada pelo então réu daquela.

Há entendimentos doutrinários no sentido da possibilidade de ser concedida, a qualquer momento processual, tutela provisória contrária à decisão estabilizada.

Nessa toada, Bruno Garcia Redondo defende:

Proposta a ação de modificação, em qual momento pode ser revista a tutela antecipada antecedente, até então estabilizada: cabe decisão liminar nesta nova demanda, ou a modificação pode vir somente na sentença final desta ação? Ora, do mesmo modo que o juiz se convenceu liminarmente dos argumentos do autor do requerimento de tutela antecedente, pode o magistrado convencer-se, de início, dos fundamentos do autor da ação de modificação, de modo a rever a decisão sobre a tutela antecipada, ainda que provisoriamente, já no início da ação de modificação. Em outras palavras, a tutela antecipada estabilizada pode ser alterada em qualquer fase da ação de modificação, tanto liminarmente inaudita altera parte, quanto incidentalmente no curso dessa nova demanda, como ainda ao final da mesma, na sentença final, dependendo do momento em que o juiz se convença da presença dos elementos que devem gerar a modificação da tutela até então estabilizada.²³⁴

deste tipo, como é pouco mais do que evidente, devem ser tratados mediante investigação da responsabilidade do funcionário público e não por meio de imposição de prejuízo ao particular. Não raciocinar assim é tutelar ilegítimamente o Estado e prejudicar os jurisdicionados. Ou pior: é *desconsiderar o direito à igualdade perante o processo para preservar ou acobertar maus funcionários públicos e alimentar uma visão de Estado que não tem qualquer preocupação com o desenvolvimento da sociedade e da sua economia*". (MARINONI, 2017, p. 249-250).

²³³ BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

²³⁴ REDONDO, 2015, p. 15-16.

Se manifestando expressamente quanto à possibilidade de estabilização sucessiva em demanda autônoma, Luiz Eduardo Galvão expõe entendimento completamente contrário, aduzindo que, tendo em vista que a segunda demanda deve, necessariamente, discutir, em cognição exauriente, o pedido principal, não há como ajuizá-la sob o procedimento antecedente, eis que este é próprio de cognição sumária, não havendo que se falar, portanto, em estabilização da tutela antecipada contra a medida que já foi estabilizada. Ocorreria nesse caso uma evidente contradição de procedimentos.²³⁵

Eduardo Arruda Alvim, comungando do mesmo entendimento, exemplifica o caso do seguinte modo:

Imagine-se o seguinte exemplo: A requer, em caráter antecedente, que B arque com os custos de sua internação hospitalar, ao argumento de que ambos se envolveram em acidente de trânsito, que teria causado prejuízos à saúde do autor. Concedida a tutela, não sobreveio o respectivo recurso de agravo de instrumento, tornando-se estáveis os efeitos da decisão. Pense-se, então, que após o trânsito em julgado da decisão que extingue o processo originário, verifique B que a internação hospitalar de A não se faz necessária apenas em razão do acidente de trânsito que os envolveu, mas também porque pretende se submeter a procedimento cirúrgico eletivo, cuja causa não guarda nenhuma relação com o acidente de trânsito que os envolveu. Vê-se, então, que B tem condições de infirmar a probabilidade do direito que deu ensejo à concessão da tutela antecipada posteriormente estabilizada, achando-se também na iminência de sofrer mais prejuízos financeiros, já que o efeito estabilizado é o custeio do tratamento médico.²³⁶

Conclui, nos seguintes termos:

Nessa hipótese, poderá B mover a ação que visa atingir a eficácia da decisão antecipatória de tutela estabilizada, requerendo, inclusive, tutela provisória de urgência, a fim de obstar a produção de efeitos da decisão

²³⁵ Complementando o seu entendimento, imperiosa a transcrição da lição de Luiz Eduardo Galvão: “A lógica é a seguinte: deve-se resolver de forma célere a questão controvertida por meio da estabilização da tutela sumária. Todavia, se uma das partes não adere a esta solução e pretende continuar discutindo a questão, é melhor que isso seja feito sob cognição exauriente e de maneira imutável, evitando a perpetuação do conflito de interesses. Portanto, se a solução inicial da estabilização da tutela antecipada não é acolhida pelas partes, deve-se partir para o processo de conhecimento ordinário visando ao encerramento definitivo e imodificável da discussão. Permitir sucessivos procedimentos de tutela antecipada antecedente vai contra o espírito do sistema, que é exatamente o de evitar a perpetuação e a pulverização de conflitos.” (CARDOSO, 2017, p. 122).

