



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

NATÁLIA PINHEIRO ALVES BATISTA

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL A LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

FORTALEZA
2015

NATÁLIA PINHEIRO ALVES BATISTA

**A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL A LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

Monografia apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Juliana Cristine
Diniz Campos.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- B333e Batista, Natália Pinheiro Alves.
A estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil a luz do contraditório /
Natália Pinheiro Alves Batista. – 2015.
45 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2015.
Área de Concentração: Direito Processual Civil.
Orientação: Prof. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.
1. Tutela - Brasil. 2. Tutela antecipada - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. 4. Contraditório no
processo judicial - Brasil. I. Campos, Juliana Cristine Diniz (orient.). II. Universidade Federal do
Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

NATÁLIA PINHEIRO ALVES BATISTA

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL A LUZ DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Monografia apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Juliana Cristine
Diniz Campos.

Aprovada em: 23/11/2015.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos. (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Filippe Augusto dos Santos Nascimento
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Bel. Francisco Yrallyps Mota Chagas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Delanny e Antônio.
Ao meu irmão, Heitor.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará, pela excelência no ensino jurídico e pelas oportunidades de crescimento acadêmico proporcionadas no âmbito da pesquisa, do ensino e da extensão. Durante esses anos de graduação, essa Instituição foi como lar.

À Professora Juliana, querida orientadora, pelos direcionamentos na pesquisa, pelos conselhos diversos, pela sensatez e serenidade que lhe são próprias e pela agradável convivência.

Aos professores Filippe Augusto dos Santos Nascimento e Francisco Yrallyps Mota Chagas, membros da banca examinadora, pela pronta disponibilidade e pelas valiosas observações.

À Delanny, minha mãe, por dividir comigo todas as angústias e noites mal dormidas, pela compreensão com minha reiterada ausência e pelo colo sempre presente. Ao Antônio, meu pai, pelo incentivo travestido de orgulho por cada uma das minhas conquistas. Ao Heitor, meu irmão, pelo carinho manifesto no volume mais baixo da televisão e no beijo de “boa sorte”.

Ao Raul, meu parceiro, que ajudou na coleta bibliográfica desta pesquisa, leu e releu cada parágrafo deste trabalho, e apoiou-me em todos os momentos de cansaço ou dúvida.

Às amigas, Amanda, Amanda F., Ana Lívia, Ana Luíza, Ayane, Bárbara, Caroline, Isabela, Isabelly, Lara e Larissa, pela constante e calorosa torcida.

RESUMO

O conceito e a natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada de urgência serão trabalhados neste trabalho a partir das noções de tutela jurisdicional e tutela jurisdicional diferenciada. Para adentrar no tema da estabilização da tutela antecipada, ou mesmo da tutela diferenciada, faz-se necessária, previamente uma revisão teórica acerca do próprio conceito de tutela jurisdicional. Da concepção moderna, tendo-se o processo como instrumento para concretização do direito material, percebe-se com maior evidência a função jurisdicional de pacificar os conflitos sociais por meio da aplicação do direito. Nesse contexto, ganham força as concepções de tutelas diferenciadas enquanto importante ferramenta para evitar o esvaziamento do propósito do processo ante as urgências do caso concreto. A tutela diferenciada, nessa toada, está dissociada da ideia de tutela ordinária, ou tutela comum. Ela deve ser compreendida como a proteção jurídica decorrente de procedimentos especiais pautados na celeridade cuja efetividade da prestação jurisdicional advém de uma cognição sumária. A cognição sumária, por sua vez, corresponde ao instituto sinônimo de cognição incompleta, seja no plano horizontal, enquanto cognição parcial; seja no plano vertical, enquanto cognição superficial. Nessa medida, a tutela proferida em procedimento sumário remete a uma compreensão de cognição inferior em relação à cognição plena. Considerando o critério do grau de cognição, são tidas como provimentos jurisdicionais diferenciados as tutelas provisórias e as ações sumárias. O objeto desse trabalho corresponde a uma espécie de tutela diferenciada que será objeto passível de estabilização, sem a constituição de coisa julgada, durante a vigência do Código de Processo Civil de 2015: a tutela de urgência antecipatória. O problema a ser investigado corresponde à possível ofensa à garantia constitucional do contraditório. O contraditório, nesses casos, será exercido pela primeira vez em sede recursal, vez que se da decisão a que se refere o caput do artigo 303 do novo Código de Processo Civil não for interposto recurso, torna-se estável a medida. A técnica de estabilização da tutela, portanto, adota o contraditório postecipado como forma de, nos casos em que a urgência seja contemporânea à ação, verificado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Tutela diferenciada. Tutela de urgência. Estabilização. Novo Código de Processo Civil brasileiro. Contraditório.

ABSTRACT

The concept and the legal nature of stabilization of summary judgment will be worked out in this thesis from the notions of legal protection and differentiated legal protection. To enter the theme of stabilization of summary judgment, or even differentiated protection, it is necessary, previously a theoretical review about the very concept of judicial protection. Of modern design, and understanding the procedural law as a tool for achieving the substantive law, you can see more clearly the judicial function to pacify social conflicts through the application of law. In this context, gain strength the conception of differentiated protection as an important tool to prevent the process of the purpose of emptying at the urgencies of the case. The differentiated protection is dissociated from the idea of ordinary protection. It must be understood as the legal protection guided by special procedures, whose effectiveness of adjudication comes from a summary cognition. The summary cognition, in turn, corresponds to the institute synonymous with incomplete cognition, either in the horizontal plane, while partial cognition; or in the vertical plane, while superficial cognition. This way, the protection given in summary proceedings refers to an understanding of lower cognition when compared to full cognition. Considering the criterion of the degree of cognition, are considered differentiated legal protection the summary judgment and the summary actions. The object of this work corresponds to a different kind of protection that will be object capable of stabilization, without constituting *res judicata*, during the term of the Civil Procedure Code of 2015: the emergency anticipatory protection. The problem to be investigated corresponds to the possible offense to the constitutional guarantee of *audi alteram partem*. The right of reply in these cases will be, for the first time, exercised after seat, since, if the decision from the Article 303 of the new Civil Procedure Code is not appealed, it becomes a stable measurement. The stabilization of summary judgment technique, therefore, adopts contradictory arrears as a way to, in cases where urgency is contemporary to the lawsuit, once checked the danger of harm or risk to the fruitful result of the process, give priority to the effectiveness of judicial services.

Keywords: Differentiated legal protection. Summary judgment. Stabilization. New Civil Procedure Code. Right of reply.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	11
2 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA	13
2.1 As concepções teóricas da tutela jurisdicional <i>latu sensu</i>	13
2.2 A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional enquanto espécie de tutela diferenciada.....	14
2.3 A estabilização da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional	19
2.3.1 A inspiração no “ <i>référé</i> ” francês.....	21
2.3.2 A inspiração na tutela sumária italiana	23
2.3.3 A inspiração na ação monitória.....	24
3 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	25
3.1 Procedimento autônomo e antecedente.....	26
3.2 Impugnação, estabilidade e coisa julgada.....	28
3.3. Hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela não passíveis de estabilização	32
3.3.1 Estabilização e direitos indisponíveis	32
3.3.2 Estabilização e a citação por edital ou por hora certa.....	33
3.3.3 Estabilização e Fazenda Pública.....	34
4 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA COGNIÇÃO SUMÁRIA	35
4.1 O Modelo Constitucional do processo civil brasileiro	35
4.2 O contraditório no modelo constitucional do processo civil brasileiro	37
4.2.1 O contraditório prévio	38
4.2.2 O contraditório postecipado.....	39
4.3 Contraditório e procedimento sumário na estabilização da tutela antecipada de urgência.....	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o propósito de contribuir para a interpretação e a aplicação prática do instituto da estabilização da tutela antecipada adotado pelo Novo Código de Processo Civil, explicando a origem e a função da estabilização e discutindo sua utilização no processo em consonância com o princípio do contraditório. As conclusões chegadas ao final do presente estudo poderão auxiliar o intérprete do Direito na aplicação concreta do instituto em consonância com a ordem constitucional vigente.

As tutelas jurisdicionais diferenciadas surgem como alternativas à morosidade da Jurisdição. Referida morosidade é forte embaraço para a prestação jurisdicional efetiva, acarretando, por diversas vezes, real negação do acesso à justiça e descrédito da atividade jurisdicional. O instituto da tutela diferenciada, pois, tem o condão de promover a efetividade do processo enquanto instrumento de pacificação de conflitos e de aplicação da vontade concreta do direito.

Dentre as espécies de tutelas diferenciadas, tem-se a antecipação da tutela. A antecipação, por si, confere baixo grau de segurança jurídica ao seu beneficiário. Razão pela qual se defende o instituto da estabilização da tutela antecipada como instrumento capaz de assegurar maior grau de segurança ao direito tutelado. A tutela estabilizada, contudo, é proferida em estado sumário de cognição, motivo pelo qual se questiona a consonância do instituto com os princípios constitucionais do processo, em especial, com o princípio do contraditório. O instituto da estabilização, apesar de já ensaiado em projetos de reforma do Código de Processo Civil de 1973, apenas foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código processual, com vigência programada para 16 de março de 2016.

