



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERIVANDO JOTER DA SILVA

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC

FORTALEZA

2015

ERIVANDO JOTER DA SILVA

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito em conformidade com os atos normativos do MEC e do Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Orientadora: Profa. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

FORTALEZA

2015

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

-
- S586e Silva, Erivando Joter da.
A estabilização da tutela antecipada antecedente no novo CPC / Erivando Joter da Silva. – 2015.
119 f. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015.
Área de Concentração: Direito Processual Civil.
Orientação: Profa. Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.
1. Tutela - Brasil. 2. Processo civil – Brasil. 3. Tutela antecipada - Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ERIVANDO JOTER DA SILVA

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito em conformidade com os atos normativos do MEC e do Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Catherine Rebouças Mota
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando André Viana Garrido
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

À Universidade Federal do Ceará, em especial, à Faculdade de Direito, seu corpo docente, direção e coordenação que me oportunizaram a formação superior no Curso de Direito.

À minha orientadora, Professora Janaína Soares Noletto Castelo Branco, pelo suporte, pelas correções e incentivos.

Aos colegas da Polícia Rodoviária Federal (PRF), que me concederam permutas de dia de serviço, para que eu não faltasse às aulas na Faculdade.

À toda minha família, pelo incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta e indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível.” (Charles Chaplin)

RESUMO

A estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente é um instituto que foi positivado recentemente, no direito pátrio, com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC), que se resume à manutenção dos efeitos de um provimento provisório favorável ao demandante, que não foi impugnada pelo demandado no prazo legal para impugnar a decisão sumária. Em razão disso, a presente pesquisa tem o objetivo geral de analisar a natureza e função da estabilização da tutela satisfativa antecedente, observando o regramento geral e as nuances e os possíveis contornos que o instituto tomará em virtude da positivação dele no novo código, no que concerne à proteção da efetividade processual ao direito, à distribuição de forma igual do ônus de tempo, quando estiverem presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, assim como destinados à autonomização da decisão que concedeu o provimento provisório. Trata-se de uma pesquisa que utilizará como material de estudo fontes bibliográficas que registram o debate atual acerca do objeto da pesquisa, objetivando a uma abordagem de acordo com a natureza qualitativa da pesquisa empreendida, inclusive com utilização de obras de autores nacionais que comentam sobre a legislação e doutrina estrangeira, de modo que haja incursão do estudo ao direito comparado. Além da abordagem doutrinária da questão, também realizaremos pesquisa jurisprudencial, quando for necessário, objetivando um maior embasamento para o empreendimento científico, analisando e comparando os resultados da pesquisa bibliográfica com a realidade forense, a fim de aliar teoria e prática. Após a observação ao objeto de estudo, identifica-se que o a estabilização da tutela antecipada antecedente se submete ao regramento da tutela provisória, que dispõe sobre tutela de urgência e de evidência, assim como ao regramento geral da tutela de urgência, cujas espécies são tutela cautelar e tutela antecipada. Ademais, constatou-se que o legislador brasileiro sofreu a influência do direito francês e italiano, que já houve tentativa de inclusão da estabilização da tutela na vigência do CPC/73, que o NCPC designou procedimento próprio para a concessão da tutela antecipada tendente a estabilizar-se e que deferida a medida provisória, ela só estabilizará se o demandado permanecer inerte, podendo qualquer das partes no prazo de dois anos impugnar a decisão estabilizada por uma ação autônoma. Além disso, averiguou-se que a doutrina majoritária defende que a decisão estabilizada não faz coisa julgada, por opção do próprio legislador, mesmo após os dois anos de estabilização da decisão, não podendo ser manejada a ação rescisória. Por último, analisou-se que é cabível a aplicação do instituto nas ações contra a Fazenda Pública, não havendo qualquer óbice na lei. Ante o exposto, é possível concluir que o legislador brasileiro tratou de forma diferente o instituto em alguns pontos da forma como ele foi idealizado e implementado no direito comparado. Além disso, o legislador tratou de forma incompleta o instituto, deixando vários pontos controvertidos, que constituem em terreno para a discussão doutrinária, mas que necessitam serem contornados pelo próprio legislador e pelo Poder Judiciário em razão da segurança jurídica.

Palavras-chave: Novo CPC. Tutela de urgência. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Requisitos e pressupostos legais.

ABSTRACT

The stabilization of satisfativa previous preliminary injunction is an institute that was positivado recently in the parental rights with the advent of the New Code of Civil Procedure (NCPC), which comes down to the maintenance of the effects of a favorable interim provision the applicant, which was not contested by the defendant within the statutory period for challenging the summary judgment. As a result, the present study has the general objective of analyzing the nature and function of stabilizing the foregoing satisfativa guardianship, observing the general regramento and the nuances and possible outlines that the institute will take because of his assertiveness in the new code, as concerns the protection of procedural effectiveness the right to distribute equally the burden of time, when present the assumptions of the prima facie juris and periculum in arrears, as well as for the autonomy of decision granting the interim appointment. It is a survey that will use as study material bibliographic sources that record the current debate about the object of research, aiming at an approach according to the qualitative nature of our survey, including use of works of national authors who comment on legislation and foreign doctrine, so that there incursion study the comparative law. In addition to the doctrinal approach to the issue, also will carry out research case law where necessary, aiming a better basis for the scientific enterprise by analyzing and comparing the results of bibliographic research to forensic reality in order to combine theory and practice. After observing the object of study, it is identified that the the stabilization of the previous preliminary injunction undergoes regramento of interim protection, which provides for emergency protection and evidence, as well as to the general regramento of emergency guardianship, whose species are tutelage interim and injunctive relief. Moreover, it was found that the Brazilian legislator came under the influence of French law and Italian, that there have been attempts to include the stabilization of guardianship in the presence of CPC / 73, that the NCPC has designated a specific procedure for granting the preliminary injunction aimed at stabilizing If and granted the provisional measure, it will stabilize only if the defendant remains inert and can either party within two years stabilized challenge the decision by an autonomous action. Also, it found out that the majority doctrine holds that the stabilized decision makes res judicata, by the legislature itself option, even after two years of stabilization of the decision and can not be handled a rescission action. Finally, it analyzed it is appropriate to apply the institute in actions against the tax authorities and there is no obstacle in law. Based on the foregoing, we conclude that the Brazilian legislator treated differently institute at some points the way it was designed and implemented in comparative law. In addition, the legislator tried to incompletely the institute, leaving several controversial points, which constitute ground for doctrinal discussion, but that need to be bypassed by the own legislature and the judiciary on the grounds of legal certainty.

Keywords: New CPC; Emergency protection; Antecedent injunctive relief; Stabilization; requirements and legal requirements.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC.....	12
1.1	Aspectos gerais.....	12
1.1.1	O tempo e o processo	12
1.2	Tutela provisória como garantia de efetividade do processo	13
1.3	O conflito entre os princípios constitucionais: efetividade do processo x segurança jurídica.....	15
1.4	Tutela provisória de urgência ou evidência.....	17
1.4.1	Execução da tutela provisória.....	21
1.4.2	Tutela provisória incidental.....	23
1.4.3	Fundamentação e provisoriedade da decisão de tutela sumária	24
1.4.4	Poder geral de cautela do Juiz e efetivação da tutela provisória	28
1.4.5	Competência.....	31
1.4.6	Legitimidade.....	35
1.4.7	Resumo da tutela provisória	36
2	A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC.....	38
2.1	Tutela cautelar x tutela satisfativa: semelhanças e diferenças	40
2.2	Fungibilidade entre as tutelas de urgência	44
2.3	Pressupostos	46
2.4	Contracautela.....	50
2.5	Momento da concessão	50
2.6	Reversibilidade.....	54
2.7	Reparação pela concessão de medida de urgência	55
3	A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	57
3.1	Procedimento da tutela antecipada antecedente	59
3.2	Estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente.....	65
3.2.1	Breves históricos do instituto da estabilização da tutela antecedente	66
3.2.1.1	No direito comparado	66
3.2.1.2	No direito pátrio	74
3.3	Estabilização da tutela antecipada antecedente no NCPC.....	77
3.4	Condições para a estabilização da tutela antecipada	79

3.5	Estabilização da tutela antecipada antecedente e o recurso cabível	82
3.6	Estabilização da tutela antecipada antecedente e despesas processuais.....	89
3.7	A estabilização de tutela e ação autônoma de impugnação ou confirmação da tutela provisória estabilizada	90
3.8	Estabilização da tutela antecipada antecedente e coisa julgada	93
3.9	A estabilização da tutela e a arbitragem	96
3.10	Estabilização de tutela e o seu caráter monitório	97
3.11	Outros pontos controvertidos acerca da estabilização da tutela	98
3.12	A tutela antecipada nas ações contra a Fazenda Pública e a possibilidade de estabilização	102
3.12.1	Panorama Geral – perspectiva histórica e atual.....	103
3.12.2	Estabilização da tutela antecipada antecedente nas ações contra a Fazenda Pública	106
4	CONCLUSÃO.....	109
	REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é sobre a estabilização da tutela antecipada satisfativa no Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015, mais concretamente, acerca do regramento geral ao qual tal instituto se submete, como as regras delineadas pelo legislador pátrio para a tutela provisória e para a tutela de urgência, destacando os pressupostos para a concessão dos provimentos provisórios, unificados para a concessão da tutela de urgência com o advento do NCPC. Além disso, será objeto de destaque o juízo a competente para a concessão da medida provisória, a responsabilidade objetiva da medida quanto houver dano à parte adversa, o poder geral para a concessão da tutela provisória, quanto ao momento para a concessão da medida e da impossibilidade de concessão da medida quando risco de irreversibilidade, procurando sempre um paralelo com o Código de Processo Civil (CPC/73) anterior, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Ademais, desses aspectos gerais, o trabalho também tratará dos assuntos mais específicos, como o procedimento e condições para a estabilização da tutela antecipada, a natureza da decisão que se estabiliza e quais os meios de impugnação da decisão antes e depois de ganhar a estabilidade, assim como a possibilidade da aplicação de tal instituto nas ações contra a Fazenda Pública.

O objetivo geral desse trabalho é analisar o regramento geral e pormenorizado a que se submete tal instituto à luz do NCPC. Por outro lado, os objetivos específicos são: analisar as regras da tutela provisória e da tutela de urgência que se aplica a tutela antecipada antecedente, realizando sempre possível o cotejamento com as regras disposta no CPC/73, quando houver correspondência; analisar a origem do instituto no direito comparado e no ordenamento jurídico pátrio; analisar e compreender as regras previstas no NCPC que são aplicadas especificamente ao instituto, como condições, ritual, natureza da decisão e forma de impugná-la; analisar a aplicação da estabilização da tutela antecedente nas ações contra a Fazenda Pública.

Este trabalho será organizado em três capítulos. Na primeira parte, serão abordados aspectos gerais da tutela provisória, como a relação entre o tempo com o processo, a tutela provisória como de efetividade do processo, a relação entre a efetividade e a segurança jurídica e tutela provisória, segundo o NCPC, que contempla a tutela de evidência e a tutela de urgência. Nesse mesmo capítulo, serão abordados aos aspectos específicos da tutela provisória, como a forma de execução, a tutela provisória incidental, a fundamentação e a provisoriedade da decisão de tutela sumária, o poder geral de cautela do juiz na tutela

provisória, o juízo competente para conceder a tutela provisória e a legitimidade das partes para requerer a tutela provisória. Ressalte-se que muitos dos conceitos previstos no NCPC já estavam previstos no CPC/73. Diante disso, quando houver correspondência, haverá também o enfoque comparativo do à luz dos dois diplomas legais.

No segundo capítulo, será tratada da tutela de urgência no NCPC, destacando as duas espécies de tutela decorrente dessa, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipada, ressaltando as semelhanças e as diferenças entre as tutelas, a revogação das tutelas cautelares típicas do CPC/73, a fungibilidade entre as duas tutelas citadas, os pressupostos para a concessão das duas tutelas, que, no NCPC, são os mesmos para as duas tutelas; as medidas de contracautela que podem ser imposta pelo juiz para a concessão da tutela de urgência, o momento em que a tutela de urgência pode ser concedida e a impossibilidade de concessão da medida quando risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Assim como no parágrafo anterior, aqui merece o resalta de que os institutos acima elencados são coincidentes ao CPC/73, havendo, portanto, o cotejo dos institutos à luz dos dois códigos.

Por outro lado, o terceiro e último capítulo do trabalho tratará da estabilização da tutela satisfativa antecedente, destacando o procedimento previsto nos arts. 303 e 304 do NCPC, o conceito doutrinário da estabilização da tutela antecipada, o estudo sobre a origem, a evolução e os contornos atuais do instituto no direito comparado, como no direito francês e italiano, no direito pátrio, sublinhando, em relação ao NCPC, as condições para a estabilização, o recurso cabível para impugnar a decisão esteja ou estabilizada, as despesas processuais decorrentes da condenação da parte que não resistiu à pretensão do autor, a natureza jurídica da decisão que se estabilizou e se a estabilização faz coisa julgada, antes e depois do prazo decadencial de dois anos, a estabilização e a ação autônoma de impugnação, a relação entre a estabilização da tutela antecipada antecedente e as recentes alterações da lei de arbitragem, a estabilização e o caráter monitório da decisão, os outros pontos controvertidos referentes à estabilização e a possibilidade de estabilização de tutela nas ações contra a Fazenda Pública.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, que travam o debate atual acerca da aplicação do instituto, tendo como escopo a natureza qualitativa da pesquisa realizada, utilizando as obras de autores nacionais que comentam a legislação pátria e estrangeira, assim como as que comentam os autores estrangeiros. Além disso, foi realizada a pesquisa jurisprudencial quando necessário para contribuir para um maior embasamento para o empreendimento científico, analisando e comparando os resultados da pesquisa bibliográfica com a realidade forense, a fim de aliar teoria e prática.

1 TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC

1.1 Aspectos gerais

Nessa primeira parte, o trabalho tratará de aspectos gerais acerca do debate doutrinário sobre a concessão de provimento provisório, como o tempo que demanda o processo e a implicação da demora na efetividade processual, o debate entre a efetividade do processo e a segurança jurídica. Ademais, serão tratados os aspectos gerais acerca da tutela provisória no NCPC.

1.1.1 O tempo e o processo

No mundo hodierno, sobretudo na sistemática processualista brasileira, o Judiciário tem proferido decisões provisórias, postergando para um momento posterior o enfrentamento definitivo da lide, em razão do crescimento da litigiosidade decorrente da massificação das relações contratuais e de consumo. Já que o Poder Judiciário terá que apresentar alguma decisão e, tendo em vista que a decisão definitiva demora por conta da exaustão da cognição, esse modelo tornou-se incompatível com a nova sistemática econômica que reclama por decisões que rápidas para diminuir o campo de incertezas¹.

Nesse sentido, para a obtenção da tutela satisfativa definitiva, num processo em que sejam garantidos a ampla defesa e o contraditório, demanda tempo, o que resulta no *periculum in mora*, que põe em risco o bem da vida, direito afirmado em juízo², pondo em risco, por conseguinte, a própria efetividade do processo. De outro modo, se a situação apresentada pelo autor na demanda evidente (afirmações já comprovadas), a não concessão da tutela satisfativa sem urgência, configura violação ao próprio direito à igualdade³.

Ressalte-se que o tempo é necessário para que o juiz conheça todas as provas apresentadas pelas partes e todas as nuances da lide, apresentando uma decisão mais justa e acertada, que trará mais segurança jurídica. O que se condena é o tempo desarroado, a demora excessiva. Dessa forma, essa questão envolve direitos fundamentais, tendo em vista

¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “Direito Vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para a concessão.** 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 50.

² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 562.

³ *Ibid.*, p. 567.

que a tutela provisória procura harmonizar a efetivação do processo como a segurança jurídica, conforme colacionado no enxerto abaixo:

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia da segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir imediatamente.

O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade da razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: i) demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na razoabilidade da escolha de quem arcará com ônus de passar o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência.

Essa seria a função constitucional das tutelas provisória: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.⁴

Insta observar ainda que a tutela provisória visa não só diminuir os efeitos perniciosos do tempo, assim como garantir a efetividade do processo. Ela consegue esses efeitos por intermédio da redistribuição do ônus do tempo, privilegiando o princípio da igualdade, uma vez que não é razoável que somente o demandante suporte o efeito pernicioso do tempo em benefício do réu⁵. Portanto, em havendo essa distribuição do tempo entre demandante e demandado, entende-se que haverá a quebra da neutralidade no processo, senão a consequência é a seguinte:

[...] Dessa forma é eliminada a crença na neutralidade do tempo no processo. Mas, a partir do momento em que o tempo do processo passa a ser admitido como ônus, surge a consequência lógica de que ele não pode ser suportado pelo autor, por isso seria o mesmo que aceitar que o direito de ação constitui um ônus que recai sobre aquele que procura o Poder Judiciário.⁶

1.2 Tutela provisória como garantia de efetividade do processo

Vigora no Brasil o princípio da jurisdição una ou inafastabilidade da jurisdição, ou seja, o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, apesar de outros órgãos também disporem da atividade judicante, mas somente o pronunciamento daquele possui a nota de definitividade.

⁴ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 567.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

⁶ *Id.*

Tal princípio está insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988⁷, ao dispor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse excerto conclui-se que a regra é no sentido de que somente haja decisão peremptória no âmbito desse poder, embora tal regra comporte exceções, como as decisões prolatadas no âmbito do juízo arbitral e do contencioso administrativo, neste quando a Fazenda Pública decide em favor do contribuinte. Todavia, tais exceções, na realidade, confirmam a regra.⁸

É imperioso observar que não basta o Poder Judiciário ter o monopólio da jurisdição, tampouco o constituinte de 1988 proibir qualquer violação ao acesso a esse poder. Faz-se necessário também que a jurisdição seja prestada de forma efetiva, podendo o demandante lançar mão de instrumentos adequados e eficazes para que o resultado final do processo seja útil. Nesse sentido, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional é consectário do princípio da jurisdição una que o orienta, tendo aquele os possíveis desdobramentos, conforme assevera Hugo de Brito Machado Segundo⁹:

(a) a existência de procedimentos específicos adequados à tutela de determinados direitos; (b) possibilidade de fato de os cidadãos – de qualquer classe social – recorrerem ao judiciário; (c) a existência e o deferimento de tutelas adequadas à preservação da máxima efetividade possível do provimento final etc.

Embora se faça referência, na parte final, a tutela de urgência, ampliando a leitura do texto sob a ótica da edição da Lei nº 13.105/2015¹⁰, novo Código de Processo Civil, pode-se entender que o último desdobramento compreende também tutela de evidência, que foi positivada no *codex*, o que antes já era admitida no campo doutrinário e jurisprudencial, como espécie da tutela provisória a par da tutela de urgência, o que será tratado *a posteriori*.

Arrematando, lúcidos são os ensinamentos do Ministro Teori Albino Zavascki¹¹, quando assevera:

O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa*

⁷ BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

⁹ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Percebe-se então que só se garante o direito de ação ou de acesso a jurisdição se ela se mostrar proveitosa, justa, célere e eficaz. Para tanto, devido à morosidade da justiça para o deslinde das lides processuais, para que haja a prestação da jurisdicional é imprescindível que o magistrado conceda uma tutela provisória, quando presentes os pressupostos da urgência (cautelar ou antecipada) ou evidência, seja para resguardar o resultado útil do processo, antecipar os efeitos da sentença de mérito ou conceder satisfação do bem da vida, quando o direito se mostrar evidente. Ressaltando-se que provisória é a tutela que não possui o traço de definitividade, podendo ser revogada ou modificada com o aprofundamento da cognição.

1.3 O conflito entre os princípios constitucionais: efetividade do processo x segurança jurídica

Sabe-se que um dos grandes desafios do processo civil na atualidade é compatibilizar segurança jurídica e celeridade com a razoável duração do processo, salientando-se que se esse for excessivo quando julgador busca dar uma decisão mais próxima da verdade, a decisão poderá tornar-se inútil, sem efetividade. “A celeridade se converteu num dos imperativos da Justiça moderna”.¹²

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incorporou ao texto constitucional, de forma expressa, a norma que assegura a razoável duração do processo tanto no processo judicial quanto no processo administrativo (art. 5º, LXXVIII). Todavia, essa já era a orientação dos tratados internacionais sobre direitos humanos que o país aderiu e aos quais se submete, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966¹³ e a

¹² AMORIM, Paula Cristina de Abreu. **Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França**. 2011. 193 f. Dissertação (Mestrado em processo civil e do trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 11.

¹³ Promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992, que preceitua no seu art. 14, 3: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a pelo menos as seguintes garantias: [...] c) de ser julgado sem dilações indevidas”. (BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015).

Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969¹⁴, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Antes mesmo de tal orientação está plasmada no texto constitucional, tal proteção já estava implícita na efetiva proteção judicial, no fundamento da dignidade da pessoa humana e no postulado do Estado de Direito, que orientam o direito processo civil, no sentido de assegurar a celeridade e a efetividade processual e impedir a duração indefinida ou desmensurada da solução do processo judicial, garantido a concretização do direito no caso concreto.¹⁵

Assim como o direito fundamental a uma razoável duração do processo, o outro direito, de igual normatividade, é o da segurança jurídica que se encontra também albergado na Constituição Federal de 1988¹⁶, em duas passagens, nas quais dispõe o art. 5º, inciso LV: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e inciso LVI “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

Impende observar o ensinamento de Fernando Fonseca Gajardoni, que, ao interpretar o que determina o art. 5º, LXXVIII, depreende haver duas dimensões: uma subjetiva, que garante ao jurisdicionado o desenvolvimento do seu processo em tempo razoável, incluindo nesse bojo, os meios necessários para tal desiderato ocorra; e, uma objetiva, a qual indica que, no curso do processo, não haja dilações indevidas. Essa dimensão deve ser seguida por todos os poderes do Estado, e não somente o Poder Judiciário, ressalta o autor.¹⁷

Por conseguinte, o decurso do tempo é necessário para que tenha a segurança jurídica das decisões, que se contrapõe com a celeridade e com a efetividade processual. Assim, tanto o demandante como o demandado tem direito a uma cognição exauriente,

¹⁴ Promulgado pelo Decreto Presidencial nº 678, 6 de novembro de 1992, que dispõe no seu art. 7º, 5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. (BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015).

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 404.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **R. Jur. UNIJUS**, Uberaba-MG, v. 10, n. 12, p. 177-196, maio 2007, p. 178-179.

definitiva, em que lhes sejam garantidos a ampla defesa, o contraditório e a possibilidade de interposição de recursos.¹⁸ É nesse contraponto de normas constitucionais que está submetida à concessão de tutela provisória.

1.4 Tutela provisória de urgência ou evidência

Desde a reforma do CPC/73 pela Lei Nº 8.952/94¹⁹, o processo civil brasileiro passou a prever duas espécies de provimentos provisórios, quais sejam, a tutela cautelar e tutela antecipada, sendo que a esta teria como base, numa decisão interlocutória, o acolhimento provisório (satisfação) do pedido do autor, no todo ou em parte, ao passo que aquela serviria para assegurar a eficácia da decisão final do processo principal, com a produção de provas antecipada, medida assecuratória de bens, etc. Com o NCPC, o legislador pretendeu dar um tratamento mais sistemático, com disposições comuns e específicas para cada tipo de tutela.²⁰

Diferentemente das tutelas comuns (de cognição ou execução) que caracterizam pela definitividade dos seus provimentos, as tutelas provisórias são classificadas como diferenciadas, pois regulam provisoriamente a crise do direito na qual se encontram envolvidas as partes litigantes. Elas visam combater as injustiças, uma vez que tentam minimizar os inconvenientes suportados por uma das partes que encontra em condição de vantagem aparente do direito material a ser tutelado (*fumus boni iuris*), que, de outra forma, se seguisse o rito de tutela comum, correria o risco de perecimento do direito por conta do perigo na demora (*periculum in mora*)²¹. Destarte, de forma bastante didática, Leonardo Greco define tutela provisória, *in verbis*:

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.²²

¹⁸ ZAVASCKI, 1995, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

²⁰ GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 211.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 597-598.

²² GRECO, *op. cit.*, p. 200.

Complementando o raciocínio, o mesmo autor classifica as medidas ou técnicas de sumarização utilizadas para provimentos provisórios podem ser conservativas e satisfativas (critério funcional), a depender se o demandante requer a garantia do pedido principal do processo ou o gozo provisório parcial ou total do bem da vida almejado na causa principal; tutela de urgência (cautelar e antecipada) e de evidência (natureza da providência), a depender da intensidade da probabilidade do direito do autor ou do valor humano do direito alegado; antecipada ou incidental (critério temporal), que diz respeito ao momento em que a tutela for requerida, antes do pedido principal ou já no curso da ação principal.²³ Além dessa classificação, para Leonardo Greco, os provimentos provisórios se submetem as regras gerais da inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade e sumarização da jurisdição.²⁴

Já para Theodoro Júnior a conexão entre a tutela de urgência e evidência deve ser buscada pelo *fumus boni iuris*, pois quando o direito se apresentar incontestado, sem necessidade de diligências, sem necessidade de o direito está sujeito a risco de dano iminente, tem-se a tutela de evidência²⁵, embora Leonardo Greco argumente que nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do NCPC, para a concessão de liminar, devem estar presentes não só o direito evidente, mas também a caracterização do perigo de lesão ou de difícil reparação, a fim de que se garanta a conformidade com ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Todavia, o mesmo autor assevera que não deve confundir a tutela de evidência com julgamento antecipado da lide, que se baseia na cognição exauriente e que resolve definitivamente a lide.²⁶

Ademais, numa análise superficial, o código, quanto às liminares, segundo Humberto Júnior, trouxe uma uniformização procedimental entre as tutelas de urgência e evidência, porém pode ser encontrada no campo doutrinário uma unidade ontológica ou conexão vital, que interliga todas as tutelas, baseado na conjugação do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, binômio perigo de dano-aparência de direito, a depender da tutela, seja cautelar, antecipada satisfativa ou de direito evidente, com base na densidade da manifestação dos dois pressupostos supracitados, destaca o autor.²⁷ Destarte, para o autor, o novo código, além de situações intermediárias, comporta as seguintes situações de extremos:

[...] “tutela pura do *fumus extremado*” (tutela de evidência, sem reportar-se ao perigo de dano) até a adoção de ‘tutela do *periculum extremado* (como as medidas

²³ GRECO, *op. cit.*, p. 201-202.

²⁴ *Ibid.*, p. 218.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, 598-599.

²⁶ GRECO, *op. cit.*, p. 220.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 598-599.

autorizadas pela legislação ambiental, que se funda no princípio da ‘precaução’, sem maior preocupação com a demonstração efetiva do direito – *fumus* – dada à emergência crítica, evidenciada no caso analisado).²⁸

Após a análise doutrinária, vale ressaltar que a tutela provisória está prevista no Art. 294 do NCPC que assim dispõe: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.”²⁹ Percebe-se então que pretensão do legislador foi uniformizar os procedimentos das tutelas diferenciadas, no sentido de distribuir melhor o custo da duração do processo para que não continue a recair sobre quem se apresenta, momentaneamente, merecedor da tutela definitiva.

Além da uniformização das espécies de tutela provisória, o novo código trata da tutela provisória de urgência como incidente processual ou tutela antecedente, não mais havendo a dicotomia do processo autônomo, processo principal e processo cautelar, como era admitida na concessão de tutelas cautelares, consoante o CPC/73. Agora tanto a tutela comum como a tutela provisória de urgência é tratado no único processo. Isso pode ser observado no parágrafo único do art. 294: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”³⁰ Resumindo, há três formas de pleitear a tutela de urgência: antes da dedução da pretensão principal (tutela antecedente); na petição da ação principal (tutela cumulativa) e no curso do processo principal.³¹ No mesmo sentido, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero argumentam que a tutela provisória no NCPC se dá no bojo do mesmo processo, sem processo autônomo e interna ao procedimento comum, quando pedido for incidental e independente o pagamento de custas processuais, diferente de quando o pedido for antecedente, que se dá na mesma relação processual, com incidência de custas.³²

Ressalte-se que, além das medidas de urgência tradicionais, cautelar e antecipada, o novo código passou a disciplinar também a tutela de evidência como espécie de tutela provisória, embora apartado da tutela de urgência, tendo em vista aquela não se baseia no *periculum in mora*, para afastar, de imediato, o perigo de dano; mas para garantir o direito material se mostrar evidente, justificada pela extrema densidade da prova.³³ Assim, a conexão entre a tutela de urgência e evidência diz respeito ao *fumus boni iuris*, cuja densidade

²⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 599.

²⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

³⁰ *Id.*

³¹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 623.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 206.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 1169.

encontra-se nos pressupostos de cada tutela, pois, na tutela de evidência, tem-se um direito incontestado, que não demande dilação probatória, mesmo não se encontrando tal direito em perigo iminente.³⁴ Além disso, embora seja uma tutela revestida de sumariedade, não se confunde com a tutela cautelar, uma vez que ela é plenamente satisfativa, baseado num direito líquido e certo.³⁵

Além disso, o que antes era apenas reconhecido no campo doutrinário e jurisprudencial como tutela de evidência no código de 1973, quando houvesse a demonstração do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, cumulado com a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, ou quando, em pedidos cumulativos ou não, alguns deles se mostrarem incontrovertidos ou parte de um³⁶, o novo código positivou tal tutela, trazendo um rol taxativo de hipóteses em que é cabível a tutela de evidência, prevendo, além da espécie punitiva/sancionatória, menciona outra hipótese de cabimento quando houver prova documental, conforme citado abaixo:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Avaliando a disposição do NCPC, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que o NCPC acolheu a tese de defesa inconsistente, inspirado no direito francês, *référé provision*, conforme o art. 809 do *Code de Procédure Civile* (CPC francês). Todavia, os autores ressaltam que esse conceito melhor se compatibilizava com o abuso do poder de defesa e manifesto protelatório do réu, previsto no CPC/73. Diante disso, segundo os autores, o legislador perdeu a oportunidade de traçar de modo claro e autônomo a defesa de mérito indireta infundada.³⁷

³⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 598

³⁵ FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015, p. 7.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 274.

³⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 201.