²³⁶ ALVIM, 2017, p. 234.

anteriormente proferida, não sendo possível, todavia, que a decisão antecipatória de tutela, nesta segunda demanda, torne-se estável, já que é imprescindível que a cassação definitiva da tutela estabilizada se dê por decisão de mérito, decorrente de cognição exauriente sobre o objeto da demanda.²³⁷

Pelo exposto, parece ser o mais acertado o entendimento pela impossibilidade de estabilização sucessiva, tendo em vista, mormente, a incompatibilidade de procedimentos. De fato, não há como reconhecer a estabilização em ação ajuizada pelo procedimento comum, em que se persegue a cognição exauriente. Como já demonstrado alhures, o procedimento antecedente para a estabilização da tutela antecipada foi pensado e desenvolvido com a principal finalidade de oferecer a eficácia prática requerida ao demandante, sem, contudo, ser exercida uma cognição exauriente da demanda.

6.3 PARALELO ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E A AÇÃO MONITÓRIA

Consoante já observado em linhas anteriores, a estabilização da tutela antecipada antecedente em muito se assemelha à técnica monitoria, pois em ambas o demandante adquire os efeitos práticos desejados, com a inércia do demandado, invertendo a este o ônus da deflagração de novo processo.

Talamini, ao discorrer a respeito da afinidade entre ambos os institutos, enumera as características comuns, in verbis:

a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em favor do autor; b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não haverá coisa julgada material.²³⁸

²³⁷ ALVIM, loc. cit.

²³⁸ TALAMINI, 2012, p. 25.

Por esses e outros pontos comuns entre os referidos institutos²³⁹, pode-se afirmar, como bem defende Didier, “em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) e pelos arts. 303 e 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente”²⁴⁰. Assim, sempre que houver lacuna legislativa em qualquer dos procedimentos, deve-se realizar uma interpretação analógica a fim de preenche-la no caso concreto, sempre analisando a técnica monitoria como um todo.

6.3.1 Da Aplicação Subsidiária das Regras Atinentes à Ação Monitoria (Honorários Advocatícios e Custas), em Razão da Hiporregulação Legislativa a Respeito da Estabilização

Ante o reconhecimento do microsistema de técnica monitoria, pende analisar a possibilidade de aplicação das regras benéficas de redução de honorários advocatícios e isenção de custas processuais relativas à ação monitoria e contidas no artigo 701, *caput* e § 1º, do CPC²⁴¹, para o caso de não impugnação, pelo réu, da tutela antecipada anteriormente concedida, servindo como incentivo para a consecução do instituto da estabilização.

Nesse sentido:

²³⁹ Apresentando outras questões comuns, Flávio Quinaud Pedron expõe: “Assim como no procedimento monitorio, no procedimento que ensejará para o autor a estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente, a intenção é a conversão rápida da pretensão em título executivo judicial, embora, como dito anteriormente, pouco importa se através de uma sentença. No primeiro procedimento, a parte ré possui a iniciativa de se opor ao cumprimento monitorio (contraditório invertido), sob pena de conversão automática em título executivo. Já no segundo procedimento, o autor almeja também uma determinada ordem de cumprimento e o réu deverá opor-se através do recurso competente, com o escopo de evitar que a decisão se estabilize”. (PEDRON, Flavio Quinaud; MILAGRES, Allan; ARAÚJO, Jéssica. A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente e a busca para uma compreensão sistêmica: entre a monitorização e a negociação processual. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 42, v. 268, p. 360, jun.2017).

²⁴⁰ DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 685.

²⁴¹ Art. 701, CPC: “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. § 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.” (BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015).

Por fim, resta indagar a respeito do cabimento, ou não, de honorários advocatícios quando se der a estabilização da tutela antecipada e a extinção do processo. Se, de um lado, o trabalho do advogado do autor – que teve a tutela antecipada deferida – deve ser remunerado, de outro, deve ser levada em conta a opção do réu de não oferecer resistência. Cabível, assim, como defendem alguns, fazendo-se interpretação sistemática e teleológica, a aplicação da redução dos honorários pela metade, tal como previsto, pelo próprio CPC/2015, para outras hipóteses em que o réu não opõe resistência, *v.g.*, cumprimento do mandado monitorio no prazo, sem a oposição de embargos (art. 701) e pagamento integral da execução (título extrajudicial) em 03 dias (§1º do art. 827). Assim, se o réu não oferecer resistência à concessão da tutela antecipada antecedente, gerando a estabilização da tutela e a extinção do processo, a sentença que extingue o processo (§1º do art. 304) deve condenar o réu em honorários advocatícios correspondentes à metade do mínimo (10%), isto é, em 5% (cinco por cento).²⁴²

Percebe-se que a aplicação de tal benefício acarreta um estímulo a não resistência do requerido e concretiza a técnica monitoria como um todo, realizando-se uma interpretação sistemática e teleológica.