A produção acadêmica sobre a estabilização no Brasil ainda se encontra em grau inicial de desenvolvimento, não havendo previsão expressa do instituto no ordenamento jurídico do país até o advento do Novo Código. Para além do estágio inicial de debate sobre o tema, a redação do Novo Código é passível de dúvidas, sendo dotada de construção lógica, em certa medida, contraditória.

De tal sorte, o presente trabalho tem como ponto de partida a seguinte pergunta investigativa: a estabilização da tutela antecipada adotada pelo Novo

Código de Processo Civil, em seus artigos 303 e 304, ofende o princípio constitucional do contraditório?

Para responder referida indagação esta pesquisa adota como hipótese a afirmação de que a estabilização da tutela de urgência antecipatória adotada pelo Novo Código de Processo Civil não ofende a garantia constitucional ao contraditório uma vez que apenas privilegia a efetividade da prestação da tutela jurisdicional em situações de perigo.

Para confirmar ou refutar a hipótese trabalhada, emprega-se o método dedutivo, partindo-se de uma análise da constituição e da função da estabilização da tutela antecipada em suas origens para, a partir disso, discutir a interação do instituto conforme positivado no Novo Código processual brasileiro com a garantia constitucional do contraditório.

2 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

O conceito e a natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada de urgência serão trabalhados neste trabalho a partir das noções de tutela jurisdicional e tutela jurisdicional diferenciada. Considerar-se-á, ainda, as origens europeias do instituto e sua inspiração no procedimento monitório.

2.1 As concepções teóricas da tutela jurisdicional *latu sensu*

Para adentrar ao tema da estabilização da tutela antecipada, ou mesmo da tutela diferenciada, faz-se necessária uma revisão teórica acerca do próprio conceito de tutela jurisdicional.

Pontes de Miranda¹, em interpretação das ideias de Aldof Wach, afirmava que o direito material e o direito processual não se confundiam, de tal modo que não existiria direito à sentença favorável, mas direito à pretensão de sentença.

Esta concepção de que o juízo detém a obrigação de conhecer da demanda como forma derivada da obrigação estatal de administração da justiça, diversificando o direito processual do direito material, também foi defendida por Goldschmidt².

Couture³, ao explorar o direito à tutela jurisdicional, classifica o direito de ação como espécie do direito de petição, aproximando-se daquilo que hoje é entendido como direito constitucional de representação, podendo este abranger a provocação de autoridades jurisdicionais ou não.

Modernamente, Dinamarco⁴ associa a tutela jurisdicional ao direito processual, sendo, este último, o setor do ordenamento jurídico que constitui instrumento técnico e ético formado por normas e princípios regentes das atividades destinadas à pacificação social.

A partir da concepção moderna do processo como instrumento para concretização do direito material, percebe-se com maior evidência a função jurisdicional de pacificar os conflitos sociais por meio da aplicação do direito. Nesse

¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**: Ação, Classificação e Eficácia, Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

² GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1936.

³ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: discursos, ensaios e conferências. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Jurídica Universal, 2003.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. Brasil: Malheiros Editores Ltda., 2013.

contexto, ganham força as concepções de tutelas diferenciadas enquanto importante ferramenta para evitar o esvaziamento do propósito do processo ante as urgências do caso concreto.

2.2 A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional enquanto espécie de tutela diferenciada

Em sequência, passa-se a especificar o conceito de tutela jurisdicional diferenciada, seguindo a lógica metodológica deste estudo:

Leonel⁵ explica, de forma bastante didática, que a tutela diferenciada está dissociada da ideia de tutela ordinária, ou tutela comum. Ela deve ser compreendida como a proteção jurídica decorrente de procedimentos especiais pautados na celeridade cuja efetividade da prestação jurisdicional advém de uma cognição sumária.

À cognição sumária, por seu tempo, emprega-se o conceito esposado por Chiovenda⁶, que afirma ser o instituto sinônimo de cognição incompleta, seja no plano horizontal, enquanto cognição parcial; seja no plano vertical, enquanto cognição superficial; constituindo-se também pelo caráter de não-definitividade.

De acordo com Proto Pisani⁷, a tutela proferida em procedimento sumário remete a uma compreensão de cognição inferior em relação à cognição plena. Para o autor, mencionada inferioridade relaciona-se, no entanto, com a garantia processual do instituto e não necessariamente com a qualidade lógica da cognição.

Embora a verdade, no âmbito filosófico, encontre-se no centro do processo cognoscente, enquanto resultado ideal da interação entre sujeito, atividade e objeto cognoscível; no âmbito do direito processual, ela não constitui o escopo principal.

Para o processualista moderno, a verdade constitui importante aspecto no pronunciamento jurisdicional que aplicará a vontade concreta do direito. Contudo, ela não constituirá um fim em si mesmo⁸. Caso contrário fosse, a técnica processual restaria fadada ao não esgotamento do procedimento e a não efetividade da

⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

⁷ PISANI, Andrea Porto. L'istruzioni nei procedimenti sommari. Il Foro Italiano, Milano, v. 2, n. 2, p.17-24, fev. 2002.

⁸ DINAMARCO, 2013. *op. cit.* p 272.

prestação jurisdicional.

Revela-se, pois, a necessidade de conciliação entre aquilo que Calamandrei⁹ denomina de “exigências contrastantes do ideal de justiça”: a ponderação e a celeridade. A ponderação, enquanto busca pela verdade no processo, demanda tempo, ao passo que o tempo prolonga o conflito e reduz a efetividade do processo como instrumento pacificador. Nesse sentido, cumpre destacar as conclusões de Dinamarco:

Com razão foi dito que o tempo é inimigo do processo e que contra ele, para evitar os males que pode causar, o juiz deve estar em estado permanente de guerra entrincheirada. Por isso é que em certas situações o angustiante desafio *da tensão entre conhecimento e ignorância* há de ser contornado e o sistema exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade. A boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos por inoportunidade decorrente da demora¹⁰.

Esse confronto de valores entre o escopo social, de pacificação, e o escopo jurídico, de aplicação da vontade concreta do direito, aparece de forma mais perceptível nas atividades jurisdicionais diferenciadas.

Destarte, se retomarmos os conceitos de tutela jurisdicional que diferenciam o direito processual do direito material, entendendo aquele como instrumento para obtenção do último e como modo de consagração da jurisdição enquanto atividade estatal voltada à pacificação social, tem-se que as tutelas diferenciadas cumprem importante função de evitar o esvaziamento do propósito do processo ante as urgências do caso concreto.

A aplicação da vontade concreta do direito no âmbito das tutelas diferenciadas, a seu turno, conta com mecanismos de ponderação desenvolvidos pela técnica processual, a exemplo da exigência de verossimilhança¹¹, ou mesmo da

⁹ *I provvedimenti cautelari rappresentano una conciliazione tra le due esigenze, spesso contrastante, della giustizia, quella della celerità e quella della ponderatezza: tra il far presto ma male, e il far bene ma tardi, i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrínseca del provimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario.* CALAMANDREI, Piero. **Introduzione all studio sistematico del provvedimenti cautelari.** Casa Editrice Doit. Antonio Milani. Padova. 1936. p.20.

¹⁰ DINAMARCO, 2013. *op cit.* p.273 e 274.

¹¹ Ao tratar da verdade e da verossimilhança no processo, Piero Calamandrei entende a verdade processual como um grau máximo de verossimilhança para a consciência do julgador, ou, nas palavras originais (...) *quando si dice che un fatto è vero, si chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a*

exigência de um provimento final posterior construído por meio da cognição plena, na hipótese das tutelas provisórias.

Em síntese, considerando o critério do grau de cognição acima esposto, são tidas como provimentos jurisdicionais diferenciados as tutelas provisórias e as ações sumárias.

No campo das ações sumárias, é possível citar a ação monitória, as ações possessórias, a consignação em pagamento, os embargos de terceiro e o mandado de segurança como exemplos de provimentos diferenciados.

Já no tocante às tutelas provisórias, identificam-se a tutela de evidência e as tutelas de urgência antecipatórias e cautelares.

O direito evidente faz referência às tutelas provisórias pautadas em um grau de certeza superior à fumaça do bom direito e à verossimilhança das alegações. Marinoni¹² explica que o direito evidente é aquele que se apresenta maduro para o julgamento antecipado. O Código de Processo Civil de 2015 elenca como hipóteses de concessão da tutela de evidência o abuso do direito de defesa, o propósito protelatório da parte, o pedido fundado em súmula vinculante ou em julgamentos repetitivos, o pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada e o pedido incontroverso¹³.

Este trabalho, no entanto, tem objeto de estudo limitado à tutela antecipada de urgência que, no Novo Código, constitui espécie das “Tutelas Provisórias”.

A diferença básica existente entre as chamadas tutelas cautelares e as tutelas antecipatórias reside na natureza satisfativa apenas inerente às segundas. As tutelas cautelares têm por fim assegurar a viabilidade de realização de um direito,

dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già Voltaire avvertiva che 'les vérités historiques ne sont que des probabilités' (CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. Rivista di diritto processuale, v. 10, p.164-192, 1955). No direito processual brasileiro, por sua vez, a verossimilhança corresponde a uma aparência de verdade.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 282

¹³ Art. 311. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

ao passo que as antecipatórias, ainda que fundadas em juízo de aparência, são capazes de satisfazer o direito pretendido¹⁴.