Por outro lado, Theodoro Júnior ressalta o traço comum entre a tutela de urgência e de evidência, a saber: a sumariedade do procedimento e a provisoriedade da tutela. Aquela, ensina o autor, pode ser substancial, quando simplifica o rito, sem excluir a necessidade de que seja composto o mérito definitivamente, com cognição exauriente, com formação de coisa julgada, por exemplo, nas ações de mandado de segurança, as ações nos juizados especiais; ou processual, em que se tem a simplificação do procedimento para atender a urgência do caso concreto, portanto, precária, o que não se permite falar em *res iudicata*. Quanto à provisoriedade da tutela, para o autor, significa que as decisões provisórias não se revestem de caráter definitiva, com limitação temporal, não compoendo processo autônomo, tampouco com cognição exauriente, podendo ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo.³⁸

Para Leonardo Greco destaca: “Mas a devida compreensão dos dispositivos constantes dos arts. 294 a 311, impõe a explicação de uma noção, que o novo código adota, de abrangência mais ampla do que a de tutela cautelar, a noção de tutela provisória, abrangendo a tutela de urgência, cautelar e antecipada, e a tutela da evidência.”³⁹ Contudo, o mesmo autor ensina que, no código há previsão de cognição não exaustiva, cognição sumária, a exemplo a expedição de mandado de pagamento na ação monitória, o que confirma a noção de que, além da sumariedade da tutela provisória, ela apresenta uma característica intrínseca da instrumentalidade, acessório ao processo de conhecimento e de execução, ressalta o autor.⁴⁰ Por último, no mesmo sentido, complementa os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que asseveram:

Aludir simplesmente a tutelas provisórias e as tutelas sumárias – e aos conceitos correlatos de tutelas definitivas e tutelas exaurientes – sem iluminá-las com o conceito de tutela de direitos é perder de vista aquilo que a parte efetivamente foi procurar no processo. É fazer com que o legislador falte com o seu dever de legislar de modo a guiar a ação dos juízes e dos advogados para a prestação de uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos.⁴¹

1.4.1 Execução da tutela provisória

Está prevista no parágrafo do art. 297 do NCPC que disciplina da seguinte forma: “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório

³⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 603-604.

³⁹ GRECO, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 201.

⁴¹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 196.

da sentença, no que couber.”⁴² O excerto do texto legislativo destaca que a execução da medida provisória não se submete ao procedimento ordinário e usual do título executivo, uma vez seguir essa rito tornaria a medida ineficaz. Ressalta, contudo, Leonardo Greco que só serão aplicadas as regras do cumprimento provisório de sentença quando houver compatibilidade, posto que as medidas provisórias devem ser cumpridas de modo mais eficaz possível. Assim, se forem inadequadas as regras do cumprimento provisório de sentença de tal sorte que torna ineficaz a medida concedida, o magistrado devem adotar as medidas mais eficazes.⁴³

Diferentemente do exposto acima, o § 3º do art. 273 do CPC/73 dispõe que: “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.” Insta observar que o art. 588 do CPC/73 revogado foi revogado pela Lei nº 11.232/2005, enquanto que os parágrafos do art. 461 rezam as medidas necessárias atípicas que podem ser determinadas pelo juiz a fim de que se cumpra decisão nas obrigações de fazer ou não fazer, v.g. multa cominatória (*astreintes*), e art. 461-A prevê as regras do cumprimento de decisão quando a ação tenha como pedido a entrega de coisa. Diante disso, com o tratamento delineado pelo novo código, as regras que deverão ser aplicadas, no caso de decisão provisória são as que estão previstas no arts. 520, 521 e 522 do NCPC, que tratam do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.

É imperioso ressaltar que se aplica às medidas cautelares o regramento geral da tutela provisória no NCPC, o que não ocorria com o CPC/73, o qual não previa de forma expressa regramento para o cumprimento das medidas cautelares. Todavia, apesar de um ser alvo de debate doutrinário, na ausência de norma no código revogado, Cassio Scarpinella Bueno ensina que se aplicam as regras do mesmo código. Assim, entende o autor que se aplica ao arresto às regras da penhora. Ademais, quando se trata de cautelar inominada, aplicar-se-ia a regra geral do § 3º do art. 237 do CPC/73⁴⁴.

⁴² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁴³ GRECO, *op. cit.*, p. 220.

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177-178.

1.4.2 Tutela provisória incidental

Segundo o Art. 295 do novo CPC: “A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”⁴⁵ Da leitura desse artigo pode, de antemão, retirar duas conclusões: primeiro, a tutela provisória pode ser incidental e antecedente, seja ela cautelar, antecipada, excluindo a de evidência, sendo que a de forma incidental pode suscitado na petição inicial ou petição avulsa no curso do processo, como mero incidente processual⁴⁶; segundo, sendo o pedido formulado de forma antecedente, há necessidade do pagamento de custas processuais, diferente do pedido incidental por mera petição.

Em contrapartida, no CPC/73 a antecipação da tutela geralmente é requerida na petição inicial, não descartando a possibilidade de ser formulado requerimento no curso do processo, até mesmo oralmente nos Juizados Especiais. O código não traz nenhum prazo no qual deve ser formulado o pedido. Diante disso, a situação concreta dirá o melhor momento, seja na petição inicial (art. 273, I, CPC), seja em petição avulsa ou na réplica (art. 273, II ou no §6º), seja nas contrarrazões no recurso de apelação. De todo modo, percebe-se que o regramento é no sentido de que a concessão da tutela antecipada se dê de forma incidental, portanto na mesma relação processual.⁴⁷ Dessarte, em relação à tutela provisória incidental, o NCPC tratou tal qual o CPC/73, no concerne à tutela antecipada.

Por outro lado, em relação à tutela cautelar, o art. 796 do CPC/73 assim dispõe: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes (preparatório) ou no curso do processo e deste sempre dependente.”⁴⁸ Percebe-se que, em se tratando de cautelar, com base no código citado, o pedido pode ocorrer de forma incidental, sem necessidade da formulação de uma petição inicial. Todavia, o mesmo diploma legal assevera que esse pedido pode ser formulado por meio de uma petição, deve obedecer ao iter previsto no art. 801 e os seguintes do código.⁴⁹

Impende observar ainda que, em que pese ao processo cautelar, seja preparatório ou incidental, visa assegurar o fim útil do processo de conhecimento ou executivo, conforme o regramento do CPC/73. Tal processo será encerrado por uma sentença que, para a doutrina

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 600.

⁴⁷ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2015.

⁴⁹ NEVES, *op. cit.*, p. 1209.

majoritária, será de mérito a que acolhe ou rejeita o pedido do autor, quando o juiz avalia a presença ou não do *fumus boni iuris e periculum in mora*. Ademais, a sentença de mérito poderá fazer coisa julgada material, quando o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição (art. 810 do CPC/73), assim como há a separação dos autos do processo cautelar e principal, embora aqueles fiquem apensados estes, conforme preceitua o art. 809 do CPC/73.⁵⁰ Outrossim, Marcelo Guerra destaca que o processo cautelar é dotado de autonomia, pois detém finalidade específica, distinta e inconfundível em relação aos atos e fatos do processo principal, estruturado e disciplinado por princípios que lhes são peculiares, que não se reduz ao processo para o qual serve de proveito e utilidade.⁵¹

Diante disso, embora o processo cautelar mantenha uma relação de dependência do processo principal, conforme previsto no código de 1973, sendo aquele instrumental e acessório, os dois não se confundem, o que permite concluir que é perfeitamente possível a cobrança de custas processuais. Todavia, a incidência de custas, segundo Cassio Scarpinella Bueno, depende do que disciplina as legislações estaduais, assim como os eventuais atos processuais os quais demandem ressarcimento.⁵² Insta observar que as custas processuais nada mais são que uma espécie tributária, taxas, cobradas em virtude da prestação da atividade jurisdicional do Estado-juiz, de seus cartórios e serventias, o que as tornam diferentes dos emolumentos e despesas, conforme diferenciou num julgado o Superior Tribunal de Justiça:

1. Custas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios. 2. Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos. 3. Despesas, em sentido restrito, são a remuneração de terceiras pessoas acionadas pelo aparelho jurisprudencial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz.⁵³

1.4.3 Fundamentação e provisoriedade da decisão de tutela sumária

A concessão da tutela provisória admite a modificação e a revogação da medida pelo, como dispõe o Art. 298: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela

⁵⁰ NEVES, *op. cit.*, *passim*.

⁵¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 16.

⁵² BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 215.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 366005 RS 2001/0135305-0 Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 17/12/2002, Segunda Turma, DJ. 10/03/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7500449/recurso-especial-resp-366005-rs-2001-0135305-0>>. Acesso em: 10 out. 2015.

provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”⁵⁴ Para tanto, como disciplina o próprio artigo, o magistrado deve motivar a alteração de convencimento, determinação essa que já consta no próprio texto constitucional, art. 93, IX, CF/88, e nos arts. 131 e 458, II, do CPC/73, aplicando tanto nas decisões monocráticas como nas colegiadas, consoante o Enunciado nº 141 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.⁵⁵ Nesse ponto, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero explica o que é fundamentar de modo claro e preciso: “[...] é dar as razões que justificam a decisão”.

Enquanto isso, Cássio Scarpinella Bueno assevera, conquanto inócuo tal dispositivo, uma vez que já disposição constituição obrigando os magistrados a motivarem suas decisões, tal dispositivo dar ênfase quanto à motivação suficiente, segundo o autor, não merecendo guarida a seguintes fundamentações: “diante dos pressupostos, concedo a tutela provisória” ou “ausentes os pressupostos, nego-a”.⁵⁶

Quanto à provisoriedade da medida, primeiramente, deve-se fazer a leitura da parte inicial do art. 298 com o *caput* do art. 296, que assim dispõe: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.” No segundo momento, vale salientar que tutela provisória será concedida quando estiverem presentes os pressupostos de urgência e de aparência do direito posto em juízo. Portanto, o juiz decide baseado numa cognição sumária, superficial, autorizada por lei. Impende observar ainda que a cognição vertical não se confunde com a cognição no plano horizontal, cuja cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, de acordo com o seguinte trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito. Contudo, a decisão prolatada pode ser revogada ou modificação no curso do processo em razão do aprofundamento da cognição no plano vertical, cognição exauriente e plena, com o conhecimento das questões de fato e de direito deduzidas em juízo, podendo assim ser resumido:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as

⁵⁴ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁵⁵ Enunciado nº 141 do FPPC: “O disposto no art. 298, CPC, aplica-se igualmente à decisão monocrática ou colegiada do Tribunal.” (NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC referenciado – Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 102).

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 222.

questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.⁵⁷

Os autores Didier Jr, Oliveira e Braga citam a precariedade como uma das características essenciais da tutela provisória. Para eles, a medida concedida conserva a sua eficácia no curso do processo, mas poderá ser revogada ou modificada, permanecendo em plena eficácia até mesmo no período de suspensão do processo (parágrafo único do art. 296 do NCPC), conforme Theodoro Júnior⁵⁸. Essa possibilidade de alteração advém de outra característica, qual seja, a sumariedade da cognição, que se baseia num juízo da probabilidade e numa análise perfunctória do objeto litigioso. Por fim, os mesmos autores nomeiam a inaptidão da decisão prolatada de se tornar coisa julgada como terceira característica, decorrente das demais.⁵⁹

Não obstante seja possível a revogação ou a modificação, os autores acima citados condicionam a revogação ao preenchimento dos seguintes requisitos: provocação da parte interessada, salvo no caso de rejeição do pedido na decisão final, mesmo aqui o juiz deve constar na sentença a revogação da tutela provisória; ocorrência de alteração posterior no estado de fato, assentado a mudança na cláusula *rebus sic stantibus*, de tal sorte que revogue ou torne inexistente algum dos pressupostos que serviram de base para a concessão da medida e a revogação tenha eficácia *ex tunc*, ou seja, doravante, mas que permita o restabelecimento do *status quo ante*.⁶⁰

Por outro lado, em relação a CPC/73, o seu § 4º do art. 273 dispõe que “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.⁶¹ Revogar e modificar, segundo Cassio Scarpinella Bueno, significa negar o que foi concedido anteriormente, voltar atrás, ou modificar a decisão anterior, tendo em vista o aprofundamento da cognição durante o desenvolvimento do processo, não em razão de novas reflexões do magistrado. Por isso, ressalta o autor, o legislador assumiu o risco do acerto ou desacerto ao permitir que o juiz conceda a tutela provisória. Diante disso, previu alguns instrumentos de correção ou revisão das decisões, como recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, a fim de que, nessa reanálise, avaliasse se a decisão foi a mais acertada, senão, que a modificação ou a revogação possibilitassem as parte o

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 605.

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, 2015, *op. cit.*, p. 568.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 585-586.

⁶¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

retorno ao *status quo ante*. Ademais, havendo danos provocados pelo beneficiado pela tutela antecipada, a sua responsabilização será objetiva, ou seja, independentemente do ânimo do beneficiário, ou seja, dolo ou culpa do beneficiário, enfatiza o autor.⁶²

No mesmo sentido, o Ministro Teori Albino Zavaski esclarece que é possível a revogação e a modificação da tutela antecipada em razão da provisoriedade da medida concedida. Essa, por sua vez, segundo o autor, é qualificada pela temporariedade e pela precariedade. Temporário, no sentido de está limitado ao tempo; precariedade, em virtude da sumariedade da cognição, sujeitando-se à mutabilidade da decisão concedida, que não faz coisa julgada, leciona o autor.⁶³ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno no estudo sobre o NCPC.⁶⁴

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero lecionam que a provisoriedade das medidas sumárias se deve em razão dos seguintes aspectos: a possibilidade de revogabilidade do provimento, em razão do aprofundamento e exaurimento da cognição, desde que presentes novos elementos ou circunstâncias que a autorizem; duração do provimento, ou temporariedade, uma vez que a tem termo final, qual seja, o advento da tutela definitiva, enquanto não sobrevier a sentença; e, para os provimentos satisfativos, a relação de identidade entre os provimentos provisórios e definitivos, tendo em vista aqueles são espelhos destes, pelos quais serão substituídos, o que não ocorre com a cautelar em virtude de sua referibilidade.⁶⁵

Na mesma linha, o art. 807 do CPC/73, que trata da possibilidade de revogação e modificação da tutela cautelar, dispõe: “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”⁶⁶ Tal previsão confirma a provisoriedade da medida, que, no plano abstrato, tem prazo predeterminado, a depender da demora na concessão ou não da tutela definitiva que visa assegurar.⁶⁷ Em se tratando da tutela cautelar preparatória, o próprio código determina a perda da eficácia da medida provisória concedida, caso o autor não proponha a ação do processo principal no prazo de 30 dias (art. 808, inciso I, CPC/73).

⁶² BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 57-58.

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 105.

⁶⁴ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 210-212.

⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Código de Processo Civil para concursos**. 5 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 681.

Entretanto, no que concerne à revogação e à modificação da medida cautelar, baseado no CPC/73, há divergências doutrinárias quanto ao preenchimento de certos pressupostos que possibilitem as alterações, como, por exemplo, se deve ocorrer mudança fática; se é preciso que haja a presença de novo material probatório ou se basta a mudança opinião do juiz.⁶⁸ Todavia, o diploma legal já prevê outras duas situações em que haverá a perda da eficácia da medida anteriormente concedida, quais sejam: se a medida cautelar não for executada no prazo de 30 dias ou se o juiz julgar extinto o processo principal, com ou sem o julgamento do mérito (art. 808, incisos II e III, do CPC/73).

De toda forma, Marcelo Guerra aduz que é possível a revogação ou modificação de tutela cautelar nos seguintes casos:

- a) julgamento de recurso interposto contra a decisão concessiva da medida; b) prolação de sentença no processo cautelar; c) alteração do quadro fático submetido ao juiz pelas partes e em razão do qual foi concedida a medida; d) alteração do quadro probatório relativo à mesma situação de fato e do grau de cognição do juiz; e) mudança do convencimento do juiz quanto ao cabimento da medida, sem alteração do quadro fático, nem daquele probatório.⁶⁹

1.4.4 Poder geral de cautela do Juiz e efetivação da tutela provisória

Estabelece o Art. 297 do novo CPC: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”⁷⁰ Em seguida no parágrafo único do mesmo artigo dispõe: “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”⁷¹ Para Didier, Braga e Oliveira, pode-se extrair do artigo que foi dado ao julgador um poder geral de cautela e de efetivação, podendo ele utilizar de todas as medidas idôneas no sentido de satisfazer ou acautelar o direito. Nesse sentido, a própria lei determina a aplicação das normas de execução provisória para efetivação da tutela provisória. Arrematando, os autores citados acima afirmam que o código encerra duas cláusulas gerais processuais⁷².

Da leitura do *caput* art. 297, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero lecionam que, uma vez deferida a medida provisória, a mesma deve ser efetivada, observando, no que couber, as regras do cumprimento provisório de sentença (parágrafo único). Nesse sentido, os

⁶⁸ NEVES; FREIRE, *op. cit.*, p. 681.

⁶⁹ GUERRA, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁷¹ *Id.*

⁷² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 590.

autores argumentam que deve prevalecer a adequação da técnica processual para a promoção da tutela de direito, no sentido escolher o meio empregado tem aptidão para efetivar o direito a ser tutelado.⁷³

Para Cassio Scarpinella Bueno, o NCPC trouxe no *caput* do art. 297 o poder-geral de antecipação para a tutela provisória, que se coaduna com o modelo constitucional de processo civil, no sentido de o magistrado poder lançar mão de técnicas que visem assegurar direito, obter resultado útil do processo e/ou a satisfação imediata do direito, como as medidas assecuratórias previstas no art. 301 do NCPC. Quanto à efetivação da tutela provisória deferida, o autor aponta que o disciplinado no parágrafo do art. 297 do NCPC repete o que estava no § 3º do art. 273 do CPC/73.⁷⁴

Além dos comentários supracitados, merece destacar que, como o artigo citado encontra-se topograficamente na parte de tutela provisória, aplica-se a todas as espécies de tutela provisória, de tal sorte que uniformiza o regime aplicável tanto às medidas cautelares como às satisfativas, conservando o poder geral. Todavia, o próprio código dispõe no mesmo sentido, no título referente à tutela provisória cautelar, no art. 301, assim dispondo: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem⁷⁵ e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”⁷⁶ O autor Cassio Scarpinella Buena adverte que esse dispositivo deve ser lido e interpretado juntamente com o art. 297 do NCPC, entendendo o autor que o legislador teria andado melhor, se em vez de repetir no art. 301 do NCPC o *nomen iuris*, tivesse indicado a finalidade das medidas exemplificadas, a fim de diferenciar do tratamento que elas recebiam no CPC/73.⁷⁷

Apesar da amplitude do art. 301 do NCPC, “qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, para Leonardo Greco, a medida provisória cautelar submete-se a dois limites intransponíveis, a saber: primeiro, a dignidade da pessoa humana, no sentido de o juiz

⁷³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁴ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 223.

⁷⁵ As medidas são assim conceituadas: “Arresto é medida cautelar constritiva que serve à futura execução por quantia; por isso, pode ser arrestado qualquer bem que puder ser penhorado. Sequestro é medida cautelar constritiva que serve à futura execução para entrega de coisa; por isso, sequestrável é o bem objeto da disputa. Arrolamento de bens é medida cautelar constritiva que serve para garantir a futura partilha; por isso, pode ser constrita universalidade de bens, sobre a qual a partilha versará; após a constrição, procede-se à descrição (arrolamento) dos bens da universalidade. O registro de protesto contra alienação de bens é medida cautelar que serve para evitar transferência supostamente indevida de bem sujeito a registro; o protesto está previsto no art. 726, § 2º, CPC.” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 200).

⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁷⁷ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 227.

não poder interferir ou restringir a liberdade e direitos com a finalidade de garantir o resultado útil do processo, quando tal medida afronta o inciso II do art. 5º da CF/88; segundo, adoção de medida cautelar que não viesse a resguardar um provimento definitivo. Ademais, o mesmo autor ressalta que a cautelar não serve como óbice a eficácia de sentença transitada em julgado.⁷⁸

Ademais, percebe-se que o referido artigo trouxe um rol exemplificativo de pedidos que podem ser formulados, dando ampla liberdade ao julgador de acautelar o processo por meio de outra medida idônea que não esteja aqui elencada. Somando-se a isso, o novel não previu um procedimento especial e diferenciado para a concessão das espécies das medidas cautelares nominadas, o que foi suprimido no novo código.⁷⁹ É imperioso observar ainda que essa ampla liberdade de concessão de tutelas provisórias não é tão irrestrita, encontrando limitação na proporção da providência da medida atípica e prestação obtida com a tutela definitiva, na necessidade da medida requerida pela parte, assim como a adequação ou a capacidade da tutela requerida eliminar o perigo.⁸⁰ Além disso, admite-se a concessão dessas medidas quando excepcionais e previstos em lei, sem contar que tal poder afasta o princípio dispositivo, mas não o princípio da inércia da jurisdição, devendo o interessado provocar o Poder Judiciário.⁸¹

Insta destacar que idêntico regramento encontra-se no CPC/73, que estabelece: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”⁸² Nesse artigo, percebe-se que o legislador, com fim de evitar que tempo seja capaz de tornar a tutela definitiva ineficaz, dotou-se o juiz de poder para conceder qualquer medida necessária, sobretudo as que não estavam nominadas no código, consideradas como cautelares inominadas ou cautelares atípicas, tratando-se, de igual modo, de um rol exemplificativo, composto pelas denominadas cautelares típicas ou nominadas.⁸³

Ressalte-se que embora tenha o mesmo regramento, não se confunde com as delimitações anteriores, por dois motivos: o que antes só estava disciplinado para a tutela cautelar, o novo código muniu o julgador de um poder geral e amplo para conceder tutela

⁷⁸ GRECO, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 625.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 627 e 630.

⁸¹ NEVES, *op. cit.*, p. 1218-1919.

⁸² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁸³ NEVES, *op. cit.*, p. 1217-1218.

provisória. A segunda delimitação diz respeito à supressão dos procedimentos específicos cautelares, que agora segue o regramento geral da tutela provisória, posto que o art. 301 delinea os tipos de pedidos para as tutelas provisórias cautelares, mas o pedido se dá no bojo do mesmo processo, sem processo autônomo. De toda forma, o Enunciado nº 31 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis⁸⁴ destaca a manutenção do instituto do NCPC.

Todavia, o autor Leonardo Greco mostra-se preocupado com essa ampla liberdade que o legislador concedeu ao juiz no sentido de esse determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória, que assim afirma:

Mantenho aqui minha preocupação de que esse “cheque em branco” que o legislador confere ao juiz na tutela provisória possa contrariar o princípio da legalidade, constituindo-se em instrumento arbitrário de intervenção estatal nas relações privadas. Não tenho a mesma preocupação com a tutela antecipada, de urgência ou de evidência, porque apesar do teor do art. 297, o pedido final, por ela antecipado, sempre terá suporte no ordenamento jurídico.⁸⁵

1.4.5 Competência

Quanto à fixação da competência para a concessão da tutela provisória, o novo CPC trouxe regramento específico no Art. 299, que assim dispõe: “A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”⁸⁶ Aqui o legislador estabeleceu a competência, distinguindo as tutelas antecedentes e incidentais das tutelas de urgência. Nas incidentais, a competência é do juízo da causa, ou seja, perante o qual tramita o processo, conforme Cassio Scarpinella Bueno⁸⁷, ao passo que quando o pedido da tutela for antecedente, segundo Leonardo Greco: “[...] a prorrogação de competência do juízo da ação principal para a tutela de provisória.”⁸⁸ Já Marinoni, Arenhart e Mitidiero resumem o que preceitua a parte final do artigo, asseverando: “A competência, no entanto, não varia - o juízo competente para conhecer o pedido de ‘tutela provisória’ é o juízo competente para prestar tutela jurisdicional ao direito de forma definitiva.”⁸⁹

⁸⁴ Enunciado n.º 31 do FPPC: “O poder geral de cautela está mantido no CPC.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 102).

⁸⁵ GRECO, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁸⁷ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁸ GRECO, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 208.

O que dispõe esse artigo se aproxima ao que está estabelecido no Art. 800 do CPC/73, que assim disciplina: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”⁹⁰, que diferencia a cautelar preparatória da incidental. Da leitura literal dos artigos, salta aos olhos uma primeira constatação: tutela provisória, assim como a tutela cautelar no CPC/73, para o juiz ou tribunal aprecie, deve ser requerida. Ademais, outra constatação não tão explícita é que, durante a tramitação do recurso, a competência é do tribunal e não do juiz de primeiro grau para decidir sobre a tutela provisória.

Confirmando o que foi dito acima, o parágrafo único do mesmo artigo do novo CPC assevera que: “Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.⁹¹ Nesse sentido, Leonardo Greco apresenta como exceções o pedido de suspensão de liminar e de segurança.⁹² Do exposto acima, depreende-se que o código novo tratou de discriminar quando que a medida deva ser apreciada por um tribunal, seja no exercício de competência originária, seja em grau recursal, incluindo a remessa necessária, e quando o pedido deve ser dirigido ao órgão que apreciará o mérito da causa. Além disso, da análise do parágrafo acima transcrito do NCPC, pode-se concluir de que, embora o pedido de tutela provisória seja dirigido ao tribunal, o pedido pode ser apreciado pelo relator, conforme disciplina o art. 932, II, do novo CPC, *mutatis mutandis* o art. 527, III, do CPC/73, admitindo-se recurso para o tribunal, como observa o Enunciado nº 142 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.⁹³

Já Theodoro Júnior assevera que o parágrafo único traz um problema recorrente, tendo em vista a possibilidade de se obter cautelarmente a suspensão do cumprimento de sentença, no caso em que o recurso foi recebido somente com efeito devolutivo. Para contornar a situação, o STF firmou posição no sentido de não caber medida cautelar naquele tribunal, sem antes ter havido o juízo de admissibilidade do recurso no juízo *a quo*, somente admitindo o efeito suspensivo do recurso extraordinário por decisão do presidente do tribunal

⁹⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁹² GRECO, *op. cit.*, p. 221.

⁹³ Enunciado nº 142 do FPPC: “Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 102).

de origem, conforme súmulas 634 e 635 do STF⁹⁴. Contudo, ressalta o autor que tal controvérsia foi contornada pelo art. 1.029, §5º do NCPC, que delinea as medidas aptas à obtenção do efeito suspensivo do recurso extraordinária e especial.⁹⁵

No mesmo sentido, Leonardo Greco comenta acerca da possibilidade da propositura de uma tutela de urgência após a prolação de uma decisão, mas da interposição do recurso de apelação e dos recursos especial e extraordinário. O autor defende que, nesses casos, a interposição deve acontecer também perante o relator ou tribunal *ad quem*, tendo em vista que estarão caducas as súmulas acima citadas, tendo em vista que os recursos não se sujeitarão a juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*. Ademais, confirmando o que defende Theodoro Júnior, Leonardo Greco ressalta que o pedido de efeito suspensivo dos recursos de apelação, especial e extraordinário, a partir de sua interposição, deve ser dirigido ao tribunal superior ou relator consignado. Todavia, se o recurso estiver sobrestado, ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem⁹⁶.

Compartilham com esse entendimento Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao afirmarem que se deve coibir que o tribunal de origem adentre no mérito do recurso, o que ocorre, segundo os autores, quando o tribunal *a quo* aprecia o pedido de tutela sumária que visa suspender a eficácia da decisão recorrida; assim como não faz sentido atrelar a concessão da tutela sumária pelo juízo *ad quem* ao juízo de admissibilidade do recurso pelo tribunal de origem, pois bastava esse tribunal não admitir o recurso para que a medida provisória perdesse a razão de existir, ressaltam os autores. Diante disso, os autores apontam a seguinte correção:

Ocorre, porém, que o direito de suspender a eficácia da decisão recorrida não se liga de modo algum ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial que pode ser realizado no tribunal de origem. Liga-se antes ao fato de que o direito de suspender a eficácia da decisão recorrida concerne ao julgamento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de justiça. Daí a razão pela qual a solução do direito vigente, nesse ponto, é superior à solução do direito anterior.⁹⁷

⁹⁴ Súmula nº 634, STF: “Não compete ao supremo tribunal federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula nº 635, STF: “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015).

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 634.

⁹⁶ GRECO, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁷ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 209.

De modo verossímil ao NCPC, o parágrafo único do art. 800 do CPC/73 disciplina, silenciando apenas quanto à competência originária: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal.”⁹⁸ Entretanto, em relação à tutela cautelar, Daniel Amorim Assumpção Neves apresenta duas exceções, que determina a competência do juízo de grau, mesmo estando o processo principal na fase recursal, quais sejam, no pedido de alimento provisionais (art. 880) e no de atentado (art. 880, parágrafo único), previstos código de 1973.⁹⁹

Em contrapartida, o *caput* do art. 273 do CPC/73 disciplina que a tutela antecipada será requerida pela parte ao juiz, o qual poderá ou não conceder, no caso a tutela antecipada. A interpretação literal do dispositivo pode levar a dois erros: o primeiro, porque não somente o juiz singular e monocraticamente pode conceder a tutela antecipada, mas também os órgãos colegiados dos tribunais; segundo, quando o código fala em parte, deve-se estender, por exemplo, ao réu o poder, na formulação de um pedido contraposto ou em uma reconvenção, pedir uma antecipação de tutela.¹⁰⁰ Nesse caso, sempre deveria haver o pedido das partes interessadas, para que o juiz pudesse conceder a tutela antecipada, segundo a exigência do código.

Entretanto, Cassio Scarpinella Bueno interpreta que, embora o art. 273 CPC/73, *caput*, disponha que a antecipação de tutela só deva ser concedida a requerimento do autor da demanda, a interpretação mais escorreita e afinada com o processo civil constitucional é no sentido de que o magistrado pode até mesmo conceder de ofício, desde que reste demonstrada a urgência e a necessidade de antecipação, a depender da situação fática.¹⁰¹

Nesse ponto, os autores Didier Jr, Braga e Oliveira também comentam acerca da possibilidade da responsabilidade objetiva no novo CPC, resultante da medida provisória que foi revogada ou que houve a cassação de sua eficácia, em regra, só permitida a concessão da medida, em obediência à regra da congruência, quando houver pedido das partes, exceto quando houver risco de perecimento de direito, em situações excepcionais, em que o juiz poderia conceder a tutela *ex officio*.¹⁰² Esse mesmo entendimento é compartilhado por Theodoro Júnior.¹⁰³

⁹⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

⁹⁹ NEVES, *op. cit.*, p. 1207.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1173.

¹⁰¹ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 593-594.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 605.