Conquanto tenha o mesmo entendimento dantes apresentado (pela redução dos honorários advocatícios sucumbenciais), Bruna Garcia Redondo discorda da aplicação da regra concernente à isenção de custas processuais, uma vez que a sua aplicação seria uma afronta ao princípio da causalidade. Em outras palavras, considerando que o réu obrigou o autor a ingressar com demanda no Judiciário, deve arcar com as despesas que aquele tiver embolsado, sob pena de evidente desproporção entre as partes.²⁴³

Agora, em sentido completamente destoante, Heitor Sica defende pela impossibilidade de aplicação sistemática dos benefícios da ação monitoria, *in litteris*:

Ante o silêncio do novo CPC a esse respeito, a solução exige algum esforço de interpretação, que há de recair sobre dois elementos. O primeiro é o de que a decisão antecipatória, obviamente, nada disporá acerca de responsabilidade pelas verbas sucumbenciais. O segundo é o de que a constatação do juiz de que o réu não interpôs e recurso contra a decisão antecipatória gerará uma sentença terminativa, a partir da qual a

²⁴² RIBEIRO, 2016, p. 232.

²⁴³ REDONDO, 2015, p. 10.

decisão antecipatória restará estável. Ora, não há qualquer ressalva no novo CPC no sentido de que essa particular hipótese de sentença terminativa não conteria a fixação da responsabilidade pelas verbas da sucumbência, sendo de rigor reconhecer que o réu será condenado a pagá-las.²⁴⁴

E continua, do seguinte modo:

Aqui, hei de recusar o paralelo com a ação monitória regulada pelo CPC de 1973. Como é curial, o cumprimento espontâneo do mandado injuntivo pelo réu o isenta da responsabilidade pelo custo do processo (art. 1.102-C, §1º). Trata-se de um incentivo para o réu satisfazer de plano a pretensão do autor (e que, aliás, não é incólume a críticas). Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas de sucumbência.²⁴⁵

De fato, se for analisado o regramento legal específico acerca do procedimento da estabilização da tutela antecipada antecedente, a conclusão há de ser pela não aplicação dos benefícios legais da ação monitória. No entanto, o melhor entendimento a respeito do assunto é de lavra de Artur César de Souza, in verbis:

Tendo em vista que a decisão que extingue o processo por falta de recurso do réu se dá sem resolução de mérito, entendo que o réu, nesta hipótese, não estará sujeito ao pagamento das custas processuais e aos honorários de sucumbência, pois demonstrou que não houve intenção de contrapor-se à tutela concedida, bem como, demonstrou a intenção de solucionar a questão inserida na antecipação de tutela de forma, em princípio, definitiva. Trata-se de um incentivo ao réu para que evite dar prosseguimento a mais um processo no âmbito do Poder Judiciário, prolongando o conflito e dificultando ao máximo os interesses da parte autora.²⁴⁶

Conclui, ainda:

²⁴⁴ SICA, 2016, p. 415-416.

²⁴⁵ SICA, 2016, p. 415-416.

²⁴⁶ SOUZA, 2016, p. 201.

A questão de eventuais custas processuais e honorários de advogado deverá ser definida, se for o caso, no âmbito da ação autônoma que possa a vir a ser proposta nos termos do § 2º do art. 304 do novo C.P.C.²⁴⁷

Nesse caso, deve-se concluir pela aplicação, na tutela antecipada antecedente, dos benefícios da ação monitória, no caso de ausência de impugnação da medida pelo requerido. Tal benesse acarretará um fomento ao próprio instituto da estabilização da tutela, fazendo-o realmente vingar na prática forense. Além de ser completamente em conformidade com a indigitada técnica monitória.

6.3.2 Possibilidade de Estabilização contra a Fazenda Pública

Ponto que merece destaque relaciona-se à possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. A questão acarretava uma leve controvérsia doutrinária, tendo em vista o regime Jurídico diferenciado do Ente Público e todas os consectários que dele advém.

Todavia, já é entendimento praticamente pacificado a possibilidade de estabilização em face do Ente Público.

