

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Natália Cançado Scarpelli

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

MESTRADO EM DIREITO
SUB-ÁREA DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Natália Cançado Scarpelli

**ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo
2016

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu mais
novo e maior amor: meu filho,
Rafinha.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Flávio (*in memoriam*) e Eliane, e aos meus avós, Antônio e Maria José (*in memoriam*), que sempre me incentivaram nos estudos, especialmente à minha mãe, exemplo de avó, mãe e filha, pelas incontáveis renúncias em prol da realização dos meus sonhos.

Ao Rodolfo, meu grande amor e parceiro nessa jornada da vida, que vivenciou ao meu lado todo o caminho percorrido para chegar até aqui. Nada disso seria possível, se não fosse o seu constante apoio e companheirismo.

Ao meu abençoado filho, Rafinha, minha maior alegria, que em tão pouco tempo já trouxe outro sentido à minha vida, me mostrou o maior amor do mundo, um amor sem fim, e que me faz querer me tornar uma pessoa melhor a cada dia.

À Flávia, a melhor irmã e amiga que eu poderia ter, minha grande companheira desde sempre e para sempre.

Aos Professores do Mestrado, Olavo de Oliveira Neto, Arlete Inês Aurelli e Eduardo Arruda Alvim, pelos ensinamentos compartilhados, orientação, incentivo e pela prazerosa convivência nos últimos anos.

RESUMO

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente*. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

A presente dissertação possui como objeto o estudo, a partir de ampla pesquisa bibliográfica, da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente, inserida recentemente em nosso sistema por ocasião da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. No tocante à estrutura, o trabalho se divide em cinco capítulos. O primeiro capítulo aborda a evolução histórica da tutela provisória, com destaque no estudo e caracterização do instituto pela doutrina italiana, bem como o seu desenvolvimento dentro da realidade brasileira, mediante a análise da tutela cautelar, prevista em nosso sistema desde o Código de Processo Civil de 1939, e da tutela antecipada, introduzida na vigência do Código de Processo Civil de 1973. O segundo capítulo apresenta o tratamento da tutela provisória pelo direito estrangeiro, especificamente nos sistemas da Itália, Alemanha, França e Portugal. O terceiro capítulo explora a atual disciplina da tutela provisória através do exame dos respectivos dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil de 2015. O quarto capítulo, por sua vez, trata especificamente sobre o procedimento da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. Por fim, o quinto capítulo se dedica ao minucioso estudo de todas as questões que envolvem a técnica da estabilização da tutela antecipada antecedente. O objetivo deste trabalho é, com o apoio na doutrina, trazer soluções para as dúvidas interpretativas que decorrem da concisa redação do artigo 304 do Código Processual de 2015. Busca-se, assim, a construção da dinâmica de todo o procedimento necessário para se estabilizar a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e permitir, sem qualquer receio das partes, que a técnica seja efetivamente aplicada na prática, de modo a possibilitar que o sistema processual brasileiro usufrua dos benefícios decorrentes desta aplicação.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela antecipada antecedente. Estabilização.

ABSTRACT

The scope of this dissertation is to analyze, through a vast bibliographic research, the interlocutory advance injunction (also called interlocutory relief) stabilization technique recently incorporated in our legal system with the edition of the 2015 Civil Litigation Code. In regards to its structure, this work is divided in five chapters. The first chapter discusses the historical evolution of the interlocutory injunction focusing in the characterization of said institute by Italian doctrine, as well as its development in the Brazilian environment analyzing the precautionary injunction introduced in our legal system with the 1939 Civil Litigation Code and the preliminary injunction introduced with the 1973 Civil Litigation Code. The second chapter presents the treatment dispensed to the interlocutory injunction by foreign legal systems, specifically Italian, German, French and Portuguese Law. The third chapter assesses Brazilian current rules related with the interlocutory injunction through examination of the applicable provisions in the 2015 Civil Litigation Code. The fourth chapter specifically analyzes the procedures involved in filing motions for interlocutory injunctions of urgent and advance natures. At last, the fifth chapter is dedicated to a thorough exam of all specifics and potential issues related with the interlocutory advance injunction stabilization technique. The objective of this work is, supported in solid doctrine, to bring solutions to questions and doubts derived from the interpretation of Article 304 of the 2015 Civil Litigation Code in its concise terms. The ultimate goal is to achieve the dynamic construction of the entire procedure required to stabilize the interlocutory advance injunction and allow the practical application of such technique to ensure that Brazilian Litigation systems may take advantage of this application.

Key words: Interlocutory injunction. Urgent Injunctive relief. Advance Injunction. Stabilization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1. HISTÓRICO DA TUTELA PROVISÓRIA.....	15
1.1. Breve histórico do processo cautelar	15
1.2. Evolução do processo cautelar no Brasil.....	20
1.3. Tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973	27
1.3.1. Concessão da tutela antecipada	32
1.3.2. Requisitos da tutela antecipada	35
 CAPÍTULO 2. A TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO	40
2.1. Itália.....	40
2.2. França	45
2.3. Alemanha	48
2.4. Portugal	51
 CAPÍTULO 3. TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	55
3.1. Noções gerais	55
3.2. Tutela provisória de urgência	64
3.3. Tutela provisória de evidência	70
3.4. Comparativo entre as tutelas provisórias dispostas no novo Código de Processo Civil	77
3.4.1. Tutelas provisórias de urgência e evidência	77
3.4.2. Tutelas de urgência cautelar e antecipada	81
3.4.3. Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.....	92
 CAPÍTULO 4. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	98
4.1. Noções gerais	98
4.2. Procedimento	102

	9
4.3. Fungibilidade	110

CAPÍTULO 5. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

5.1. Noções gerais	115
5.2. Pressupostos da estabilização	119
5.2.1. Requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente.....	120
5.2.2. Concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente	123
5.2.3. Inércia do Réu.....	125
5.2.4. Ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor	136
5.2.5. Síntese dos pressupostos	152
5.3. Ação autônoma com pedido de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada	153
5.4. Estabilização e coisa julgada	159

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê, através do inciso XXXV de seu artigo 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que significa dizer que se deve garantir não somente a tutela jurisdicional reparatória – lesão a direito –, mas igualmente a tutela jurisdicional preventiva – ameaça de lesão a direito –. Ao lado disso, encontra-se o inciso LXXVIII, do mesmo dispositivo legal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para que seja atendido o direito de acesso à justiça, em conformidade com os preceitos constitucionais, deverá ser prestada uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere. No ordenamento brasileiro, são muitos os obstáculos que devem ser suprimidos para que se alcance a tutela nesses moldes, entre os quais podemos destacar a morosidade na tramitação dos processos, um dos problemas mais recorrentes e aparentes em nosso sistema processual. Obviamente, a problemática em se outorgar uma tutela justa e tempestiva não é contemporânea à Carta Magna de 1988, sendo constatada ao longo de nossa história, desde o período colonial. E essa realidade de demora para se alcançar uma decisão final de mérito não é própria de nosso país, mas observada em sistemas processuais do mundo inteiro.