1.4.6 Legitimidade

Os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que, em obediência ao princípio da demanda, para a concessão da tutela antecipada, a parte tem que requerer a tutela provisória, o que vale também para a tutela cautelar, ressaltam os autores. Além disso, eles destacam ainda que, caso não haja o referido pedido, o juiz pode consultar a parte que se beneficiará da medida, no sentido se de que ela se manifeste se pretende requerer a tutela antecipada, prestigiando a promoção da igualdade entre litigantes, adequação da tutela jurisdicional e o respeito à liberdade da parte, sobretudo no que concerne à responsabilidade objetiva.¹⁰⁴

Para Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar acerca da antecipação da tutela, art. 273, *caput*, do CPC/73, argumenta que a legitimidade é por excelência é do autor, ele rompe a inércia da jurisdição. Quanto ao réu, ele resiste ao pedido do autor, mas o pedido de rejeição na reconvenção e no pedido contraposto já deva ser considerado como uma pretensão jurisdicional do réu. Em complemento, Luiz Guilherme Marinoni assevera que o réu deve fazer o pedido na contestação, não apenas se limitar a contestar, sob pena de não ver o seu pedido apreciado.¹⁰⁵

Já em relação ao Ministério Público, o autor defende que esse tem legitimidade, quando for autor, mas dúvidas quando atua como fiscal da lei. Entretanto, o autor defende que sim dada à legitimidade do MP para a tutela de direitos e interesses previstos na Constituição.¹⁰⁶ Além dessas situações, Marinoni acrescenta a possibilidade de o réu formular o pedido de antecipação de tutela na própria contestação de ação dúplice, como o pedido de revisional de aluguel.¹⁰⁷

Em relação à legitimidade de terceiros, Cassio Scarpinella Bueno defende como legítimos o assistente listisconsorcial, que age como litisconsorte do assistido, exceto quando ele próprio não possui legitimidade para a causa; o assistente simples, quando revel o assistido, aquele é considerado gestor de negócio; o oponente, o verdadeiro autor de uma nova demanda; denunciante da lide, quando atua como autor da demanda também. Entretanto, entende o autor que, na nomeação à autoria, não cabe o pedido de concessão de tutela antecipada quando não demonstrado a necessidade e interesse por parte do denunciante. Tal

¹⁰⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 205-206.

¹⁰⁵ MARINONI, 2011, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁶ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 53-55.

¹⁰⁷ MARINONI, 2011, *op. cit.*, p. 145-146.

restrição, segundo o autor, estende-se ao chamamento do processo, pelas mesmas razões da nomeação à autoria, no que concerne a pedido de tutela antecipada.¹⁰⁸

No que diz respeito ao processo cautelar, ainda sob a ótica do CPC/73, Cassio Scarpinella Bueno ainda ensina que tanto o autor como o réu podem formular o pedido, com algumas mudanças no que no que concerne a cautelar preparatória, uma vez que ela faz às vezes de uma petição inicial, pois representa o primeiro contato com o Estado-juiz com a causa. Por outro lado, se a cautelar for incidental, o autor ou o réu deve indicar eventuais alterações das partes constantes no processo principal, salienta o autor. Em contrapartida, quando se trata de intervenção de terceiro, embora não se tenha lei disciplinando tal matéria, o autor assevera que não cabe denunciação à lide, chamamento ao processo e oposição, que pretendem ao reconhecimento de um direito, o que as tornam incompatíveis com as tutelas cautelares.¹⁰⁹

Em se tratando de novo CPC, com a uniformização das tutelas sob o manto de provisória, a legitimação de requerer a prestação jurisdição pode ser exercida pelo autor, réu, terceiros intervenientes, desde que preenchidos os pressupostos exigidos na lei, até mesmo o assistente simples, condicionando-se, porém, à vontade do assistido, uma vez que ele não pode querer a decisão provisória. Em relação ao réu, esse pode requerer a tutela provisória quando estiver na condição de reconvinte ou denunciante, no pedido contraposto, nas ações dúplices, sem falar que ele pode requerer na simples contestação. Além desses legitimados, pode também requerer a tutela provisória, o substituto processual e o Ministério Público, quando for parte ou assistente diferenciado de incapazes. Se estiver na condição de fiscal da lei, não poderá formular requerimento, mas somente apoiar pleito provisório.¹¹⁰

1.4.7 Resumo da tutela provisória

Com alterações implementadas pelo NCPC, é salutar destacar as principais regras de uniformização das tutelas de urgência e evidência, sob a chancela de tutela provisória. Diante disso, abaixo estão elencadas as regras comuns da tutela provisória, transcritas da obra de Theodoro Júnior:

- (a) possibilidade de obtenção das medidas provisórias em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único); (b) o procedimento da tutela provisória pode

¹⁰⁸ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 53-55

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 201-202.

¹¹⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 572-574.

fundar-se tanto na urgência como na evidência (art. 294, *caput*); c) isenção de custas nas medidas de caráter incidental (art. 295); d) temporariedade das medidas, que conservam sua eficácia na pendência do processo, inclusive durante o período de suspensão (art. 296, *caput* e parágrafo único); e) provisoriedade das medidas, que podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas (art. 296, *caput, in fine*); f) poder tutelar geral do juiz, mais amplo do que o antigo poder geral de cautela, já que se estende a todas as medidas provisórias, sejam elas fundadas na urgência ou na evidência (art. 297, *caput*) e não se restringem apenas a figuras ou hipóteses predefinidas em lei (arts. 297 e 301); evitou-se, até mesmo, a regulamentação de medidas cautelares típicas, ficando tudo a depender das exigências concretas de medidas urgentes, caso a caso; g) submissão da tutela provisória às normas do “cumprimento provisório da sentença”, no que couber, vedados, entretanto, (art. 297, parágrafo único); h) dever de motivação das decisões que concederem, negarem, modificarem ou revogarem a tutela provisória, de maneira que as razões de convencimento do juiz sejam justificadas de modo claro e preciso (art. 298, *caput*); i) recorribilidade por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, I); j) necessidade de que a tutela provisória requerida pela parte (art. 299); k) competência em primeiro grau do juiz a que cabe conhecer do pedido principal e, nos tribunais, do órgão a que couber a apreciação do mérito das ações de competência originária e dos recursos (art. 299 e parágrafo único); não há previsão, no sistema de tutela provisória do NCPC, de possibilidade de medidas na urgência ou na evidência serem decretadas de ofício pelo juiz, de modo que a regra legal é de que sejam provocadas por requerimento da parte [...].¹¹¹

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 605.

2 A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

A tutela de urgência é uma da tutela provisória, que diferencia da tutela da evidência em razão do *periculum in mora*. É gênero do quais são espécies a tutela cautelar e satisfativa. Ademais, em que pese à tutela de urgência, houve a unificação da técnica e do procedimento para acabar de forma peremptória a celeuma acerca de alguns provimentos que possuía natureza dicotômica de tutela antecipada – cautelar, como separação de corpos e de sustação de protesto, o que foi em parte resolvido com a Lei nº 10.444/2002, que acrescentou o § 7º ao art. 273, passando a prever a fungibilidade entre as tutelas.¹¹² Assim, define bem tutela de urgência André Luiz Bäuml Tesser, quando assevera: “[...] são tutelas jurisdicionais que não têm o condão de serem definitivas e que são concedidas com o fundamento (e em razão de) um perigo de dano ou de risco ou resultado útil do processo”.¹¹³

Para Dierle Nunes e Érico Andrade, tal iniciativa do legislador de aproximação das duas tradicionais tutelas de urgência merece aplausos, quais sejam, cautelar e antecipada, tratando-as com regras gerais no mesmo livro (Livro V, Tutela Provisória) e com o encerramento artificial da distinção dos requisitos, a saber: probabilidade de existência do direito material alegado e perigo de dano ou risco de dano ou risco ao resultado útil do processo, apesar de manter a distinção quanto procedimentos preparatórios para a obtenção da tutela cautelar e da tutela antecipada.¹¹⁴

Primeiramente, vale ressaltar que o autor Eduardo Talamini considera a uniformização elogiável, sendo ambas as tutelas tratadas sob o mesmo rigor científico, o que, segundo o autor, traz vantagens práticas, como, por exemplo, a eliminação da duplicidade de processos, ou seja, no mesmo processo, na mesma relação processual, quando antecedente, sem atuação apartada e sem o pagamento de custas, quando incidental.¹¹⁵ Em contrapartida, Marinoni, Arenhart e Mitidiero criticam a forma como foi disciplinada a tutela de urgência,

¹¹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada:** procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 194.

¹¹³ TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada:** procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 25.

¹¹⁴ NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no Novo CPC e o mistério da ausência de formação de coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada:** procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

¹¹⁵ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada:** procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 134.

afirmando que o legislador privilegiou análise interna da técnica em detrimento da efetividade da tutela dos direitos.¹¹⁶

Essa uniformização sob a chancela de tutela de urgência também encontra crítica na doutrina de Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Gabriela Expósito Tenório Miranda, para os quais a uniformização é inadequada pois, para os autores, enquanto a tutela cautelar é um tipo de tutela jurisdicional que visa assegurar uma situação acautelada, a antecipação de tutela é uma técnica procedimental para a obtenção de uma tutela, asseverando: “É técnica, pois, de adaptação do procedimento às nuances do caso concreto”.¹¹⁷ Em relação a incompatibilidade entre os conceitos de tutela cautelar e tutela antecipada, os autores citam o exemplo dos alimentos provisórios e alimentos provisionais.¹¹⁸⁻¹¹⁹

O professor André Luiz Bäuml Tesser também critica a uniformização tanto do ponto de vista teórico, uma vez que, para ele, tal pretensão do legislador tentou fazer tábula rasa a grande distinção entre os institutos, lados de uma mesma moeda; quanto do ponto de vista sistemático, quando, salienta o autor, quando o legislador deu tratamento jurídico à tutela urgência quase bipolar, pois, ao mesmo tempo em que unificou os pressupostos para a concessão das medidas de urgências, deu tratamento diferente no que concerne ao procedimento quando a tutela é requerida de forma antecedente, v.g., estabilização de tutela somente em relação à tutela antecipada antecedente.¹²⁰

Nessa contraposição de posicionamentos, Eduardo Talamini resume bem a utilidade de uniformização entre as tutelas, afirmando, *in verbis*:

Do ponto de vista prático, a eliminação da duplicidade de regimes evita armadilhas para o jurisdicionado. Precisamente porque a diferença é de grau, e não verdadeiramente de essências, inúmeras medidas encontram-se em uma ‘zona cinzenta’ entre o inequivocamente destinado à tutela conservativo e aquele outro

¹¹⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 196.

¹¹⁷ KOEHLER, F. A. L; MIRANDA, G. E. T. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 147.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 148.

¹¹⁹ “Alimentos provisórios são os arbitrados liminarmente pelo juiz, sem ouvir o réu, no despacho inicial da ação de alimentos (Lei 5.478/68). Só é possível quando houver prova pré-constituída do parentesco, casamento ou união estável. Já os alimentos provisionais são arbitrados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulabilidade de casamento ou de alimentos, dependendo da comprovação dos requisitos inerentes a toda medida cautelar: *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Os provisionais destinam-se a manter o suplicante e a prole durante a tramitação da lide principal.” (ZAQUEO, Ciara Bertocco. Qual a diferença entre alimentos provisórios e alimentos provisionais do artigo 1.706 do Código Civil? **LFG**, 15 jul. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715084415158>. Acesso em: 13 out. 2015).

¹²⁰ TESSER, *op. cit.*, p. 24.

atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira ‘dúvida objetiva’.¹²¹

A seguir, tem-se a análise das diferenças entre a medida cautelar e satisfativa.

2.1 Tutela cautelar x tutela satisfativa: semelhanças e diferenças

Antes da uniformização dos pressupostos da tutela satisfativa e cautelar, Eduardo José da F. Costa defendia que havia uma quase-identidade estrutural, portanto deve se tratá-las sob a lógica da fungibilidade, uma vez ambas as tutelas possuem a mesmo propósito sócio-jurídico. O autor vai além, ao afirmar que é possível a unificação sob as denominações do *fumus boni iuris* os pressupostos para a concessão da tutela cautelar, da tutela antecipada e da liminar em mandado de segurança, seguindo ordem acima: “demonstração sumária do direito alegado”, “prova inequívoca da verossimilhança das alegações e “relevância do fundamento alegado”; do mesmo modo o *periculum in mora*, reunião dos pressupostos – “receio de lesão”, “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “risco de que o ato impugnado resulte a ineficácia da medida”.¹²²

Embora tenha havido uniformização dos pressupostos, quais sejam, probabilidade de um direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, mesma via processual de pleito e concessão, eficácia e autoridade da decisão concessiva, ou seja, mesmo tratamento jurídico; as duas tutelas ainda conservam a finalidade, ou distinção conceitual¹²³, como antes, a tutela satisfativa se presta a antecipar os efeitos da sentença de mérito, concedendo um provimento provisório, que possibilite a fruição do bem jurídico, sendo este a própria prestação do direito material; ao passo que a cautelar visa a assegurar o resultado útil do pedido principal do mesmo processo.¹²⁴ Além disso, a tutela de provisória de urgência pode ser requerida de forma antecedente ou incidental dentro do processo, levando em conta em que momento foi formulado o pedido principal da tutela definitiva. Se for incidental o pedido da tutela de urgência pode ser formulado de forma simultânea ou posterior à formulação ao pedido da tutela definitiva, já no curso do processo. Do contrário, se for antecedente, o

¹²¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida de urgência e a monitorização do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012. p. 17.

¹²² COSTA, *op. cit.*, p. 29.

¹²³ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 645.

requerimento da tutela provisória de urgência é formulado anterior ao pedido da tutela definitiva.¹²⁵ Do acima exposto, pode-se assim resumir:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido da tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a provisória. [...] A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva.¹²⁶

Além da aplicação das disposições gerais da tutela provisória e da tutela de urgência, naquilo que não houve previsão específica para as tutelas satisfativas e cautelares, assim procedimento específico e diferenciado para tutela satisfativa antecedente e da tutela cautelar antecedente, para os autores acima citados, o código novo uniformizou os pressupostos para a concessão, assim como apresenta um regime comum para a concessão da tutela de urgência de forma incidental. Contudo na tutela de urgência antecedente, houve a diferenciação justamente porque a tutela antecipada antecedente admite a estabilização da tutela, o que não se admite com a tutela cautelar.¹²⁷ No sentido contrário, posiciona Leonardo Greco, para o qual, realizando uma interpretação sistemática, chegou à conclusão de que o procedimento previsto para as tutelas antecipada e cautelar se aplica as tutelas incidentais correspondentes. Em decorrência dessa aplicação, o mesmo a autor vislumbra a possibilidade de estabilização da tutela antecipada incidental, desde que seja o requerido intimado da medida concedida e citado da ação, sem a qual não decorre qualquer ônus processual para o demandado.¹²⁸ Todavia, Eduardo Talamini não vislumbra a estabilização da tutela sumária incidental, tal como o direito italiano (art. 669 – *octies, settimo comma*, do CPC italiano), por entender que, para tanto, deveria haver regras específicas com o curso do processo na cognição exauriente.¹²⁹

Embora tenha havido a uniformização das espécies de tutela de urgência, cada uma mantém suas características intrínsecas, podendo algumas delas coincidirem para os dois tipos de tutelas. Nesse diapasão, a tutela antecipada apresenta as seguintes características: a

¹²⁵ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 571.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 637.

¹²⁸ GRECO, *op. cit.*, p. 215-216.

¹²⁹ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 30.

provisoriamente, possibilidade de revogação ou modificação, alterando o estado de fato ou de direito ou o estado de uma prova que embasou a concessão da tutela, o que está de acordo com o Enunciado 140¹³⁰ do fórum dos processualistas civis; a reversibilidade, como requisito negativo, possibilidade do restabelecimento ao *status quo ante*; a precariedade, que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, podendo manter a sua eficácia ao longo do processo e a sumariedade: análise superficial do objeto da ação, juízo de probabilidade, não faz coisa julgada.¹³¹

Em relação à cautelar, os autores Didier Jr., Braga e Oliveira apresentam como características desse tipo de tutela a referibilidade, em que o direito objeto da cautela busca assegurar outro direito, que é distinto do direito da cautelar, permanecendo enquanto for útil ao processo, que perde a eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado; temporária, significa que a eficácia da medida fica limitada no tempo, uma vez que julgada a demanda do processo principal, quando a cautelar for incidental, ou no mesmo processo, a ação cautelar for preparatória, a medida acautelatória perde a eficácia. Assim os autores entendem que a cautelar é temporária, porém definitiva, e não provisória, pois nada vem em seu lugar que a confirme, modifique e revogue.¹³² Pensamento não compartilhado por Leonardo Greco que assevera que a tutela cautelar se submete ao regramento da tutela provisória, a qual a permite a revogação.¹³³

Nesse ponto, embora o NCPC assevere que a cautelar submeta as regras das medidas provisórias, Didier Jr., Braga e Oliveira não concordam essa classificação, pelo seguinte motivo: embora a temporalidade da eficácia da medida cautelar assim como as medidas satisfativas fiquem atrelada à mudança da situação fático-jurídico, as quais ensejaram a medida de urgência, para os autores, admitir isso, cria-se uma situação instabilidade, embora concordem que cláusula *rebus sic stantibus* é intrínseca a qualquer decisão judicial. Enfim, conforme os autores, a temporalidade, em razão da referibilidade, permanece eficaz enquanto for útil ao direito acautelado.¹³⁴

Além disso, os mesmos autores defendem que, para deferir uma tutela cautelar, o julgador deve examinar, de forma exauriente, o preenchimento dos pressupostos legais (probabilidade do direito acautelado e o perigo da demora) do pedido de cautela; pois, sobre o direito acautelado a cognição será sumária, mas sobre o direito à cautela, exauriente. Eles não

¹³⁰ Enunciado nº 140 do FPPC: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera perda de eficácia da tutela antecipada.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 102).

¹³¹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 568.

¹³² *Ibid.*, p. 563.

¹³³ GRECO, *op. cit.*, p. 201.

¹³⁴ *Id.*

estendem esse entendimento para a concessão de uma tutela antecipada. Todavia, o próprio art. 309 do CPC dispõe que é vedado renovar o pedido, salvo sobre novo fundamento. Mesmo assim, para os autores, essa nova decisão não interfere julgamento da cautelar concedida anteriormente. A mudança do substrato fático pode ensejar nova demanda. Entretanto, a decisão da cautelar final, uma vez preclusas as vias recursais, o dispositivo não poderia ser alterado, mesmo com a superveniência de fatos novos.¹³⁵

O posicionamento de Theodoro Júnior quanto à distinção entre as medidas antecedentes conservativas e satisfativas, sendo a cautelar acessória ao pedido principal do processo e satisfativa dotada eventualmente de autonomia em relação ao processo. Explicando melhor, o autor destaca que a cautelar é acessória porque, uma vez concedida, se o demandante não formular o pedido principal, tal medida concedida anteriormente perde a sua eficácia. Dessa forma, é perceptível que a cautelar concedida de forma antecedente não tem vida própria frente à existência do pedido principal.¹³⁶

Por outro lado, o mesmo autor ressalta que a medida de urgência satisfativa pode ter a sua autonomia, mas de forma eventual, estabilizando-se, sem depender da formulação do pedido principal. A medida manterá os seus efeitos até que seja ajuizada outra demanda com o fito de rever, reformar ou reformar a tutela antecedente estabilizada. Para que se estabilize, a única exigência é que o demandado não recorra da decisão que a concedeu. Dessa forma, destaca o autor, o nosso NCPC está seguindo institutos do direito francês e italiano, uma vez que esses códigos de processo civil desses países apresentam similaridades quanto à estabilização da medida antecedente satisfativa, a qual perdura indefinidamente, se não for atacada por nenhuma ação autônoma.¹³⁷

Os autores Didier Jr., Braga e Oliveira tecem crítica ao legislador que, ao invés de tutela antecipada para designar a técnica processual de antecipação dos efeitos finais da tutela definitiva, utilizou da expressão de tutela provisória em vez tutela antecipada para qual foi reservada a decisão de cunho satisfativa, diferente da previsão no projeto original proposto no Senado Federal. Para os autores, antecipar é técnica de julgamento que visem abreviar os efeitos do provimento definitivo, por intermédio de tutela provisória, que pode ser satisfativa ou cautelar, conforme o Enunciado nº 25 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis¹³⁸.

¹³⁵ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 564.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 636-637.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 637.

¹³⁸ Enunciado nº 25 do FPPC: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar os efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*)

Outrossim, não há uma tutela antecipada definitiva para contrapor à provisória, mas a opção do legislador foi chamar a tutela provisória que pode ou não ser satisfativa.¹³⁹

Resumindo, no Novo CPC a tutela provisória de urgência pode satisfativa ou cautelar. Aquela antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa e esta a tutela definitiva não satisfativa, assegurando a eficácia satisfativa. Assim, a tutela cautela diferencia da tutela satisfativa porque aquela visa assegurar o resultado útil do processo do processo de conhecimento ou de execução, mas no bojo do mesmo processo, ao passo que a tutela antecipada busca a satisfação do direito, com a antecipação dos efeitos da sentença que só seria obtida no final do processo.¹⁴⁰ Ademais, pressupostos probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo são os mesmos para as duas tutelas, assim como o procedimento de tutela de urgência incidental, com a diferença de procedimentos no que diz respeito às tutelas de urgência antecedentes satisfativa e cautelar, podendo haver a fungibilidade entre as tutelas, sendo admitida a estabilização da tutela somente no que concerne à tutela antecipada antecedente.

Apesar de manter algumas diferenças, as duas tutelas foram tratadas como tutelas de urgência em razão de suas similitudes, que são responsáveis pelo liame unificador, como destaca Eduardo Talamini, o qual elenca os seguintes traços comuns:

(1º) função de garantir o resultado inerente à outra tutela ('final'), tendencialmente definitiva – viabilizando o seu provimento, resguardando sua efetividade ou impedindo a sua inutilidade -, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; (2º) cognição sumária; (3º) em virtude de sua função, instrumentalidade em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com a perspectiva de tutela final, ainda que essa concretamente não venha a ocorrer, e a sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final e (ou) aos riscos que essa sofre; (4º) consequentemente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar definitivamente definitivo: no regime vigente ou ele é substituído pela tutela final ou, simplesmente, perde a eficácia¹⁴¹.

2.2 Fungibilidade entre as tutelas de urgência

A fungibilidade entre as tutelas está prevista no NCPC no parágrafo único do art. 305, que disciplina: “Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza

¹³⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 568.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p 562.

¹⁴¹ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 16.

antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.”¹⁴² Dessa forma, o diploma legal prevê a possibilidade da conversão do procedimento cautelar antecedente em antecipada antecedente, caso o juiz entenda que o pedido se refere a uma tutela satisfativa.

Para os autores Didier Jr, Braga e Oliveira destacam que o legislador foi até certo ponto cauteloso no tratamento da fungibilidade, exigindo a adaptação do procedimento. Ressaltam os autores que diploma legal tratou da fungibilidade progressiva (da menos gravosa para a mais gravosa), não há razão para que não se reconheça a fungibilidade regressiva (da mais gravosa para a menos gravosa), ou seja, uma vez requerida a tutela antecipada de forma antecedente, mas que o magistrado entenda que na realidade há a natureza cautelar da tutela requerida, receba como essa última, advertem os autores. Insta destacar que a decisão do juiz deve ser sempre motivada, sobretudo no que concerne a tutela antecipada concedida, pois se o réu se quedar inerte, a tutela se estabiliza.¹⁴³

Os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que a fungibilidade é o aproveitamento dos atos processuais que já foram praticados, com arrimo na economia processual e na duração razoável do processo. Destacam os autores que, textualmente, o NCPC só previu a fungibilidade entre as tutelas de urgência que tenham sido concedidas de forma antecedente. Todavia, eles defendem que a fungibilidade se aplica tanto as tutelas de urgências antecedentes quanto as que são concedidas de forma incidental.¹⁴⁴

É imperioso observar que o código de 1973 prevê a fungibilidade regressiva, conforme dispõe o parágrafo sétimo do art. 273, que determina: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”¹⁴⁵ Deve-se observar ainda que o referido código disciplina a concessão da medida de forma incidental, uma vez o código revogado não previa procedimento específico para a concessão da tutela antecipada. Ademais, nem sempre houve a previsão de fungibilidade entre as tutelas satisfativa e cautelar no código de 1973, chegando ao absurdo, como bem lembra Eduardo Talamini,¹⁴⁶ de o juiz negar a concessão da medida urgente só porque a escolhida pelo autor não foi adequada, sobretudo quando a classificação em uma das

¹⁴² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁴³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 616-617.

¹⁴⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2015.

¹⁴⁶ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 14.

tutelas era problemática, o que foi resolvido parcialmente com o advento da Lei Nº 10.444/2002, que introduziu, no CPC-73, a previsão da fungibilidade entre as tutelas.

2.3 Pressupostos

Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, trata-se de pressuposto, e não requisitos, tendo em vista que aqueles são elementos indispensáveis à existência do suposto fático, ao passo que os requisitos são qualidades que os mesmos elementos devem reunir para o ingresso no plano da validade. Por outro lado, não se fala em condições, pois essas são fatores necessários para que os fatos jurídicos adentrem no campo da eficácia.¹⁴⁷ Segundo o mesmo autor, os pressupostos não são autônomos, mas interdependentes, aspectos distintos de uma mesma realidade (aparência do direito alegado e o perigo de dano).¹⁴⁸ Diante disso, esse trabalho tratará como pressupostos, os elementos a serem demonstrados pelo demandante para que haja a concessão da medida de urgência.

Conforme o Art. 300 do NCPC, os pressupostos positivos para a concessão de tutela de urgência são: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”¹⁴⁹ O primeiro detalhe que se pode extrair dos pressupostos ou requisitos é que houve uniformização para a concessão de qualquer medida de urgência, não fazendo mais sentido invocar como fundamento no NCPC os que dispõe o CPC/73, como: “prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”, “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, “um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”, em relação à tutela antecipada; ou “fundado receio” e “lesão grave e de difícil reparação”, no que concerne à tutela cautelar. Nesse sentido, Leonardo Greco afirma que, com o NCPC, não há mais distinção tanto em relação à consistência dos fundamentos fáticos e jurídicos quanto no que concerne ao grau de convencimento para a concessão da medida de urgência. Entretanto, ressalta o autor que decisão deve estar calcada numa convicção firme

¹⁴⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

com pressupostos verossímeis e consistentes. No mesmo sentido, insta observar o preceitua o Enunciado nº 143 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.¹⁵⁰

Para Didier Jr., Braga e Oliveira a probabilidade do direito, *fumus boni iuris* ou fumaça do bom direito, significa que juiz vai avaliar a probabilidade do que foi narrado e quais as reais chances do demandante. Para eles, o julgador avaliará a verossimilhança fática por meio da plausibilidade da narrativa a fim de que não só se visualize verdade provável, como também a plausibilidade jurídica, verificando se há a subsunção dos fatos à norma.¹⁵¹ Resumem os autores, afirmando que: “O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação de seu convencimento, ressaltam os autores.”¹⁵² No mesmo sentido, Koehler e Miranda argumentam é aparência do direito, um dos possíveis graus da verossimilhança, averiguado no caso concreto. Para os autores, esse juízo de probabilidade tem aptidão para concessão de uma tutela satisfativa do direito.

Já para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a probabilidade do direito significa que, além do valor do bem ameaçado ou violado, da dificuldade de o autor provar o que alega, da credibilidade da alegação e da própria urgência, a convicção judicial também deve ser formada a partir de uma tutela sumária, nascida da confrontação das alegações e das provas com os elementos dos autos, havendo probabilidade quando houver maior de confirmação do que refutação, conforme citado abaixo:

A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se *convencer* de que o direito é provável para conceder “tutela provisória”.¹⁵³

Os mesmos autores citam o segundo pressuposto que é perigo da demora, ou *periculum in mora*, o que representa “dano ou o risco ao resultado útil do processo”, que é o risco para a efetividade da jurisdição ou a eficaz satisfação de um direito. Segundo os autores, o pressuposto *periculum in mora* alberga, de forma genérica e adequada, as outras duas

¹⁵⁰ Enunciado n.º 143 do FPPC: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 103).

¹⁵¹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 595-596.

¹⁵² *Ibid.*, p. 597.

¹⁵³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 203.

denominações.¹⁵⁴ Em contrapartida, Leonardo Greco ensina que a urgência pode recair sobre o processo, a eficácia da futura sentença ou o próprio direito material. Argumenta ainda que o pressuposto acima citado corresponde ao “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” e “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, previsto nos arts. 789 e 273 do CPC-73, respectivamente.¹⁵⁵

Insta observar que o Ministro Teori Albino Zavascki assevera que o dano tem que ser concreto, ou seja, não hipotético ou eventual, não resultante de mero temor subjetivo; atual, que esteja na iminência de acontecer ou que esteja ocorrendo; grave, que seja de grande ou média intensidade.¹⁵⁶ Já para Didier Jr., Braga e Oliveira ensinam que, além de um dano irreparável, que esse tenha efeitos irreversíveis, ou de difícil reparação, aquele que provavelmente não será ressarcido. Contudo, a depender da tutela, pode ou não se falar em dano. Fala-se em dano quando a demanda é condenatória, na pendência de uma ação declaratória ou constitutiva.¹⁵⁷

Por outro lado, os autores Didier Jr., Braga e Oliveira argumentam que o temor pode não ser ligado ao dano, mas da ocorrência de um ato ilícito, a exemplo da tutela inibitória, reintegratória, ou ressarcitória. Não é tutela contra dano, mas contra o ilícito, a ser praticado ou já praticado, independente de causar dano, tendo a tutela inibitória o escopo de restringir a possibilidade da ocorrência do ilícito, caso não ocorrido, mas que ele seja iminente; ou a tutela reintegratória, caso o dano já esteja consumado, visa evitar a continuação ou a repetição do ilícito; ou a ressarcitória, por meio de dinheiro ou tutela específica, com o restabelecimento da situação anterior ao dano. Não se exige a demonstração de dolo ou culpa, mas tão somente a possibilidade de ocorrência do ilícito.¹⁵⁸ Outrossim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero compartilham o exposto acima, arguindo que tutela antecipada não visa combater só o perigo de dano, mas também o perigo de ilícito, *v.g.*, tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito.¹⁵⁹

Impende observar que os pressupostos previstos no NCPC mudaram em relação ao código de 1973. Para a concessão da tutela antecipada, segundo Cassio Scapinella Bueno, o demandante deveria demonstrar a prova inequívoca, que constitui um tipo de prova é robusto e contundente, como substrato, de tal forma que a margem de segurança jurídica é

¹⁵⁴ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁵⁵ GRECO, *op. cit.*, p. 212.