Nessa toada:

Vale, por fim, registrar quanto ao ponto que é perfeitamente admissível a estabilização da tutela antecipada deferida contra a Fazenda Pública (FPPC, enunciado 582). Afinal, nada há no modelo constitucional de processo que o impeça (nem existe qualquer vedação legal a essa estabilização). Assim, por exemplo, deferida tutela antecipada contra o Município para que se outorgue ao demandante uma “certidão positiva com efeito de negativa” (o que se dá quando o contribuinte deixou de recolher algum tributo mas o está a discutir judicialmente, estando suspensa sua exigibilidade), pode não haver interesse de qualquer das partes no prosseguimento do processo, sendo a tutela antecipada suficiente para resolver o problema prático que o autor busca solucionar, não tendo o Poder Público qualquer razão para prosseguir com uma discussão que provavelmente não lhe traria qualquer proveito. O mesmo se pode pensar em outros casos em que se defere tutela antecipada contra o Poder Público para outorga de bens de valor econômico irrisório (como, para citar exemplo que tive oportunidade de ver na prática, uma decisão que determinou ao Município que fornecesse ao demandante o medicamento ácido acetilsalicílico, em quantidade suficiente para que ele

²⁴⁷ SOUZA, loc. cit.

tomasse dois comprimidos diários). Perfeitamente possível a estabilização contra a Fazenda Pública, portanto.²⁴⁸

Pelo mesmo entendimento, mas sustentado por raciocínio diverso, pertinente a transcrição da lição de Bruno Garcia Redondo:

A nosso ver, é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, por alguns fundamentos. Primeiramente, porque o CPC/2015 (art. 700, §6º) consagrou o entendimento de que cabe ação monitória contra o Poder Público (na linha do que já constava da Súmula 339 do STJ). Além disso, não há formação imediata de coisa julgada, sendo permitido, à Fazenda, propor ação de modificação em até 02 anos. Somente se o Poder Público ficar inerte durante o biênio é que haverá formação de coisa julgada material.²⁴⁹

Portanto, demonstra-se plenamente possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, ressalvados os casos em que há vedação expressa de concessão de “tutela antecipada contra a Fazenda Pública, por exemplo, nos casos referidos na Lei nº 9.494/1997 (conforme disposição expressa do seu art. 1º) e na Lei nº 12.016/2009 (art. 7º, § 5º).”²⁵⁰ Desse modo, “se não é possível a concessão da tutela antecipada nesses casos, não será viável, por imperativo lógico, a estabilização da tutela antecipada.”²⁵¹

²⁴⁸ CÂMARA, 2017, p. 162.

²⁴⁹ REDONDO, 2015, p. 7.

²⁵⁰ CARDOSO, 2017, p. 161.

²⁵¹ CARDOSO, loc. cit.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo, pensado como o instrumento para a consecução do direito material garantido ao jurisdicionado, deve, além de solucionar a crise material do caso concreto, garantir que a tutela jurisdicional seja justa e tempestiva.

Portanto, em algumas situações, quando o perigo de demora demonstra que o direito do autor poderá perecer se não for concedido imediatamente, é autorizada, presentes os requisitos para a obtenção da tutela de urgência, a concessão de tutela antecipada para o fim colimado da efetividade do processo.

A tutela provisória, regulamentada no Capítulo V da parte geral do CPC, é subdividida em tutela de evidência e urgência, esta última, a seu turno, compreende a tutela cautelar e antecipada. A antecipada pode, ademais, ser requerida de forma antecedente (precedente ao pedido principal) ou incidental (no bojo do processo principal). O instituto da Estabilização somente ocorrerá nos casos em que a tutela antecipada, antecedentemente requerida, seja concedida e o réu não impugne a medida, estabilizando-a.

A Estabilização da tutela antecipada foi pensada como uma forma de se conceder os efeitos práticos requeridos pelo autor, diante da inércia do réu. Ou seja, sumarizam-se, em um só tempo, a cognição judicial e o procedimento quando o requerido demonstrar desinteresse na ampliação do debate, deixando de impugnar a medida quando instado para tanto.

A tutela antecipada antecedente, portanto, malgrado o seu deferimento seja fundado numa cognição sumária, preservará seus efeitos por prazo indeterminado,

mesmo após a extinção do processo em que concedida, somente podendo ser, nos termos do artigo 304, § 3º, do CPC, revista, reformada ou invalidada em ação autônoma a tal desiderato, oportunidade na qual será a matéria discutida em cognição exauriente e plena. Tal regulação do direito material por prazo indeterminado, sem a necessidade de um processo de cognição plena, consagra a autonomia da Estabilização.