Para obstar o empecilho temporal e ser outorgada uma tutela segundo os princípios que vieram a ser positivados pela Constituição Federal de 1988, restou necessária a criação de medidas aptas não somente a tutelar de plano a ameaça de lesão a direito, mas igualmente a própria lesão a direito já configurada. Em outras palavras, verificou-se que eram imprescindíveis providências destinadas não apenas a assegurar a eficácia de uma decisão final no processo sobre o direito material envolvido, mas igualmente para se acolher provisoriamente, no todo ou em parte, o pedido formulado em petição inicial.

Atualmente, há uma diferenciação aparentemente clara entre as tutelas de acautelamento e satisfatividade acima referidas, mas ao decorrer da história do sistema processual civil pátrio houve uma grande dificuldade jurisprudencial e doutrinária em se distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada (satisfativa). Na rotina forense, essa confusão era constatada frequentemente pela utilização de

termos tomados equivocadamente como sinônimos, tais como: tutela cautelar, medida liminar, tutela antecipada, tutela provisória e tutela de urgência. E, ao que parece, algumas dúvidas perduram até o presente momento, a julgar pelas críticas tecidas pela doutrina em relação ao texto final do Código de Processo Civil de 2015.

A lei processual vigente, apesar de não ser imune a críticas, buscou simplificar o sistema destas tutelas. Em seu livro V designou como gênero as Tutelas Provisórias, as quais se dividem em duas espécies: Tutelas de Urgência e de Evidência. As Tutelas de Urgência, por sua vez, de natureza cautelar ou satisfativa, podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental. Ao nosso entender, entretanto, a inovação mais relevante, prevista no Código de 2015 quanto ao instituto, foi a de possibilitar a estabilização das tutelas provisórias de urgência, de natureza antecipada, requeridas em caráter antecedente, tema do presente estudo.

A inserção em nosso ordenamento da técnica de estabilização, a partir de sua verificação na experiência de sistemas processuais estrangeiros (sobretudo França e Itália), representa uma grande evolução do instituto relativamente às tutelas provisórias de urgência de natureza satisfativa, porquanto permitirá o encurtamento do processo quando as partes, Autor e Réu, encontrarem-se satisfeitas com a mera concessão da tutela antecipada antecedente. Em outras palavras, uma vez concedida, esta tutela (antecipada antecedente) será estabilizada, com a consequente extinção do processo, se o Autor se desinteressar pelo prosseguimento do feito – abrindo mão de uma decisão final de mérito mediante cognição exauriente –, bem como se o Réu não interpor o recurso cabível em face da decisão concessiva, já que pode ser de seu interesse o cumprimento do comando judicial liminar e o encerramento do processo.

Não obstante o mérito do legislador em incluir esta inovadora técnica no sistema processual brasileiro, a redação processual do dispositivo legal que disciplina a estabilização (artigo 304) é concisa e não apresenta maiores detalhes sobre a dinâmica do procedimento. Este trabalho buscará, por conseguinte, integrar as lacunas da lei processual, sobretudo com o apoio da doutrina. Entretanto, para um melhor entendimento do tema da presente dissertação, exige-se, inicialmente, uma breve exposição da evolução da tutela provisória desde os seus primórdios até o seu efetivo estudo e caracterização pela doutrina italiana, representada, especialmente, pelas obras de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti. Ainda no primeiro capítulo deste

estudo será analisado o desenvolvimento do instituto da tutela provisória no Brasil, no qual são apresentadas, de forma preliminar, as características que diferenciam as tutelas cautelares – previstas a partir do Código Processual de 1939 –, das tutelas antecipadas (satisfativas), estas últimas introduzidas no nosso sistema tão somente na vigência do Código de 1973.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará como é tratado o instituto pelo direito estrangeiro, representado pelos ordenamentos da Itália, França, Alemanha e Portugal. Trata-se de capítulo de suma importância para o presente trabalho, porquanto a técnica de estabilização foi extraída da experiência estrangeira, sobretudo dos sistemas italiano e francês.

O terceiro capítulo abrangerá o estudo da tutela provisória da forma como prevista no Código de Processo Civil de 2015. Será possível, nesta parte do trabalho, verificar todas as subdivisões do instituto na nova lei processual, com a análise das características que lhe são comuns ou exclusivas. Ademais, é realizado um comparativo entre as espécies de tutela provisória, com maior ênfase na diferenciação entre as tutelas cautelar e antecipada, as quais possuem procedimentos próprios em caso de requerimentos em caráter antecedente.

O quarto capítulo é destinado exclusivamente a tratar sobre o procedimento da tutela de urgência, de natureza antecipada, requerida em caráter antecedente, tópico este essencial para o amplo entendimento da técnica de estabilização. Desta forma, apresentaremos de forma minuciosa como é o desenrolar deste procedimento antecedente, explicando no que realmente consistem o aditamento e a emenda da petição inicial simplificada, bem como promovendo a diferenciação destes possíveis atos do Autor, a serem praticados em situações completamente distintas. Ao final, será analisada a possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada, além das implicações decorrentes de sua aplicação.

Por fim, o capítulo 5 trata do tema principal da presente dissertação, explorando todas as questões que envolvem a técnica da estabilização. Como já adiantado, a redação do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 é sucinta e não apresenta maiores detalhes sobre o procedimento necessário para que ocorra a estabilização da tutela antecipada antecedente. Por conseguinte, buscaremos, através deste estudo, propor algumas soluções para as dúvidas que atormentam os

operadores do Direito, sobretudo em razão da ausência de alinhamento entre as posições doutrinárias, sendo possível verificar diversas correntes sobre um mesmo ponto que se mostra nebuloso na lei processual.