¹⁵⁶ ZAVASCKI, 2000, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 597-598.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 598-599.

¹⁵⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 199.

bastante ampla acerca da existência ou da inexistência da situação fática. Mas, ele ressalta que essa prova não deve se deter simplesmente ao meio documental, podendo ser reforçado com prova testemunhal posterior uma audiência de justificação, o que comprova que esse pressuposto é mais rigoroso que *fumus boni iuris* para a concessão da tutela cautelar e de menor densidade do que fundamento relevante que é o fundamento para a concessão de liminar em mandado de segurança.

Destarte, resume da seguinte forma o autor: “O que interessa, pois é que o adjetivo ‘inequívoca’ traga à prova produzida, qualquer que seja, e por si só, segurança suficiente para o magistrado decidir sobre os fatos e as consequências jurídicas que lhe são apresentados”¹⁶⁰ Todavia, além da prova inequívoca, ela tem que conduzir o magistrado a verossimilhança das alegações, que aparentam verdadeiras. Arrematando, o autor afirma que o legislador pretendeu relacionar termos inconciliáveis:

O adjetivo “inequívoca”, portanto, relaciona-se ao substantivo “prova”; a “verossimilhança” é da alegação. Basta isso para afastar críticas comuns ao texto do art. 273 no sentido que o autor tinha aproximado duas situações inconciliáveis entre si (em termos de conhecimento, não há dúvidas de que “verossimilhante” está em grau inferior a “inequívoco”. É a prova que é inequívoca (contudente, prova bastante, prova forte, prova muito convincente por si só, independente da apresentação de outras), e , como todo e qualquer prova, ela nada mais é do que um meio para convencer o magistrado de algo.¹⁶¹

Outro pressuposto previsto no código de 1973 diz respeito ao dano irreparável ou de difícil reparação, que está relacionado ao *periculum in mora* das tutelas cautelares. Segundo esse pressuposto, que deve ser conjugado com o primeiro a fim de haja a concessão da tutela antecipada, uma vez presente o risco de perecimento do direito em razão da demora na prestação jurisdicional, a tutela antecipada deve ser prestada a fim de se evitar a lesão ao direito, que ela se perpetue ou para se imunizar da ameaça, debelando a urgência, não sendo suficiente apenas que se assegure o resultado útil do processo como numa cautelar. Insta observar que para o autor, não se faz necessário que o dano seja irreparável, bastando demonstrar que a execução será demasiadamente custosa, tendo em vista que não haverá mais patrimônio do devedor a ser penhora, por exemplo.¹⁶²

Outro pressuposto que também está previsto no código de 1973 é quando houver por parte do demandado abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O legislador, nesse caso, quis combater o mau comportamento do réu, não tendo o viés de

¹⁶⁰ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 43-44.

urgência, mas de tutela punitiva/sancionatória, quando o réu cria embaraço para postergar a decisão final, quando requer provas descabidas ou interpõe recursos absolutamente infundados, por exemplo. Ressalta-se que o embaraço pode ocorrer não só endoprocessual, como também extraprocessual, quando se constata antes do ingresso no juízo o réu já dilapidava o seu patrimônio; quando, nas ações contra a Fazenda Pública, quando lei ou outro ato normativo faculta a recorrer ou desistir, mas o caso concreto mostre a continuação do processo se mostre infundado face à jurisprudência. Impede observar ainda que a tutela antecipada não elide o contraditório, mas apenas posterga o seu exercício, alteração da procedimental, com intuito de privilegiar outros valores do processo civil constitucional.¹⁶³

2.4 Contracautela

O NCPC também prevê no parágrafo primeiro do art. 300 do NCPC a hipótese contracautela, assim disciplinando: “Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.” A exceção prevista no final, a dispensa da caução para os hipossuficientes, segundo Leonardo Greco, já era adotada pela doutrina e jurisprudência, segundo Greco.¹⁶⁴ Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o legislador trouxe tal previsão porque a concessão de tutela com cognição exauriente significa assumir riscos.¹⁶⁵ Esses mesmos autores argumentam que essa garantia pode ser dispensada quando se tratar dos hipossuficientes economicamente e que não possam oferecê-la.¹⁶⁶ No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno.¹⁶⁷ Todavia, esse autor, com base no art. 804 do CPC/73, em que previa igual hipótese no processo cautelar, assevera que a condição de prestar caução não torna obrigatória a concessão da tutela provisória em favor do demandante.¹⁶⁸

2.5 Momento da concessão

Na análise do texto do novo CPC, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero chegam ao entendimento de que a medida provisória pode ser concedida de forma

¹⁶³ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 45-46.

¹⁶⁴ GRECO, *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 198.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 200.

¹⁶⁷ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 225.

¹⁶⁸ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 210.

anterior, ou seja, em petição com o pedido para a obtenção da tutela provisória, no mesmo processo em que se dará o deslinde do processo com o pedido principal; na petição inicial do processo em que consta o pedido principal; no curso do processo; na sentença e no recurso a tribunal. Somente a primeira forma pode ser considerada como anterior, todas as demais são incidentais. Dessa forma, pode ser concedida uma medida provisória desde o pedido de tutela provisória até o trânsito em julgado do pedido principal do processo.¹⁶⁹

Embora a explanação acima seja bastante esclarecedora, devem-se fazer mais alguns comentários acerca do momento da concessão da medida provisória: a tutela provisória pode ser concedida liminarmente, *in limine litis*, porém tal raciocínio não permite tratar de modo semelhante esse tipo de concessão à que foi obtida pela medida provisória anterior, seja cautelar ou antecipada, pois o juiz pode garantir o direito de defesa ou justificação prévia, dessa forma, não seria liminar, mas seria anterior. Segundo os autores acima mencionados, a lei só autoriza ao juiz conceder liminarmente quando o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo estiverem configurados antes de concomitante ao ajuizamento da ação, do contrário não se justifica a restrição ao contraditório, com a postergação da oitiva do réu.¹⁷⁰ Insta observar que, nesse sentido, perfila esse o doutrinado nos Enunciados nºs 29 e 30¹⁷¹ do Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹⁷² Completando, os autores acima mencionados asseveram quando que o contraditório pode ser postergado na concessão da tutela de urgência:

(i) quando a oitiva da parte contrária for capaz de colocar em risco a possibilidade de obtenção da *tutela específica do direito do autor*, isto é, quando a *demora* inerente à formação do contraditório implicar concretização da ameaça que se pretende inibir, reiteração de ilícito ou a sua continuação, ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação ou agravamento injusto do dano experimentado pela parte; e (ii) quando a oitiva da parte contrária for capaz de colocar em risco a *eficácia da tutela provisória*, isto é, quando a *atuação* da parte contrária for capaz de frustrar o resultado em que se pretende obter.¹⁷³

Para os autores Didier Jr, Braga e Oliveira Liminar *in limine litis*, concedida no início do processo sem que tenha ocorrido a citação ou oitiva da parte contrária, liminar é uma

¹⁶⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 207-208.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 207.

¹⁷¹ Enunciado nº 29 FPPC: “A decisão que condicionar a apreciação da tutela antecipada incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento.” Enunciado nº 30 FPPC: “O juiz deve justificar a postergação da análise da liminar da tutela antecipada de urgência sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 102).

¹⁷² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 579.

¹⁷³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 207.

qualidade daquilo que é realizado no início, no limiar.¹⁷⁴ Ressalte-se, o entendimento do Ministro Teori Albino Zavascki, quando escreve: “Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida *inaudita altera pars*. A providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que ao direito do contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário.”¹⁷⁵ Nesse caso, a demora para que se estabeleça a bilateralidade já é apta a causar risco de dano, o que evidencia o prestígio da efetividade da jurisdição em detrimento ao exercício imediato do contraditório.

Fazendo um contraponto, segundo Eduardo José da Fonseca Costa, liminar vem do latim *liminares*, *limen*, que significa porta, entrada, o que realizado no começo. No processo civil, é denominado de liminar o provimento concedido antes da sentença, já na petição inicial ou depois da resposta do réu, o que significa dizer nem sempre o provimento será *inaudita altera parte*. Na realidade, é uma providência obtida antes da sentença, podendo haver a audiência de justificação ou citação do réu da petição inicial, natureza antecipatória. O autor esclarece que não se deve confundir liminar com cautelar, tampouco antecipação com satisfação, resumindo:¹⁷⁶

Conseqüentemente, no sistema processual civil positivo vigente, pode haver cautelares liminares (medidas cautelares concedidas *in initio litis*, antes ou após a ouvida da parte requerida), cautelares não-liminares (medidas cautelares concedidas ao final, na sentença do processo cautelar) e liminares não-cautelares (medidas satisfativas concedidas *in initio litis*).¹⁷⁷

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, a doutrina e a jurisprudência em sua grande maioria admitem que se postergue a ampla defesa e o contraditório, possibilitando que a tutela seja concedida liminarmente, sopesando, no caso concreto, com outros princípios constitucionais da economia e eficiência processuais e da efetividade do processo. Para tanto, deve ficar demonstrado que não há tempo hábil para a manifestação preliminar do réu para que estes contestem as provas e os documentos apresentados, mas se o caso não se apresentar tão urgente, o magistrado deve indeferir de pronto a concessão da medida liminar, ou até mesmo não vislumbrar a urgência e o direito necessários para a concessão da tutela antecipada, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁸

¹⁷⁴ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 578.

¹⁷⁵ ZAVASCKI, 2000, *op. cit.*, p. 105.

¹⁷⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷⁸ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 43.

Em relação à legislação, o NCPC trata do tempo da concessão no parágrafo segundo do art. 300, *in verbis*: “A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificção prévia.”¹⁷⁹ Impende observar que Leonardo Greco, ao analisar tal disposição legal, ensina que, para a concessão de liminar, o juiz deve avaliar se estão presentes existência firme do direito do requerente e o dano iminente inevitável, para só então se possa sacrificar o contraditório e a ampla defesa em relação ao requerido, do contrário deve o magistrado assegurar o direito de defesa do demandado.¹⁸⁰ É imperioso também observar ainda que, consoante Cassio Scarpinella ensina, justificção prévia deve ser entendida como designação de audiência para que o requerente da tutela provisória produza provas no sentido de que demonstre ao juiz que estão presentes os pressupostos autorizadores tutela de urgência. Nesse sentido, entende o autor que, havendo a designação para tal audiência, é legítima a postergação da citação do réu, em razão da urgência da medida.¹⁸¹

Além de ser possível a concessão da medida de forma liminar (antecedente ou na petição inicial do pedido principal), também pode ser concedida no curso do processo ou na sentença. Nessa situação, a medida concedida confere eficácia à decisão para afastar o efeito suspensivo e adiantar os efeitos da tutela definitiva, com cognição exauriente. Contudo, se da decisão prolatada couber reexame necessário ou apelação com efeitos suspensivos, a tutela provisória se tornará ineficaz, tendo em vista que, nesses dois casos, há o impedimento de execução provisória.¹⁸² Nesse ponto, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero criticam o legislador, destacando:

O Código de Processo Civil, porém, perdeu a oportunidade de corrigir essa grave irracionalidade do processo civil brasileiro - a de admitir que decisões fundadas em cognição sumária tenham eficácia imediata e decisões fundadas em cognição exauriente não tenham - e manteve o efeito suspensivo da apelação (art. 1.012). Daí que, como esse grave defeito persiste em nossa legislação, a saída para outorgar tutela adequada aos direitos está em permitir a possibilidade de tutela provisória na sentença, toda vez que estiverem presentes os pressupostos para sua concessão por sua ocasião.¹⁸³

Destaca-se, porém, que com a prolação da sentença, o juiz encerra a fase de conhecimento, não estando mais autorizado por lei para autuar com o escopo de conceder uma

¹⁷⁹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁸⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸¹ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 226.

¹⁸² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 581-582.

¹⁸³ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 208.

tutela provisória. Destarte, o demandante pode por petição simples requerer ao tribunal o pedido para a concessão de tutela provisória nos recursos de apelação, especial e extraordinário. Esse pedido será apreciado pelo relator, tanto no período entre a interposição de recurso e a sua distribuição, assim como depois da distribuição, sendo que, no primeiro caso, o relator tornar-se-á prevento. Contudo, se o pedido for de suspensão de efeitos no recurso e extraordinário sobrestado, esse pedido será apreciado pelo tribunal *a quo*, como comentado anteriormente.¹⁸⁴

2.6 Reversibilidade

Conforme determina o § 3º do mesmo artigo: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” Igual previsão estava insculpida no art. § 2º CPC 73, o qual determina que não se concederá a tutela antecipada houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, ou seja, um pressuposto negativo para a sua concessão, estando presente a tutela deve ser indeferida, repetido no NCPC para a tutela de urgência, cautelar e antecipada. Para Cassio Scarpinella Bueno, a irreversibilidade da tutela trata na realidade dos efeitos práticos e concretos, ou seja, a tutela concedida é possível a sua revogação e modificação, pois isso ela recebe a inscrição como provisória por permitir o retorno ao *status quo ante*, tendo em vista foi concedida com base numa cognição sumária, que, com o aprofundamento da cognição no plano vertical.¹⁸⁵ O mesmo autor, tecendo comentários sobre o NCPC, ensina que o legislador tenta inibir a concessão de tutela antecipada quando presente o *periculum in mora inverso*.¹⁸⁶

O mesmo autor acima citado argumenta se o dano sofrido pelo autor for maior do que aquele sofrido pelo réu pela não concessão da medida, essa deve ser deferida pelo juiz. Se ao contrário, no sopesamento das razões apresentadas, com base numa cognição sumária, perceber o magistrado que o dano que será suportado pelo réu seja maior do que o que submete o autor, o juiz deve indeferir a tutela antecipada.¹⁸⁷ Por outro lado, Marinoni, Arenhart e Mitidiero lecionam que não tem como admitir a não concessão de tutela só pelo fato de ela se tornar irreversível, seria privilegiar o direito improvável em detrimento do direito provável, ou demonstrar a impotência quando estiver presente a ameaça ou a efetiva

¹⁸⁴ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 581-582.

¹⁸⁵ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 46-47.

¹⁸⁶ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 226.

¹⁸⁷ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 48.

lesão do direito.¹⁸⁸ Nesse sentido, segue o Enunciado nº 25 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)¹⁸⁹ e o que leciona o Cassio Scarpinella Bueno:

É necessário superar a interpretação literal do dispositivo para contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. É implícito ao sistema – porque decorrente do “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade” a afastar o rigor literal enunciado pelo dispositivo.¹⁹⁰

2.7 Reparação pela concessão de medida de urgência

O beneficiado da medida de urgência pode vir a responder objetivamente pelos danos que causar pela sua efetivação nas seguintes situações arroladas abaixo:

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

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.¹⁹¹

O texto legislativo é bastante claro acerca das hipóteses em que o beneficiário da tutela de urgência responderá objetiva, que será liquidada nos próprios autos. Insta observar que as hipóteses acima elencadas guardam relação com o art. 811 do CPC/73, que prevê situações semelhantes, porém aplicada somente a tutela cautelar. Vale ressaltar ainda que tanto o art. 302 do NCPC quanto o art. 811 do CPC/73 não determina qual o tipo de responsabilidade, mas esse último assevera que se perquirirá a responsabilidade sem prejuízo

¹⁸⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 204-205.

¹⁸⁹ Enunciado nº 25 da ENFAM: “A vedação da concessão da tutela de urgência cujos efeitos podem ser irreversíveis (art. 300, §3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. *Anais...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015).

¹⁹⁰ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 226.

¹⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

daquela prevista no art. 16 do CPC/73, o qual trata da litigância de má-fé, cuja responsabilidade é subjetiva, ou seja, exige a comprovação de dolo ou culpa.

Todavia, Leonardo Greco critica o entendimento doutrinário dominante a qual defende que, no silêncio da lei, a reponsabilidade seria objetiva. Para ele, interpretar dessa forma é inibir ao cidadão ao direito de acesso à justiça com prejuízo ao direito constitucional de ação, por conta dos riscos imprevisíveis no processo, estando o autor de boa-fé no exercício do direito que é proveitoso, o que não autoriza a responsabilização do autor que causou algum dano, por obtido vantagens, lucros e benefícios com a medida concedida. Ademais, conclui o autor, afirmando que essa responsabilização poderia ser resolvida no âmbito dos encargos sucumbenciais e que não se deveria se aplicar no Brasil a doutrina europeia denominada de risco judiciário, uma vez que ela não coaduna com o nosso processo civil.¹⁹²

Da leitura do parágrafo único do art. 302 do NCPC, nota-se que a indenização será liquidada ou apurada nos mesmos autos em que a medida tenha sido concedida. Todavia, alerta Cassio Scarpinella Bueno que se a apuração não ocorrer nos mesmos autos, a apuração será em outros autos físicos ou eletrônicos, o que não significa que haverá um novo processo ou uma nova ação para aquela finalidade.¹⁹³

Também Theodoro Júnior tece alguns comentários sobre o assunto, primeiro, afirmando que a fundamentação para tal obrigação advém da própria lei, o que, para o autor, torna dispensável ação condenatória separada. Além disso, o autor comenta que, para tornar a obrigação exequível são necessárias a ocorrência do prejuízo efetivo e a determinação do *quantum* de prejuízo, ou seja, promover a liquidação a fim de que a execução se processe por quantia certa em seguida. Por último, na comprovação do dano, não se exige a prova de dolo ou culpa, uma vez que a responsabilidade é objetiva.¹⁹⁴

¹⁹² GRECO, *op. cit.*, p. 213-214.

¹⁹³ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 228.

¹⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 673-674.

3 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Segundo André Luiz Bäuml Tesser, a antecipação de tutela consiste numa técnica processual que visa à proteção da tutela de direitos, tornando-a adequada e efetiva. Dessa forma, argumenta o referido autor que tal técnica é meio para atingir o fim da própria tutela jurisdicional, e não a própria tutela jurisdicional, ou seja, como resultado da atuação na jurisdição, o que faz com que a técnica seja qualificada no plano do direito processual, contrapondo-se a tutela cautelar, que está qualificada no âmbito do direito material, pois se apresenta como tutela de direitos, uma vez o processo que tem fim último. Assim, define o autor o que seja antecipar: “[...] é entregar antes, o que importa dizer que a tutela jurisdicional será outorgada antes da decisão final. Portanto, é circunstância que se manifesta e se mede no tempo, o que somente pode acontecer, então, no plano do processo”. Mesmo diante dessa contraposição, o autor ressalta que o legislador tratou de forma unificada às referidas tutelas como espécies da tutela provisória de urgência.¹⁹⁵

Em contrapartida, os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que a técnica antecipatória tem como pressuposto a probabilidade do direito, probabilidade lógica, com cognição sumária, uma vez que ouve apenas uma das partes, em que o juiz avalia o contexto em que está inserido o pedido e confronta as alegações e as provas com os elementos presentes nos autos, sendo que a probabilidade é resultante da confirmação suplantar a refutação dos elementos confrontados.¹⁹⁶ Ademais, os autores afirmam, quando se tratar de tutela inibitória é diferente a avaliação da probabilidade da tutela repressiva, pois, nesse caso, busca-se evitar o dano, portanto equivocada a posição do legislador em tratá-la como tutela antecipada comum, ao passo que na repressiva a preocupação está voltada a remover os efeitos do ilícito, reparar o dano ou promover o ressarcimento, asseverando: “Tratando de tutela inibitória antecipada, o juízo provisório deve ser atinente ao fato que constitui indício de que o fato futuro provavelmente ocorrerá e à situação de que o fato temido poderá acontecer antes da atuação da sentença.”¹⁹⁷

Para Didier Jr., Braga e Oliveira a tutela antecipada antecedente é aquela requerida pelo autor no mesmo processo em pretende fazer o pedido da tutela definitiva, mas ele lança mão do pedido da tutela antecipada com o fito de antecipar os efeitos da decisão

¹⁹⁵ TESSER, *op. cit.*, 33-35.

¹⁹⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 202-204.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 203.

final, ressaltando que antes mesmo de fazer o pedido da tutela final, desde que demonstrado desde a propositura da ação, ou seja, na petição inicial, a situação de emergência. Os autores ressaltam que, para tanto, o *códex* previu um procedimento próprio, previsto nos arts. 303 e 304 do NCPC.¹⁹⁸ Em contrapartida, o autor Cassio Scarpinella Bueno leciona que um dos escopos da tutela antecipada é de colocar os litigantes numa posição de igualdade material no sentido aquele que demonstre a probabilidade de um direito possa fruir dos efeitos da concessão da tutela antecipada.¹⁹⁹ Arremata Marinoni, ao afirmar *in verbis*: “A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da justiça.”²⁰⁰

Já Theodoro Júnior classifica a tutela urgência do tipo satisfativa, por sua vez, como aquela que confere, provisoriamente, ao demandante o direito subjetivo da imediata garantia de fruição das vantagens prováveis do direito material de um futuro julgamento de mérito, na mesma relação em que se busca a tutela definitiva, podendo o objeto da medida satisfativa coincidir, no todo ou em parte, com o do pedido principal. Segundo o autor, a tutela é concedida para evitar ou fazer cessar o perigo de dano, situação na qual não se pode aguardar o desfecho natural do processo conhecimento ordinário de provimento condenatório, declaratório e constitutivo, uma vez que o direito está prestes a decair ou perecer, o que evidencia a necessidade de proteção emergencial, destaca o autor.²⁰¹ Nesse sentido, Teori Albino Zavascki resume o que foi exposto, afirmando: “[...] antecipar efeitos da tutela definitiva não é antecipar a sentença, mas sim, antecipar os efeitos executivos que a futura sentença poderá produzir no plano social”.²⁰²

¹⁹⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 602.

¹⁹⁹ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2011, *op. cit.*, p. 23.

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 647-648. Há objeção doutrinária, segundo Theodoro Júnior, em reconhecer a possibilidade de se conceder tutela antecipada nas lides submetidas às sentenças declaratórias e constitutivas em razão de não haver execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, ou seja, as sentenças proferidas nesses casos já exauram a prestação jurisdicional; ao contrário do procedimento condenatório, o qual se submete ao processo de execução, caso a parte vencida não cumpra voluntariamente o que foi prolatado na sentença, *i.e.*, decisão cujo cumprimento se dará por execução forçada. Insta observar que, apesar da controvérsia doutrinária, o autor admite o cabimento de tutela satisfativa no processo de conhecimento cujos pleitos sejam declaratórios e constitutivos em razão dos efeitos práticos que o provimento antecipatório pode ofertar ao requerente do provimento jurisdicional, mesmo que as demandas declaratórias e constitutivas não corram risco pela demora do processo (THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 651-652. No mesmo sentido Marinoni assevera não há motivo para impedir, com viés técnico-processual, a concessão de medida sumária em pleitos que objetivem uma declaração ou constituição de um direito pelo Poder Judiciário. Por conseguinte, assevera o autor que a limitação deve ser avaliada na perspectiva da viabilidade e da utilidade dessas medidas satisfativas no caso concreto (MARINONI, 2011, *op. cit.*, p. 51).

²⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de processo**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 53-69, abr./jun. 1996. p. 64.

Vale destacar que a tutela satisfativa antecedente pode ser classificada como tutela diferenciada, pois, conforme os ensinamentos do professor Paulo Henrique dos Santos Lucon, essa é toda aquela que pode ser concedida antes da cognição exauriente e definitiva, antes do trânsito em julgado que promova a satisfação total ou parcial, diferenciando-se tutela prestada pelo procedimento comum do processo de conhecimento, concedida após o trânsito em julgado.²⁰³

Após essas considerações iniciais, a seguir será tratado o procedimento da tutela antecipada antecedente, previsto nos arts. 303 e 304 do NCPC, que a doutrina cunhou de tutela jurisdicional diferenciada, em razão das suas especificidades, que é, ao mesmo tempo, provisória, urgente, antecipada e antecedente.²⁰⁴

3.1 Procedimento da tutela antecipada antecedente

O art. 303 do NCPC dispõe: “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.”²⁰⁵ Além dos requisitos e pressupostos acima elencados, os parágrafos 4 e 5 do mesmo artigo determinam que o autor deve indicar o valor da causa do pedido principal e indicar que pretende valer-se do benefício previsto do *caput*, qual seja, da tutela sumária, *in verbis*: “§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final; § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.”²⁰⁶ Na leitura desse *caput* do artigo citado, Bruno Garcia Redondo conclui que ele deve ser conjugado com esses dois

²⁰³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 648.

²⁰⁴ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 229.

²⁰⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015. Aqui, vale destacar a importância da palavra contemporânea no artigo em questão, como adverte Cassio Scarpinella Bueno, pois, do contrário, não caberia a tutela antecipada antecedente, afastando a incidência do art. 303 do NCPC. (BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 230).

²⁰⁶ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015.

parágrafos do mesmo, a fim de que haja o entendimento de quais são os requisitos para concessão da medida satisfativa.²⁰⁷

Já Theodoro Júnior ensina que, além da indicação do pedido principal, a qual visa à demonstração da presença do *fumus boni iuris*, o requerente também deve demonstrar o *periculum in mora* na prestação jurisdicional, assim como exposição sumária de lide e do direito que busca pleitear.²⁰⁸ Ademais, o autor citado, em tom de obviedade, cita que o requerente deve indicar também o juiz competente, as partes, as provas que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, assim como adiantar o pagamento das custas e das despesas processuais. Já em relação ao valor atribuído à causa, o mesmo autor advoga no sentido de que o valor indicado no pleito provisório não pode superar ao da demanda principal, no mais, pode ser igual ou inferior.²⁰⁹

No mesmo diapasão, os autores Didier Jr., Braga e Oliveira resumem o procedimento:

O autor cita o que deve ser demonstrado na petição inicial: a) requerer a tutela antecipada; b) indicar o pedido de tutela definitiva – que será formulado no prazo previsto em lei para o aditamento; c) expor a lide, o direito que se busca realizar (e sua probabilidade), e o perigo de demora (art. 303, caput, CPC); d) indicar o valor da causa considerando o pedido de tutela definitiva que pretende formular (art. 303, §4º, CPC); e) explicitar que pretende valer-se do benefício da formulação do requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, nos moldes do art. 303, CPC (art. 303, §5º, CPC).²¹⁰

Impende observar que Cassio Scarpinella Bueno ensina que a exposição da lide, significa que o requerente deve demonstrar a controvérsia com a parte contrária. Além disso, o autor ensina que, quando o legislador exige que o requerente explicita na exordial que pretende valer-se no benefício, de tal exigência advêm duas consequências: primeiro, a indicação por parte do autor o autoriza a formular a petição com menor rigor, no espeque no caput do art. 303 NCPC; segundo, tal indicação do benefício, abre-se a possibilidade da tutela antecipada antecedente venha estabilizar-se.²¹¹

Ao analisar o que dispõe esse artigo do código, Daniel Mitidiero chega a três conclusões: ao prever procedimento juízo sumário que leva a tutela antecipada, qualquer

²⁰⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 167-194, jun. 2015. p. 171.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 647.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 658-659.

²¹⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 602-603.

²¹¹ BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 230.

tutela satisfativa pode ser requerida de forma antecedente; o pedido de tutela antecipada antecedente está limitado à urgência da propositura da ação, não havendo a possibilidade de tutela de evidência, embora possível no direito francês, com o instituto *référé* (art. 809, *Code de Procédure Civile*), uma vez que o nosso legislador se limitou a urgência; o legislador incentivou ao autor sumarizar formal e materialmente o processo com a sua estabilização.²¹² Ressalta-se que *a posteriori* esse artigo será comentado, quando se estiver tratando sobre a estabilização da tutela no direito comparado.

Na mesma toada, Theodoro Júnior tece algumas considerações acerca do procedimento da tutela antecipada antecedente. Comenta que o NCPC permite que o demandante ajuíze a ação apenas com exposição sumária da lide, da demonstração do perigo da demora na prestação jurisdicional, com o pedido apenas da tutela antecedente, se a urgência for contemporânea à propositura da ação e a indicação do pedido principal para fins de comprovação do *fumus boni iuris*.²¹³ Para tanto, argumenta o autor que o requerente deve indicar que pretende valer-se desse benefício, limitando-se a pretensão apenas à obtenção da tutela antecipada. Por outro lado, argumenta o autor, que demandante pode, desde já, formular um pedido mais amplo e requerer a liminar para afastar o apenas *periculum in mora*. Nesse caso, o réu será citado para defesa, e a demanda será convertida em demanda principal em ato contínuo, sem passar pelo procedimento de estabilização do art. 304 do NCPC, em analogia ao que prevê o art. 305 e ss., que disciplina a tutela cautelar antecedente. Acrescenta ainda o autor, que além dessas situações, o pedido da tutela antecipada pode vir cumulado com o pedido principal na petição inicial, ou formulado no curso do processo.²¹⁴

Seguindo com o texto do NCPC, abaixo estão transcritos alguns parágrafos do art. 303 do NCPC que serão em seguida analisados:

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

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

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

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

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

²¹² MITIDIERO, Daniel. Estabilização da Tutela Antecipada. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no código de processo civil. **Revista Eletrônica (edição especial) Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região sobre Novo Código de Processo Civil**, v. 4, n. 39, p. 15-16, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 25 set. 2015.

²¹³ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 647-648.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 657-658.

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

(...)

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.²¹⁵

Analisando-se esse trecho do código, percebe-se que, diante do pedido de tutela antecipada, o juiz pode deferi-la, denegá-la ou determinar a emenda da petição inicial para que o autor a sanei, do contrário a petição será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito, mas estando em ordem, o magistrado prosseguirá ao julgamento. Insta observar que, conforme salienta Theodoro Júnior, a decisão da medida liminar é *inaudita altera parte*, havendo, por conta disso, duas consequências: primeira, o demandado não será citado antes da decisão do pedido da tutela urgente; segunda, uma vez denegado a pretensão, o feito não prosseguirá, uma vez que o processo será extinto.²¹⁶ Todavia, o próprio código permite que o requerente adite a petição inicial, no prazo de 5 dias, caso o pedido de tutela antecipada seja negado, só extinguindo o feito se não houver o aditamento.