Humberto Teodoro Jr.¹⁵ chama atenção para a necessidade de não “radicalizar” a diferenciação entre a medida cautelar e a antecipação de tutela. Para o autor, as duas medidas possuem pressupostos simétricos¹⁶ que empregam a ambas a destinação de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, reservando-as, entretanto, campos de atuação próprios e distintos.

2.2.1 A antecipação da tutela fundada na urgência do pedido

Ao disciplinar a estabilização da tutela antecipada, o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 303 e 304, limita a hipótese de incidência do instituto aos casos de antecipação da tutela jurisdicional fundamentada na urgência do pedido.

Conforme explanado em momento anterior desse estudo, a tutela de urgência antecipatória corresponde a uma espécie do gênero tutela diferenciada. Para Theodoro Jr.¹⁷, a antecipação da tutela é um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados na legislação, concede à parte o poder de exigir da Justiça a parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

O autor destaca, ainda, que o instituto é justificado pelo princípio da necessidade e a partir da constatação de que a espera pela prestação jurisdicional implicaria em denegação da justiça¹⁸.

Ao tratar da antecipação da tutela prevista pelo art. 273 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Olvídio Baptista¹⁹ conceitua esta espécie de tutela diferenciada como a realização provisória dos efeitos de uma eventual sentença de procedência. O fator principal em estudo, no entanto, é essa exigibilidade da prestação jurisdicional quando pautada na urgência da demanda.

¹⁴ MARINONI, *op. cit.*. p. 106.

¹⁵ THEODORO JR., *op. cit.* p. 699 a 702.

¹⁶ Neste ponto, o autor traça um paralelo de similitude entre o *fumus boni iuris*, enquanto aparência de direito necessária à tutela cautelar, e a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, requisitos impostos para a antecipação da tutela, nos termos do art. 273, caput, do CPC de 1973. O autor relaciona, ainda, o *periculum in mora*, pressuposto que demonstra a urgência da medida cautelar, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito também imposto pelo art. 273 do código processual de 1973.

¹⁷ THEODORO JR., *op. cit.*. p. 664 e 665.

¹⁸ *Ibid.* p. 665.

¹⁹ DA SILVA, Ovídio A. Batista. Curso de processo civil: processo do conhecimento. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 66

No que tange às tutelas de urgência²⁰, o Novo Código processual civil elimina a duplicidade de procedimentos cautelares e antecipatórios, unificando-os em único procedimento de caráter antecedente ou incidental.

2.2.2 As diferenças entre as tutelas de urgência antecipatórias e as tutelas de urgência cautelares

Com a reserva de um Livro próprio ao processo Cautelar no Código de 1973, instaurou-se na doutrina a polêmica sobre a possibilidade de a tutela cautelar antever os efeitos de uma eventual sentença de procedência, as chamadas medidas cautelares satisfativas.

Zavascki, ao tratar sobre o tema, realiza breve síntese sobre os posicionamentos doutrinários dentre os processualistas brasileiros, dispondo sobre basicamente quatro entendimentos: Galeno Lacerda, pela consonância das tutelas cautelares satisfativas com a finalidade do provimento cautelar; Humberto Theodoro pelo não reconhecimento tutela cautelar enquanto meio de antecipação provisória da satisfação do direito material; J.J. Calmon, pela possibilidade da liminar satisfativa quando para resguardar o resultado útil do processo; e, por fim, Ovídio Baptista, pela caracterização das medidas antecipatória e das medidas cautelares como absolutamente inconfundíveis²¹.

Após a reforma do Código processual em 1994, com a nova redação ao art. 273 do CPC, findaram os questionamentos acerca das medidas provisórias de natureza satisfativa no ordenamento brasileiro.

Persiste, no entanto, a diferenciação entre as medidas provisórias de natureza cautelar e de natureza antecipatória. Marinoni aduz que a tutela cautelar tem como fundamento assegurar a viabilidade da realização de determinado direito, não podendo, no entanto, realizá-lo. Na cautelar, para o autor, existe sempre a referibilidade a um direito acautelado que é protegido²².

Existe, de tal sorte, uma relação entre a cautela e a garantia, bem como entre a antecipação e a satisfação do direito material. Para Zavascki, antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor sem, contudo, constituir ou declarar o direito, tampouco condenar o réu. Não se antecipa, portanto,

²⁰ O Novo Código de processo dispõe sobre duas espécies de tutelas provisórias, as tutelas de urgência, que passam a englobar as tutelas cautelares e antecipatórias, e as tutelas de evidência, que englobam as hipóteses previstas no art. 311.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54

²² MARINONI, *op. cit.* p. 106

a eficácia jurídico-formal da sentença, mas os efeitos que porventura produziria na realidade fática²³.

Apesar da extinção das ações cautelares autônomas no Novo Código de Processo Civil brasileiro, persiste na classificação dos provimentos jurisdicionais provisórios a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, mesmo que ambas sejam consideradas tutelas de urgência.

Essa diferenciação importa para o presente estudo na medida em que o Novo Código limita a incidência da estabilização às tutelas de urgência de caráter antecipatório. A despeito da expressa limitação legislativa, a própria definição de medida cautelar é incompatível com a ideia de estabilização, visto que aquela apenas assegura um direito o qual será necessariamente objeto de debate futuro, sob pena da perda de eficácia.

2.3 A estabilização da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional

A estabilização da tutela antecipada é um instituto processual brasileiro cuja inspiração reside no direito processual italiano, com sua tutela sumária, e no direito processual francês, com seu *référé*²⁴.

Humberto Teodoro Jr.²⁵, ao discorrer sobre a antecipação da tutela, destaca a visão unitária do sistema processual europeu, que unifica as tutelas antecipadas e os procedimentos cautelares.

Para Desirê Bauerman²⁶, a estabilização corresponde à possibilidade de o sistema processual conservar a medida antecipada e sua eficácia independentemente de confirmação por posterior decisão de mérito, conferindo definitividade à solução jurisdicional dada à lide.

A adoção do instituto pelo ordenamento processual brasileiro já foi defendida em outras oportunidades, como no Projeto de Lei do Senado n.º 186, de 2005, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e encaminhado por sua então presidente Ada Prellegri Grinover. Em sua justificativa,

²³ ZAVASCKI, *op. cit.* p. 56

²⁴ TURRA, Thiago Camatta Chaves. Os reflexos da automatização e estabilização da tutela sumária prevista no projeto de Código de Processo Civil na evolução da tutela de urgência brasileira. **Processo e Jurisdição I: Xxiii Encontro Nacional do Conpedi**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p.444-465, abr. 2014.

²⁵ THEODORO JR., *op. cit.* p. 665

²⁶ BAUERMAN, Desirê. Estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Rio de Janeiro, v.VI, n. 4, p.32-48, jul. 2010.

o Projeto, que objetivava modificar os parágrafos quarto e quinto do art. 273, do atual Código de Processo Civil, para permitir a estabilização da tutela antecipada, afirma-se que tal instituto tem o propósito de tornar definitivo e suficiente o comando antecipatório estabelecido na decisão judicial²⁷.

Nessa senda, permitir-se-ia que as próprias partes decidissem sobre a conveniência do prosseguimento da demanda e sua definição pelas vias tradicionais, mediante cognição plena e exauriente, bem como sobre interesse em consequente sentença de mérito²⁸.

A estabilidade da decisão proferida em cognição sumária, contudo, enfrenta fortes críticas por mitigar o princípio constitucional do contraditório. Segundo Dinamarco²⁹, o contraditório apresenta-se com dupla destinação. Para o autor, a garantia imposta pela Constituição significa que (i) a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e que o juízo deve franquear-lhe tais meios. Significa também que (ii) o juízo deve participar na preparação do julgamento, exercendo ele próprio o contraditório. Tal concepção é traduzida em uma dinâmica de “pedir-alegar-provar”.

De acordo com Greco³⁰, a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva impõe a ampla participação das partes, com plenas possibilidades de demonstração de seus direitos subjetivos. Para Greco, a estabilização da decisão proferida em cognição sumária, mesmo que passível de impugnação em sede recursal, fere não apenas o princípio do contraditório como o do duplo grau de jurisdição.

No mesmo sentido crítico, Schenk³¹, em sua tese de doutorado defendida junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro, propõe quatro pressupostos para a sumarização da cognição, quais sejam: (i) a preservação do núcleo essencial do contraditório, relacionado ao conceito de audiência bilateral; (ii) a predeterminação legislativa, em atenção ao devido processo legal; (iii) a oportunidade de acesso

²⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 186**, de 25 de maio de 2005. Projeto de Lei do Senado Nº 186, de 2005. Brasília.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

³⁰ GRECO, Leonardo. **Cognição Sumária e coisa julgada**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 10, n. 6, p.275-301, dez. 2012.

³¹ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade **constitucional da cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 272 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. pp. 170, 189, 193 e 230

futuro à cognição plena, uma vez que a tutela que resulta de uma cognição sumária não pode ser exaustiva em si; e (iv) o equilíbrio na estabilização, ligado, justamente, à ausência de coisa julgada quando a decisão não derivar de um procedimento capaz de assegurar a cognição plena.