Inicialmente, são apresentadas as noções gerais da técnica de estabilização, incorporada em nosso ordenamento para suprir a necessidade de encurtamento do processo nos casos em que há o desinteresse das partes no seu prosseguimento após a antecipação da tutela, para, então, examinarmos, em detalhes, quais são os pressupostos necessários para se estabilizar uma tutela antecipada antecedente. Trata-se, possivelmente, do tópico mais complexo do presente trabalho, haja vista que o texto processual não apresenta soluções para os problemas que são verificados de plano quando analisados estes requisitos.

O Código de 2015, de forma sucinta, estabelece no *caput* de seu artigo 304 que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Em um primeiro momento, poderíamos concluir que, para a estabilização, bastaria a concessão de uma tutela antecipada requerida em caráter antecedente e que não fosse interposto o recurso cabível pelo Réu no prazo recursal. Entretanto, de acordo com os §§ 1º e 6º do artigo 303, os prazos de aditamento e de emenda da petição inicial se encerram antes do fim do prazo recursal do Réu, restando impossível ao Autor, naquele momento, ter ciência da postura que será adotada pelo seu *ex adverso*. E a lei processual é omissa quanto à ausência do aditamento (ou emenda) da petição inicial ser ou não requisito para a tutela antecipada se estabilizar, sendo certo que o ato de aditar (ou emendar) a exordial aparentemente representa o interesse autoral de prosseguir com o processo para que seja proferida uma decisão definitiva de mérito. Diante da problemática instaurada, tentaremos, a partir de diversos entendimentos doutrinários, integrar uma lógica de acordo com os preceitos fundamentais do Código de 2015, de forma a apresentar uma conclusão sobre os pressupostos necessários e do procedimento que deverá ser seguido para que venha a ser estabilizada a tutela antecipada antecedente.

Questões não menos importantes são abordadas em seguida. Em primeiro lugar, será examinada a ação autônoma prevista no § 2º do artigo 304 do Código de 2015, cujo ajuizamento se mostra imprescindível para que ocorra a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada antecedente estabilizada. Já o último

ponto de nosso estudo, bastante divergente na doutrina, se refere à possível relação entre a estabilização e a coisa julgada, principalmente quando analisado o decurso do prazo decadencial de dois anos, previsto pela lei processual, para que se ajuíze a ação autônoma que objetiva revisar, reformar ou invalidar a tutela estável.

A técnica de estabilização prevista no Código de 2015 é um grande avanço em nosso sistema processual na medida em que, ao permitir o encerramento do feito logo após a concessão da tutela antecipada antecedente, poderá reduzir a carga de processos que assolam o Poder Judiciário e ainda contribuir com a pacificação social, trazendo satisfação ao Autor e ao Réu quanto ao resultado da lide. No entanto, para que esta técnica seja efetivamente utilizada na prática, sem qualquer receio pelas partes, deverão ser dirimidas muitas dúvidas não resolvidas pela lei processual, sendo este um papel essencial a ser exercido pela jurisprudência e pela doutrina no decorrer dos próximos anos.

1. HISTÓRICO DA TUTELA PROVISÓRIA

1.1. Breve histórico do processo cautelar

Antes de discorrermos sobre o tema principal do presente trabalho, importante explorarmos as origens da “Tutela Provisória”¹, de modo a melhor entendermos este fundamental instituto do processo civil, incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na Lei das XII Tábuas² e, posteriormente, no Direito Romano³ encontramos as raízes das medidas cautelares, de caráter preventivo, destinadas a assegurar o resultado de um futuro litígio. Conforme se depreende dos ensinamentos de Sérgio Shimura⁴:

(...) ainda que sem as características de hoje, é certo que os romanos já conheciam medidas assecuratórias capazes de contornar situações de perigo de dano. O pretor romano tinha o poder de comandar, ordenar e recorrer-se da força para fazer valer a sua autoridade. Nesse contexto, podia tomar medidas cauteladoras em favor do ofendido, assegurando os bens para futura execução ou criando meios de defesa dos interesses de uma parte, com a interdição de obras.

¹ Designação do instituto pelo novo Código de Processo Civil, através do seu Livro V.

² “(...) medidas cautelares tiveram origem na Lei das XII Tábuas, ou seja, é nesta lei que se considera a primeira expressão de tutela cautelar, através de dois meios preparatórios de uma execução forçada com caráter tipicamente privado, a figura do *addictus* e a figura do *nexus*. No *addictus* a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito. Tanto que salienta Calvosa que: ‘a condizione dell’addictus, limitatamente però ai sessanta giorni, durante i quali, per ordine del magistrato, restava costretto nelle carceri private del creditore, sembra proprio quella d’un soggetto, costituito in garanzia d’un credito.’ Portanto, enquadrava-se o *addictus* numa atividade de conservação com caráter eminentemente privatístico, aonde o Estado se fazia presente, a fim de evitar o excesso de autodefesa, mantendo com isso a paz social. Porém, mais especificamente cautelar, quer seja pela função ou aparência, era o *nexus*, um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas que de certo modo era uma extensão da obrigação. O *nexus* consistia nas palavras de Calvosa como: ‘Infatti, il *nexum* non era altro che un’autooppignorazione o anche un’oppignorazione delle persone in potestà, che il debitore poneva in essere volontariamente e con il consenso de creditore’” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. p. 56-57).

³ Darci Guimarães Ribeiro cita duas espécies de medidas cautelares existentes no Direito Romano: “A *operis novi nuntiatio*, que é instituto antigo do juris civilis, servia para impedir que o vizinho, com a construção de obra nova, pudesse de alguma maneira evitar o curso natural da água, dividindo-se em duas fases: a primeira fase era extrajudicial e constituía em se intimar o vizinho a interromper a obra iniciada, que podia consistir em lançar uma pedra, ato simbólico da repulsa; e a segunda fase que se fundava sobre o imperium do pretor que impunha de qualquer maneira o trancamento da obra. Já o *cautio damni infecti* não comportava duas fases, uma extrajudicial e outra judicial, como na primeira ação, mas consistia em ir imediatamente ao pretor, o qual não só emanava o interdito proibitório, mas ainda impunha uma stipulatio garantindo a prestação da cautio, tentando assim obter uma espécie de medida cautelar” (RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. p. 57).

⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 50.

Tal cenário permaneceu durante o direito intermediário, até que a doutrina alemã, por meio de Adolf Wach⁵, entendeu pela necessidade de categorizar tais provimentos como uma espécie diversa das existentes, porquanto não se enquadrava ao perfil dos processos de conhecimento e de execução⁶. Mas foi a doutrina italiana, em especial através de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, que acabou por estudar e categorizar as medidas cautelares.

Chiovenda⁷, o primeiro autor a formular uma teoria sobre o Poder Geral de Cautela⁸ – na vigência do código processual civil italiano de 1865, que não previa expressamente a concessão de medidas cautelares inominadas –, entendia que a principal característica da medida cautelar era a provisoriedade:

A medida provisória correspondente à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; se, pois, na realidade esse dano é ou não eminente, apurar-se-á na verificação definitiva. (...) A medida provisória atua uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade da lei: se, em seguida, v.g., se demonstra a inexistência de outra vontade, a vontade que se atuou com a medida provisória manifesta-se igualmente como uma vontade que não teria devido existir. A ação assecuratória é, por consequência, ela própria, uma ação provisória; (...)"

Darci Guimarães Ribeiro⁹, ao analisar o posicionamento de Chiovenda acima exposto, concluiu que: “A efetividade referida pelo autor significa que a medida provisória faz atuar uma verdadeira, uma real vontade da lei; mas vontade esta que consiste em garantir a atuação de uma outra vontade da lei ‘processo principal’. (...) E por atual, que significa, em vista da aparência do direito no momento, e sua justificação final, ou seja, o que hoje tecnicamente se chama fumus

⁵ Adolf Wach discorreu sobre o instituto do arresto previsto no código processual civil italiano de 1865, sendo o autor do primeiro estudo científico (“O processo de arresto no direito italiano”), datado de 1868, que se tem notícia acerca do processo cautelar (NERY JUNIOR, Nelson. *Considerações práticas sobre o processo cautelar*. Revista de Processo, vol. 53, p. 191-200. São Paulo: RT, Jan - Mar / 1989. p. 191).

⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Considerações práticas sobre o processo cautelar*. Revista de Processo, vol. 53, p. 191-200. São Paulo: RT, Jan - Mar / 1989. p. 191.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 333-334.

⁸ JORGE, Flávio Cheim. *O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz*. Revista de Processo, vol. 87, p. 186-198. São Paulo: RT, Jul - Set / 1997. p. 194.

⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. p. 59.

boni iuris. Já o temor de um dano jurídico identifica o atual periculum in mora”.

Contudo, a ideia de Chiovenda se contrapunha ao fato de que toda medida cautelar existente era provisória, mas nem todas as medidas provisórias eram medidas que apresentavam traço de cautelaridade. Nesse sentido é a crítica de Piero Calamandrei¹⁰:

Mas nem mesmo essa provisoriedade, entendida como expressão dessa relação cronológica comum entre dois procedimentos, parece suficiente para proporcionar a diferença específica dos procedimentos cautelares: essa provisoriedade, de fato, não é um caráter exclusivo dos procedimentos cautelares, enquanto o próprio caráter provisório se confronta com um grupo de procedimentos não cautelares, isto é, aquele grupo que CHIOVENDA denomina no seu sistema “declarações com dominante função executiva” (...)

No entender de Calamandrei¹¹, a característica principal da medida cautelar é o seu caráter instrumental, não sendo considerada uma modalidade autônoma de processo¹²:

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação, ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para aplicação do direito; são portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. p. 27.

¹¹ SILVA, De Plácido e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 168.

¹² A esse propósito, ensina Eduardo Scarparo que Piero Calamandrei “(...) não adotou a tese das cautelares como tertium genus porque sustentou que o processo que conduz a um provimento cautelar não tem característica e constante estrutura exterior que permita considerá-lo formalmente como um tipo a parte. Não se estaria no mesmo plano lógico para contrapor cautelares, conhecimento e execução. (...) Marca a noção cautelar a ideia que o provimento cautelar é constituído para ser exaurido no momento em que for prolatado o provimento de mérito, quando sua finalidade será alcançada. Em suma, Calamandrei caracterizou os provimentos cautelares, tendo em conta a decisão proferida e, não, o processo no qual essa decisão era prolatada. (...) Tais provimentos caracterizavam-se pela provisoriedade e instrumentalidade em face do processo principal, para os fins de salvaguardá-lo de possível ineficácia” (SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108).

No tocante aos requisitos para a concessão da medida cautelar, verificados em cognição sumária, assim se manifestou Calamandrei¹³:

O *periculum in mora*¹⁴ em que se baseiam as medidas cautelares não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, o qual se pode, em certos casos, ser obstado com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano acessório, que poderia resultar do atraso, que é inevitável devido à morosidade do procedimento ordinário até o provimento final definitivo. (...) A cognição cautelar se limita, em cada caso, a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Analisar a existência do direito é função do provimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o provimento final será favorável àquele que requereu a medida cautelar.
(tradução nossa)

Mas foi Carnelutti quem disse, ao contrário de Calamandrei, que o processo cautelar é uma terceira espécie de processo¹⁵, onde se presta tutela de

¹³ No original: “Il periculum in mora che sta a base delle misure cautelari non è dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può, in certi casi, ovviare colla tutela ordinaria; ma è, specificamente il pericolo di quell’ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo. (...) la cognizione cautelare si limita in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza. Accertare la esistenza del diritto è funzione del provvedimento principale: in sede cautelare basta che la esistenza del diritto appaia verosimile, ossia, per dir meglio, basta che, secondo un calcolo di probabilità, si possa prevedere che il provvedimento principale accerterà il diritto in senso favorevole a colui che richiede la misura cautelare” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936. p. 18 e 63-64).