Em que pese ao prazo para a emenda da inicial, o autor Bruno Garcia Redondo critica o prazo de 5 dias, quando não for concedida a medida, fazendo um paralelo com art. 321 do NCPC que prevê um prazo de 15 dias para emenda da inicial.²¹⁷ Já em relação à liminar, os autores Didier Jr., Braga e Oliveira advogam que há possibilidade de o juiz, mediante justificção prévia, convencer-se do direito e do risco de dano para conceder a medida antecedente.²¹⁸ Nesse sentido, admite Theodoro Júnior que é possível o requerente proceder a justificção prévia quando a prova documental pré-constituída não for suficiente para o convencimento do juiz. Nesse caso, a justificção serviria para o demandante apresentar provas testemunhais que endossassem as provas já existentes na peça vestibular e que, a depender da urgência, houvesse a desnecessidade do cumprimento do mandamento constitucional do contraditório.²¹⁹

Quanto à legitimação, segundo o Theodoro Júnior, o aforamento da tutela satisfativa antecedente cabe somente ao autor da demanda principal, diferentemente se tal medida for incidental, que caberia qualquer dos sujeitos do processo em curso, ressalta o autor. Não obstante, salienta o autor que é possível não haver simetria entre as partes na

²¹⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²¹⁶ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 659.

²¹⁷ REDONDO, *op. cit.*, p. 171.

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 636.

demanda da medida provisória e na do pedido principal, ou seja, as posições de sujeito passivo e ativo podem ser alteradas no curso da demanda principal.²²⁰

Continuando a análise do texto legal, insta observar que, havendo a concessão da medida, o demandado será intimado para que, caso queira, interponha o agravo de instrumento, no prazo de 15 dias (art. 1.015 c/c art. 1.003, §2º do NCPC), contatos da ciência da decisão, senão a medida concedida se estabilizará, e citado para a audiência de conciliação. Além disso, o demandante deverá, no prazo de no mínimo de 15 dias também, salvo se o juiz não fixar outro prazo maior, aditar a petição inicial a fim de converter a demanda provisória em definitiva, do contrário, o processo será extinto, sem resolução do mérito. Vale ressaltar que esse procedimento corre sempre na mesma relação processual, sem o acréscimo de custas. Nesse ponto, merece destacar o comentário de Theodoro Júnior que, numa interpretação sistemática, ensina no sentido de que primeiro intime o réu da decisão, para sucessivamente abrir prazo a fim de que o réu adite a petição inicial, pois, do contrário, geraria uma incongruência no sentido de compelir o autor a aditar um processo extinto. Assim, assevera o autor: “Sem recurso do réu, não há aditamento algum a ser feito pelo autor: o processo se extinguiu *ex lege* (art. 304, §1º).”²²¹

Complementam os autores Didier Jr., Braga e Oliveira, ao afirmarem que, caso seja concedida a tutela antecipada, nos mesmos autos, o juiz determinará a intimação do autor para que o mesmo realize o aditamento da petição inicial, sem incidências de novas custas, *mutatis mutandis*, a não concessão da tutela antecipada de caráter antecedente, essa intimação oportunizará que o autor complemente a causa de pedir, confirme a tutela definitiva e junte novos documentos indispensáveis ou úteis para o deslinde da demanda. A diferença é que agora o prazo é maior, no mínimo de 15 dias, se outro prazo não for fixado pelo juiz, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito, ressaltam os autores.²²²

Em contrapartida, em relação ao aditamento da petição inicial, Daniel Mitidiero comenta que não se trata de propriamente de uma emenda à petição inicial que se refere o art. 329, mas de aditamento para que o processo se desenvolva regularmente. Segundo ele, analisando o art. 304 aduz que, quando a tutela antecipada é deferida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor e o réu é cientificado da decisão que concede a medida sumária, o processo só prossegue para a audiência de conciliação e mediação, se o réu interpuser o

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 649.

²²¹ *Ibid.*, p. 660.

²²² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 603.

agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela. Do contrário, a decisão se estabiliza e o processo é extinto, mas não fará coisa julgada, por isso, vale ressaltar o Enunciado nº 27 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).²²³ Ademais, complementa o autor, argumentando: “O juízo da tutela antecipada permanece procedimentalmente autônomo e a decisão estável. Com isso, incentivado pela doutrina que o legislador logrou seu intento de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada.”²²⁴

No sentido contrário, Theodoro Júnior alerta que quiçá haverá a complementação do pedido principal, abreviando-se o processo a tutela antecedente. Para o autor, isso pode ocorrer em decorrência do réu ser intimado da decisão, mas não interpõe o recurso, o que fará com que a decisão anterior se estabilize e o processo será extinto sem resolução do mérito, o demonstra a autonomia da tutela concedida, não ficando na dependência da formulação do pedido principal.²²⁵ Em contrapartida, alerta Bruno Garcia Redondo que o autor tem ampla liberdade modificar o pedido da tutela antecedente, alterar até mesmos os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido da tutela definitiva), assim como juntar novas provas, caso a medida antecedente não for concedida. Por outro lado, em havendo o deferimento, o autor acima mencionado advoga que o código só autoriza o demandante a confirmar o pedido indicado anteriormente. Além disso, segundo o autor, se a causa for das que não admitam a autocomposição, o réu ele será citado de imediato, mas o prazo só começa a correr para ele da data que ele for intimado do aditamento da petição inicial.²²⁶ Nessa parte, vale salientar o Enunciado nº 144 do Fórum permanente de processualistas civis:²²⁷

Prosseguindo na análise do diploma legal, os incisos I e II, § 1º, do art. 303 do NCPC fazem referência à audiência de conciliação ou mediação, disciplinando que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. Todavia, não havendo a autocomposição, começará a fluir o prazo para a contestação, na forma prevista no art. 335 do NCPC. Nessa parte final, impende observar o que preceitua o Enunciado nº 61 Escola

²²³ Enunciado nº 27 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “Não cabe ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. **Anais...** Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015).

²²⁴ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 16.

²²⁵ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 648-649.

²²⁶ REDONDO, *op. cit.*, p. 172.

²²⁷ Enunciado nº 144 do FPPC: “Ocorrendo a hipótese do art. 303, §1º, II, será designada audiência de conciliação ou mediação e o prazo para a defesa começará a correr na forma do art. 335, I ou II”. (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 104).

Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).²²⁸ Ante o exposto, percebe-se a falta de clareza do código no que concerne ao momento no qual deva ocorrer a convocação para a audiência. Para solucionar essa imprecisão, Theodoro Júnior leciona que, pelo regramento dos arts. 303 e 304 do NCPC, a audiência de conciliação só terá cabimento depois do aditamento da inicial, uma vez que é procedimento próprio do demanda principal e, por conseguinte, do recurso do requerido, que funciona como prejudicial àquele. Nesse sentido, destaca o autor que a contestação posterior será para impugnar a demanda principal, podendo, não obstante, em preliminar, impugnar a medida já deferida e, muito provavelmente, executada.²²⁹

3.2 Estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente

Conforme já comentado no capítulo anterior, concedida a tutela antecipada de caráter antecedente de forma *inaudita antera parte* o demandado intimado da decisão, e, caso não recorra, permanecendo inerte, os efeitos da decisão se mantêm, ou seja, estabiliza-se. No mesmo sentido, Daniel Mitidiero define como decisão estabilizada a que julgar o mérito provisoriamente favorável ao autor, que projetará os seus efeitos para fora do processo, numa cognição sumária, que não houve manifestação do réu, tendo como vantagem economizar o recurso de agravo, prestigiar a manifestação da vontade de contestar ou volitivamente participar da audiência.²³⁰ Nesse esteio, segundo Bruno Garcia Redondo, é uma forma de sanção pela inércia do réu, uma que ele ficou-se inerte, não resistindo ao pedido.²³¹ Já para Theodoro Júnior, ao comentar acerca do NCPC, assevera-se que, o legislador ao possibilitar a desvinculação entre tutela provisória e a definitiva, admitiu-se a autonomização e a estabilização da tutela sumária no código.²³² A seguir, serão analisados os principais pontos acerca desse novo instituto no NCPC.

²²⁸ Enunciado nº 61 da ENFAM: “Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa que trata o art. 334, §8º.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. *Anais...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015).

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 661.

²³⁰ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 17.

²³¹ REDONDO, *op. cit.*, p. 176.

²³² THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 667.

3.2.1 Breves históricos do instituto da estabilização da tutela antecedente

Segundo Francisco Ovídio a pesquisa científica comparativa contribui para o alargamento do conhecimento científico, sobretudo, no mundo moderno, com a intensificação das relações político, econômico, comercial e pessoal.²³³ Para realizar o estudo do direito comparado, é imperioso observar o que afirma Weliton Carvalho, para o qual o estudo entre os ordenamentos jurídicos não se delimita tão somente no método comparado, mas, sobretudo, na utilização de instrumentos metajurídicos.²³⁴ Destaca-se, nesse ponto, o que Roberto Schaan Ferreira assevera, quando fala sobre metajuricidade: “O limite entre o jurídico e o não jurídico é de apuração discutível.”²³⁵ Ante o exposto, abaixo será realizado um breve estudo do direito comparado, levando em conta o direito do CPC francês, CPC italiano e o NCPC brasileiro, destacando os elementos jurídicos e não jurídicos da estabilização da tutela antecipada antecedente nos três ordenamentos jurídicos.

3.2.1.1 No direito comparado

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, a estabilização da tutela antecipada no NCPC teve como base aspectos do regime geral do direito francês e no código de processo civil italiano.²³⁶ No mesmo sentido, Theodoro Júnior leciona que o NCPC implanta regime similar ao que existe no direito processual civil francês e italiano, no sentido de a tutela satisfativa antecedente manter a sua eficácia de forma indefinida, com autonomia em relação à propositura do pedido principal, sem fazer coisa julgada material.²³⁷ Confirmando o que exposto pelo autor citado, a exposição de motivo do NCPC, que assevera: “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a

²³³ OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. p. 161.

²³⁴ CARVALHO, Weliton. Método ou ciência?. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176559/000848846.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 nov. 2015. p. 142-143.

²³⁵ FERREIRA, Roberto Schaan. A influência dos fatores metajurídicos no sistema de direito privado “Modelo Aberto Externo”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 114, p. 381-396, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176085/000472928.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 nov. 2015, p. 391.

²³⁶ SICA, *op. cit.*, p. 180.

²³⁷ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 637.

manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária.”²³⁸

Também vale destacar também que a professora Ada Pellegrini Grinover produziu um trabalho, intitulado de “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”, em que faz um estudo exitoso do instituto no direito comparado em 14 países de tradição romano-germânica, inclusive o Brasil, mediante perguntas formuladas em questionário que foi respondido por juristas conceituados dos países pesquisados. Do estudo, jurista chegou às seguintes conclusões:

A forma mais difundida de tutela satisfativa antecipada, encontrada nos países pesquisados, consiste nos PROCESSOS DE ESTRUTURA MONITÓRIA. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o processo monitorio responde à exigência de tutelar prontamente o direito do credor, desprovido de título executivo, acelerando sua formação, sem necessidade de processo de conhecimento. Chamado de *procedimento ingiuntivo* na Itália, de “mahneverfahren” na Alemanha e na Áustria, de “injonction de payer” na França e na Bélgica, o processo monitorio é exclusivamente documental em alguns países (como na Itália, Bélgica e Brasil), conhecendo outros países a forma “pura”, em que a emissão da ordem de pagamento não se lastreia necessariamente na existência de prova escrita do débito (França, Alemanha, Áustria). Mas o traço comum é o de que a cognição se limita à prova produzida pelo requerente e é normalmente caracterizada pela ausência de contraditório inicial. Somente se o devedor, após o decreto injuntivo, se opuser à ordem de pagamento, é que se instaurará o procedimento comum, em contraditório pleno.

Formas específicas de tutela antecipada também são conhecidas em todos os países pesquisados, sobretudo em matéria de direito de família (alimentos provisórios, guarda dos filhos, etc.), de posse (com os vários interditos), de direito societário (decisões assembleares), etc. A técnica consiste em antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da futura sentença de mérito, em caráter de urgência, na presença de certos requisitos e mediante cognição mais ou menos superficial. A característica principal desses provimentos antecipados específicos é sua provisoriedade e a necessidade de o processo de cognição plena prosseguir até a sentença de mérito.

Quase sempre como evolução da tutela cautelar, de natureza assecuratória do processo e das provas, alguns ordenamentos avançaram, adotando a TUTELA ANTECIPADA GENÉRICA, pela qual se antecipam total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito, na presença de certos requisitos e após cognição mais ou menos superficial do juiz. Assim fizeram, por exemplo, o Brasil em via legislativa, a Argentina em via doutrinária e jurisprudencial e a Itália, que estendeu paulatinamente por lei a possibilidade de provimentos antecipados específicos, até a doutrina reconhecer a existência no ordenamento de uma tutela antecipada genérica. Na maioria dos casos, a tutela antecipada é provisória e não dispensa o processo de conhecimento e a sentença de mérito. Apesar do caráter de provisoriedade, que não dispensa o processo de conhecimento, comum a muitos ordenamentos em tema de tutela antecipada, em alguns países pode-se chegar à ESTABILIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do “*référé*” francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos,

²³⁸ NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 32.

reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo a natureza de sentença coberta pela coisa julgada.²³⁹

Pelas conclusões alcançadas pela professora Ada Pellegrini Grinover, percebe-se que vários países de tradição romano-germânica adotem algum de provimento sumário, porém, quando a temática é estabilização do provimento, dois países se sobressaem, quais sejam, França e Itália. Nessa parte, destaca-se o trabalho minucioso sobre o direito comparado de Paula Cristina de Abreu Amorim, em sua dissertação de mestrado, intitulada “Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa-Brasil, Itália e França”, apresentado junto à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. A seguir, serão apontadas as principais características dos provimentos de provisórios nos sistemas francês e italiano, tendo como norte a referida dissertação.

Primeiramente, destaca-se o regramento do direito francês, com as seguintes características:

- a) No direito francês, o instituto que disciplina os provimentos provisórios recebe a denominação de *référé* - que significa fazer referência, remeter, aludir-, o qual teve origem em 1685, na cidade de Paris, que constituía numa norma segundo a qual o tribunal da cidade, Châtelet, na pessoa do chefe, delegava competência aos subordinados, lugar-tenente, para decidirem as demandas de urgência, segundo um rol taxativo de situações,²⁴⁰
- b) Ao longo da história, o instituto passou por transformações, quando foi estendido para todo o país e para todo tipo de situação de urgência pelo código de processo civil francês de 1806, até ser consolidado pelo código de processo vigente na França, de 1975, o qual delimitou os seguintes tipos: *référé classique* (situação de urgência, aproxima-se das cautelares do direito brasileiro, previsto art. 808 do CPC francês), *référé de remise en état* (situações de dano iminente ou turbação manifestamente ilícita, art. 809, 1ª parte do CPC francês), *référé provision* (provimento em dinheiro ou em obrigação de fazer ou dar, não exige o pressuposto da urgência, mas ausência de contestação séria,

²³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005, p. 14. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006, p. 205-206.

²⁴⁰ SILVESTRI, Caterina. Il *référé* nell'esperienza giuridica francese. *apud* AMORIM, Paula Cristina de Abreu. 2011, *op. cit.*, p. 87-88.

medida de economia processual e de prevenção contra o abuso do poder de defesa, previsto art. 809, 2ª parte do CPC francês) e *référé probatoire* (produção antecipada de provas, art. 145 do CPC francês, assemelha-se à cautelar de produção de provas do CPC/73).²⁴¹ Esse sistema se aplica nas cinco áreas da organização judiciária francesa, quais sejam: civil (incluindo a parte residual), comercial, trabalho, agrário e seguridade social, com disciplinamento em partes distintas no código e com órgãos distintos para apreciar a matéria, como por exemplo, as causas cíveis são julgadas pelo tribunal de *grande instance*, mas o próprio código traz exceção quando atribui competência para apreciar a matéria o juiz em que está situado o imóvel;²⁴²

- c) O instituto em comento constitui um procedimento sumário, realizado em contraditório, instaurado antes ou no curso do processo (competência para apreciar será do juiz instrutor) em que se discutirá o mérito; tendo competência para apreciar o pleito provisório, em princípio, o presidente de um órgão jurisdicional, a quem se atribuem poderes específicos, diferente do juiz que apreciará o mérito, geralmente cargo ocupado por um juiz mais velho e mais experiente, porém esse pode delegar a função.²⁴³ Vale salientar que as partes podem, no direito processual civil francês, por intermédio de cláusula arbitral ou compromissória, escolher submeter a lide, num eventual conflito ao juiz do *référé*. Nesse sentido, segue o Enunciado nº 32 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis;²⁴⁴
- d) As decisões, denominadas no francês de *ordonnance*, prolatadas nos processos submetidos ao sistema do *référé*, decisão de um juízo autônomo, têm por características: podem ser executadas de imediato, não se submetem a efeitos suspensivos, embora possam ser impugnadas; não possui a característica de rígida instrumentalidade ou referibilidade, pois goza de autonomia, no sentido de manter a sua eficácia mesmo após o ajuizamento da ação em que se discutirá o mérito da causa, ou no caso de extinção deste, e de não interferir no julgamento do processo de mérito, tampouco subordinado à instauração deste num determinado prazo, o que evidencia a possibilidade do demandado

²⁴¹ AMORIM, *op. cit.*, p. 89.

²⁴² *Ibid.*, p. 92.

²⁴³ *Ibid.*, p. 92-93.

²⁴⁴ Enunciado nº 32 do FPPC: “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 104).

recorrer do provimento sumário e ajuizar ação para discutir o mérito em processo diferente, uma vez que não induz litispendência, mas vale ressaltar que a decisão de mérito, com cognição exaustiva se sobrepõe a de cognição sumária; provisória, mas pode se tornar definitiva no caso de inércia das partes provocarem o juízo para decidir sobre o mérito da causa, estabilizando-se os seus efeitos, mas não faz coisa julgada;²⁴⁵

- e) O juiz pode se negar a pronunciar quando não estiverem presentes os requisitos, por exemplo, urgência no *référé* tradicional, ou contestação séria no *référé provision*. Nesse caso, se houver requerimento das partes, o juízo do *référé* remeterá o processo ao juízo do mérito, convertendo-se feito no rito ordinário, que é uma medida de contrapeso e de garantia para o resguardo do devido processo legal.²⁴⁶ Vale ressaltar que esse juízo é dotado de autossuficiência, podendo decidir sobre custas processuais, *astreintes*, litigância de má-fé. Em contrapartida, em relação às partes, se o autor não comparece a audiência una de instrução e julgamento processo será extinto, salvo se o réu requerer o prosseguimento; ao passo que se o demandado devidamente citado não comparecer, serão declarados os efeitos da revelia e o feito também segue.²⁴⁷
- f) A sistemática do *référé* está balizada nos princípios da celeridade, informalidade e simplicidade, baseado também na oralidade e simplicidade, o que se impõe que o juiz decida a lide em audiência una, podendo a inicial ser emendada na própria audiência. Tal sistema não proíbe a produção de prova na audiência una ou que seja agendada outra para semelhante finalidade. Todavia, a dilação probatória é muita reduzida, devendo as partes as partes levarem as provas que embasam suas pretensões quando da realização da audiência una.²⁴⁸

Insta observar que, segundo a professora Ada Pellegrini Grinover, no sistema do *référé* francês, mais de 90% dos casos levados ao Poder Judiciário são resolvidos pelo provimento provisório, em que as partes se conformam com a estabilização da tutela

²⁴⁵ AMORIM, *op. cit.*, p. 90. No mesmo sentido: PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 1998. Vide também: RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e8ea86db564fb467de65edee387a8727>>. Acesso em: 5 nov. 2015. Nesse ponto, vale destacar que os autores Dierle Nunes e Érico Andrade afirmam que cabe ao réu, no sistema do *référé*, provocar a cognição exauriente, e não as partes como colocado pela autora (NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 89).

²⁴⁶ AMORIM, *op. cit.*, p. 96.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 97.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 95.

antecipada antecedente, sem recorrer ao processo ordinário. Dessa forma, conclui Paula Cristina de Abreu Amorim:

Inegável concluir, pois, que o *référé*, na França, é encarado como sinônimo de economia processual. Significa, também, redução da sobrecarga para os juízes de mérito, que dispõem de mais tempo para se dedicar aos processos mais complexos, podendo-se afirmar que o instituto contribui para a qualidade das decisões. Atribui-se-lhe, ainda, um efeito moralizador, por seu intuito de combater os abusos no direito de defesa e impedir que o demandado se escore nos tempos de espera inerentes ao processo ordinário. Não seria demasiado acrescentar, por fim, que se compreende o *référé* como um instituto idôneo a perseguir funções diferentes (conservativa, executiva, antecipatória) com uma única e simplificada estrutura processual, tudo isso, tendo em mira o objetivo maior a ser alcançado que é a efetividade da tutela jurisdicional.²⁴⁹

Já, em relação ao direito italiano, o tratamento da tutela cautelar e da tutela antecipada é único, uniformizado em 1990, o que também é confirmado por Marinoni.²⁵⁰ Isso se deve ao fato, segundo Paula Cristina de Abreu Amorim, de lá a doutrina entender que assegurar os efeitos de uma decisão de mérito tanto vale para as medidas cujo objeto seja tanto conservativo quanto antecipatório, portanto é sinônimo de tutela de urgência, que visa afastar os perigos da *infruttuosità* (provimento infrutífero) e da *tardività* (provimento tardio).²⁵¹ Todavia, a mesma autora assevera que, nesse esteio, o próprio CPC italiano no art. 700, cuja redação se assemelha ao art. 798 do CPC/73, que alude ao poder geral de cautela, quando assevera:

Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, este seja ameaçado por um perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo as circunstâncias, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito.²⁵²

Em relação à estabilização do provimento provisório na Itália, denominado de *ordinanza*, Ada Pellegrini Grinover, leciona que tal instituto surgiu no direito processual civil daquele país somente em 2003, com a aprovação do Decreto Legislativo nº 5, que alterou o art. 12 da “legge delega” (lei delegada) nº 366/2001 e que, embora se aplicando a alteração

²⁴⁹ AMORIM, *op. cit.*, p. 112.

²⁵⁰ MARINONI, 2011, *op. cit.*, p. 49.

²⁵¹ AMORIM, *op. cit.*, p. 114.

²⁵² Tradução da autora do art. 700 do CPC italiano, que dispõe o texto legal originalmente: “Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. (*Ibid.*, p. 113).

tão somente sobre direito societário, financeiro e acerca de matéria bancária e de crédito, passou a prevê a estabilização das decisões *ante causam* e no curso do processo, dispondo que não se aplicaria aos provimentos antecipatórios nas searas acima mencionadas o art. 669 – *octies* do CPC italiano, que obrigava o requerente a propor a ação principal em 30 dias, sob pena de perda da eficácia da medida concedida. Por outro lado, ensina a autora, que a mesma norma determinou que, uma vez não proposto o procedimento que levaria à análise do mérito, a decisão antecipatória somente poderia ser modificadas em virtude de alteração nas circunstâncias anteriores que autorizaram a concessão da medida, ou quando, por circunstâncias anteriores, conhecidas posteriormente. Já em relação aos provimentos incidentais, concedidos no curso do processo, ensina a autora que texto normativo determinou a manutenção dos provimentos antecipatórios com a extinção do processo de mérito.²⁵³

Prosseguindo o estudo acerca da alteração do CPC italiano, este foi alterado pela Lei n.º 80/2005, que estendeu o instituto da estabilização aos procedimentos cautelares em geral,²⁵⁴ com o acréscimo dos 4 últimos *comma* ao art. 669 – *octies* do CPC italiano, segundo o qual determina que as partes detêm a faculdade de instaurar o processo principal, quando concedida a cautelar de forma preparatória/antecipatória; ou de seguir o feito quando formulado no curso da causa, do contrário, caso não seja instaurado ou prosseguido, essa não mais perderá a sua eficácia, em prejuízo da regra da cautelar anterior do CPC italiano que determinava o prazo de 30 dias (hoje 60 dias) para a instauração ou continuação do processo sob pena da perda da eficácia da medida sumária.²⁵⁵ A seguir, está transcrita a tradução da alteração promovida pelo legislador italiano no art. 669-*octies*:

As disposições do presente artigo e do 1º parágrafo do art. 669-*novies* não se aplicam aos provimentos de urgência emanados nos termos do art. 700 e aos outros

²⁵³ GRINOVER, 2005, *op. cit.*, p. 32. Nesse ponto a autora citada, mesmo reconhecendo a independência e a autonomia do provimento provisório em relação ao juízo de mérito, admite que tal decisão não fica imune à cláusula *rebus sic stantibus* cuja a atuação ocorre *secundum probationem*. Confirma o aspecto histórico do instituto no direito italiano, tratado acima pela professora Ada Pellegrini Grinover: SILVA, Natália Diniz da. **Estabilização da tutela jurisdicional diferenciada**. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 35-36. Essa autora afirma que essa primeira legislação teve pouca aplicabilidade, sendo revogada em 2009, pela Lei nº 69, que introduziu o art. 702-*bis*, no CPC italiano, mas antes disso, em 2008, a Corte de Cassação daquele país já havia declarado a incompatibilidade do art. 19 do Decreto Legislativo nº 5, com as normas constitucionais que garantem o contraditório, sobretudo em relação à limitação de prova no grau de apelo (SILVA, *op. cit.*, p. 185-186).

²⁵⁴ QUERZOLA, Lea. La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio dimerito *apud* AMORIM, *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁵ O legislador italiano não segue a regra de *caput*, parágrafo, alínea, como o legislador brasileiro. Dessa forma, por não haver a correspondência de técnica legislativa entre os dois países, ela comparou o art. 669 – *octies*, do CPC italiano, ao que ocorre no Brasil, quando há o acréscimo de artigos no corpo da lei já pronta, do tipo art. 669 – A, art. 669 – B, até a art. 669 – H. Ademais, para facilitar o entendimento, a autora explica que a alteração no CPC italiano em 2005 se deu pelo acréscimo dos 4 últimos *commas*, que se assemelha ao parágrafo na técnica legislativa brasileira (AMORIM, *op. cit.*, p. 116).

provimentos cautelares idôneos a antecipar os efeitos da sentença de mérito, previstos no código civil ou em leis especiais, bem como aos provimentos emanados em consequência de denúncia de nova obra ou ameaça de dano nos termos do art. 688, mas qualquer das partes tem assegurado o direito de iniciar o juízo de mérito.

O juiz, quando profere um dos provimentos descritos no parágrafo anterior, anteriormente à instauração da causa de mérito, já decide sobre as despesas processuais do procedimento cautelar.

A extinção do juízo de mérito não acarreta a ineficácia dos provimentos descritos no §6º acima, mesmo que a pretensão seja formulada no curso de causa.

A autoridade do provimento cautelar não é invocável em processo diverso.²⁵⁶

Percebe-se pela leitura do excerto do CPC italiano, que lá legislador determinou a aplicação do instituto com base na regra da exceção. Por conta disso, Ana Paula Cristina de Abreu Amorim afirma que a doutrina italiana classifica tal instituto como nova técnica de mitigação da instrumentalidade das tutelas de urgência, uma vez que as alterações promovidas no código geraram a controvérsia doutrinária no que concerne a identificar as situações nas quais cabe a aplicação do instituto, se a todos os provimentos provisórios enquadrados no art. 700 do CPC italiano ou somente aqueles de cunho satisfativo, o que, segunda a autora, intensificou a discussão acerca das diferenças entre os dois tipos de provimentos, indo na contramão da reforma do código no ano de 1990, que uniformizou da tutela satisfativa e conservativo sob a chancela tutela cautelar.²⁵⁷

Impende observar que o posicionamento majoritário da doutrina, segundo Lea Querzola, citado por Paula Cristina de Abreu Amorim, é de que instituto só encontra guarida nos provimentos antecipatório-satisfativos,²⁵⁸ quanto a esses, destaca a autora: “Em outras palavras, a inovação legislativa deve se direcionar às medidas capazes de produzir efeitos, se não idênticos, pelo menos fortemente análogos àqueles que o provimento final de mérito produziria, isto é, efeitos capazes de satisfazer a necessidade de tutela das partes.”²⁵⁹

Ante o exposto, segundo Paula Cristina de Abreu Amorim depreende que estabilização da tutela no CPC italiano por ocorre de forma antecedente, com exposição na inicial do mérito da causa, ou incidental, mas a sumarização ocorre sempre em contraditório,

²⁵⁶ AMORIM, *op. cit.*, p. 117. Tradução da autora citada em relação à parte final do art. 669 - *octies* do CPC italiano, que dispõe texto legislativo original: Omissis. Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, 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.

²⁵⁷ AMORIM, *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁸ QUERZOLA, Lea, *apud* AMORIM, *op. cit.*, p. 119.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 122.

em que será oportunizado ao requerido a possibilidade de impugnar o pleito provisório do requerente, antes de decisão se tornar autossuficiente.²⁶⁰ Consoante autora citada, o entendimento da doutrina majoritária é no sentido não reconhecer a autoridade coisa julgada à decisão estabilizada, assim dispondo:

Assim, a tese que encontra mais adeptos entre os estudiosos do assunto considera que o legislador, com essa regra, permitiu uma estabilização dos efeitos de tal decisão, mas não a estabilidade própria da coisa julgada, de modo que o provimento cautelar conserva sua eficácia só entre as partes e apenas em relação à pretensão ali reconhecida, não se estendendo a outros processos. Isto, para os fins de assegurar às partes a faculdade de instaurar o posterior juízo de mérito a qualquer tempo, desde que não estejam escoados os prazos de prescrição e decadência.²⁶¹

Analisando o procedimento da estabilização nos dois países acima comentados, conclui-se que na França já existe uma sistematização e consolidação do instituto, tanto no âmbito legislativo quanto na seara judicial, incluindo aqui a própria organização do Poder Judiciário, que é balizado no sistema do *référé*. Enquanto isso, na Itália, o legislador inclui tal instituto no CPC, lançando mão do meio de exceção, deixando um campo aberto a ser consolidado pela doutrina e pelo Poder Judiciário. Diante disso, a seguir será analisado como ocorreu a inclusão do instituto no NCPC, com o fito de se saber até que ponto o legislador pátrio sofreu a influência do direito comparado na elaboração da norma referente à tutela satisfativa antecedente e sua estabilização.