Para a ocorrência da estabilização, o legislador resolveu regulamentar de forma específica o rito da tutela antecipada antecedente, conferindo-lhe uma autonomia procedimental.

A tutela cautelar, uma vez que visa conservar o próprio resultado final do processo, não pode ser objeto de estabilização.

Não é passível de estabilização, de igual modo, a tutela antecipada incidentalmente concedida, haja vista que o legislador, ao disciplinar o rito de estabilização da tutela antecipada, somente o previu para o procedimento antecedente.

Por um imperativo de boa-fé processual e proibição do *venire contra factum proprium*, veda-se ao autor da ação de tutela antecipada antecedente requerer, após concedida a medida e ocorrida a sua estabilização, o prosseguimento do feito em cognição exauriente, uma vez que o réu pautou toda a sua postura em consonância com a manifestação do autor. Desse modo, o autor sempre ficará vinculado ao seu interesse (ou não), indicado na petição inicial, pela estabilização da tutela, de modo que, eventual conduta posterior do autor, quando concedida e estabilizada a tutela, no processo inicial, no sentido de aditar a exordial para um procedimento exauriente será completamente contraditória.

O CPC, ao regulamentar o rito da estabilização da tutela antecipada antecedente, previu, em seu artigo 303, que o autor deve ser necessariamente intimado para aditar a inicial antes mesmo de o requerido ser citado da medida concedida e, conseqüentemente, se saber se este impugnará ou não desta. No entanto, demonstra-se mais correto o entendimento segundo o qual deve, primeiro, após a concessão da tutela antecipada antecedente requerida, o demandado ser citado e intimado para impugnar ou não a medida concedida, para, aí então, ser o autor intimado para aditar a inicial, uma vez esta impugnada. Tal entendimento é o que melhor se adequa ao raciocínio da estabilização, segundo o

qual deve-se, em todo momento, pautar-se para que o procedimento da tutela antecipada antecedente seja o mais célere e que a necessidade de ampliação da cognição judicial seja a menor possível.

Um dos momentos mais cruciais no rito previsto no CPC para a estabilização da tutela antecipada antecedente é aquele no qual o requerido, uma vez citado e intimado da medida concedida, avalia qual ato processual tomará (se impugnar a medida e deixa de estabilizá-la ou não impugna, fazendo com que a medida se estabilize e o processo seja extinto sem resolução de mérito). O demandado, nesse momento processual ímpar, deve analisar quais são suas probabilidades de êxito caso impugne a medida e o procedimento continue pela cognição exauriente. Caso sejam estas remotas, a melhor alternativa, inevitavelmente, será deixar de impugnar, uma vez que, além de poupar tempo com uma demanda que será fadada ao insucesso, poderá, ademais, obter as benesses da redução pela metade dos honorários advocatícios sucumbenciais (5%) e isenção das custas processuais, numa interpretação ampliativa das regras aplicáveis à ação monitória (art. 701, § 1º).

Conquanto o legislador, no artigo 304, *caput*, do CPC, condicione o afastamento da estabilização somente com a interposição do competente recurso pelo requerido, o melhor entendimento é no sentido de que qualquer meio impugnatório apresentado pelo réu seja suficiente para o afastamento da estabilização, desde que tempestivo, por óbvio. Não se pode fechar os olhos para a insatisfação do requerido quando este, indignado com a concessão da tutela antecipada, impugna a medida, mas esta não é apta, pela literalidade da lei, a afastar a estabilização. Aliás, exigir, tão somente, a via recursal para tal desiderato seria um incentivo à interposição de recursos pelas partes, o que, evidentemente, não foi o objetivo do legislador processual.

Em face da concessão do bem da vida ao autor, quando estabilizada a tutela antecedente requerida, o maior interessado, em tese, para rever tal decisão, será o requerido, ocorrendo, nesse caso, o que convencionou-se chamar de inversão do ônus da deflagração do processo.

Qualquer rediscussão relacionada à decisão estabilizada deve ser, ao teor do que dispõe o § 2º do artigo 304 do CPC, ventilada em ação autônoma, deflagrada por qualquer das partes, em que a matéria será, sob uma cognição

exauriente, debatida em todos os seus termos, respeitando-se todos os consectários dos princípios do Contraditório, Ampla defesa e Devido Processo Legal.