¹⁴ Conforme se observa na obra de André Luiz Bäuml Tesser, para Calamandrei existem “(...) duas formas distintas que o *periculum in mora* pode assumir: *pericolo di infruttuosità* e *pericolo di tardività*. Tal situação se apresenta, para Calamandrei, porque em alguns casos o provimento cautelar não visa a acelerar a satisfação do direito controverso, mas somente antecipar os meios aptos a fazer com que o provimento definitivo (no plano da cognição ou no plano da execução) seja justo e plenamente eficaz. Em outros casos, o provimento cautelar tem por objetivo acelerar, em caráter provisório, a satisfação do direito controverso, porque o perigo não resulta da simples possibilidade de redução dos meios atinentes à satisfação do direito, mas do próprio perigo que resulta do estado de insatisfação deste bem jurídico (ainda) controvertido. Parece ser possível, então, a seguinte leitura de Calamandrei: no primeiro caso tratar-se-ia de *antecipar os meios que assegurassem a eficácia do provimento definitivo, sem satisfação do direito material controvertido*, e, no segundo caso, estar-se-ia a tratar de *antecipar os efeitos diretos do próprio provimento definitivo, com satisfação do direito material controvertido*. E, a concessão de um provimento cautelar de cada uma dessas naturezas estaria condicionada a um perigo distinto: no primeiro caso, de natureza meramente conservativa, o perigo a justificar a medida é um *pericolo di infruttuosità* (perigo de não frutuosidade) e, no segundo, a situação de urgência se justifica a partir de um *pericolo di tardività* (perigo de tardança)” (TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014. p. 63).

¹⁵ Ao ser considerada uma nova (terceira) modalidade de processo, a cautelar é tratada como um *tertium genus* (terceiro gênero) (SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108).

segurança ao resultado de um processo de conhecimento ou execução¹⁶. Eduardo Scarparo¹⁷ assim discorreu sobre a posição de Carnelutti:

A função mediata atribuída as cautelares por Carnelutti implica a existência de dois processos a respeito da mesma lide ou do mesmo assunto. O processo cautelar não é dotado de autonomia, visto que pressupõe o processo definitivo, podendo ser instrumental quando garante os meios do processo definitivo (como as medidas de instrução preventiva) ou final quando servem para garantir a praticidade do processo definitivo (como as medidas de conservação de bens para ulterior expropriação). O ponto decisivo para o desenvolvimento de seu pensamento está na distinção entre as atividades de cognição e execução¹⁸ daquelas que se realizam para os fins cautelares. Essas divergências são justificadas não apenas pelo procedimento, mas sim em razão do próprio processo, que constituiria um gênero próprio. O reconhecimento de ser o processo cautelar um *tertium genus* destacou sua autonomia do processo principal e também o distinguiu dos procedimentos especiais, próprios do processo de cognição.

Liebman¹⁹, por sua vez, seguiu o entendimento de Carnelutti, no

¹⁶ Segundo CARNELUTTI, “ (...) o seu tratamento comum e característico é este: que por esse se obtém não já a composição definitiva, mas um regramento ou assentamento provisório da lide” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933. p. 71).

¹⁷ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 114-115.

¹⁸ Ainda em análise ao posicionamento de Carnelutti, Eduardo Scarparo expõe que: “A grande questão significava compreender como seria possível haver uma cumulação das funções de executar e conhecer. Afinal, a linha epistemológica (platonismo moderno) a qual se vinculou o autor pressupunha uma separação entre a realidade fenomênica (espaço da execução) e o pensamento (espaço do conhecimento). Isso importou, ao lado de forte abstração sobre sua perspectiva de direito, a incapacidade de admitir uma interlocução efetiva entre essas atividades. Consequentemente, como não se poderia enquadrar as eficácias das cautelares como cognitivas ou executivas, a alternativa foi sustentar tratar-se de um novo tipo. Assim, tanto o ‘verdadeiro’ conhecer – em cognição exauriente e apto a coisa julgada material – como o ‘verdadeiro’ executar – pautado em título executivo – fariam sentido em sua premissa epistemológica quando tentada a categorização dos processos. A dificuldade no enquadramento das cautelares sob a premissa de divisão rígida entre conhecimento e execução faz-se bastante clara quando Carnelutti expõe que a constituição da cautela pode se dar com a simples cognição ou também demandar atividades executivas. O processo cautelar seria apenas um meio, sem função autônoma, já que busca a constituição de uma cautela apta a garantir o resultado do processo definitivo” (SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 115).

¹⁹ No original: “(...) il processo cautelare si contrappone come tertium genus a quello di cognizione ed a quello di esecuzione ed è caratterizzato dalla sua funzione strumentale, ausiliaria, nei confronti di un processo principale, dei quale mira a garantire la proficuità dei risultati, nei casi ammessi dalla legge” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unità del processo civile*. p. 104-110. In: *Problemi del processo civile*. Milão: Morano, 1962. p. 110).

sentido de tratar a cautelar como um tipo unitário de processo²⁰:

(...) o processo cautelar se contrapõe como um *tertium genus* àqueles de conhecimento e de execução e é caracterizado por sua função instrumental, auxiliar, em comparação a um processo principal, objetivando assegurar o seu resultado útil²¹, nos casos admitidos por lei.
(tradução nossa)

E foram justamente Enrico Tullio Liebman e Francesco Carnelutti que exerceram influência direta no direito processual civil brasileiro, especialmente no tratamento e desenvolvimento do processo cautelar, tema a seguir abordado.

1.2. Evolução do processo cautelar no Brasil

No direito processual civil brasileiro, entre as Ordenações Manuelinas²² e o início do Código de Processo Civil de 1939 – na época do pluralismo legislativo –, assim como na doutrina alienígena, não havia uma previsão do processo cautelar como um terceiro gênero de processo. Existiam medidas de caráter preventivo, mas sem sistematização que permitisse chegar à conclusão de que algo mais havia do que a atividade desenvolvida para acertar a relação jurídica controvertida²³.

Foi no Código de Processo Civil de 1939, em seu livro V, no título: “Dos processos acessórios”, que foram inseridas medidas preventivas de natureza

²⁰ “Na tutela cautelar não se pode (...) distinguir uma fase de cognição e uma outra de execução; ela se realiza em todos os casos através de um procedimento unitário, em que se encontram juntas e eventualmente misturadas as atividades de índoles diferentes que, caso a caso, concorrerão para a plena atuação da cautela” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 279).