3.2.1.2 No direito pátrio

Heitor Vitor Mendonça Sica cita o iter do estudo para positivação da estabilização da tutela antecipada no NCPC na doutrina pátria, a saber:

Ao que me consta, a primeira proposta nesse sentido foi feita, entre nós, por ADA PELLEGRINI GRINOVER (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa, Revista de processo, nº 86, p. 191-195). A técnica voltou a ser estudada pela mesma jurista em outro ensaio, marcado por ampla pesquisa de ordenamentos estrangeiros e que culminou na elaboração de um novo anteprojeto, desta vez com a participação de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, KAZUO WATANABE e LUIZ GUILHERME MARINONI (Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a sua estabilização, Revista de processo, nº 121, v.30, mar./2015, p. 11-37). Esse segundo anteprojeto foi encaminhado ao Senado, que o discutiu a partir de 2005 (PLS 186/2005) e o arquivou em 2007. A proposição

²⁶⁰ AMORIM, *op. cit.*, *passim*. Os autores Dierle Nunes e Érico Andrade ensina que na Itália o demandante deve fazer o pedido principal cumulado com o do pleito provisório, ao passo que cabe ao réu, uma deferida a tutela sumária, provocar o cognição exauriente e exauriente (NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 87 e 89).

²⁶¹ *Ibid.*, p. 128.

voltou à tona na parte final do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja elaboração foi coordenada, também, por ADA PELLEGRINI GRINOVER. Trata-se, pois, de técnica processual que há muito vem sendo objeto de preocupações da eminente professora do Largo de São Francisco.²⁶²

Dos marcos históricos acima apontados, vale destacar o PLS nº 186/05, cuja relatoria foi do Senador Antero Paes de Barros. Esse projeto, que foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), cuja presidente era Ada Pellegrini Grinover, tinha objetivo alterar a redação dos §§ 4º e 5º do art. 273, assim como acrescentar os art. 237 – A, art. 273 – B, art. 273 – C e art. 273 – D ao CPC/73. Apesar de ter sido arquivado em 2007, segue abaixo parte do texto do projeto, que traduz bem a perspectiva dos doutrinadores que o idealizaram a introdução da estabilização da tutela antecipada primeiramente no Código de Processo Civil brasileiro, por isso merece destaque:

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

“Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§ 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§ 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”²⁶³

Percebe-se que, inicialmente, a ideia da estabilização da tutela antecipada poderia ser parcial ou total, caso as partes não propusessem ação para o exaurimento da cognição; a estabilização poderia tanto se dá na tutela antecipada antecedente ou no curso do processo, de forma incidental; a tutela provisória faria coisa julgada e não caberia a estabilização da tutela

²⁶² SICA, *op. cit.*, p. 180.

²⁶³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2005. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015. O Anteprojeto, com igual teor, encontra-se também publicado em GRINOVER, 2005, *op. cit.*.

cautelar, pois o projeto só previa alteração da parte do código referente à antecipação da tutela. Insta observar que a própria justificativa do projeto chega às conclusões acima apontadas. A seguir, parte da justificativa, naquilo relacionado à temática em comento:

Elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), e a nós encaminhada por sua presidenta, Professora Ada Pellegrini Grinover, a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste, tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites.²⁶⁴

Insta observar que, em 2010, o Senador José Sarney apresentou o Projeto de Lei do Senado, nº 166/2010. Esse projeto foi fruto dos trabalhos da comissão de juristas, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal. No projeto original do NCPC, o procedimento era único para as medidas antecipadas antecedentes, assim como para as medidas incidentais (art. 277 e ss.). Dessa forma, poderia haver a estabilização da tutela nas medidas provisórias de urgência (cautelar e antecipada) e evidência, não cabendo tal instituto nas referidas tutelas, quando o pedido for incidental. Além disso, a decisão estabilizada não fazia coisa julgada, podendo ser impugnada a qualquer tempo pelas regras do direito material.²⁶⁵ Todavia, o substitutivo da Câmara dos Deputados, o título do livro V não era de tutela provisória, mas tutela antecipada, que se dividiria em urgência (cautelar ou satisfativa) ou evidência. Nesse sentido, o Enunciado nº 28 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis.²⁶⁶ Ademais, embora os pressupostos permanecessem os mesmos para a tutela de urgência, passou a ser previsto procedimentos diferentes para tutela cautelar e tutela

²⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2005. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

²⁶⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2015.

²⁶⁶ Enunciado nº 28 do FPPC: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 102).

satisfativa, sendo que só para essa última se admitiria a estabilização, sem fazer coisa julgada nos dois primeiros anos, período no qual poderia as partes ajuizar ação autônoma a fim de que haja o exaurimento da cognição, conforme foi aprovado no texto definitivo do NCPC.²⁶⁷

Impende observar, que o projeto original do Senado Federal é o PLS 166/2010, que foi recebido e convertido na Câmara Federal no PL nº 8.046/2010²⁶⁸, cuja relatoria geral foi do deputado federal do PT da Bahia, Sérgio Barradas Carneiro, ao passo que a relatoria parcial no que concerne à parte geral do código ficou com o deputado federal do DEM da Paraíba, Efraim Filho. Essa divisão de trabalhos teve como escopo conferir mais eficiência nas atividades da Comissão Especial criada para proferir o parecer ao projeto de lei, conforme consta no relatório do parecer.²⁶⁹ Vale ressaltar ainda que houve poucas alterações do projeto original até chegar à Câmara Federal, mas é imperioso registrar que, em relação à estabilização do provimento provisório, o projeto encaminhado àquela casa legislativa, só permitia a aplicação do instituto da estabilização às medidas de urgência (cautelares e antecipadas), quando concedida em caráter antecedente, retirando, portanto, a possibilidade de estabilização em relação à tutela de evidência, para qual passou a prever tratamento específico, diferente da tutela de urgência, embora ainda submetida ao regramento geral do provimento provisório.

Passado esse breve estudo histórico do instituto, o presente trabalho volta a analisar os contornos do instituto no NCPC.

3.3 Estabilização da tutela antecipada antecedente no NCPC

Em regra, a tutela antecipada antecedente é a de cognição sumária, em razão disso precária, que pode ser modificada quando houver alteração nos elementos fáticos – probatórios, assim como é provisória, que necessita de confirmação *a posteriori* numa decisão com cognição exauriente a fim de se perenize os seus efeitos. Contudo, o NCPC mitiga a regra supramencionada com estabilização da tutela antecipada,²⁷⁰ alterando a autonomia, a eficácia

²⁶⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2015.

²⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.046, de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 5 nov. 2015.

²⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer aos Projetos de Lei ns. 6.025 e 8.046, ambos de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 5 nov. 2015.

²⁷⁰ SICA, *op. cit.*, p. 178.

temporal e a estabilidade das decisões de tutela antecipada não recorridas.²⁷¹ Nesse sentido, para Didier Jr., Braga e Oliveira os objetivos da estabilização são: “i) afastar o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu.”²⁷² Nesse diapasão, Heitor Vitor Mendonça Sica ensina qual o principal objetivo, *in verbis*:

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício da cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento.²⁷³

Para Gomes e Rudiniki Neto fazem a defesa da estabilização da tutela antecipada, baseado em dois pressupostos: primeiro, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, quando não houver recurso da decisão concessiva, atende ao direito substancial do jurisdicionado, e não a um direito de tutela definitiva, pois tampouco ela existirá; nem para proteção do Poder Judiciário, o que a compatibiliza com o modelo democrático do Estado Constitucional; segundo, o Estado – juiz para conceder uma tutela antecipada, numa visão filosófica moderna, deve está sempre balizado numa cognição sumária, a ser substituída por outra decisão com cognição exauriente.²⁷⁴ Todavia, segundo Heidegger, a cognição humana é limitada pela universalidade das coisas e a compreensão comum demonstra apenas uma incompreensão.²⁷⁵ Por conseguinte, nunca se terá uma decisão baseada numa cognição plenamente exauriente.

Apesar das vantagens acima apontadas, segundo Eduardo Talamini a estabilização da tutela antecipada pode trazer alguns inconveniências, quais sejam: há possibilidade de proliferação de tutela antecipada, tendo em vista o desejo do demandante de alcançar resultados práticos, com a estabilização da tutela antecipada frente à inércia do demandado; haverá um maior rigor dos juízos na concessão da tutela antecipada, uma vez que tal decisão pode vir a se estabilizar, o que de certa forma prejudicará quem realmente estiver numa situação de emergência, pois o juiz pode imaginar que está lidando com pedido de alguém que quer apenas um atalho para a obtenção de um resultado prático. Além disso, o autor critica a

²⁷¹ GOMES, F. A; RUDINIKI NETO, R. Estabilização de tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 161.

²⁷² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 606.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ GOMES; RUDINIKI NETO, *op. cit.*, p. 166-167.

²⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: Parte I. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 29.

forma pela qual foi incluso o instituto no projeto, audiência pública, o que demonstra que ele não se encontrava nas linhas gerais do projeto, não tendo sido submetido a um amplo debate. Para o autor, teria mais valia a estabilização da tutela de evidência do que a de urgência, nos moldes de uma ação monitória, com mais eficácia de que essa ação pelo regramento do CPC.²⁷⁶ Insta observar que a crítica do autor acerca da inclusão do instituto no projeto do NCPC não tem razão de existir, uma vez que, como observado na parte histórica do instituto no direito pátrio, já havia a previsão da estabilização do provimento provisório desde da apresentação do projeto original.

Antes de condições da estabilização, é importante destacar que a estabilização é manutenção dos efeitos da tutela antecipada antecedente, baseada numa cognição sumária no âmbito de procedimento preparatório, por opção dos próprios interessados, o que destaca a autonomização da tutela concedida, uma vez que não é necessária a instauração do processo de conhecimento de cognição plena. Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de Dierle Nunes e Érico Andrade, quando resumem o conceito acima citado: “[...] como decisão judicial hábil a regular a crise do direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente”.²⁷⁷

3.4 Condições para a estabilização da tutela antecipada

A estabilização da tutela antecipada está prevista no art. 304 do NCPC, que assim dispõe: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.” No *caput* está prevista uma das condições para a estabilização da tutela antecipada. Contudo, a doutrina se encarregou de ampliar o rol de condições, como os autores Didier Jr., Braga e Oliveira, que aqui transcrevo:

- (i) o requerimento do autor, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização;
- (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada;
- (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente;
- (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que a) tenha sido citado por via ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.²⁷⁸

²⁷⁶ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 32-34.

²⁷⁷ NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 74. No mesmo sentido: RICCI, *op. cit.*, item 3.2.1.1.

²⁷⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 610.

No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica elenca em rol de condições que segue:

(a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b) o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível.²⁷⁹

Analisando os dois elencos apresentados pelos autores, percebe-se que três das condições citadas são indispensáveis para a estabilização, a concessão da medida, seja essa em sede liminar ou após justificação prévia em favor do requerente; a não interposição do recurso e o pedido expresso de aplicação da técnica. Já a condição do pedido expressamente para a aplicação da técnica difere da ausência requerimento para o prosseguimento da medida, mas o resultado é o mesmo: a intenção ou não dar prosseguimento ao processo, no sentido de cientificar o demandado para que ele decida ou não recorrer e saiba de pronto da possibilidade da estabilização da tutela.

Nesse sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira ensinam que o autor precisa constar logo expressamente isso logo na inicial, pois, mesmo que o réu não recorra, a tutela antecipada não se estabiliza. Ademais, argumentam os autores que desde o início, ou seja, da inicial, o réu saberá da intenção do autor, conforma-se com a estabilização da tutela antecipada ou se tem a pretensão de continuar com o processo.²⁸⁰ Ademais, Heitor Vitor Mendonça Sica argumenta que não se pode obrigar o demandante a se contentar com a tutela estabilizada, tendo em vista que o mesmo pode querer a tutela definitiva, com cognição exauriente, do contrário, apresentaria uma afronta à garantia da inafastabilidade de jurisdição.²⁸¹

Quanto ao pedido, segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, pode ocorrer de forma antecedente, ou seja, o pedido apenas da tutela provisória ou, concomitantemente, pedido da tutela provisória em conjunto com a tutela final. Todavia, o mesmo autor argumenta que só se cogitará a estabilização da tutela antecipada no primeiro caso, pois, caso o tenha havido o pedido da tutela definitiva, isso demonstra o desejo do autor prosseguir no processo. Além disso, pelos mesmos argumentos, o autor afirma que necessariamente a concessão tem que se dá *inaudita altera parte*, admitindo-se tal hipótese mesmo na jurisdição de 2º grau, em

²⁷⁹ SICA, *op. cit.*, p. 180-181.

²⁸⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p 606-607.

²⁸¹ SICA, *op. cit.*, p. 182.

decisão monocrática ou colegiada, com a interposição do agravo de instrumento frente à negativa no 1º grau, desde que não tenha havido o aditamento com o pedido principal, quando será oportunizada a defesa do demandado com intimação da decisão.²⁸²

Apesar de o código haver previsto a estabilização da tutela somente em relação à antecipada antecedente, Bruno Garcia Redondo defende tal possibilidade, com uma interpretação sistemática e com determinadas adaptações procedimentais, a estabilização da tutela antecipada incidental e da tutela de evidência antecedente, em ambos os casos, de igual modo, com a extinção do processo, na falta de impugnação da decisão pelo réu.²⁸³

De toda forma, quem melhor esquematiza as condições para a estabilização é o professor e desembargador aposentado Humberto Theodoro Júnior, pois, apesar de merecer algumas críticas em alguns pontos, o autor faz a interpretação de todo o procedimento previsto nos arts. 303 e 304 do NCPC, diferenciando o procedimento antecipatório tendente a estabilizar-se do outro que não visa à estabilidade. Diante disso, para a melhor compreensão do instituto e complementando o item 3.1, serão citados abaixo os dois esquemas, sendo o primeiro aquele tendente à estabilidade:

(a) Petição inicial: o autor deverá pedir a concessão liminar de medida satisfativa, afirmando que pretende apenas o provimento provisório. Mas, para a hipótese de haver recurso contra a liminar, fará, de início, uma simples indicação de qual seria o pedido e a causa para a eventual solução definitiva do litígio. (b) Deferida a medida pleiteada, proceder-se-á à intimação do réu a submeter-se ao respectivo cumprimento. (c) O réu terá 15 dias para agravar da decisão liminar. (d) Havendo recurso, o autor terá trinta dias para aditar a inicial, provocando a conversão do procedimento provisório em definitivo. (e) Não havendo recurso, ao termo do prazo de agravo, a medida provisória se estabiliza e o processo se extingue, sem sentença de mérito, porque a pretensão do autor na inicial – que era apenas de obter o provimento liminar – já terá se exaurido. (f) Se o réu agrava, inviabilizar-se-á a estabilização procurada pelo autor para a medida provisória. O aditamento da petição inicial, para preparar o início do procedimento comum de cognição e ensejar a citação do réu, torna-se indispensável. (g) Faltado o aditamento no prazo legal, que se contará após ultrapassado o prazo para o agravo do réu sem que o recurso tenha sido interposto, o processo se extinguirá, e com ele a medida satisfativa provisória. (h) Verificado o aditamento, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação, citando o réu e intimando o autor para dela participarem. Obtido o acordo, será homologado, extinguindo-se o processo com resolução do mérito. (i) Frustrada a autocomposição do litígio, abre-se-á para o réu o prazo de quinze dias para a contestação e o feito prosseguirá segundo o procedimento comum.²⁸⁴

O esquema do procedimento citado acima merece duas críticas. Primeiro em relação ao item c, pois o prazo inicial para a interposição do recurso começa a ser contado,

²⁸² SICA, *op. cit.*, p. 183.

²⁸³ REDONDO, *op. cit.*, p. 180-181.

²⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 663-664.

tratando-se de decisão anterior à citação, de acordo com o estabelecido no art. 1.003 §2º c/c o art. 231, incisos I a VI, e não da dada da decisão. Segundo ponto que merece crítica é o item d, pois o requerente deve ser cientificado de que o demandado interpôs o recurso e intimado para aditar a petição inicial, ou ser cientificado de que demandado não interpôs o recurso e, por conseguinte, o processo foi extinto e a liminar foi estabilizada, para, se quiser, o demandante interponha no prazo de dois anos uma ação autônoma a fim de que se aprofunde a cognição e seja prolatada uma decisão definitiva do mérito, o que demonstra que esse prazo estipulado pelo autor não se sustenta, ainda mais que o próprio inciso I, §1º do art. 303 do NCPC só determina um prazo mínimo de 15 dias, ficando a critério de o juiz estipular um prazo maior. O assunto será tratado com mais vagar no item seguinte.

Por outro lado, o demandante pode não desejar valer do benefício da estabilização, mas requerer uma medida antecipatória provisória de forma antecedente, sem indicar o pedido do pedido principal do mérito da lide, pois nesse caso já seguiria o procedimento comum de imediato. Nesse caso, segundo Theodoro Júnior, aplicar-se-á, por analogia o procedimento antecedente previsto no NCPC para as cautelares, com instauração ou não de incidente e com o necessário aditamento posterior da petição inicial. Dessa forma, o autor delinea de forma suscita o procedimento abaixo citado:

(a) Petição inicial: o pedido do autor é de concessão de medida satisfativa que antecipa efeitos da sentença de mérito que espera obter, no final do procedimento principal. (b) Citação: deferida ou não a liminar, o réu será citado para responder, em cinco dias, o pedido da tutela urgente, prosseguindo-se segundo o procedimento comum. (c) Deferimento da tutela de urgência: efetivada a tutela provisória, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor, nos próprios autos da tutela de urgência, no prazo de trinta dias, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito e com extinção, também, da medida antecipatória. (d) Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou de mediação, através de seus advogados, sem necessidade de nova citação. Prosseguir-se-á na tramitação do feito segundo o procedimento comum.²⁸⁵

3.5 Estabilização da tutela antecipada antecedente e o recurso cabível

De início, vale ressaltar, que concedida a tutela antecipada antecedente *inaudita altera parte* o demandado será intimado da decisão para que, se quiser recorra. Todavia, mesmo intimado, se o réu não recorrer, a tutela antecipada antecedente se estabiliza. Isso é que dispõe o art. 304 do NCPC, que assevera: “A tutela antecipada, concedida nos termos do

²⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 664.

art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

Percebe-se que o código apresenta o termo recurso, porém, Bruno Garcia Redondo alerta que o projeto original do NCPC (PLS 166/2010) se referia à impugnação, o que foi confirmado por Eduardo Talamini²⁸⁶. Destaca o autor que, apesar de o NCPC ter mantido o termo recurso, deve-se interpretá-lo de forma *lato sensu* como qualquer meio impugnativo, de tal sorte que se garanta não só o efetivo e o adequado exercício da ampla defesa e o contraditório, mas também impeça estabilização da tutela e a extinção do processo, assim resumindo o autor:

[...] seja a interposição de *agravo de instrumento*, seja a apresentação de *sucedâneo recursal* (v.g., suspensão de segurança), seja a propositura de *demanda impugnativa autônoma* (no caso, apenas a reclamação, já que a rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pela lei prevê agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de *contestação* ou *reconvenção*.²⁸⁷

Apesar das múltiplas possibilidades apontadas acima aptas a impugnar a tutela antecipada antecedente, tendente a estabilizar-se, o NCPC disciplina, porém, que contra decisão que concede, denega, modifica ou revoga a tutela provisória prolatada em sede de juiz singular é decisão interlocutória impugnável por intermédio de agravo de instrumento, tendo em vista que não previsão do agravo retido no NCPC, com arrimo no art. 1.015, I, do NCPC, no prazo de 15 dias, conforme art. 1.003, §5º do mesmo novel, e não contestação, que poderá ser manejada só depois do aditamento da inicial. Contudo, se a decisão que confirma ou revoga a decisão provisória na sentença, contra tal sentença cabe recurso de apelação sem efeito suspensivo, com amparo no art. 1.012, §1º, V do NCPC. Nesse sentido, resumem os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao tratarem de forma genérica da tutela provisória:

A decisão que defere ou indefere o requerimento de “tutela provisória” constitui decisão interlocutória (art. 203, § 2.º) e é recorrível mediante *agravo de instrumento* (art. 1.015, I). Tendo havido o *indeferimento* do pedido, pode o autor requerer no agravo desde logo ao seu relator a *antecipação da tutela recursal para o tribunal* a fim de ver concedida a tutela negada em primeiro grau de jurisdição (art. 1.019,1). Tendo havido o *deferimento*, pode o réu no agravo desde logo requerer ao seu relator a *suspensão dos efeitos da decisão* que concedeu a tutela provisória (art. 1.019, I). Se, no entanto, a “tutela provisória” for confirmada, concedida ou

²⁸⁶ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 29.

²⁸⁷ REDONDO, *op. cit.*, p. 176. No mesmo sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica admite também, segundo o autor, que suspensão de decisão contrária ao poder público e reclamação mais outros meios de impugnação congêneres têm aptidão para impedir a estabilização (SICA, *op. cit.*, p. 233).

revogada na *sentença*, o recurso cabível será unicamente o de *apelação* (art. 1.009, § 3.º).²⁸⁸

Vale ressaltar que é esse regramento de a decisão interlocutória poder ser somente impugnável apenas por agravo de instrumento também é defendido por Theodoro Júnior. Para esse autor, considerando que a tutela satisfativa antecedente segue a técnica monitória, que visa e efetivação de efeitos práticos imediatos, assevera: “Admitir que o réu fuja da técnica monitória legalmente traçada implicaria frustrar o empenho do legislador de abreviar a solução do conflito, mediante desestímulo à litigiosidade desnecessária e incentivo à estabilização da medida liminar.”²⁸⁹

Dessa forma, como para a concessão da medida satisfativa antecedente o NCPC não previu um incidente, a exemplo da medida cautelar antecedente, para que o demandado conteste somente a pretensão da tutela provisória, ressalta o autor acima mencionado que o juiz concederá a tutela satisfativa antecedente de imediato, se estiverem presentes os pressupostos, ou a negará, de pronto, quando ausentes. Ademais, apesar de o autor destacar que o recurso cabível o agravo de instrumento, ele destaca que o STJ já admite que o demandado empregue o pedido de reconsideração, dirigido ao juiz que concedeu a medida satisfativa antecedente, desde que a liminar ainda não tenha sido efetivada e que o pedido tenha sido realizado dentro do prazo recursal.²⁹⁰

Em contrapartida, se a decisão for proveniente de um tribunal, deve-se averiguar se foi de um órgão monocrático, por exemplo, do relator. Nesse caso, cabe agravo interno, conforme o art. 1.021 do NCPC. Por outro lado, se for um acórdão de um tribunal, contra tal decisão não cabe recurso extraordinário por força da Súmula nº 735²⁹¹, mas pode ser interposto recurso especial para discutir os próprios pressupostos para a concessão da medida, em havendo violação a lei federal.²⁹² Outrossim, na fase recursal, conforme o art. 527, III,

²⁸⁸ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 206. No mesmo sentido: Dierle Nunes e Érico Andrade argumentam que a falta do agravo de instrumento levaria à estabilização da tutela, independente de suspensão de liminar e reclamação. Os autores também advogam no sentido de não poder o réu impugnar a decisão interlocutória por contestação, uma vez não ser esse o recurso hábil para impugnar a decisão, sem contar que tal possibilidade inibiria as vantagens da estabilização pretendida pelo legislador, convolvando o procedimento a ordem dos atos traçados no NCPC, desvirtuando o instituto (NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 75-76). No sentido contrário: os autores Marinoni, Arenhart e Mitidiero argumentam que no prazo de 15 dias o réu poderia manejar a contestação ou manifestar-se nesse prazo para a audiência de conciliação ou mediação em razão de se economizar um agravo e de prestigiar a vontade das partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 216).

²⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 662.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 662-663.

²⁹¹ Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015).

²⁹² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 587. No mesmo sentido: SICA, *op. cit.*, p. 184.

CPC/73, que permite ao relator conceder a antecipação de tutela, contra tal decisão pode ser interposto recurso de agravo ao tribunal, caso o relator não reconsidere a sua decisão (art. 520, parágrafo único, CPC/73).

Em relação ao prazo inicial para a interposição do recurso, deve conjugar o que está previsto no art. 1.003, §2º, que dispõe: “Aplica-se o disposto no art. 231, incisos I a VI, ao prazo de interposição de recurso pelo réu contra decisão proferida anteriormente à citação”, combinado com o art. 231, incisos I ao IV do NCPC, que assevera:

Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:
 I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;
 II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;
 III - a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria;
 IV - o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital;
 V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;
 VI - a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta;

Analisando a sistemática traçada no NCPC, percebe-se que há uma incongruência entre regramento do prazo inicial do recurso contra a decisão de tutela antecipada antecedente e o termo inicial para o autor aditar a petição inicial, prevista no inciso I, §2º do art. 303. Explicando melhor, o prazo inicial para o autor aditar a petição começa a ser contado a partir da publicação da decisão, enquanto o prazo para o réu recorrer da decisão obedece ao que foi disposto na lei, conforme as seis hipóteses acima citadas, a depender do modo como a citação/intimação foi realizada, ou seja, o termo inicial para o recurso, em tese, começa a correr sempre posteriormente ao início do prazo para o aditamento da petição inicial. Nesse aspecto, os autores Dierle Nunes e Érico Andrade entendem que os 15 dias os quais o demandante tem para aditar petição inicial são contados da intimação do deferimento da decisão, ao passo que os 15 dias os quais o réu tem para réu tem para impugnar a decisão são contados da ciência da ciência. De toda forma, a ciência do réu ocorrerá posterior à intimação do autor, segundo os autores, o que gera uma incongruência.²⁹³

Atento a essa incongruência, Bruno Garcia Redondo destaca que se fosse aplicada a regra literal disposta no NCPC, com o aditamento anterior ao recurso, a tutela não se

²⁹³ NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 85.

estabilizaria, pois já haveria a instauração da demanda principal. Contudo, ressalta o autor que o objetivo da técnica é justamente evitar o aditamento e o desperdício da prorrogação da atividade jurisdicional diante da inércia do réu. Dessa forma, consoante o autor, deve-se buscar a interpretação do texto de tal forma que estimule a aplicação da técnica, só havendo necessidade do aditamento, caso haja recurso, a partir do qual começa a correr o prazo para o aditamento da petição com o pedido da tutela definitiva a fim de haja no final uma decisão com cognição exauriente.²⁹⁴

De todo modo, a leitura desse tópico deve ser compatibilizada com que está escrito no 3.1, em que foi citada a solução apontada por Theodoro Júnior, o qual propõe uma solução mais coerente, afirmando que o aditamento só tem razão de existir, se o autor tiver ciência que o réu interpôs. Todavia, vale apenas citar os ensinamentos do Bruno Garcia Redondo, o qual propõe duas formas para adiar o prazo *a quo* para o aditamento e eliminar a incongruência do código: *de lege lata*, ou seja, fazendo uma releitura da própria lei, de forma que onde se lê “concedida”, leia-se “efetivada”, previsto no §1º do art. 303 do NCPC, o que deveras já permitiria a interposição do recurso pelo réu, uma vez que já foi citado/intimado da concessão da medida. Por lado, a solução pode ser, segundo o autor, *de lege ferenda*, ou seja, com a própria alteração do texto do código, passando os incisos I e II do §1º do art. 303 do NCPC a ter a seguinte redação:

I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias contados de sua intimação para o contraditório ao agravo de instrumento ou à resposta do réu; e II – realizado o aditamento pelo autor, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334.²⁹⁵

Outra solução coerente para a incongruência é apresentada por Dierle Nunes e Érico Andrade, para os quais o legislador deveria permitir a formulação do pedido da tutela da antecipada com o pedido do mérito, tal qual ocorre no direito italiano, uma que se houvesse a necessidade de convolar para cognição exauriente, não se precisaria de complemento ou aditamento, bastaria um requerimento ou a manifestação do autor para o prosseguimento do processo.²⁹⁶ Insta observar que o *caput* do art. 303 contém a palavra “pode”, o que demonstra a faculdade do demandante em instaurar o procedimento preparatório de forma completa, sem

²⁹⁴ REDONDO, *op. cit.*, p. 178-179.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 179.

²⁹⁶ NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 85.

necessidade de aditamento, o que é perfeitamente compatível com o NCPC, mas que não resolve toda a incongruência, pois o autor pode indicar na inicial só o pedido principal.

Entretanto, Heitor Vitor Mendonça Sica leciona que não faz sentido o autor formular o pedido da tutela definitiva já petição inicial, pois ficará prejudicado, caso seja a tutela estabilizada; também não faz muito sentido complementar a petição inicial, antes da confirmação da estabilização da tutela, mas faria mais sentido essa complementação se o réu interpuser o recurso, evitando a estabilização da tutela; se houve somente a petição da tutela antecipada, não houve pedido de tutela definitiva para ser confirmado, mas apenas uma mera indicação do pedido, tendo o demandante a faculdade de complementar argumentos e documentos com o aditamento.²⁹⁷

O autor acima citado destaca ainda que basta que o recurso seja interposto tempestivamente, mesmo não sendo conhecimento teria o condão de evitar a estabilização da tutela, podendo o réu ser citado anteriormente ou ingressado no processo voluntariamente, sendo comunicado da decisão por mera intimação.²⁹⁸ Tal entendimento vai ao encontro ao posicionamento do Enunciado nº 28 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)²⁹⁹, que preceitua para afastar a estabilidade o conhecimento do recurso, pouco importando se será ou provido. Nesse ponto, Dierle Nunes e Érico Andrade tecem crítica a esse posicionamento, afirmando que o réu agravará a decisão, muitas vezes, sem fundamentos válidos, com uma impugnação vazia, aniquilando as potencialidades do instituto.³⁰⁰

Insta destacar algumas questões foram alvos de debate na doutrina na vigência do CPC/73, que poderão também ser objetos de discussão doutrinária. Primeiro, Cassio Scarpinella Bueno expõe que a modificação no art. 520, VII, do CPC/73, não foi capaz de solucionar a controvérsia, tendo em vista que concede somente o efeito suspensivo quando a antecipação é confirmada na sentença de mérito, o que foi solucionado pelo NCPC, art. 1.009, §3º, quando dispõe que: “O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as

²⁹⁷ SICA, *op. cit.*, p. 183.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 184.

²⁹⁹ Enunciado nº 28 da ENFAM: “Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, convertendo-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. *Anais...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015).