Em sua tese de doutorado, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em um exercício de ponderação entre cognição e estabilização, Pereira³² chama atenção para os graus de estabilidade de que são dotadas as tutelas diferenciadas. Para Pereira, as modalidades de tutela sumária dispostas no ordenamento jurídico brasileiro têm por objetivo atender à necessidade de harmonia entre valores como a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional.

2.3.1 A inspiração no “référé” francês

O instituto francês do *référé*, a seu turno, surgiu no âmbito do *Châtelet* parisiense, por volta de 1685, persistindo até hoje no código processual francês³³. De acordo com o código mencionado, o *référé* é aplicado a todos os tipos de jurisdições francesas, correspondendo a um procedimento sumário que pode ser instaurado antes ou no curso do processo e que tem por propósito a regulamentação de uma situação jurídica de modo provisório, gerando um título judicial executável independentemente da interposição de uma ação principal. Apesar de aludir a um caráter de provisoriedade, o Código francês ressalva que a decisão proferida em caráter sumário somente será modificada mediante fatos novos³⁴.

³² PEREIRA, Alex Costa. Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26032013-103821/>>. Acesso em: 2015-04-26.

³³ PIGEAU, Eustache-Nicolas. **La Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes et mise en action par des formules**. Tome Second. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée de plusieurs observations sur l'Édit du mois de Juin 1771, concernant les Lettres de ratification. p. 23

³⁴ Article 484 - L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires. (...) Article 488 - L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles. Article 489 - Modifié par Décret 81-500 1981-05-12 art. 18 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981 - L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute. Article 490 - Modifié par Décret 86-585 1986-03-14 art. 2 JORF 19 mars 1986 - L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel à moins qu'elle n'émane du premier président de la cour d'appel ou qu'elle n'ait été rendue en dernier ressort en raison du montant ou de l'objet de la demande. L'ordonnance rendue en dernier ressort par défaut est susceptible d'opposition. Le délai d'appel ou d'opposition est de quinze jours. (...) Article 492-1 - Créé par Décret n°2011-1043 du 1er septembre 2011 - art. 4 - A moins qu'il en soit disposé autrement, lorsqu'il est prévu que le juge statue comme en matière de référé ou en la forme des référés, la

O Código de Processo Civil trata das *ordonnances de référé*, em seus artigos 485 a 492, e das *ordonnances sur référé*, em seus artigos 493 a 498. Aborda, ainda, os procedimentos de *injonction de payer*, em seus artigos 1405 a 1425, e *injonction de faire*, em seus artigos 1425 a 1425-E. Referidas técnicas de provimento antecedente da tutela jurisdicional são pautadas, no código francês, pela celeridade e pela realização do contraditório através da concentração dos atos e da oralidade.

O procedimento, do *référé* é constituído de forma simples e rápida, permitindo que um juízo singular (exceção na tradição francesa) pronuncie, motivadamente, em audiência pública, mediante a devida citação do demandado, decisão provisória com força executiva. Em face desta decisão, pode ser instaurado um processo de cognição plena que não subordina o *référé*, mas rediscute a matéria resguardadas todas as garantias do devido processo. Ademais, o demandado pode, de forma concomitante, tanto propor a ação de cognição plena, quanto impugnar o *référé*, resguardando-se plenamente o contraditório e a efetividade da tutela jurisdicional de urgência³⁵.

São identificáveis, no Código francês, pelo menos duas espécies de *référé*: o *référé* geral e o *référé* especial. O primeiro explicita que, em todas as hipóteses de urgência, na ausência de contestação séria ou que justifique a existência do litígio, poderá o presidente do Tribunal proferir um *référé*³⁶. O segundo permite ao presidente, mesmo na ausência de contestação séria, a concessão de medidas conservatórias ou preventivas que se imponham como meios de prevenir graves danos e cessar transtornos manifestamente ilícitos³⁷.

Leonel ressalta, ainda, o reconhecimento da doutrina francesa quanto a eficácia prática das medidas, visto que frequentemente as decisões proferidas em

demande est formée, instruite et jugée dans les conditions suivantes : 1° Il est fait application des articles 485 à 487 et 490 ; 2° Le juge exerce les pouvoirs dont dispose la juridiction au fond et statue par une ordonnance ayant l'autorité de la chose jugée relativement aux contestations qu'elle tranche; 3° L'ordonnance est exécutoire à titre provisoire, à moins que le juge en décide autrement. FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Paris, 05 jan. 1975.

³⁵ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012. p. 201-203

³⁶ Article 808 Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Paris, 05 jan. 1975.

³⁷ Article 809 - Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Paris, 05 jan. 1975.

caráter antecedente tornam-se definitivas, pacificando os conflitos e aliviando a carga de demandas nos tribunais franceses. De acordo com o autor, a lógica francesa se mostra correta na medida em que pertence ao autor o interesse de recorrer à justiça para obter um resultado prática e célere e ao demandado o ônus de afastar a eventual decisão judicial expedida provisoriamente em cognição sumária³⁸.

2.3.2 A inspiração na tutela sumária italiana

Na tradição processualista italiana, a tutela cautelar é necessariamente seguida de um processo de cognição plena, sob pena de ineficácia da medida. Essa tradição começou a ser transformada pela reforma no direito societário italiano que tornou facultativa a instauração do processo de ampla cognição após a concessão da tutela cautelar, possibilitando o caráter de definitividade à tutela sumariamente proferida. O processo societário iniciou, dessa forma, uma reforma mais geral do processo civil italiano no que tange às tutelas cautelares³⁹.

Com a Lei de Competitividade, Lei n. 80, de 14 de maio de 2005, o modelo de tutela sumária provisória passou a ser generalizada de modo que as tutelas suscetíveis de antecipação dos efeitos jurisdicionais definitivos se sujeitem a um regime provisório independente⁴⁰. De tal sorte, dispôs o código italiano que a disposição que subordina a eficácia e manutenção dos efeitos da decisão proferida à proposição de uma ação de ampla cognição não se aplica aos casos de urgências e aos outros casos idôneos de antecipação⁴¹.

³⁸ LEONEL, *op. cit. passim*.

³⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Op. Cit.* p. 211.

⁴⁰ *Ibid.* p. 213.

⁴¹ Art. 669-octies. (1) (Provvedimento di accoglimento) L'ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell'inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l'inizio del giudizio di merito, salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'articolo 669-novies.

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

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

Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni.

Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad

A tutela sumária italiana pode ocorrer tanto em procedimento autônomo, como no próprio bojo de um processo principal. Pode, também, ser utilizada em hipóteses de urgência ou não. A estabilidade da tutela sumária na Itália varia de acordo com o caso e, não sendo impugnado o provimento, faz coisa julgada sujeita à solução resolutiva. Os efeitos da decisão em procedimento sumário podem vir a ser anulados por sentença de mérito, bem como em razão de renúncia e inatividade do demandante⁴².

2.3.3 A inspiração na ação monitória

O procedimento antecedente trazido pelo Novo Código processual também encontra inspiração na ação monitória, já existente no Código vigente. A tutela monitória tem por fulcro oferecer ao jurisdicionado uma rápida viabilização de resultados práticos, uma vez observados, cumulativamente, i) a concreta e marcante possibilidade de existência do direito autor, bem como ii) a inércia do réu⁴³.

A Ação Monitória encontra-se regulamentada pelos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c. De acordo com mencionados dispositivos, poderá propor referida ação aquele que detenha pretensão de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou determinado bem móvel, desde que o pedido esteja fundamentado em prova escrita sem eficácia de título executivo. O magistrado, considerando que a petição esteja satisfatoriamente instruída, expedirá mandado para que o réu pague ou entregue a coisa no prazo máximo de 15 (quinze) dias. Nesse mesmo prazo, o réu poderá apresentar defesa, a qual suspenderá a exigibilidade do mandado expedido, seguindo a ação pelo rito ordinário. Na hipótese de não oposição de embargos, ou rejeição destes, o mandado converte-se em título executivo judicial.

anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito.

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

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

L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo. ITÁLIA, **Codice di procedura civile**, Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940.

⁴² GRINOVER, Ada Prellegri. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O processo: estudo e pareceres**. 2. Ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 95.

⁴³ 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**. Doutrina Nacional. Revista de Processo 2012. RePro 209. fls. 14- 34.

Identifica-se, de tal modo, quatro traços essenciais da tutela monitoria, quais sejam, i) o provimento jurisdicional proferido em cognição sumária; ii) a atribuição de forte força preclusiva à inércia do réu; iii) a transferência para o réu do ônus de instauração do processo principal; e iv) a não produção de coisa julgada material⁴⁴.

Todas essas características encontram-se presentes nos dispositivos que regulamentam a estabilização da tutela antecipada fundamentada na urgência do pedido no Código processual de 2015. A estabilização, contudo, detém abrangência mais ampla, elevando o que se conhece por procedimento monitorio ao procedimento geral da técnica antecipatória nas hipóteses de urgência.

3 O INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo CPC trata das tutelas proferidas mediante cognição sumária no Livro V, intitulado “Da tutela provisória”. No artigo 294, o legislador classifica as tutelas provisórias, sob o critério da natureza do pedido, em tutelas de urgência e tutelas de evidência, estabelecendo que ambas poderão ser requeridas em caráter antecedente e em caráter incidental.