²¹ Para a concessão da tutela cautelar, de acordo com Liebman, deveriam estar configuradas as seguintes condições: “(...) a) provável existência de um direito, o qual se busca a tutela no processo principal (*fumus boni juris*), b) fundado receio que, enquanto se aguarda a tutela, venham a perecer as circunstâncias de fato favoráveis a esta tutela (*periculum in mora*) (...)” (tradução nossa). No original: “(...) a) probabile esistenza di un diritto, di cui si chiede la tutela nel processo principale (*fumus boni juris*), b) fondato timore che, mentre si attende a quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli alla tutela stessa (*periculum in mora*) (...)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. vol. I. Milano: Giuffrè, 1980. p. 194).

²² “No regime das Ordenações do Reino, havia as ações de manutenção e de reintegração de posse, que eram sumárias, se acaso fossem intentadas dentro de um ano e dia. Não havia, entretanto, previsão de provimento liminar ou antecipatório, muito embora sua admissibilidade na prática do foro fosse manifesta” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil)*. Revista de Processo, vol. 219, p. 307-343. São Paulo: RT, Mai / 2013. p. 308).

²³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 600.

cautelar (artigo 675²⁴), especificadas em seu artigo 676²⁵. Discutia-se, à época, se o artigo 675 do Código de 1939 correspondia a um “Poder Geral de Cautela” para as situações que não se enquadrassem no rol disposto no art. 676. Conforme exposto por Luiz Guilherme Marinoni²⁶: “(...) a maioria dos processualistas entendeu estar presente na norma referida um poder geral de cautela. Os tribunais, entretanto, infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676”.

Com a evolução do direito processual em razão da vinda de Liebman²⁷ para o Brasil²⁸, o posicionamento de parte da doutrina italiana – em

²⁴ “Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
II – quando, antes da decisão, fôr provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.”

²⁵ “Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I – no arresto de bens do devedor;

II – no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III – na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV – na prestação de cauções;

V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam;

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX – no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.”

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. 2012. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/> >. Acesso em: 09/10/2016.

²⁷ Segundo Alfredo Buzaid, Liebman foi o “fundador da ciência processual brasileira” (BUZAID, Alfredo. Introdução da obra: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 7).

²⁸ Daniel Francisco Mitidiero assim discorre sobre a mudança de Liebman para o Brasil e os reflexos daí decorrentes: “Liebman deixa a Itália por conta das agitações oriundas do clima da Segunda Grande Guerra. Depois de passar um período em Montevidéu, Uruguai, em que foi acolhido por Eduardo Juan Couture, rumo para o Brasil, para lecionar primeiro por breve período na Universidade de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para logo depois fixar residência em São Paulo, onde foi convidado para ensinar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Chega ao Brasil no início da Segunda Guerra Mundial, nele permanecendo até 1946. (...) Liebman chega ao Brasil com toda a cultura processualística europeia na bagagem. Já então professor ‘aureolado’, contando com a publicação de duas importantes e hoje clássicas monografias (*Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, 1931, e *Efficacia ed autorità della sentenza*, 1935, ambas vertidas para o vernáculo), o aluno de Giuseppe Chiovenda na Universidade de Roma consagra-se como Chefe de Escola nas Arcadas de São Francisco, reunindo ao seu redor uma plêiade de cultores do recém ‘descoberto’ direito processual civil. (...) Mais intimamente, na casa da Al. Min. Rocha Azevedo, sua residência no Brasil, Liebman começa a receber um grupo seleto de jovens e dedicados estudiosos de processo civil para reuniões

especial o de Carnelutti²⁹ –, no sentido de isolar o processo cautelar das demais espécies de processo (*tertium genus*), fez com que Alfredo Buzaid³⁰ destinasse um livro próprio ao instituto no Código de Processo Civil de 1973.

Tal inserção, segundo Galeno Lacerda³¹ “(...) situa-se na vanguarda das codificações modernas, a que pode servir de modelo e exemplo, quanto ao método, nesta matéria (...)”. O Código de Processo Civil de 1973 foi o primeiro código que destinou um livro próprio para o processo cautelar³², demonstrando sua autonomia aos demais tipos de processo, além de dar à cautelar um tratamento sistemático e uniforme³³.

No Código de 1973, o Livro III, “Do Processo Cautelar”³⁴, de Título

semanais (...). O grupo era composto por Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Benvindo Aires, Bruno Affonso de André, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid. (...) Enquanto esteve no Brasil, Enrico Tullio Liebman leciona e escreve prodigiosamente. Por sua iniciativa, vieram a lume em 1942 as *Instituições de direito processual civil*, de Giuseppe Chiovenda, que acomoda ao foro brasileiro com notas de inegável valor histórico e dogmático. Em 1946, publica o *Processo de execução*, fruto de suas aulas na Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1947 reúne sua produção bibliográfica esparsa de artigos, conferências, pareceres e comentários a acórdãos no volume *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Mesmo depois de ter retornado à Itália, Liebman continua a cultivar os laços com a cultura processual brasileira. Além de ter publicado importantíssimo ensaio historiográfico sobre o processo civil brasileiro, a partir de 1968 passa a receber em Milão uma nova geração de processualistas brasileiros, dentre os quais se destacam Cândido Rangel Dinamarco, Ivan Righi, Antônio Celso Ferraz e Joaquim Munhoz de Mello. Em 1977, por iniciativa de Cândido Rangel Dinamarco, Enrico Tullio Liebman recebe a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul, a mais alta honraria com que o Brasil agracia cidadãos estrangeiros, em justo reconhecimento de seus relevantes serviços prestados à doutrina processual civil brasileira e ao direito brasileiro” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, vol. 183, p. 165-194. São Paulo: RT, Mai / 2010. p. 169-171).

²⁹ A “Exposição de Motivos” do Código de Processo Civil de 1973, ao tratar do processo cautelar, faz expressa menção à obra “Diritto e processo” de Carnelutti, aduzindo que “O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.

³⁰ Tendo em vista ter sido Alfredo Buzaid o jurista responsável por liderar o projeto de reforma do Código de Processo Civil de 1939, o Código de 1973 também era conhecido como “Código Buzaid”. Segundo Buzaid, o Código de 1973 era “(...) um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa” (BUZOID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 27, p. 12-26. São Paulo: RT, Jul - Set / 1982. p. 24).

³¹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. vol. VIII. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 3.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. p. 26.

³³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 601.