³⁰⁰ NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 86.

questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença.”³⁰¹ Assim, decisão que decide questões contra as quais cabe agravo de instrumento, porém decididas em sentença de mérito, contra tal decisão cabe apelação. Todavia, segundo o autor acima mencionado, a solução acima apontada no novo código já era compatível com o CPC/73, tendo em vista que, nada impede de o magistrado conceder também o efeito suspensivo a sentença, que tenha decidido ou não antecipação de tutela, tenha ou não havido o pedido das partes, sobretudo no juízo de admissibilidade da apelação, depois das contrarrazões do recorrido.³⁰²

Com relação a efeito suspensivo, acima citado, cabe mencionar que a doutrina diferencia o efeito suspensivo próprio, advindo da própria lei, do efeito suspensivo impróprio, que é concedido pelo juiz, na análise do caso concreto, quando o preenchimento de alguns requisitos. Assim, colaciona Daniel Amorim Assumpção Neves em dois critérios: “1º critério: *ope legis*, na qual a própria lei se encarrega da previsão de tal efeito como regra; e 2º critério: *ope judicis*, no qual caberá ao juiz no caso concreto, desde que preenchidos os requisitos legais, a concessão do efeito suspensivo.”³⁰³ O objetivo dos dois critérios é o mesmo, qual seja, impedir que a decisão produza seus efeitos, porém, no primeiro critério, a decisão já nasce impedida de produzir os seus efeitos, ao passo que, no segundo, a suspensão vai depender análise do caso concreto pelo juiz.

O segundo ponto que merece destaque é comentado pelo autor acima citado, sob a ótica do CPC/73, aduz que o juiz deve se manifestar de forma expressa sobre a confirmação da tutela antecipada na sentença, sendo que, se ficar silente, havendo procedência do pedido do autor, subentende-se que confirmou implicitamente. Além disso, segundo o autor, o juiz pode decidir pela improcedência do pedido do autor e manter expressamente a tutela antecipada, mesmo com a cognição exauriente e com juízo de certeza, entendendo o juiz que a sua decisão possivelmente será reformada pelo tribunal que julgará a apelação, dada a jurisprudência em sentido contrário, ressalta o mesmo autor. Por último, o mesmo autor apresenta uma questão interessante em que o tribunal concede a tutela antecipada em sede de agravo de instrumento e o juiz, posteriormente, prolata a sentença, julgando improcedente o pedido.³⁰⁴ O que prevalece é a cognição exauriente ou a hierarquia do órgão julgador? Os últimos julgados do STJ decide no sentido de privilegiar a cognição, a exemplo do REsp 1178665/SC, do qual colaciono a emenda abaixo:

³⁰¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

³⁰² BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 80-82.

³⁰³ NEVES, *op. cit.*, p. 582.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 1.389.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. JUÍZO SUPERVENIENTE DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PERDA DO OBJETO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal consolidou o entendimento de que fica prejudicado o Recurso Especial interposto contra decisão em Agravo de Instrumento quando proferida sentença de mérito na origem que revoga a liminar antecipatória com o juízo de improcedência do pedido. 2. O trâmite de processo nos termos do art. 543-C do CPC não tem o condão de sobrestar o julgamento de outros recursos sobre o mesmo assunto quando não superado o juízo de admissibilidade recursal. Precedentes. 3. Agravo Regimental desprovido.³⁰⁵

3.6 Estabilização da tutela antecipada antecedente e despesas processuais

Os autores Didier Jr., Braga e Oliveira enxergam as seguintes vantagens para o réu ficar silente: redução do custo do processo (não pagará custas processuais, pois não opôs resistência, aplicação analógica art. 700, § 1º do NCPC), assim como pagará somente 5% de honorários advocatícios (art. 700, caput, NCPC, também aplicação analógica). Esse entendimento está de acordo com o Enunciado 18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)³⁰⁶. Para os autores citados acima, isso funciona como um estímulo, uma vez que, mesma estabilizada, tal decisão poderá ser revista, reformada ou invalidada em ação própria autônoma. A tutela, além de se dar de forma mais rápida, apresenta-se mais econômica, ressaltam.³⁰⁷

Todavia, o autor Bruno Garcia Redondo afirma que, mesmo o código não esclarecendo se haverá condenação ou não em despesas processuais e honorários advocatícios e quem deve arcá-los, ele concorda com a aplicação sistemática e teleológica no sentido de se reduzir os honorários advocatícios pela metade, porém o autor discorda da aplicação analogia no que concerne às despesas processuais, em razão do princípio da causalidade, ou seja, tendo o réu impelido o autor a demandá-lo judicialmente, nada mais correto de que ele reembolse o autor das eventuais despesas processuais que tenha arcado.³⁰⁸ Em contrapartida, quanto à condenação as verbas sucumbenciais, Heitor Vitor Mendonça Sica adverte que, apesar de o NCPC não prevê, com esforço de interpretação chega-se à conclusão de que o réu deve ser

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1178665 SC 2010/0022202-2, Rel. Ministro Napoleão Nunes, Primeira Turma, j. 05/05/2012, DJe 21/05/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21841045/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1178665-sc-2010-0022202-2-stj>>. Acesso em: 10 out. 2015.

³⁰⁶ “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, caput, c/c art. 701, caput, do CPC/2015).”

³⁰⁷ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p 605.

³⁰⁸ REDONDO, *op. cit.*, p. 176-177.

condenado a pagá-las, posto que houve uma decisão terminativa que se estabilizou por conta que o demandado ficou-se inerte.³⁰⁹

3.7 A estabilização de tutela e ação autônoma de impugnação ou confirmação da tutela provisória estabilizada

Conforme o art. 304, §§2º e 6º do NCPC, havendo a estabilização da tutela antecipada, concedida por meio da tutela antecipada antecedente, e extinto o processo, qualquer das partes, poderá ajuizar uma ação autônoma para reformar, invalidar ou revisar, dentro do prazo de 2 anos, contados da ciência da decisão da ciência da decisão que extinguiu o processo, com vista a uma cognição plena e voltada para solucionar a crise do direito material. Explicando melhor, qualquer das partes significa que o demandante pode ter interesse na tutela definitiva apta em fazer coisa julgada, ao passo que o réu, que permaneceu inerte, também pode propor tal ação a fim de que rediscutida a matéria, com o fito de revisar, reformar ou invalidar a medida provisória concedida. Vale ressaltar, todavia, enquanto não ajuizada, a tutela antecipada conservará os seus efeitos, porém tal decisão não fará coisa julgada material. Ademais, qualquer das partes pode requerer que seja desarquivado o processo que concedeu a medida provisória a fim de instruir a ação autônoma ajuizada.

Apesar da clarividência do texto legislativo, algumas considerações precisam ser realizadas. Primeiro ponto a ser destacado é apresentado pelos autores Didier Jr., Braga e Oliveira os quais ensinam que o código previu a competência funcional, o juiz se tornou prevento com a concessão da medida de urgência que restou estabilizada art. 304, §4º NCPC. Por outro lado, os mesmos autores lecionam que se o processo estiver documentado em autos de papel, ou seja, não eletrônico, o interessado somente deve extrair cópia integral do caderno processo. Essa cópia pode ser autenticada ou declarada autêntica sob a responsabilidade do advogado. Dessa forma, manter-se-á o processo no arquivo, à disposição da outra parte interessada.³¹⁰

Em contrapartida, Theodoro Júnior afirma que o prazo para o ajuizamento da ação autônoma é decadencial (fatal e peremptório), não se submetendo, portanto, a suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a ação para resolver a lide do pedido principal. Comenta o autor ainda que após os dois anos sem a propositura da ação os efeitos da estabilidade serão similares aos da coisa julgada, pois a decisão anterior não poderá revista

³⁰⁹ SICA, *op. cit.*, p. 191.

³¹⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 612.

reformada ou invalidada. Ademais, conforme o autor, essa ação autônoma que visa à composição definitiva da lide observará o procedimento comum.³¹¹

Entretanto, do mesmo modo, Heitor Vitor Mendonça Sica comenta que, não se manifestando o réu pela continuidade do processo para que haja o exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá propor uma ação visando a exaurir a cognição a fim de que aprofunde o debate já iniciado na concessão da medida. Segundo o autor, o legislador se valeu da técnica de inversão da iniciativa para debate, que se baseia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado (contraditório eventual), em que o processo arquivado é documento indispensável para a continuação do debate anterior. Alerta ainda que, no ajuizamento da ação para o prosseguimento do aprofundamento da cognição não tem o condão de inverter o ônus da prova, ficando o autor da ação antecedente a prova do fato constitutivo e, ao réu a incumbência de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Por último, obterá que a decisão que se estabiliza não fará coisa julgada, mas apenas se estabiliza, mesmo que se tenha passado o período de 2 anos sem que seja proposta uma nova ação tendente ao exaurimento da cognição, seus efeitos não poderão ser afastado de modo algum.³¹²

Já Bruno Garcia Redondo, primeiramente, afirma que discorda de Heitor Vitor M. Sica no aspecto de saber sobre quem recai o ônus da prova na nova ação. Esse autor defende a posição que cabe ao demandante da ação autônoma a apresentação dos fatos constitutivos, ao passo que os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo cabem ao demandado. Além disso, outro aspecto tratado pelo autor diz respeito à análise do momento em que pode ocorrer a modificação da tutela antecipada antecedente. Para esse autor, a modificação pode ocorrer em três momentos liminarmente, de *forma inaudita altera parte*,³¹³ de forma incidental no curso do processo ou na sentença.³¹⁴

³¹¹ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 669.

³¹² MITIDIERO, *op. cit.*, p. 17. No mesmo sentido: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 216.

³¹³ Enunciado nº 26 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. *Anais...* Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015).

³¹⁴ REDONDO, *op. cit.*, p. 184. Quanto ao ônus da prova, Dierle Nunes e Érico Andrade discordam do autor anteriormente citado, afirmando que o demandado não pode arcar com o ônus da prova do demandante originário e agora réu no processo de cognição exauriente (NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 86).

O mesmo autor argumenta que atualmente a doutrina se divide em três, quando o assunto é definir qual ação apta para modificar os efeitos da tutela estabilizada, depois de esgotados os dois anos: primeira não caberia nem um tipo de ação, sequer a ação rescisória³¹⁵, e não faria coisa julgada material, tendo em vista que são efeitos os quais se estabiliza, e não o conteúdo, e em razão também da falta de uma cognição exauriente; a segunda defende que não faz coisa julgada material, que ainda assim caberia uma ação autônoma, dentro do prazo prescricional ou decadencial do direito material, com a inversão do ônus da prova para o autor da ação; a terceira defende a formação de coisa julgada, combatida por ação rescisória não ação autônoma para discutir o mérito.³¹⁶

O autor se filia ao último posicionamento, por entender ser mais consentâneo com o texto do código, que não proíbe a formação de coisa julgada, e por encontrar, nos outros posicionamentos inconvenientes. Em relação à primeira corrente, autor ensina que ela defende a imutabilidade plena e absoluta, que seria mais forte do que coisa julgada, uma vez que não só poderia ser impugnada por ação autônoma, mesmo não possuindo natureza de coisa julgada, mas também por ação rescisória. Dessa forma, ressalta o autor, a prevalecer tal posicionamento, a estabilidade, ao lado da coisa julgada, deveria compor, como requisito de validade o pressuposto processual negativo, que enseja o impedimento de nova demanda.³¹⁷

O mesmo autor também encontra inconveniente no segundo posicionamento por entender que ele esvazia o próprio texto da lei, o qual delimita o prazo de dois anos para que qualquer das partes promova o ajuizamento da ação autônoma, afirmando que após o decurso do prazo bienal, a decisão estabilizada faz coisa julgada material, embora baseada numa decisão com não cognição exauriente, termo esse, controvertido na doutrina, segundo o autor, podendo significar juízo de certeza ou cognição em sentença definitiva que resolve direito material. Como a cognição exauriente é típico de sentença, defende o autor que a decisão que extingue o processo, que não impugnado, é sentença de mérito, portanto apta a fazer coisa julgada material e formal.³¹⁸

³¹⁵ Enunciado N° 33 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “(art. 304, §§) Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização de tutela antecipada de urgência.”

³¹⁶ REDONDO, *op. cit.*, p. 183-184. Nesse ponto, observar o Enunciado n° 33 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.” (NUNES; SILVA, *op. cit.*, p. 104).

³¹⁷ REDONDO, *op. cit.*, p. 185-186.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 186-188.

3.8 Estabilização da tutela antecipada antecedente e coisa julgada

O art. 502 do NCPC define o que é coisa julgada material, assim dispendo: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Percebe-se que entender o que acima exposto, deve-se de antemão saber o que é coisa julgada material e formal e o que é mérito. Para entendermos esses conceitos, insta observar que Marinoni e Mitidiero lecionam o que é sentença definitiva como a que analisa o fundo do litígio, pondo fim ao processo, ou seja, extinguindo-o com resolução do mérito. Ademais, os autores afirmam que há julgamento do mérito, quando o juiz valorou de forma expressa o pedido, ao passo que há resolução do mérito quando a autuação judicial circunscrever a reconhecer o fim do litígio em função de ato das partes ou de uma das partes. Portanto, mérito está relacionado à pretensão da parte trazida no pedido a ser apreciado. Na mesma toada, os autores acima citados asseveram que a sentença definitiva faz coisa julgada formal e material, o que significa que a mesma tem autoridade endoprocessual e extraprocessual, respectivamente, o que torna indiscutíveis as matérias nela decididas dentro e fora do processo. Dessa forma, coisa julgada entende-se como a imutabilidade decorrente de uma sentença de mérito.³¹⁹

Por outro lado, o § 6º do art. 304 do NCPC dispõe da seguinte forma: “A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”³²⁰ Pela interpretação literal do dispositivo, chega ao entendimento de que a decisão provisória estabilizada não faz coisa julgada. Destarte, dentro dos dois anos, qualquer das partes podem ajuizar uma ação no sentido no revir, reformar ou invalidar a decisão anterior que se estabilizou. Contudo, a pergunta que se faz é a seguinte: preclusos o prazo dos dois anos, tal decisão estabilizada faz coisa julgada? Nesse ponto, a doutrina diverge.

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 264.

³²⁰ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2015. Nesse ponto, os autores Gouveia Filho, Peixoto e Costa entendem que toda decisão tem um *dictum*, até mesmo a antecipatória, pois corresponde a um dizer concernente à pretensão processual a antecipar, antecipação da cognição, que não está revestida de indiscutibilidade, uma vez que admite revogação e modificação. (GOVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas. **Justificando**, 16 out. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>). Acesso em: 5 nov. 2015).

Os autores Gomes e Rudiniki Neto defende que o NCPC possibilita um processo antecedente em a demandante pode pleitear somente uma tutela de urgência, que pode estabilizar na falta do recurso do demandado. Logo, segundo os autores, o novo CPC reconhece uma nova modalidade de mérito *mutatis mutandis* a tutela cautelar no CPC/73, no qual se reconhecia o julgamento de mérito. Então, conclui os autores, argumentando que nada impede que seja atribuída a qualidade de coisa julgada, uma vez que a única diferença dessa tutela em relação à definitiva, com cognição exauriente é justamente o exercício do contraditório, que foi prescindido pelo demandado, argumental os autores.³²¹

Para os autores Didier Jr., Braga e Oliveira a coisa julgada recai sobre conteúdo da decisão, não sobre os efeitos. Dessa forma, a decisão que se estabilizou, o que se estabiliza são os efeitos, a eficácia da decisão, não o conteúdo, que continua discutível, ressaltam o autor. Como reforço de argumentação, os autores citam o art. 503, §1º, II, do NCPC, no qual dispõe que não estende coisa julga a questão incidental no caso de revelia.³²²

Os autores Didier Jr., Braga e Oliveira ensinam que, quando é concedida uma tutela antecipada de forma antecedente, tal decisão não é impugnada pela parte contrária, deve-se entender como parte o réu, o litisconsorte ou o assistente simples, por intermédio do recurso apropriado (agravo, tem em vista ser uma decisão interlocutória), ou outro meio de impugnação admitido, no prazo de 15 dias, que pode ou não coincidir com o prazo para aditamento. Diante disso, o processo será extinto, produzindo os efeitos decorrente da decisão, podendo a parte contrária ajuizar uma ação autônoma, no prazo de 2 anos, com o intuito de reformar, invalidar ou revisar a medida de antecipada. Não faz coisa julgada, obviedade, pois sequer houve a formulação do principal foi formulado, portanto não houve a resolução quanto ao mérito do pedido definitivo.³²³ Esse assunto também é tratado por Eduardo Talamini, ao comentar sobre o alcance objetivo e subjetivo de impugnação, quando assevera que a impugnação por um dos réus aproveitará para os demais que não impugnaram, desde que os fundamentos não digam respeito apenas ao impugnante.³²⁴

Já Daniel Mitidiero argumenta que a eficácia a qual o legislador brasileiro procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido *in albis* o prazo previsto para o exaurimento da cognição, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano. Para ele, após o transcurso de 2 anos, se a estabilidade dos efeitos somente será afastada na ação

³²¹ GOMES; RUDINIKI NETO, *op. cit.*, p. 170.

³²² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 612-613.

³²³ *Ibid.*, p. 604.

³²⁴ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 29.

exauriente, é evidente que: “[...] inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se inafastável. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível”.³²⁵

Todavia, o autor acima citado, assim como Eduardo Talamini³²⁶, argumenta que é legítima a criação pelo legislador de alternativas ao procedimento comum, podendo construir procedimentos sumários do ponto de vista formal (encurtamento do procedimento) e do ponto de vista material (cognição sumária), mas argumenta que é duvidosa constitucionalidade equiparar os efeitos do procedimento comum, em que é realizado pelo crivo do contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. Segundo ele, há uma incompatibilidade com o processo civil constitucional que orienta a obtenção de uma decisão justa. A limitação ao contraditório e a ampla defesa contrapõe-se com a com um processo justo cuja eficácia desse direito fundamental impede a formação da coisa julgada no transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição, cognição exauriente, podendo até mesmo após o transcurso dos dois anos, continuar sendo possível tal exaurimento até que os prazos de direito material atuem para a estabilização das situações jurídicas sobre a esfera jurídica das partes (prescrição, decadência).³²⁷

Já Heitor Vitor Mendonça Sica ensina que estabilidade não se confunde com imutabilidade, que está reservada a coisa julgada material. Assim a estabilização não faz coisa julgada, mas somente permite a execução definitiva, tendo em vista que o processo extinto pela não interposição de recurso não haverá resolução do mérito, mas decisão terminativa. Além disso, as partes podem propor uma ação autônoma para rever e reformar a decisão anterior com cognição exauriente e com decisão de mérito. Ademais, mesmo que as partes não ajuízem ação autônoma, a decisão estabilizada não tem feição positiva, ou seja, que deva ser observada pelos processos futuros entre as partes. Todavia, ressalta que o não exercício da ação no prazo de dois anos mais se coaduna com a aplicação da decadência, o que levaria a decisão estabilizada como de mérito.³²⁸

³²⁵ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 18. Nesse ponto, destaca Gouveia Filho, Peixoto e Costa asseveram que, após os dois anos sem o ajuizamento da ação autônoma, não faz coisa julgada, mas um fenômeno novo, a imutabilidade das eficácias antecipadas, que se constitui o meio termo da ampla mutabilidade da tutela antecipada incidental e a coisa julgada (GOVEIA FILHO; PEIXOTO; COSTA, *op. cit.*).

³²⁶ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 27-28.

³²⁷ *Ibid.*, p. 19. No mesmo sentido: NUNES; ANDRADE, *op. cit.*, p. 83.

³²⁸ SICA, *op. cit.*, p. 185-188.

3.9 A estabilização da tutela e a arbitragem

Segundo Eduardo Talamini, é inaplicável a estabilização da tutela antecipada pré-arbitral³²⁹, uma vez que é atuação da jurisdição estatal nesses casos é temporária e provisória, para suprir lacuna da atuação arbitral, intervenção meramente colaborativa, com escopo específico e limitado, para debelar um perigo de dano, quando o tribunal arbitral não puder atuar.³³⁰ Essa argumentação está consolidada na jurisprudência do STJ, no *leading case* REsp. 1.297.974/RJ.³³¹

Além do exposto acima, segundo o autor, se fosse admitida a aplicação da estabilização nas soluções pré-arbitrais, em vez de diminuir a carga de trabalho do Poder Judiciário, escopo do instituto que visa à racionalização da atuação judiciária, diante da conformação social com o resultado prático, poderia haver um aumento substancial do número de demandas provisórias. Ademais, argumenta o autor que o não exercício do direito de defesa por parte do demandado pode não representar a pacificação social, mas resultante de outros fatores diversos, o que funcionaria como um incentivo para a busca da tutela jurisdicional, antes da instauração da arbitragem.

Por último, insta observar que a Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem) foi alterada pela Lei 13.129/2015, de tal sorte as alterações prevalecem sobre o NCPC, no critério especialidade e temporalidade, em que indicou a quem pertence o ônus para a instauração da

³²⁹ Eduardo Talamini resume as principais características do juiz-arbitral: “ato negocial entre as partes protegido e incentivado pelo Estado. “[...] O árbitro, sujeito privado, não fundamenta sua posição na soberania estatal, como o juiz, mas na convenção celebrada entre as partes. A base de legitimidade da arbitragem não é nenhuma chancela ou outorga do Estado, mas a liberdade das partes. [...] O árbitro tem a tarefa de verificar e atuar as normas concretamente incidentes – e o faz como um terceiro, imparcial (não-parte), estranho, alheio às partes. [...] a arbitragem equivale à jurisdição. Daí aludir-se a ‘jurisdição privada’.” (TALAMINI, 2015, *op. cit.*, p. 137).

³³⁰ TALAMINI, 2015, *op. cit.*, p. 137.

³³¹ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido. (STJ - EDcl no REsp: 1297974 RJ 2011/0240991-9, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 28/08/2012, Terceira Turma, DJe. 04/09/2012).

arbitragem, a eficácia das medidas provisórias concedidas e a divisão dos trabalhos entre o juiz e o árbitro, *in verbis*:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.³³²

3.10 Estabilização de tutela e o seu caráter monitorio

A ação monitoria é tratada no CPC-73, nos arts. 1.102 – A, 1.1102–B e 1.102 – C, ao passo que o NCPC disciplina a ação monitoria nos arts. 700, 701 e 702. Analisando o disciplinamento da ação monitoria nos dois códigos, percebe-se que o NCPC trouxe algumas inovações, mas, grosso modo, o regramento geral permanece o mesmo, qual seja: alguém propõe a ação monitoria, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, cuja prova se refira ao pagamento de quantia em dinheiro, à entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel e, no novo código, ao adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 700 NCPC). Se evidente o direito, o juiz deferirá o mandado de pagamento, entrega ou execução, conforme a natureza da obrigação, para o réu o cumpra no prazo de 15 dias. Todavia, se não for realizado o pagamento, tampouco oposto os embargos monitorios, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial (art. 701 NCPC). Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor embargos nos próprios autos, que suspenderá a eficácia da decisão do juiz até o julgamento em primeiro grau (art. 702).

O autor Eduardo Talamini ressalta importantes detalhes acerca da ação monitoria que, embora baseado no CPC-73, merecem ser destacados, pois se aplicará a mesma ação no NCPC. Entre eles, podem-se citar: o manejo dos embargos pelo réu instaura o processo de cognição exauriente, seguindo o rito ordinário do processo comum de conhecimento; se não

³³² BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

houver a oposição dos embargos, o processo seguirá para a fase executiva, aplicando-se as regras de cumprimento de sentença; a não oposição dos embargos não fará coisa julgada, pois a decisão do juiz foi balizada numa cognição sumária, o que permitirá o réu rediscutir tal direito mediante a propositura de uma ação autônoma; há inversão do ônus do contraditório, que foi postergado, em razão da inércia do réu; a ação permitirá a rápida viabilidade do resultado prático, em razão da possibilidade do direito do autor.³³³

Diante do exposto, o autor acima mencionado destaca os principais traços da ação monitória, a saber:

a) mediante cognição sumária, busca-se acelerar a produção de resultados práticos (no modelo atual, isso se dá com a criação rápida de um título executivo – ou seja, um atalho para a execução); b) atribui-se força preclusiva intensa à inércia do réu (no modelo atual, sua omissão implica a constituição de título executivo ‘de pleno direito’); c) transfere-se ao réu o ônus de instauração de processo de cognição exauriente; d) não há produção de coisa julgada material.³³⁴

Comparando a ação monitória com a estabilização da tutela antecipada, Eduardo Talamini chega à conclusão de que ambas possuem todas as características essenciais, com a ressalva de que a estabilização da tutela antecipada se apresenta como mecanismo geral que terá aptidão para monitorar o processo civil brasileiro. Dessa forma, o autor apresenta as características compartilhadas por ambas, citadas abaixo:

a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em permanecerá por tempo indeterminado – de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente. Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não haverá coisa julgada material.³³⁵

3.11 Outros pontos controvertidos acerca da estabilização da tutela

O advogado e professor Heitor Vitor Mendonça Sica é autor do trabalho intitulado *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, em que mostra os pontos que poderão gerar controvérsias na aplicação do NCPC quanto à aplicação da estabilização da tutela antecipada. Nesse sentido, a seguir serão abordados alguns pontos controvertidos acerca da estabilização de tutela antecipada, que ainda não

³³³ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 22-23.

³³⁴ *Ibid.*, p. 24.

³³⁵ *Ibid.*, p. 25.

foram comentados, tendo como base o trabalho acima mencionado. Destarte, segue os pontos que merecem destaque:

- 1) Uma situação controvertida apresentada pelo autor diz respeito à apresentação de elementos fáticos –probatórios eloquentes após a expiração do prazo de interposição do recurso por parte do réu serem capazes de convencer o juiz a revogar ou modificar a decisão provisória, em vez de extinguir o feito, mesmo que tal decisão já esteja estabilizada;³³⁶
- 2) Outro ponto destacado pelo autor trata da possibilidade de estabilização de tutela parcial, apesar de o código ter previsto apenas para a tutela total, no caso de inércia do réu. Dessa forma, havendo pedido simples ou cumulação simples do autor, o juiz pode conceder só parte do pedido ou somente um dos pedidos, assim como o réu pode ter recorrido só de parte do pedido ou ter-se insurgido apenas contra um dos pedidos. Todavia, entende o autor não ser cabível a estabilização de tutela antecipada quando o pedido for subsidiário;³³⁷
- 3) O autor também traz à lume a problemática relacionada à estabilização de tutela antecipada quando se tratar de direitos indisponíveis. Para ele, não se pode admitir, pois não há previsão legal da aplicação de todos os efeitos da revelia. Ademais, destaca o autor que se torna impossível a estabilização de tutela em relação aos incapazes, uma vez que não podem ser responsabilizados pela inércia do seu representante;³³⁸
- 4) Outra situação controversa diz respeito à possibilidade de estabilização em favor do demandado. O autor defende não ser possível, tendo em vista que o instituto se aplica exclusivamente ao demandante que roupe a inércia da jurisdição. Além disso, a tutela antecipada em favor do réu ocorre de forma incidental e não de forma antecipada;³³⁹
- 5) Outra questão que objeto de dúvida quanto à sujeição da decisão estabilizada à remessa necessária. O autor rechaça tal possibilidade, uma vez que o art. 496 do NCPC, que dispõe sobre as hipóteses de cabimento de remessa necessária, restringe-se a sentença ou a decisão que julga procedentes os embargos à execução fiscal. Assim, a decisão que antecipa os efeitos não se amolda ao conceito de sentença, exceto a prevista no art. 304, §1º do NCPC, decisão que

³³⁶ SICA, *op. cit.*, p. 188-189.

³³⁷ *Ibid.*, p. 185-188.

³³⁸ *Ibid.*, p. 190.

³³⁹ *Ibid.*, p. 191.

extingue o processo, mas nesse caso não pode ser considerada a Fazenda Pública na condição de ré, destaca o autor;³⁴⁰

- 6) Outra questão tratada pelo autor diz respeito aos impactos da superveniente ação autônoma sobre a tutela estabilizada. Como o autor considera que a execução da tutela estabilizada ocorre em caráter definitivo, tão somente o ajuizamento da ação não teria o condão de paralisar a execução da decisão estabilizada. Para tanto, deveria o réu na decisão estabilizada e autor da demanda autônoma convencer o juiz quanto à necessidade da concessão de uma tutela antecipada a fim de paralisar os efeitos. A decisão na ação autônoma poderia também estabilizar-se, com a possibilidade de repetição do ciclo *ad infinitum*;³⁴¹
- 7) Outras duas questões, que para o autor não restam dúvidas quanto à solução, mas que merecem ser comentadas. A primeira diz respeito à impossibilidade da estabilização de tutela antecipada em processo coletivo, pois, ter-se-ia que admitir a ação coletiva passiva, o que não é pacífico na doutrina; segundo, a impossibilidade da estabilização de tutela antecipada em sede de ação rescisória, tendo em vista que esta visa combater coisa julgada material, que possui assento constitucional, o que não é compatível com uma antecipação de tutela, baseada numa cognição sumária.³⁴²
- 8) Por último, o autor apresenta um possível questionamento que não existe uma resposta pronta ainda. O questionamento é o seguinte: ao limitar o cabimento de estabilização de tutela apenas a tutela antecipada antecedente, é possível que o autor peça uma tutela antecipada antecedente e autônoma, mas que os magistrados entendam tratar-se de um pedido de tutela meramente cautelar, que não admite a estabilização? Nesse caso, volta-se a celeuma e a discussão vivenciada no passado, que existia anterior a Lei N° 10.444/2002, que acrescentou o §7° ao art. 273 do CPC-73, instituidor da fungibilidade entre as tutelas, quando houvesse fundadas dúvidas se o provimento é cautelar ou satisfativo, a exemplo da separação de corpos e sustação de protesto. O autor conclui que existe distinção entre as tutelas e ela é útil, mas no caso de fundada

³⁴⁰ SICA, *op. cit.*, p. 191.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 192.

³⁴² *Ibid.*, p. 193.

dúvida, o mais consentâneo era haver procedimento diferenciado em o NCPC tentou unificar.³⁴³

Em relação ao item 3, o autor Eduardo Talamini, em complemento, sob a ótica do CPC/73, antevê algumas situações em que a estabilização pode encontrar óbices, levando em conta às encontradas pela ação monitória. Entre as situações previstas pelo autor, podem-se mencionar quando a citação for ficta (réu citado por hora certa ou por edital); quando o réu for incapaz sem representação, ou os interesses dele forem colidentes com os dos representantes; ou quando o réu estiver preso. Para essas situações, segundo o autor, não se imputa ao réu a estabilização, devendo ser designado um curador especial o qual deverá promover a defesa do réu.

Ademais, o autor aponta também como hipótese em que não caberá a estabilização quando a causa envolver direitos indisponíveis, por com esses incompatíveis, como, por exemplo, a exoneração de alimentos; assim como nas ações contra a Fazenda Pública. Quanto a essa última, será tratar com mais vagar no tópico seguinte. Além dessas situações, o autor argumenta não ser possível a tutela estabilizar-se nas ações declaratórias e constitutivas, uma vez que só servirá ao interessado se estiver revestida da estabilidade de coisa julgada, do contrário, traria insegurança jurídica, em face da possibilidade da reabertura da discussão.³⁴⁴ Em relação a esse último assunto, ressalte-se que a temática já foi debatida no tópico 3.1 deste trabalho.