No Título II do mesmo Livro, estabelece-se como requisitos para caracterização da urgência do pedido a verificação dos seguintes elementos: i) a probabilidade do direito; ii) e o perigo de dano ou, alternativamente, o risco ao resultado útil do processo. Dentre as tutelas de urgência, o Código mantém as diferenças entre tutela antecipada, enquanto provimento satisfativo, e tutela cautelar, enquanto provimento assecuratório.

Embora tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada possam ser proferidas em procedimento antecedente, o instituto da estabilização apenas atinge as tutelas de urgência antecipatórias, sendo estas o objeto central do presente estudo. De tal modo, a natureza cautelar ou antecipatória da medida jurisdicional sumária adquire importância para fins de estabilização.

⁴⁴ *Ibid.*

No Título III, o legislador positiva um instituto que já vinha sendo ensaiado na doutrina e na jurisprudência brasileira: a tutela de evidência. De tal modo, o Novo Código expressamente estabelece hipóteses nas quais o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo não são indispensáveis para a antecipação dos efeitos de uma provável tutela jurisdicional. São essas hipóteses previstas no artigo 311:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente⁴⁵.

A tutela de evidência, mesmo compondo o rol das tutelas provisórias no Novo CPC, não é atingida pela estabilização, assim como a tutela cautelar, conforme opção legislativa. Nessa perspectiva, passa-se a tratar do objeto delimitado desse trabalho, qual seja, a estabilização da tutela antecipada de urgência no Novo Código Processual. Alerta-se, ainda, que a estabilização da tutela antecipada de urgência será abordada de modo a preparar o leitor para discussão acerca do instituto sob a ótica do princípio do contraditório, conforme proposta metodológica apresentada.

3.1 Procedimento autônomo e antecedente

⁴⁵BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

O Novo CPC trata acerca da estabilização da tutela antecipada em seu Capítulo II, intitulado “Do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, que contém, em seu bojo, os artigos 303 e 304.

O primeiro artigo do capítulo versará sobre o procedimento antecedente, revelando a opção legislativa pela autonomização da tutela antecipada nos casos específicos de urgência. Nesse ínterim, o Código brasileiro trilha a mesma linha processual do Direito italiano e do Direito francês, admitindo a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente.

O procedimento antecedente é adotado pelo Novo CPC para os casos de tutela de urgência seja ela de natureza antecipatória ou cautelar. O objeto do presente estudo é restrito ao procedimento antecedente nos casos de antecipação da tutela visto que apenas nessa hipótese o provimento jurisdicional está sujeito à estabilização independentemente da proposição de uma ação de cognição ampla.

Na hipótese de antecipação da tutela em razão da urgência do pedido, sendo esta contemporânea ao ajuizamento da ação, a petição inicial poderá limitar-se apenas ao requerimento de antecipação e a uma indicação não definitiva do pedido principal. Para a concessão da medida, o Código elenca como situação de urgência i) o perigo de dano, eliminando-se a antiga qualificação como dano irreparável ou de difícil reparação da redação; e ii) o risco ao resultado útil do processo (art. 303, caput).

Se houve concessão da medida postulada, o autor será intimado para aditar a petição no prazo mínimo de 15 dias, bem como o réu será citado para audiência de conciliação, em procedimento similar ao da experiência francesa. Caso não haja composição na audiência, inicia-se o prazo para contestação.

Outra possibilidade reside na eventual insuficiência de elementos da Petição Inicial, razão pela qual será concedido prazo de 5 dias para emenda. Destaca-se que a emenda da Inicial difere do seu aditamento, sendo a primeira referente ainda ao pedido liminar sobre o qual trata o caput do artigo 303; e o segunda à complementação da Inicial para que seja possível o contraditório e o pronunciamento final do juízo no procedimento antecedente.

O magistrado pode, ainda, negar, de pronto, a tutela pretendida, fundamentando sua decisão na ausência da urgência conforme caracterizada no artigo 303. Havendo negativa, extingue-se o processo. Uma última consiste na possibilidade de o juiz aguardar a audiência de conciliação ou o contraditório para formar seu convencimento, o que, a depender da urgência, pode tornar o procedimento inócuo.

3.2 Impugnação, estabilidade e coisa julgada

Com a opção pelo procedimento antecedente, o novo Código passou a admitir a estabilização da decisão judicial proferida em cognição sumária, tornando referida medida judicial hábil a regular o conflito após o encerramento do procedimento antecedente mesmo sem a proposição de um processo principal.

Nesse sentido, dispõe o artigo 304 do Código de 2015 que, se da decisão a que se refere o caput do artigo 303⁴⁶ não for interposto o respectivo recurso, torna-se estável a medida. O parágrafo primeiro do artigo 304 determina, ainda, a extinção do processo caso não haja a interposição do Agravo, recurso cabível nos termos do art. 1015, I, do Novo CPC.

Em outros termos, o contraditório será exercido pela primeira vez em sede recursal. Havendo-se, pois, renúncia ao duplo grau de jurisdição, há necessária abdicação ao contraditório no procedimento antecedente. Verifica-se, neste ponto, a estabilidade da tutela sumariamente proferida, em semelhança ao que acontece no procedimento monitorio tratado pelo CPC de 1973.

Em análise do então Projeto de Novo CPC, Talamini alertava para a questão interpretativa que surgiria da redação do que viria a ser o art. 304 do Código. A redação do Projeto estipulava a estabilização da tutela de urgência na hipótese de “ausência de impugnação”. Questionava-se, a esse turno, se a abrangência do termo “impugnação” referia-se à Contestação e ao Agravo, ou apenas ao Agravo. Para o autor, o termo “impugnação” utilizado implicava na impossibilidade de interpretação restritiva apenas à “ausência de recurso”, devendo-

⁴⁶ 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. BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

se considerar, portanto, as demais espécies de defesa⁴⁷. Essa redação, contudo, foi alterada durante o trâmite legislativo; e o Novo Código sancionado expressamente determina a estabilização em razão da ausência do “recurso cabível”.

A ausência de recurso, portanto, interrompe o procedimento antecedente em momento anterior à audiência de conciliação, empregando à decisão proferida sumariamente ampla eficácia, a qual perdurará após a extinção do processo até eventual sentença em ação de cognição exauriente proposta no prazo prescricional de 2 anos de que trata o parágrafo 5º do artigo 304.

Matidiero propõe, ainda, que a apresentação de Contestação no mesmo prazo para interposição do Agravo de Instrumento tenha o condão de suprir o recurso e evitar a imediata estabilização da tutela proferida, solução que, segundo o autor, cumpriria o papel processual do Recurso sem a necessidade de pronunciamento do Tribunal⁴⁸.

Possível, ainda, uma interpretação mais ampla que, fundamentada nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, permite ao termo “recurso cabível” a interpretação de ato de impugnação *latu sensu*, abrangendo tanto o Agravo de Instrumento, quanto o sucedâneo processual, a impugnação autônoma, a contestação, ou mesmo a reconvenção⁴⁹.

A decisão antecedente, pela própria natureza de provimento estabilizado, é dotada de força executiva. Desse modo, o beneficiário da tutela poderá iniciar o procedimento de execução provisória conforme determina o art. 297 do Novo Código:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

⁴⁷ TALAMINI, *op. cit...*

⁴⁸ MITIDIERO. **Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Edição Especial Novo Código de Processo Civil. v.4 n. 39, abril de 2015. p. 15 a 19.. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

⁴⁹ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente**: principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p. 167 a 194.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber⁵⁰.

Retomando as características da ação monitória que inspiraram o instituto de estabilização da tutela antecipada urgente percebe-se que, mesmo com a extinção da ação monitória conforme prevista no antigo Código, permanece no procedimento antecedente das tutelas antecipatórias i) o emprego da cognição sumária como técnica que possibilita a efetividade de um processo célere ao autor; ii) a intensa consequência desfavorável ocasionada pela ausência de impugnação do réu; iii) a inversão do ônus de interposição de processo de cognição exauriente; e iv) a ausência de coisa julgada material⁵¹.

Mesmo dotada de eficácia e força executiva ainda que não exista pronunciamento final proferido em processo principal, a tutela estabilizada não produzirá efeitos de coisa julgada, conforme dispõe o artigo 304, § 6º, do Novo CPC:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

(...)

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo⁵².

A coisa julgada, conceitua Dinamarco, tomando Liebman como referencial teórico, é o grau mais elevado de estabilidade dos atos estatais, que se manifesta pelos aspectos material e formal. Materialmente, é a imutabilidade dos efeitos da sentença, quer seja sentença condenatória, constitutiva, declaratória de procedência ou declaratória de improcedência, instituindo entre as partes da relação litigiosa um estado de grande segurança quanto aos direitos e obrigações que os envolve. Formalmente, diz respeito não mais aos efeitos, mas ao próprio ato processual traduzido pela sentença. De tal sorte, esgotando-se as possibilidades de recurso, a

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

⁵¹ TALAMINI, *op. cit.*

⁵² BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

coisa julgada formal opera sua eficácia consistente em por termo à relação processual com força de definitividade⁵³.

A vedação normativa à formação de coisa julgada na hipótese de tutela antecipada é justificada pela sumariedade da cognição na qual foi proferida. A decisão que é estabilizada com a extinção do procedimento antecedente não põe fim à relação litigiosa, havendo possibilidade de ajuizamento da ação principal por qualquer das partes, não sendo possível, falar, portanto, em coisa julgada formal. Do mesmo modo, havendo proposição da ação principal, modificáveis são os efeitos da tutela antecipada, sobrepondo-se a estes os efeitos da decisão proferida mediante cognição exauriente.