³⁴ A “Exposição de Motivos” do Código de 1973 assim justificou a denominação do Livro III como “Processo Cautelar”: “Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu

Único (“Das Medidas Cautelares”), foi dividido em dois capítulos. O primeiro compreendia as disposições gerais e o segundo os procedimentos cautelares específicos.

Nas disposições gerais do primeiro capítulo, constava o “Poder Geral de Cautela” previsto no artigo 798, segundo o qual poderia “(...) 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”.

Acerca do referido dispositivo legal, válidas são as lições de Alfredo de Araújo Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira³⁵, nas quais ressaltam o “Poder Cautelar Geral” nele inserido:

Esse artigo veio consagrar antigo entendimento doutrinário, exemplificado reiteradamente, desde Calamandrei, com a cautelar concedida por um magistrado francês que mandou cobrir um afresco em um clube noturno de Paris, bastante frequentado, enquanto pendente a causa principal, ajuizada por atriz que se sentia nele retratada, e em trajes sumários, ofensivos à sua pessoa. Reside nesse dispositivo legal o chamado poder cautelar geral do juiz, para assegurar o resguardo de interesses das partes em situações que à evidência, não poderiam ser previstas em lei, dada a multifária atividade humana.

De acordo com os ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva³⁶, há dois modos de conceber o “Poder Geral de Cautela”, sendo um deles o verificado na redação do artigo 798 do Código de 1973:

Um deles, indicado por Calamandrei, corresponde ao conceito de medida cautelar como ‘polícia judiciária’ ou como o grupo de poderes que o juiz exerce para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado. São, mais do que as ações cautelares inominadas ou atípicas, as simples medidas cautelares, tomadas pelo magistrado no curso da demanda de

significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal. As razões de nossa preferência por essa expressão se fundam também no precedente legislativo português, cujo Código de Processo Civil a consagrou (arts. 381 e segs.) e no uso corrente da doutrina nacional e portuguesa. No direito italiano, argentino e uruguaio também a doutrina manifestou o seu assentimento à expressão processo cautelar.”

³⁵ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Manual elementar de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 398-399.

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 110-111.

conhecimento ou execução. Essas ‘medidas cautelares’, decretáveis com o apoio do art. 798, não teriam conteúdo de ação, mas de um mero incidente processual, pois, através delas, o juiz não decidiria propriamente uma *demanda cautelar* – que, como toda demanda, haveria de ter um pedido, uma resposta, uma fase instrutória e uma sentença –, senão que daria disciplina a um incidente da *lide*. O outro modo de conceber o ‘poder cautelar geral’ provém da redação do próprio art. 798 que o indica como sede para as *ações cautelares* *inominadas*, ao prescrever que: “além dos procedimentos cautelares específicos”, o juiz poderia permitir *procedimentos cautelares inespecíficos*. Quando, pois, o legislador, no art. 798, fala de ‘medidas provisórias’, havemos de entender que se encontram inseridas nesse conceito, além das simples medidas, sem conteúdo de ação, que o juiz poderia tomar para acautelar o interesse das partes, no curso da relação processual satisfativa (ou até mesmo cautelar), também as ações cautelares *inominadas*, que teriam um indispensável procedimento cautelar.

Ainda entre as disposições gerais, podemos destacar como relevantes: (i) a possibilidade de a medida cautelar ser instaurada de forma preparatória ou incidental (artigo 796³⁷); (ii) a possibilidade de concessão liminar da medida cautelar, em momento anterior à manifestação do Réu (artigo 804³⁸); (iii) a determinação para que a parte Autora ajuizasse a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias a partir da efetivação da medida cautelar, quando concedida em procedimento preparatório (artigo 806³⁹); e (iv) a possibilidade de o Juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida cautelar concedida (artigo 807⁴⁰).

No entanto, percebeu-se que muitas medidas constantes no segundo capítulo do Livro III não tinham natureza de medida cautelar, já que extrapolavam a tutela de segurança e acabavam por satisfazer, ainda que temporariamente, o direito pleiteado.

É o caso da ação cautelar de alimentos provisionais, prevista nos artigos 852 a 854 do Código de 1973, em que os alimentos fixados pelo juiz eram desde já passíveis de execução pelo alimentando, demonstrando a satisfação do

³⁷ “Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.”

³⁸ “Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”

³⁹ “Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

⁴⁰ “Art. 807. 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.”

direito pleiteado. Ainda, a previsão para demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público, constante no artigo 888, inciso VIII. A demolição de um prédio nada mais é do que antecipar de forma definitiva o direito pleiteado, sendo impossível a reversão da medida⁴¹.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a aplicação das medidas cautelares foi ampliada e utilizada sempre que havia a necessidade de obtenção de medidas com urgência, mesmo que não tivessem caráter assecutorio, mas sim satisfativo. Tal fato ocorreu tanto no Brasil quanto na Europa, conforme bem observa Luiz Guilherme Marinoni⁴²:

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

A utilização das medidas cautelares com cunho satisfativo deu origem à teoria da ação cautelar satisfativa. No entanto, tal denominação apresenta uma contradição. Isto porque a distinção do processo cautelar das demais espécies de processo reside no fato de que a cautelar é uma tutela de segurança apenas; logo, não pode a tutela satisfazer e continuar sendo chamada de cautelar. Trata-se, pois, de um “cachorro-gato” ou mistura homogênea da água e óleo, o que, pelas leis naturais, não existe⁴³. Como Luiz Guilherme Marinoni⁴⁴ afirma:

(...) a prestação jurisdicional satisfativa (não definitiva) sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.

Na mesma linha é o pensamento de João Batista Lopes⁴⁵:

⁴¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 602.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992. p. 75-76.

⁴³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 602-603.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992. p. 79.

⁴⁵ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 102.

De consignar-se que, em rigor técnico, não se pode falar em cautelar satisfativa, uma vez que a cautelaridade se caracteriza pela não satisfatividade, isto é, quem acautela não satisfaz. Diante disso, falar em cautelar satisfativa é apagar as fronteiras que separam o processo cautelar do processo de conhecimento, o que não pode ser admitido pela melhor técnica processual.