Em relação ao item 5, vale destacar o texto do diploma legal, o parágrafo primeiro do art. 304 que disciplina o seguinte: “No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.” Para compreender o que afirma o excerto deve sistematizá-lo com a leitura do *caput* e com o inciso I, § 1º, art. 303, que abrange duas hipóteses, concessão ou não da tutela antecipada antecedente. Se concedida a tutela antecipada, o autor tem o prazo de 15 dias para aditar a petição inicial com complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido da tutela final, nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais, do contrário, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, §2º, do NCPC). Caso não haja a concessão, o prazo para o aditamento são de 5 dias, sob pena da petição ser indeferida e o processo ser extinto sem resolução do mérito. Entretanto, em se tratando de estabilização de tutela antecipada, o que interessa é o procedimento de concessão.

O autor Bruno Garcia Redondo, em relação à extinção do processo, visualiza-se que a decisão que extingue o processo pode ser sem resolução do mérito (terminativa) ou com

³⁴³ SICA, *op. cit.*, p. 193-195.

³⁴⁴ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 25-26.

resolução do mérito (definitiva). Nessa situação, para o autor, trata-se de uma sentença de mérito, tendo em vista que se fosse terminativa, estaria balizado em um vício insuperável, o que não ocorre. Todavia, tal decisão, que extingue o processo e mantém os efeitos da tutela antecipada antecedente apesar de ser definitiva, não faz coisa julgada. Ademais, afirma o autor que a decisão que deferiu a tutela antecipada, indubitavelmente é interlocutória, tendo em vista que é baseada numa sumária, que pode ser modificada posteriormente.³⁴⁵

No que concerne ao item 8, vale apenas citar Eduardo Talamini o qual leciona que o projeto original do NCPC, apresentado no Senado Federal havia a previsão tanto da tutela cautelar antecedente como da tutela antecipada antecedente, mas na Câmara dos Deputados só restou a previsão para a última. Destaque-se que o autor confirma o que dito nesse trabalho na parte histórica do direito pátrio. Segundo o autor, não fazia sentido manter por tempo indeterminado uma tutela apenas conservativa. Todavia, ele prevê que poderá haver o aumento das disputas classificatórias entre tutela cautelar e antecipada. Além disso, o autor apresenta um agravante, uma vez que o NCPC não prevê a fungibilidade recíproca, entre cautelar e antecipada. Nesse sentido, o autor entende que o código disse menos do que devia, devendo o juiz sempre fazer a correção quando o processamento se mostrar equivocado.³⁴⁶ No mesmo sentido, Bruno Garcia Redondo defende que seja permitida fungibilidade das tutelas provisórias, embora o código essa possibilidade não esteja prevista no NCPC.³⁴⁷

3.12 A tutela antecipada nas ações contra a Fazenda Pública e a possibilidade de estabilização

Nesse ponto, serão tratados alguns aspectos importantes acerca da tutela antecipada nas ações contra a Fazenda Pública, numa perspectiva histórica e atual, no plano no plano legislativo, doutrinário e jurisprudencial, correlacionando os posicionamentos firmados nesses planos, quando vigia o CPC/73, com as possíveis alterações operadas pelo NCPC, sobretudo com a possibilidade de estabilização de tutela antecipada.

³⁴⁵ REDONDO, *op. cit.*, p. 176.

³⁴⁶ TALAMINI, 2015, *op. cit.*, p. 136.

³⁴⁷ REDONDO, *op. cit.*, p. 171.

3.12.1 Panorama Geral – perspectiva histórica e atual

Primeiramente, insta observar o que venha ser Fazenda Pública. Para Leonardo Carneiro da Cunha a expressão Fazenda Pública designa como a parte da Administração Pública que cuida das finanças e da implementação de políticas públicas. Em outras palavras, o autor ressalta: “Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público.”³⁴⁸

Depois de conceito inicial, é premente ressaltar que a antecipação de tutela nas ações contra a Fazenda Pública está atualmente disciplinada pela Lei Nº 9.494/97. Contudo, até o advento dessa lei, sobretudo a com a introdução da tutela antecipada no CPC/73 pela Lei Nº 8.952/94, segundo Cassio Scarpinella Bueno a doutrina e a jurisprudência se debatia acerca do cabimento ou não. Consoante o mesmo autor, os óbices apontados por aqueles que defendiam o não cabimento eram três, quais: o reexame necessário, pois as decisões contra o Poder Público só poderiam surtir efeitos depois de confirmada pelo tribunal; o regime de precatório ou requisição de pequeno valor, os quais exigem o trânsito em julgado da decisão, impedindo a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; a proibição das cautelares satisfativas contra a Fazenda Pública, pois esgotava o objeto da ação, conforme estava disciplinado no §3º do art. 1º da Lei 8.437/92, que passou a ser disciplinado pelo art. 273 do CPC/73.³⁴⁹

Os autores Didier Jr., Braga e Oliveira rechaçam os óbices apontados porque, no caso de reexame necessário, esse só se aplica a sentença e não a decisão interlocutória, meio pelo qual usualmente se concede a tutela antecipada, sem contar que, já nessa época se admitia antecipação de tutela contra o Poder Público, como nas ações possessórias e mandado de segurança. Em relação à segunda objeção, argumentam os autores nada impediria a concessão de tutela antecipada com o depósito judicial da quantia, que só seria levantado quando do julgamento da demanda definitiva, assim como também não haveria objeção quanto às obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa certa. Por último, no que diz respeito à terceira objeção, os autores argumentam que só haveria esgotamento da tutela no caso de o objeto da ação ser irreversível e definitiva. Insta observar que, além dos três principais óbices acima mencionados, os autores citam também a presunção de legitimidade do ato

³⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 15.

³⁴⁹ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 118-119.

administrativo, a falta de receio de dano no concerne à Fazenda Pública e a inviabilidade de tutela provisória de evidência punitiva.³⁵⁰

Mesmo diante das objeções apontadas, atualmente é indiscutível o cabimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública por duas razões: primeiro, se veio uma lei para regulamentar é porque o próprio legislador admite o cabimento³⁵¹; segundo, os óbices acima mencionados não são capazes de obstar a concessão de tutela antecipada, tendo em vista que a proibição não se coaduna com as regras constitucionais aplicadas ao Código de Processo Civil, de tal sorte que basta o demandante demonstrar na ação que os pressupostos da concessão da tutela antecipada estão presentes.³⁵²

Apesar a tese de não cabimento já está superada, a própria lei traz restrições quanto ao cabimento, reportando-se no seu art. 1º à Lei nº 8.437/92 e às vetustas leis que regulavam o mandado de segurança nas ações contra a Fazenda Pública, quais sejam: Lei nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66, atualmente disciplinado pela Lei 12.016/09, que também faz referência às restrições, unificando-as numa ordem jurídica única, segundo Leonardo Carneiro da Cunha³⁵³. Contudo, a aplicação de tal artigo gerou controvérsia, uma vez que a Justiça Federal deferia a tutela antecipada, reconhecendo a inconstitucionalidade das restrições criadas pelo próprio legislador, ao passo que o próprio STJ indeferia pedido cujo objeto fosse uma das restrições.³⁵⁴ Vale ressaltar que tal artigo foi objeto da ADC Nº 4/DF, em 1997, cujo julgamento definitivo da ação ocorreu em 01.10.2008, em que, por maioria de votos, o STF julgou procedente a ação, reconhecendo a constitucionalidade do referido artigo da lei.

Em contrapartida, antes mesmo do julgamento definitivo da ADC, as algumas restrições já foram inseridas pela Medida Provisória 2.180/01, que deixou de ser reeditada, valendo até seja convertida, conforme determinação Emenda Constitucional nº 32/2001, no próprio texto da Lei 9.494/97, no seu art. 2º-B, que assim dispõe: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá

³⁵⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 632-635.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 635.

³⁵² BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 119.

³⁵³ CUNHA, *op. cit.*, p. 264.

³⁵⁴ Essa explanação encontra-se na própria redação da ementa da decisão monocrática do pedido liminar da ADC Nº 4/DF, de lavra do Relator Ministro Sydney Sanches. Insta observar que consta na ADC como propositores da ação os seguintes legitimados: Presidente da República, Mesa do Senado e Mesa da Câmara. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1689599>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

ser executada após seu trânsito em julgado”.³⁵⁵ Essas restrições têm sido interpretadas restritivamente pelo STF, de forma a afinar as restrições com o entendimento da corte³⁵⁶, ou negando algumas reclamações constitucionais quando entende cabível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.³⁵⁷⁻³⁵⁸

Superada a questão do cabimento da antecipação da tutela nas ações contra a Fazenda Pública, é importante destacar que depois das alterações do art. 100 da Constituição federal de 1988, promovidas pelas Emendas Constitucionais ns. 30/2000 e 62/2009, as quais atrelaram o pagamento ou a expedição do precatório ao trânsito julgado do processo. Todavia, o autor Cassio Scarpinella Bueno argumenta que essa restrição não se mantém por dois motivos: as emendas são inconstitucionais por terem respeitados constitucionais também, mas anteriores e impositivas e, segundo, porque são precipitadas as regras constitucionais que não deixa espaço para a concessão jurisdicional da tutela antecipada.³⁵⁹ Além dessa exigência, outra situação desfavorável ao demandante é o fato de a Fazenda Pública poder impugnar a decisão antecipatória tanto por meio de agravo de instrumento (art. 1.015 do NCPC) quanto por reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 1, CF/88), sem contar com a possibilidade do pedido de suspensão da medida, dirigido ao presidente do tribunal responsável para conhecer o recurso (art. 4º da Lei nº 8.437/92 e §2º do art. 15 da Lei nº 12.016/09).³⁶⁰

É imperioso observar que o NCPC, art. 1.059, nas disposições finais e transitórias, dispõe: “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.” Essa influirá em que a concessão de tutela provisória? Para Didier Jr., Braga e Oliveira entende que o NCPC substancialmente manteve o mesmo regramento, com a revogação implícita do art. 1º da Lei nº 8.437/92 e a simplificações das restrições, preservando as seguintes:

³⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

³⁵⁶ Súmula Nº 729 do STF: “A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015).

³⁵⁷ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 121.

³⁵⁸ CUNHA, *op. cit.*, p. 268.

³⁵⁹ BUENO, 2013, *op. cit.*, p. 124.

³⁶⁰ CUNHA, *op. cit.*, p. 269.

- a) “classificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009);
- b) medida “que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação” (art. 1º, §3º, Lei n. 8.437/1992) – que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade (cf. art. 300, §3, CPC), com já se disse; e, enfim,
- c) a impugnação em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, via mandado de segurança, à competência originária do tribunal – ressalvados a ação popular e a ação civil pública (art. 1º, §§1º e 2º, Lei 8.437/1992).³⁶¹

O autor Cassio Scarpinella Bueno critica a opção do legislador no que diz respeito à localização desse regramento na parte final do código. Assim como os autores anteriores, o autor citado leciona que são as seguintes restrições as quais passarão a proibir ou a impugnar a concessão de tutela provisória: suspensão de segurança, proibição de tutela provisória que defira a compensação de créditos tributários e previdenciários, proibição de tutela provisória se o ato já estiver contrastado por mandado de segurança, ato que reclamaria competência originária de tribunal; concessão de tutela provisória que esgote no todo ou em parte o objeto da ação, entre outras. Diante disso, o autor questiona a constitucionalidade do artigo no concerne às restrições e à suspensão de tutela provisória. O autor entende que ambas as previsões são inconstitucionais porque o diploma legal previu restrições do que já está assentado e garantido, sem previsão de restrições, e porque o código, ao definir a possibilidade de suspensão de segurança, está legislando sobre competência, o que afeito apenas à Constituição federal.³⁶²

3.12.2 Estabilização da tutela antecipada antecedente nas ações contra a Fazenda Pública

Percebe-se que, diante do acima exposto, quando se trata de ações contra a Fazenda Pública, a sistemática da tutela antecipada se reveste de particularidades não encontradas quando as partes, em ambos os polos, são outras. Com o advento do NCPC, positivou-se um instituto novo, qual seja, a estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente. Diante disso, a pergunta se faz de pronto é a seguinte: a estabilização de tutela antecipada antecedente aplica-se à Fazenda Pública?

À mingua de literatura acerca do assunto, vale apenas mencionar o posicionamento de Bruno Garcia Redondo, para quem é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente, dada à semelhança entre o instituto e a ação monitória, ressaltando que: primeiro, cabe ação monitória contra o Poder Público, consagrado na Súmula nº 339 do

³⁶¹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 632.

³⁶² BUENO, 2015, *op. cit.*, p. 241-244.

STJ³⁶³; segundo, não haverá coisa julgada, podendo o Poder Público propor uma ação autônoma no prazo de dois anos. Nesse ponto, vale frisar que o autor defende o entendimento segundo o qual, se houve precluso o prazo acima sem a propositura da ação, haverá formação de coisa julgada material.³⁶⁴

Prosseguindo, como foi dito no tópico sobre o caráter monitorio da estabilização da tutela antecipada antecedente, o autor Eduardo Talamini não admitia no trabalho acerca da monitorização do processo civil brasileiro que as ações contra a Fazenda Pública se submetesse à estabilização. As razões para esse entendimento segundo o autor decorria do fato de que, fazendo uma leitura dos precedentes que embasaram a Súmula nº 339 do STJ nem todos a admitia a aplicação da ação monitoria aos entes públicos, sendo que, mesmo os que admitiam, não concordavam com a formação automática do título executivo. Outro argumento do autor diz respeito ao fato de que a ação monitoria contempla só a cobrança de direitos obrigacionais, o que a torna diferente da estabilização da tutela antecipada que, em tese, aplica-se a qualquer tipo de medida urgente antecipatória.³⁶⁵

Todavia, o trabalho de Eduardo Talamini é de 2012, bem anterior ao NCPC, que passou a prever a possibilidade de ação monitoria contra a Fazenda Pública, de forma expressa, (art. 700, §6º, do NCPC), assim como ampliou o rol das obrigações, admitindo-se ação monitoria nas obrigações de pagar quantia certa, nas obrigações de entregar coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel e nas de fazer ou não fazer. Diante disso, os óbices apresentado pelo autor, em parte foram elididos pelo novel, o que nos leva a crer que o posicionamento do atual do autor seja outro, advogando o cabimento da estabilização.

Vale ressaltar, como debatido no tópico 3.4, apesar das vozes discordantes de alguns doutrinadores, a doutrina pátria inclina-se em reconhecer que somente o agravo de instrumento é o meio hábil para impugnar a decisão com potencialidade de se estabilizar, exigência do próprio código, quando destaca a palavra “recurso”. Dessa forma, a impugnação por meio de suspensão de liminar não é meio hábil para inibir a estabilização, assim como a remessa necessária, sendo essa sequer cabível, pois o código só prever tal impugnação *ex officio* quando a manifestação judicial se der por meio de sentença (art. 496 do NCPC), qualidade essa que não pode ser atribuída à decisão interlocutória que se estabiliza, pois é terminativa e sem julgamento do mérito do pedido principal, embora haja doutrinadores que

³⁶³ Súmula nº 339 do STJ: “É Cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015).

³⁶⁴ REDONDO, *op. cit.*, p. 171.

³⁶⁵ TALAMINI, 2012, *op. cit.*, p. 26.

possuem o entendimento que, com a extinção do processo, tem-se uma decisão com resolução do mérito, projetando os efeitos da decisão para fora do processo.³⁶⁶

³⁶⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 216.

4 CONCLUSÃO

Abaixo estão delineadas as conclusões deste trabalho, ressaltando que elas foram traçadas não com intuito de tornar verdades absolutas, que não possam ser objeto de contestação, assim como o autor do trabalho não tem a pretensão de ser um visionário, que adivinhará os contornos que o instituto receberá, daqui a alguns anos, da jurisprudência pátria. As considerações abaixo descritas representam um olhar dos vários possíveis em relação aos contornos do instituto da estabilização da tutela antecipada e procedimento a ela referente, baseadas numa doutrina atual que já estudaram as particularidades do novo instituto, atendendo aos objetivos inicialmente propostos e cumpridos com a conclusão do trabalho. Diante disso, seguem as considerações:

1. É cediço que o CPC/73 nos últimos anos passou por várias reformas, como, por exemplo, a criação da tutela antecipada, também foram instituídos novos procedimentos, como o procedimento monitório, tudo, com intuito de tornar a tutela efetiva, adequada e tempestiva. Com o advento do NCPC, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, na trilha das reformas do legislador ordinário, além da unificação procedimental em relação tutela antecipada e tutela cautelar, o código passou a estabilização da tutela antecipada satisfativa antecedente como forma de redistribuir o ônus pernicioso do tempo entre o demandante e o demandado, uma vez que não razoável que esse recaia somente sobre o demandante, o que privilegia a igualdade entre as partes, rompendo a neutralidade do processo.
2. Para entender o regramento ao qual se submete o novo instituto, é indispensável entender que ele está dentro do livro V do NCPC da parte geral, o qual o legislador denominou de tutela provisória, que essa se desdobra em tutela de urgência e tutela de evidência (não precisa demonstrar o periculum in mora). Aquela, por sua vez, desdobra-se em tutela antecipada e cautelar, que podem ser concedidas de forma antecipada ou incidental, com os mesmos pressupostos para a concessão. Na primeira parte, insta observar que o legislador previu um regramento geral para todas as tutelas, quando tratou da gratuidade de custas na tutela provisória incidental, da precariedade da tutela sumária, do poder de tutela geral, da necessidade do juiz motivar, de forma clara e precisa, as decisões tomadas no âmbito da tutela provisória, por fim, e da competência do juízo apreciar o pedido de tutela provisória. Já em relação

a tutela sumária, primeiro o legislador tratou com um regramento geral a tutela de urgência, em que previu a regra sobre os pressupostos, que agora são os mesmos de tutela antecipada e cautelar; acerca também da possibilidade do juiz exigir alguma garantia para concessão de tutela de urgência, do momento em que pode ser concedida da tutela, da impossibilidade da concessão da tutela em caso de irreversibilidade dos efeitos da decisão e da responsabilidade objetiva do demandante que, por conta da efetivação da tutela, causar dano a parte adversa. Já em relação à atuação da tutela sumária, mais especificamente a tutela antecipada satisfativa antecedente, recebeu uma nova roupagem no NCPC, permitindo não só resolver situações de emergência, mais também, possibilitando a economia processual, em razão das partes se conformarem com a decisão com cognição sumária, com regramento específico (arts. 303 e 304 do NCPC), em vez de provocar um juízo com cognição exauriente, com o aprofundamento da cognição.

3. O legislador previu a estabilização para a tutela antecipada, sendo inviável a aplicação de tal instituto à medida cautelar, uma vez que cautelar subsiste por tempo indeterminado, mas possibilitar a satisfação do direito material. Contudo, o projeto original, o qual foi modificado pelo Senado Federal e encaminhado para a Câmara dos Deputados, previa a possibilidade de estabilização para as tutelas conservativas. Insta observar ainda, embora o NCPC não permita a estabilização da tutela antecipada, concedida no curso do processo, de forma incidental, tal possibilidade estava prevista no projeto de lei nº 186/2005, encampado pelo Instituto Brasileiro de Processo Civil, sem contar que, nos países os quais influenciaram o Brasil na positivação do instituto no NCPC, quais sejam, França e Itália, há previsão de estabilização dos provimentos provisórios incidentais e em contraditório, só havendo o prosseguimento do processo em busca de uma cognição exauriente se houver pedido expresso de uma das partes, qual seja, a demandada.
4. De antemão, vale consignar que tutela antecipada antecedente é aquela que confere ao demandante o direito subjetivo do gozo imediato das vantagens do direito que só teria acesso com a sentença de mérito, o que demonstra que é uma tutela diferenciada. Por outro lado, a estabilização da tutela satisfativa antecedente é aquela favorável ao autor, numa cognição sumária, não recorrida pelo demanda pelo réu, afastando o perigo da demora e ofertando

resultados efetivos e imediatos, o que prestigia a economia processual e a manifestação de vontade das partes, tornando-se a decisão sumária autônoma em relação à tutela definitiva em razão da sua desvinculação.

5. Em relação ao procedimento para a estabilização da tutela antecipada, apesar das divergências doutrinárias em vários pontos do iter a ser seguido pelo operador do direito, este trabalho apresenta a seguir um procedimento, baseado no próprio código e na doutrina mais abalizada, entendendo ser ele o mais consentâneo com a lógica estabelecida pelo legislador para a estabilização da tutela antecipada, para a autonomização da decisão que se estabiliza e, por conseguinte, para a monitorização do processo. Dessa forma, a estabilização da tutela satisfativa antecedente, segundo as seguintes condições: o juiz deve conceder a tutela antecipada satisfativa antecedente, de forma inaudita altera parte, ou mediante justificação prévia, quando o demandante não conseguir levar aos autos provas pré-constituídas. Para tanto, deve demandante pedir o provimento sumário na petição inicial com somente a indicação do pedido principal, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, *fumus boni iuris e periculum in mora*, desde que o autor indique na exordial que quer se valer desse benefício. Ademais, na inicial o demandante deve indicar o valor da causa, levando em conta o pedido principal. A medida pode ser indeferida, nesse caso, o demandante terá 5 dias para emendar a inicial, sob pena de indeferida a petição e o processo ser extinto sem resolução do mérito. Por outro lado, caso a decisão seja deferida no juízo de primeiro grau, primeiro, intima-se o réu para cumprir a decisão e, se quiser, recorrer, interpondo agravo de instrumento no prazo de 15 dias, contados a depender da forma como o réu foi intimado (art. 231, incisos I ao VI do NCPC), seguindo o processo o procedimento comum, que dependerá do aditamento do pedido principal, no prazo mínimo de 15 dias, pois, do contrário, o processo será extinto, sem resolução do mérito. Não havendo recurso, a decisão anterior se estabiliza, e o processo será extinto sem resolução de mérito do pedido principal, mas com a estabilização da decisão que antecipou alguns efeitos da sentença de mérito. Nesse caso, o aditamento é dispensável, a não que o demandante queira que o processo prossiga para o aprofundamento da cognição, a fim de obter uma decisão uma decisão

definitiva com aptidão para fazer coisa julgada, mas opção do legislador foi outra, no sentido de que, o demandante poderia ter feito antes a escolha da estabilização, quando do ajuizamento da ação, à pretensão inicial do provimento sumário. Ademais, não mais faria sentido a legitimidade do autor para o ajuizamento da ação autônoma, no prazo de dois anos, uma vez que o código disciplina que ambas as partes podem ajuizá-la. Nesse caso, o mais consentâneo é que o legislador tivesse permitido esse ajuizamento apenas ao demandado, tendo esse o ônus da prova para desconstituir a decisão estabilizada. Vale frisar que prazo que ambas as partes dispõem para o ajuizamento da ação autônoma é decadencial, conforme consenso doutrinário, e durante o período mencionado não faz coisa material, opção do próprio legislador.

6. A decisão proferida na tutela antecipada, apesar de produzir seus efeitos em relação ao direito material, mas como é baseada uma cognição sumária, não faz coisa julgada, conforme §6º do art. 304 do NCPC. O problema está em saber se tal decisão faz coisa julgada, passados *in albis* os dois anos sem que as partes ajuízem uma ação autônoma a fim de rediscutir o mérito e aprofundar a cognição. Nesse caso, a doutrina majoritária, com razão, opina no sentido de que o provimento provisório mesmo assim não se reveste de coisa julgada, pelos seguintes motivos: primeiro, nos países que há previsão dos mesmos institutos e que influenciaram o legislador pátrio não reconhecem autoridade de coisa julgada para o provimento satisfativo antecedente; segundo, ao se admitir que provimento provisório, baseada numa cognição sumária, seja equiparado ao provimento definitivo, haverá violação ao mandamento constitucional em que se garante a ampla defesa e o contraditório, tendo em vista que a cognição sumária limita o exercício desses. Ademais, como não faz coisa julgada material, não cabe ação rescisória, sendo possível o ajuizamento da ação autônoma para impugnação de decisão estabilizada, até que a coisa julgada advenha de uma regra do direito material, como prescrição e decadência. Dessa forma, o novo instituto possibilita resolver situações momentâneas do direito material sem se valer da definitividade.
7. Em relação às custas processuais e aos honorários advocatícios nas decisões estabilizadas, não se deve criar qualquer objeção no sentido de que se

reconheça o direito do demandado de isenção das custas processuais, uma vez que a pretensão do demandante não restou resistida, assim como não se deve retirar o direito do demandado ao pagamento de 5% dos honorários advocatícios, de acordo com a aplicação analógica do art. 700 do NCPC.

8. Em relação à estabilização de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, percebe-se ser plenamente possível em virtude dos seguintes fatores: embora a Fazenda Pública se submeta à lei específica no que concerne à tutela antecipada, o NCPC quando tratou da Fazenda Pública ou de tutela provisória não apontou qualquer restrição da aplicação do referido instituto. Sem embargo de a Fazenda Pública poder lançar mão de suspensão liminar e remessa necessária nas ações proferidas contra ela, aquela forma de impugnação e essa condição de eficácia não são hábeis para impugnar a decisão que concedeu o provimento provisório, mas tão somente o agravo de instrumento. Então, nesse aspecto, o ente público não deve receber qualquer tratamento diferenciado, salvo o próprio prazo para interposição do recurso, ressaltando que a previsão do art. 1.059 do NCPC veio tão só para reafirmar às limitações de concessão de tutela antecipada, já previstas em leis anteriores e declaradas constitucionais pelo STF, do que criar restrição nova ou legislar sobre competência.
9. Comparando a estabilização da tutela satisfativa antecedente do NCPC do direito pátrio com a estabilização dos provimentos provisórios dos dois países acima citados, conclui-se que o legislador brasileiro desvirtuou o instituto, colacionando regras do art. 273 e do art. 798 e ss. do CPC/73, numa espécie de miscelânea de normas, tudo na tentativa de aproximar, com unificação procedimental, com a previsão dos mesmos pressupostos, a tutela antecipada e tutela cautelar, espécies de tutela de urgência ontologicamente diferentes, que o próprio legislador deu tratamento diferenciado, ao prever procedimentos específicos, quando as tutelas forem pleiteadas na forma antecedente. Vale ressaltar que a crítica aqui não é por conta da tentativa de uniformização procedimental das tutelas de urgência ou em razão da previsão da possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, que são elogiáveis, mas sim, pela forma como foi positivada, com vários problemas de harmonização de regras e até mesmo a falta de regras para possibilitar a harmonização e a sistematização dos institutos, criando um campo fértil para a

discussão doutrinária. De toda forma, com algumas correções, retoques pelo próprio legislador e, sobretudo, com os contornos traçados pelo Poder Judiciário, espera-se que esses problemas sejam minimizados.

10. O trabalho foi de grande valia para o aprofundamento do conhecimento acadêmico e pessoal, uma vez que esse é dos temas mais imbricados no NCPC, em razão das profundas mudanças no plano legislativo, sobretudo com a tentativa de unificação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, com a revogação dos procedimentos específicos das cautelares típicas do CPC/73 e com a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa antecedente no NCPC. Apesar de esse trabalho não ter esgotado a temática, ele apresentou os aspectos principais que são alvos de extremos debates na doutrina na seara processualista civil.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Paula Cristina de Abreu. **Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França.** 2011. 193 f. Dissertação (Mestrado em processo civil e do trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer aos Projetos de Lei ns. 6.025 e 8.046, ambos de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.046, de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 5 nov. 2015.

_____. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Presidência da República. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Presidência da República. Decreto nº 678, 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Presidência da República. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Presidência da República. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho

de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 186, de 2005. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/5724.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Senado Federal. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 166, de 2010, ao Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147664&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1178665 SC 2010/0022202-2, Rel. Ministro Napoleão Nunes, Primeira Turma, j. 05/05/2012, DJe 21/05/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21841045/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1178665-sc-2010-0022202-2-stj>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1297974 RJ 2011/0240991-9, Relatora: Min. Nancy Andrichi, j. 28/08/2012, Terceira Turma, DJe. 04/09/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22379735/embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-no-resp-1297974-rj-2011-0240991-9-stj>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 366005 RS 2001/0135305-0 Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 17/12/2002, Segunda Turma, DJ. 10/03/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7500449/recurso-especial-resp-366005-rs-2001-0135305-0>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 DF, Rel. Ministro Sydney Sanches, j. 27/11/1997, DJ. 11/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1689599>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Weliton. Método ou ciência?. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 180, p. 139-145, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176559/000848846.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O “Direito Vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para a concessão**. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM). Enunciados aprovados. In: SEMINÁRIO: O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015. **Anais...** Brasília: ENFAM, 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

FERREIRA, Roberto Schaan. A influência dos fatores metajurídicos no sistema de direito privado “Modelo Aberto Externo”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 114, p. 381-396, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176085/000472928.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23-43, abr. 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **R. Jur. UNIJUS**, Uberaba-MG, v. 10, n. 12, p. 177-196, maio 2007.

GOMES, F. A; RUDINI NETO, R. Estabilização de tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 161-176.

GOVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas. **Justificando**, 16 out. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 199-222.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e a sua estabilização. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 11-37, mar. 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo: Parte I**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KOEHLER, F. A. L; MIRANDA, G. E. T. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 145-160.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Estabilização da Tutela Antecipada. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no código de processo civil. **Revista Eletrônica (edição especial) Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região sobre Novo Código de Processo Civil**, v. 4,

n. 39, p. 15-16, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Acesso em: 25 set. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Código de Processo Civil para concursos**. 5 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no Novo CPC e o mistério da ausência de formação de coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 61-94.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC referenciado – Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito USP**, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, n. 91, p. 203-212, jul./set. 1998.

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

RICCI, Edoardo Flavio. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. Trad. José Rogério Cruz e Tucci. **Instituto Brasileiro de Direito Processual**, Brasília, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e8ea86db564fb467de65edee387a8727>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 177-198.

SILVA, Natália Diniz da. **Estabilização da tutela jurisdicional diferenciada**. 2014. 228 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 119-144.

_____. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida de urgência e a monitorização do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 23-44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAQUEO, Ciara Bertocco. Qual a diferença entre alimentos provisórios e alimentos provisionais do artigo 1.706 do Código Civil? **LFG**, 15 jul. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080715084415158>. Acesso em: 13 out. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.

_____. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 53-69, abr./jun. 1996.