Diversamente do direito francês e italiano, o Novo Código, ao invés de estabelecer a observância do prazo prescricional já previsto para o direito material em litígio, estabeleceu um prazo processual para o exercício da possibilidade de propositura da ação principal. Resta, portanto, a incerteza quanto à natureza da decisão sumária plenamente estabilizada após o decurso do prazo prescricional de 2 anos estabelecido no Novo Código⁵⁴.

Não apenas por expressa proibição legal, mas pela própria essência do instituto da coisa julgada, que imprescinde da cognição plena, a decisão que antecipa os efeitos da tutela em razão da urgência não constituirá coisa julgada mesmo após transcurso o prazo para ajuizamento da ação principal. Nesse sentido, afirma-se que a plena estabilidade existente advém do instituto da prescrição.

A repercussão prática da natureza da estabilidade advinda da prescrição e da estabilidade advinda da coisa julgada reside no fato de a primeira ser objeto passível de cognição exauriente em eventual ação principal, a fim de resolver-se, no mérito, o litígio, mesmo que para declarar a prescrição em sentença. A estabilidade proveniente da coisa julgada, a seu turno, exige a extinção do processo sem que haja qualquer cognição acerca do mérito⁵⁵.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001.

⁵⁴ ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015. *Passim*.

⁵⁵ *Ibid.*

3.3. Hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela não passíveis de estabilização

A estabilização pode ser entendida como uma forte consequência à inercia do réu estipulada pelo legislador. Essa consequência, contudo, deve observar limites inerentes a sua natureza restritiva do contraditório. O primeiro deles a ser elencado nesse trabalho diz respeito aos direitos indisponíveis do réu. Também verificam-se limites à estabilização da tutela antecipada proferida em procedimento cuja citação ocorreu na modalidade de edital. Por último, destaca-se ponto controvertido quanto à extensão do instituto em face da Fazenda Pública.

3.3.1 Estabilização e direitos indisponíveis

Compete ao réu, em sede de impugnação, apresentar causas obstativas do direito pretendido, tais como i) a negação do fato constitutivo do direito demandado; ii) a negação das consequências atribuídas ao fato pela Petição Inicial; iii) a demonstração de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. A consequência jurídica da ausência de causas obstativas é a incontroversa. Nesse sentido, a antecipação da tutela seria possível quando tratar sobre direitos indisponíveis, desde que ausente as causas obstativas do direito⁵⁶.

A antecipação cujo fundamento é a incontroversa, contudo, é espécie da tutela de evidência, conforme disposto no art. 311, inciso IV, no Novo CPC. A tutela de evidência, conforme visto, não será passível de estabilização.

O mesmo acontece com a tutela monitória. A tutela monitória, tal como a estabilização da tutela de urgência, tem como função a estabilidade de resultados concretos em favor do autor nos casos de disposição do direito de defesa por parte do réu. Os institutos, portanto, guardam íntima relação com o princípio da disponibilidade, sendo este pressuposto daqueles⁵⁷. Por consequência lógica, sendo indisponível o direito material, não é possível a estabilidade em decorrência da inercia.

⁵⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito**. Instituto Brasileiro de Direito Processual, Brasília, 15 jul. 2010. 43 p. Disponível em: < <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2> >. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. . *op. cit.*

O mesmo raciocínio se aplica às hipóteses nas quais são vedados os efeitos da revelia. Nos termos do Novo Código art. 345, a revelia não produz efeitos quando i) havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; ii) o litígio versar sobre direitos indisponíveis; iii) a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; iv) as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

As duas últimas hipóteses estão relacionadas com a probabilidade do direito pleiteado, que, embora não seja mais requisito expresso para tutela de urgência, nos termos do art. 303, é indispensável, em diferentes graus, para prestação jurisdicional de qualquer natureza. A segunda hipótese coincide com a já tratada neste ponto, qual seja, a impossibilidade de estabilização da tutela que antecipa efeitos de decisão sobre direito indisponível. A primeira, por sua vez, é consequência lógica do pressuposto “ausência de impugnação ou recurso cabível”. Uma vez proposto o recurso cabível, requisito objetivo e impeditivo da estabilização, por parte legítima no processo, aproveitam-se os efeitos da impugnação aos demais.

3.3.2 Estabilização e a citação por edital ou por hora certa

Pode-se afirmar que esta é uma derivação lógica da já abordada impossibilidade de estabilização em face de réu revel. Será, contudo, tratada em subitem apartado em razão da especificidade da questão.

A citação por edital, ou por hora certa, possibilitam uma modalidade ficta de ciência do réu acerca da demanda judicial. Referidas medidas privilegiam a efetividade da prestação jurisdicional em detrimento do contraditório para situações específicas e legalmente previstas.

Talamini alerta que nos casos de citação por edital, ou por hora certa, que não haja comparecimento do réu, não poderá ser-lhe imputada a consequência estabilizadora da inércia em razão de sua ausência ao processo⁵⁸.

Nesses casos, segue-se o que determina o art. 72 do Novo CPC, de modo que será nomeado pelo juízo curador especial, devendo a curatela ser exercida pela Defensoria Pública. Estando, pois, o curador imbutido do dever legal

⁵⁸ TALAMINI. *op. cit.*

de apresentar defesa técnica pelo instrumento processual adequado, constata-se a impossibilidade de estabilização da decisão antecipatória.

3.3.3 Estabilização e Fazenda Pública

A controvérsia sobre a possibilidade de estabilização da tutela antecipada de urgência em face da Fazenda Pública guarda semelhança com a discussão já travada acerca da possibilidade de Ação Monitória contra a Fazenda.

Para Redondo, a consagração do entendimento de que é cabível Ação Monitória contra a Fazenda no texto do Novo CPC (art. 700, §6º), na mesma linha do entendimento jurisprudencialmente reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁹, é forte argumento para a defesa da estabilização da decisão proferida contra a Fazenda, em razão da similitude e inspiração entre os institutos. Ademais, o autor destaca que estabilização não constituirá coisa julgada, sendo patente sua reversibilidade pela interposição de ação principal no prazo legal⁶⁰.

No que tange à possibilidade de interposição da Ação Monitória em face da Fazenda, Grinover defende a ausência de qualquer incompatibilidade, desde que observadas as prerrogativas da Fazenda Pública no procedimento monitorio, tais como benefício de prazo para Embargos e garantia do duplo grau quando da consolidação da sentença condicional⁶¹. Nesse sentido, afirma a autora:

Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um procedimento que visa exclusivamente a abreviar o caminho para a formação de um título executivo e a execução desse título executivo contra a Fazenda Pública, que virá depois. O que se consegue, através do procedimento monitorio, nada mais é do que o título executivo. Se posso fazer valer um título executivo contra a Fazenda Pública, pelas formas próprias, adequadas à execução contra a Fazenda Pública, também posso constituí-lo de forma abreviada, contra a mesma Fazenda Pública⁶².

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 339. **É Cabível Ação Monitória Contra A Fazenda Pública.**. Brasília, 2010.

⁶⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente:** principais controvérsias. Revista de Processo, São Paulo: RT, a. 40, v. 244, jun. 2015, p. 167 a 194.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Reforma do Código de Processo Civil: Ação Monitória.** Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/grinover.htm>>. Acesso em: 02/11/2015.

⁶² *Ibid.*

Para Talamini, contudo, o entendimento que chegou a ser objeto de súmula do STJ teve como fundamento precedente que, apenas em parte, admitiram propriamente a formação automática de título executiva contra a Fazenda em razão de sua inércia. Para o autor, outra parcela dos julgados admite o emprego forma da Ação Monitória, mas descarta a formação automática do título executivo, afirmando a necessidade de sentença. Não obstante, o autor destaca que a tutela monitória é limitada à cobrança de direitos obrigacionais, ao passo que o instituto da estabilização atinge qualquer direito objeto de tutela antecipada de urgência proferida em procedimento antecedente⁶³.

Destacado posicionamento contrário, entende-se, nesse trabalho, que a formação automática do título executivo é inerente ao procedimento monitório, tal como ao procedimento antecedente de estabilização da tutela antecipada de urgência, devendo ser extensível à estabilização o entendimento consolidado de possibilidade de tutela monitória contra a Fazenda.

4 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA COGNIÇÃO SUMÁRIA.

A partir do momento que se estabeleceu, no pensamento jurídico, em escala global, a consciência dos assentos políticos-constitucionais de toda a técnica processual de modo concomitante com os aspectos e elementos postos no direito infraconstitucional, superando o apelo dogmático ao que a lei dispõe sobre o processo, desenvolveu-se o que se denomina modelo constitucional do processo, no âmbito nacional.

4.1 O Modelo Constitucional do processo civil brasileiro

A concepção de devido processo constitucional, ou modelo constitucional de processo, surge como sinônimo de processo justo intrinsecamente ligado à concretização dos demais princípios constitucionais do processo, absorvendo-os.