O ônus da prova, malgrado não haja disposição legal expressa a respeito, deve permanecer inalterado na posterior ação de impugnação. Ou seja, o autor, ora réu da segunda ação, continuará com a mesma incumbência de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, uma vez que a segunda ação de rediscussão da matéria é, do ponto de vista material, a simples continuação da segunda. Ademais disso, qualquer entendimento no sentido de inversão desse ônus processual inviabilizaria o próprio instituto da estabilização, dado que o réu da primeira demanda, sabedor de que terá o ônus da prova em eventual ação autônoma, optará, sempre, pela não estabilização.

Poderão, qualquer das partes, rediscutir a matéria concernente à tutela estabilizada, mesmo que decorrido o prazo de 2 (dois) anos para a ajuizamento da ação autônoma a que alude o artigo 304, § 8º, da Lei Adjetiva, eis que a matéria que foi analisada quando da concessão da medida dizia respeito, tão somente, ao preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, não tendo sido, sequer, formulado o pedido principal pelo autor da demanda. Destarte, é possível a rediscussão da matéria, desde que respeitados os prazos prescricionais previstos no direito material pertinente.

É impossível a estabilização de tutela antecipada já estabilizada anteriormente, em face da impossibilidade de ser esta concedida incidentalmente e de a ação de revisão da estabilização ser necessariamente vinculada à um procedimento e cognição exauriente.

Demonstra-se plenamente possível a estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, desde que não haja vedação expressa de concessão de tutela antecipada em lei.

A tutela estabilizada surge, por conseguinte, como uma boa alternativa para se obter os mesmos efeitos práticos que somente se conseguiria ao final de uma demanda de cognição exauriente, em que em troca dessa abreviação de procedimento e do gozo imediato dos efeitos práticos requeridos, o autor abre mão da certeza da coisa julgada material.

Percebeu-se, portanto, no presente trabalho, que, apesar de instituído e regulamentado pelo Novo CPC, o instituto da Estabilização ainda carece, em vários pontos relevantes, de regulamentação legal, o que acabou ensejando, conquanto seja relativamente recente o instituto, várias possíveis soluções doutrinárias a respeito.

O presente trabalho foi relevante, na medida em que objetivou, ainda que de forma tímida, ajudar a solucionar as problemáticas levantadas e que, inevitavelmente, serão deparadas na prática forense. Colimou-se com o presente trabalho o levantamento das melhores soluções doutrinárias à luz das problemáticas apresentadas e que poderão, inevitavelmente, serem usadas para resolver eventuais questões práticas futuras.

Por óbvio que o levantamento das soluções aqui apresentadas não tem o condão de tornarem-se definitivas para a resolução de todos os casos concretos que eventualmente surgirem na prática. Necessita-se de uma constante pesquisa para se chegar ao melhor resultado possível.

Ainda não se sabe ao certo quais serão, efetivamente, os efeitos práticos que a estabilização poderá ocasionar para o judiciário brasileiro, mas há, pelo menos no âmbito do presente trabalho, muito otimismo no sentido do seu sucesso na realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

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

DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 12. ed. Salvador: Jus podivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. In: LENZA, Pedro (Coord.). **Direito Processual Civil Esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, 2014 apud DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 12. ed. Salvador: Jus podivm, 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2001.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo Civil: Sistematizado.** 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 202, dez.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

_____. **Tutela Antecipada, julgamento antecipado e execução imediata de sentença.** 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência.** 1.ed. São Paulo: RT, 2017.

PEDRON, Flavio Quinaud; MILAGRES, Allan; ARAÚJO, Jéssica. A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente e a busca para uma compreensão sistêmica: entre a monitorização e a negociação processual. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 42, v. 268, jun.2017.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 40, v. 244, jun.2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 98.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no projeto da câmara dos deputados do novo CPC – Da tutela de evidência e da tutela satisfativa – Última parte. **Revista de processo**, São Paulo, n. 235, p. 178, 2014.

_____. **Tutela Provisória: Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: Almedina, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 209, p. 30, jul.2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 37, v. 206, abr.2012.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização**. Disponível em: <http://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 out. 2017.

SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. **Scarpato Advocacia**, Rio Grande do Sul, nov.2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2016/11/14/estabilizacao-da-tutela-antecipada-no-codigo-de-processo-civil-de-2015/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

XIMENES FARIAS, Tauser. Estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. **Jus Brasil**, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://tauserxf.jusbrasil.com.br/artigos/418028908/estabilizacao-dos-efeitos-da-tutela-provisoria-de-urgencia-antecipada-antecedente.>> Acesso em: 09 nov. 2017.