Nesse sentido, Bedaque condiciona a técnica processual ao seu fim, o processo justo:

A técnica constitui fator essencial à idéia de processo. Concebido este como instrumento de que a função jurisdicional do Estado se serve para colocar

⁶³ TALAMINI, *op. cit.*

fim às crises existentes no plano do direito material, necessário regular a maneira como ele opera. É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. Esta é a função das formas e das formalidades processuais, cuja razão de ser encontra explicação fundamentalmente em fatores externos ao próprio processo. Mas processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional. De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem⁶⁴.

De acordo com Theodoro Júnior, o processo constitucionalizado é inerente ao Estado Democrático de Direito e derivado da supremacia da Constituição, consagrando os poderes de acesso à justiça e os deveres de prestação jurisdicional efetiva:

O processo, no Estado Democrático de Direito, está, no campo de seus fundamentos e de sua macro-estrutura, totalmente constitucionalizado. Os poderes de acesso à justiça e os deveres de tutela jurisdicional integram as garantias fundamentais proclamadas pelas constituições dos países onde reina a democracia de forma mais ampla e autêntica. (...) Em virtude do princípio da supremacia da Constituição, o comportamento dos órgãos jurisdicionais durante o desenvolvimento dos processos e o julgamento das causas há, sem dúvida, de ter como ponto de partida a observância das garantias constitucionais do moderno “processo justo”⁶⁵.

Para Dinamarco, a definição de modelo constitucional do processo civil brasileiro deve considerar as duas grandes vertentes das disposições constitucionais acerca da matéria, quais sejam, i) a tutela constitucional do processo, consistente nos princípios e garantias constitucionais que institucionalizam critérios e parâmetros democráticos a serem observados pela atividade legislativa e pela atividade jurisdicional; ii) e a jurisdição constitucional das liberdades, integrada por específicos modos de tutela jurisdicional diferenciada assentados em plano constitucional e

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010, p. 26.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Processual Constitucional**. Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

disponibilizados como instrumentos de complementação à garantia genérica de acesso à justiça⁶⁶.

No plano infraconstitucional, destinado à disciplina da técnica processual, as Reformas do Código Processual brasileiro operadas entre 1996 e 2006, de acordo com Dinamarco⁶⁷, contribuíram em quatro grandes vertentes que possibilitam uma definição de modelo processual. Dentre as vertentes destacadas pelo autor, importa ao presente trabalho as medidas de aceleração da tutela jurisdicional, consistentes, por exemplo, na técnica antecipatória da tutela e na técnica monitória⁶⁸.

Nessa linha, tomando-se o modelo constitucional de processo civil brasileiro enquanto manifestação concomitante de aspectos constitucionais e da técnica processual infraconstitucionalmente estabelecida, percebe-se o instituto da estabilização da tutela antecipada de urgência como pertencente ao plano constitucional, no que tange à tutela constitucional do processo, em especial em relação à garantia de tutela jurisdicional efetiva; bem como pertencente ao plano infraconstitucional, por meio das técnicas de aceleração da tutela jurisdicional.

O instituto deve, ainda, ser interpretado em consonância com os demais princípios e garantias constitucionais do processo, que, de acordo com a primeira vertente do modelo constitucional destacada por Dinamarco, cumpre papel de orientação da atividade jurisdicional.

Nesse momento do trabalho, a discussão acerca do instituto objeto de estudo será especificamente direcionada por uma das garantias constitucionais do processo: o contraditório.

4.2 O contraditório no modelo constitucional do processo civil brasileiro

A ação, como direito de atacar, prescinde de um direito a uma espécie de réplica, ou direito de defesa. Couture afirma que se a ação é um instituto civilizatório substitutivo à vingança, a exceção é o substitutivo civilizatório da defesa. Para o

⁶⁶ DINAMARCO, 2013-B, *op. cit.*, p. 182 e 183.

⁶⁷ *Ibid.* p. 183.

⁶⁸ Dinamarco destaca, também, i) a oferta de tutelas coletivas; ii) as medidas de universalização da jurisdição direcionada ao cidadão de menor poder aquisitivo e às caudas de menor valor; e iii) as medidas tendentes a assegurar a efetividade do processo mediante o esforço de ampliação do poder do juiz de impor suas decisões, a exemplo das multas pelo não cumprimento de obrigações.

autor, o litígio é caracterizado por uma ideia de bilateralidade de modo que as partes se encontrem em pé de igualdade no conflito. Essa igualdade, no âmbito do processo, seria, pois, uma manifestação do princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei⁶⁹.

O autor defende, ainda, o processo como um método de debate no qual participam elementos humanos, tais como juízes, partes, testemunhas e peritos. O debate, contudo, por si mesmo não tem sentido, sendo o processo, portanto, uma estrutura dialética e teleológica. De tal sorte, Couture complementa a ideia de processo enquanto debate forense com o princípio do contraditório e com a dimensão de finalidade⁷⁰.

Nery Jr., ao tratar dos princípios constitucionais do processo no direito brasileiro, afirma que o contraditório, além de fundamentalmente ser constituído como manifestação do Estado de Direito, tem íntima ligação com a igualdade das partes, visto que o texto constitucional quer significar tanto direito de ação quanto direito de defesa enquanto manifestações do contraditório. Destaca-se, ainda, o binômio ciência-participação inerente ao contraditório. Para o autor, a garantia constitucional em comento é compreendida pela necessidade de conhecimento da existência de ação e de todos os atos processuais e pela possibilidade de manifestação das partes sobre todos esses atos⁷¹.

Segundo Dinamarco, a garantia do contraditório é imprescindível a qualquer processo, seja jurisdicional ou não, por expressa imposição do texto constitucional, conforme art. 5º, inciso LV. Para o processualista, o contraditório detém dupla destinação, significando, em primeiro lugar, que a lei deve instituir meios de participação das partes no processo e que o juiz deve franquear-lhes tais meios. Em segundo plano, significa que o próprio juízo deve participar da relação processual preparando o julgamento. Em síntese, a garantia do contraditório corresponderia a um direito das partes e a uma série de deveres do juiz⁷².

4.2.1 O contraditório prévio

⁶⁹ COUTURE, *op. cit.*, p. 29

⁷⁰ *Ibid.* p. 44.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 134 - 139

⁷² DINAMARCO, 2013-B, *op. cit.* p. 220 – 224.

O contraditório prévio é caracterizado pela possibilidade de participação das partes em momento anterior à formulação de decisão pelo julgador, possibilitando a efetiva capacidade de influência do autor e do réu na formação do convencimento do magistrado. A modalidade prévia de contraditório é, portanto, a regra no modelo constitucional do processo civil brasileiro⁷³.

Para Greco, na medida em que a decisão judicial goza de força executiva, capaz de invadir, de pronto, a esfera jurídica dos destinatários, o modelo processual idôneo predeterminado pelo legislador pressupõe o contraditório prévio, que oportunize às partes o pleno exercício de suas faculdades defensivas⁷⁴.

Schenk defende que a garantia ao contraditório impõe ao legislador ordinário o limite de atuação no que tange à sumarização da cognição processual. Para o autor, não foi dado ao legislador a competência de banir o contraditório em qualquer dos processos ou procedimentos judiciais, devendo sempre existir o contraditório prévio ainda que em seu núcleo mínimo. A única ressalva aceita pelo processualista consiste na tutela de urgência consubstanciada no risco de perecimento do direito, reconhecendo, aqui, o diferimento do contraditório por imperativo de efetividade da atuação jurisdicional. Nessa perspectiva, Schenk defende o respeito ao núcleo mínimo de contraditório prévio no procedimento antecedente materializado em audiência bilateral prévia^{75 76}.

4.2.2 O contraditório postecipado

Embora a regra no direito processual seja a observância do contraditório em momento prévio ao convencimento do juízo e à prolação de decisões, existem situações nas quais o direito restringe a ampla participação das partes, tais como nos processos de execução e nos procedimentos sumário e sumaríssimo.

Pontes de Miranda já admitia hipóteses de protelação da exercitabilidade da defesa sem que se admita em qualquer hipótese que o processo civil vede ou

⁷³ PAIM, *op. cit.* p. 116.

⁷⁴ GRECO, Leonardo. **Cognição Sumária e coisa julgada**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 10, n. 6, p.275-301, dez. 2012.

⁷⁵ SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade **constitucional da cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 272 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. pp. 170, 189, 193 e 230.

⁷⁶ O termo "audiência bilateral prévia" é aqui utilizado como sinônimo de contraditório enquanto direito que as partes detêm de conhecer e se manifestar no processo.

omita o contraditório⁷⁷. A postergação ou a inversão do contraditório são técnicas utilizadas para sumarização do procedimento, o que se justifica pelo direito material e sua urgência.

Nesse sentido, Del Debbio trata de dois tipos de contraditório postecipado, um de natureza diferida, cujo exercício se dá após a apreciação da tutela inicial, e outro de natureza eventual, que somente é exercido caso o réu inicie processo apartado. De tal modo, a inversão do contraditório visa proteger situações nas quais o legislador julga conveniente o sacrifício da ideia de certeza e segurança advinda da cognição exauriente, operando em razão da efetividade e de graus de probabilidade do direito⁷⁸.

Olívio Baptista, ao trabalhar com o conceito de contraditório eventual, o qualifica em duas modalidades distintas, a primeira ocorre com a tutela inicial do interesse do autor, transferindo-se ao demandado o ônus de provocar o contraditório em demanda incidental. Na segunda modalidade, o ônus de provocar o contraditório continua transferido ao demandado que o exercerá, dessa vez, em ação autônoma subsequente⁷⁹.

Nesse sentido, seguindo as inspirações francesa, italiana e monitória, o procedimento antecedente que acarrete na estabilização da tutela antecipada de urgência possibilita a supressão do contraditório prévio e submete o demandado ao exercício do contraditório eventual, seja em sede recursal seja em ação autônoma posterior.

4.3 Contraditório e procedimento sumário na estabilização da tutela antecipada de urgência

A estabilização da tutela antecipada de urgência, conforme observado, tem o propósito de empregar maior grau de segurança jurídica ao jurisdicionado cujo provável direito fora assegurado por decisão proferida em sede de procedimento sumário. Além disso, o instituto é adotado pelo Novo Código de Processo Civil com

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n.1 de 1969. 2 ed. t.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 235-236.

⁷⁸ DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Tutela jurisdicional diferenciada: técnicas de sumarização da cognição. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias: da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268-269.

a promessa de diminuir o grau de litigiosidade no Judiciário brasileiro, pacificando conflitos por meio de procedimentos especiais pautados na celeridade.

A novidade trazida pelo instituto ao Processo brasileiro reside, pois, na possibilidade de estabilização com força de definitividade de uma decisão de natureza sumária que, por definição, fora proferida sem a cognição plena dos fatos.

Uma das características definidoras dos procedimentos sumários reside na limitação ao contraditório por decorrência lógica da restrição do campo cognitivo. Isto porque o contraditório, em sua forma clássica, sempre pleno e prévio, impossibilita a concretização de outras garantias constitucionais do processo, a exemplo da própria efetividade da tutela jurisdicional no caso concreto.

Para Marinoni, a preocupação mais recente do processo corresponde à própria prestação efetiva de uma proteção jurisdicional, de uma resposta da Jurisdição:

A demonstração de que a tutela do direito pode ocorrer com base em cognição sumária deixa evidenciado o equívoco daqueles que pensam que a “satisfatividade” fundada em cognição sumária não é propriamente “satisfativa fática” (ou algo que não tem relevância jurídica). Quem relaciona desta forma confunde satisfação do direito material (que obviamente pode ocorrer mediante decisão fundada em cognição sumária) e satisfação processual (coisa julgada material). Mais do que isto: aquele que não dá importância à “satisfação fática”, mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a “tutela dos direitos”, uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a “tutela do direito”, pouco importando que esta venha por meio de decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva⁸⁰.

A sumariedade para Bedaque⁸¹, assim como no conceito de Chiovenda⁸² já mencionado neste trabalho, pode decorrer de uma restrição da cognição tanto no plano vertical, caracterizada pelo autor como cognição superficial, uma vez que o juiz analisa todos os fatos constitutivos da demanda e da defesa de forma não

⁸⁰ MARINONI, *op. cit.* p. 126

⁸¹ BEDAQUE, . *op. cit.* p. 240.

⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

exauriente; quanto no plano horizontal, caracterizada como cognição parcial, tendo por objeto apenas parte dos fatos relevantes para a demanda.

Zavascki também reconhece a superficialidade, no plano vertical, da cognição sumária em relação à cognição exauriente. O autor também aborda o conceito horizontal da sumariedade como cognição menos aprofundada típica de procedimentos especiais, tais como nas ações possessórias⁸³.

No mesmo sentido, segue Marinoni, que trata da cognição sumária no plano vertical como juízo de verossimilhança que, no âmbito das tutelas provisórias, objetiva, na hipótese da antecipação da tutela de urgência, realizar antecipadamente um direito em vista de uma situação de perigo⁸⁴.

Nessa perspectiva, o juiz que concede a tutela sumária não declara ou constitui direito, mas afirma a sua probabilidade e, havendo situação de urgência, privilegia a efetividade da prestação jurisdicional, diferindo o exercício do contraditório.

⁸³ ZAVASCKI, *op. cit.* p.43.

⁸⁴ MARINONI, *op. cit.* p. 34.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, pois, que a técnica de estabilização da tutela adota o contraditório postecipado como forma de, nos casos em que a urgência seja contemporânea à ação, verificado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional.

O contraditório postecipado nas hipóteses de estabilização encontra suas críticas mais severas na possibilidade de estabilidade plena, passados os dois anos prescricionais, sem que haja a efetiva formação da bilateralidade processual. É nesse sentido que o Código determina a impossibilidade da formação de coisa julgada. O que se presencia nesses casos é uma força preclusiva que impera sobre o direito a fim de evitar a perpetuação do litígio e conferir maior grau de segurança jurídica à tutela proferida, mesmo que sumariamente, e não impugnada.

Nesse sentido, a possibilidade de rediscussão da demanda por via de ação principal, reformando ou invalidando a tutela, desde que observado o prazo de dois anos, conforme previsto no § 5º do art. 304 do Novo CPC, é medida suficiente para garantir o exercício do contraditório nas situações excepcionais de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

Ademais, a análise do instituto em consonância com os demais dispositivos do Novo Código confere limites à estabilização. Conforme observamos no presente trabalho, a estabilização decorrente da mitigação do contraditório própria da cognição sumária não atingirá direitos indisponíveis. A íntima relação entre a estabilização e a disponibilidade do direito assegura que a sumariedade do procedimento, bem como a própria estabilidade da tutela por meio deste proferida, não recairá sobre direitos os quais não são permitidos ao réu abdicar.

A estabilização também encontra limites nas situações de revelia em sentido amplo, bem como nas hipóteses de citação por edital ou hora certa. De tal modo, a inércia do réu decorrente da ausência da efetiva ciência acerca da demanda não é suficiente para a estabilidade da tutela de urgência.

Percebe-se, pois, a estabilização plena não advém propriamente de um procedimento que dificulta ou impossibilita a participação do réu no processo, mas de uma reiterada ausência de interesse na impugnação da demanda. Referida ausência de interesse é inicialmente manifesta pela não interposição do recurso

cabível e posteriormente reiterada pela inércia quanto ao exercício do contraditório em processo de ampla cognição expressamente assegurado pelo Novo Código.

Nessa perspectiva, a estabilização da tutela de urgência antecipatória adotada pelo Novo Código de Processo Civil não ofende a garantia constitucional ao contraditório uma vez que apenas privilegia a efetividade da prestação da tutela jurisdicional em situações de perigo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada**. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015.

BAUERMAN, Desirê. Estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Rio de Janeiro, v.VI , n. 4, p.32-48, jul. 2010.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione all studio sistematico del provvedimenti cautelari**. Casa Editrice Doit. Antonio Milani. Padova. 1936.

_____. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. Rivista di diritto processuale, v. 10, p.164-192, 1955

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. da 2 ed. italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: discursos, ensaios e conferências. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Livraria Jurídica Universal, 2003.

DEL DEBBIO, Cristiano Rodrigo. Tutela jurisdicional diferenciada: técnicas de sumarização da cognição. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. Brasil: Malheiros Editores Ltda., 2013.

_____. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

_____. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 2, nº 2, p. 7-45, julho-dezembro/2001.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Paris, 05 jan. 1975.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, S.A., 1936.

GRECO, Leonardo. **Cognição Sumária e coisa julgada**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 10, n. 6, p.275-301, dez. 2012.

GRINOVER, Ada Prellegri. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **O processo: estudo e pareceres**. 2. Ed. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. **Reforma do Código de Processo Civil: Ação Monitória**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero1/grinover.htm>>. Acesso em: 02/11/2015.

ITÁLIA, **Codice di procedura civile**, Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Estabilização da tutela antecipada e julgamento parcial do mérito**. Instituto Brasileiro de Direito Processual, Brasília, 15 jul. 2010. 43 p. Disponível em: < <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2> >. Acesso em: 26 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO. **Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Edição Especial Novo Código de Processo Civil. v.4 n. 39, abril de 2015. p. 15 a 19.. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

PEREIRA, Alex Costa. Tutela sumária: a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-26032013-103821/>>. Acesso em: 2015-04-26.

PIGEAU, Eustache-Nicolas. **La Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes et mise en action par des formules**. Tome Second. Nouvelle edition, revue, corrigée et augmentée de plufieurs obfervations fur l'Edit du mois de Juin 1771, concernant les Letres de ratification.

PISANI, Andrea Porto. L'istruzioni nei procedimenti sommari. Il Foro Italiano, Milano, v. 2, n. 2, p.17-24, fev. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n.1 de 1969. 2 ed. t.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Tratado das ações**: Ação, Classificação e Eficácia, Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

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

SCHENK, Leonardo Faria. Legitimidade **constitucional da cognição sumária**: limites impostos pelo contraditório participativo. 2012. 272 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de processo civil: processo do conhecimento. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. O contraditório nas ações sumárias: da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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. Doutrina Nacional. Revista de Processo 2012. RePro 209. fls. 14- 34.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. ed. 44. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TURRA, Thiago Camatta Chaves. Os reflexos da automatização e estabilização da tutela sumária prevista no projeto de Código de Processo Civil na evolução da tutela de urgência brasileira. **Processo e Jurisdição I: Xxiii Encontro Nacional do Conpedi**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p.444-465, abr. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.