A utilização desenfreada das cautelares satisfativas tem uma explicação. O sistema não tinha previsão de uma regra positivada para os casos de antecipação dos efeitos da tutela, ocasionando, portanto, o uso incorreto das cautelares. Somente em 1994, a Lei nº 8.952 trouxe a previsão do artigo 273 no Código de Processo Civil de 1973, o qual veio a estabelecer a possibilidade de antecipação dos efeitos da decisão final.⁴⁶

Com a positivação da antecipação de tutela no artigo 273, o processo cautelar voltou a ser utilizado apenas nos casos em que havia a necessidade de tutela para asseguramento, sendo reservada à tutela antecipada às hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela final, com caráter satisfativo.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 10.444/2002, o artigo 273 do Código de 1973 sofreu algumas alterações, sendo a mais importante a inclusão do § 7º⁴⁷, através do qual passou a ser prevista expressamente a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelares e a antecipação de tutela.

Em que pese a diferença existente entre as tutelas cautelar e antecipatória, sob o enfoque da satisfatividade do provimento, tais tutelas foram inseridas como espécies do gênero “Tutelas Provisórias de Urgência” no novo Código de Processo Civil. A razão de ser de tal inclusão é que ambas as tutelas contêm o requisito da urgência para a obtenção do provimento jurisdicional rapidamente, sob pena de perecimento do direito pleiteado. Na cautelar, no entanto, a tutela é de mera segurança, enquanto na tutela antecipada tem-se a satisfação por meio da antecipação dos efeitos do provimento final. Não nos alongaremos aqui, todavia, na questão comparativa, porquanto será melhor abordada em capítulo próprio.

Importa, neste momento, nos dedicarmos à figura da antecipação da

⁴⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 603.

⁴⁷ “Art. 273. (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

tutela, incorporada ao Código de 1973.

1.3. Tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou necessário que o processo civil brasileiro, regulado à época por um Código que já contava com 15 (quinze) anos de vigência, se adequasse aos princípios e direitos fundamentais previstos na Carta Magna, de modo a garantir, sobretudo, o acesso à justiça de forma efetiva, adequada e tempestiva.

Naquele momento, muitos problemas atingiam o Poder Judiciário brasileiro, em especial o sistema processual civil, entre os quais podemos destacar: a morosidade, o formalismo exacerbado, a fundamentação deficiente de decisões judiciais e a ausência de uniformidade da jurisprudência. Tais fatores foram agravados quando da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e da instituição dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), visto que facilitaram o acesso à máquina judiciária, que, com uma estrutura inadequada, veio a ficar cada vez mais sobrecarregada.

Diante desta situação, surgiram diversas leis que propunham uma verdadeira reforma do Código de Processo Civil de 1973, a qual visava suprimir os obstáculos à efetividade do acesso à justiça e atender plenamente os preceitos constitucionais, possibilitando não apenas uma tutela jurisdicional reparatória (lesão a direito), mas também uma tutela jurisdicional preventiva (ameaça de lesão a direito), na forma prevista pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Conforme exposto por José Miguel Garcia de Medina ⁴⁸, tais obstáculos se localizavam:

(...) em quatro pontos fundamentais do sistema, representados pela admissão em juízo, pelo modo-de-ser do processo, pela justiça das decisões e pela sua efetividade, ou utilidade. Principalmente quanto a esse último aspecto – a utilidade do provimento jurisdicional – é que diz respeito a tutela antecipatória. Na verdade, busca-se com a tutela antecipatória a celeridade, considerando que, às vezes, o maior dano é aquele que decorre da morosidade do procedimento.

⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia de. *A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento*. Revista de Processo, vol. 86, p. 24-34. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. p. 25.

E, seguindo a tendência do Direito Europeu, no Brasil foi introduzido o instituto da antecipação da tutela, sendo alterado o texto do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973⁴⁹, por meio da Lei nº 8.952/1994⁵⁰. De acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior⁵¹ sobre a nova disposição legal introduzida:

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da Justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou. Com o novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte. Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva. Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.

Cumpre ressaltar que a tutela antecipatória não é inovação oriunda da modificação do artigo 273 do Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 8.952/1994. O instituto já aparecia em algumas hipóteses específicas no direito brasileiro.

É o caso, por exemplo, do artigo 84, § 3º, do Código de Defesa do

⁴⁹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

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

⁵⁰ A Lei nº 8.952/1994 fez parte da chamada “primeira fase” de reformas do Código de 1973, o qual passou por mais duas fases reformistas – marcadas especialmente pelas alterações introduzidas pelas Leis nºs 10.352/2001 e 10.444/2002; e pelas Leis nºs 11.187/2005 e 11.232/2005, respectivamente – antes da sua revogação pelo Código de 2015.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo: RT, Ago / 1997. p. 45.

Consumidor⁵², o qual já previa a antecipação dos efeitos da tutela nas obrigações de fazer ou não fazer e acabou por inspirar a tutela específica do artigo 461, do Código de Processo Civil, com a possibilidade de ser concedida liminarmente (§3º⁵³), disposição esta também introduzida após a reforma de 1994. A tutela antecipatória também estava prevista no § 1º do artigo 59 da Lei nº 8.245/1991⁵⁴, que disciplina as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas referentes. Mesmo assim, a inovação introduzida no artigo 273 do Código de 1973 foi de suma importância, porquanto as alterações previstas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Locação só se aplicavam às ações que se submetiam aos referidos diplomas.

Saliente-se, ainda, que antes da alteração imposta pela Lei nº 8.952/1994, já existia previsão de tutela antecipada no próprio Código de 1973, no caso da liminar concedida em ações de natureza possessória. Conforme se depreende do disposto no artigo 928⁵⁵, preenchidos os requisitos específicos para tais ações, o possuidor era liminarmente reintegrado ou mantido na posse em caso de esbulho ou de turbação, respectivamente. Ou seja, nada mais era do que antecipar a tutela, trazendo para frente os efeitos da decisão que seria ao final do processo proferida.

Verifica-se que a figura da tutela antecipada, inserida pela Lei nº 8.952/1994, era utilizada apenas com finalidade de remediar situações emergenciais, sujeitando-se a requisitos mais rigorosos do que aqueles presentes nas medidas cautelares.

A antecipação da tutela acabou por restringir a atuação dos juízes, no

⁵² “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

⁵³ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

⁵⁴ “Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (...)”

⁵⁵ “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.”

que tange ao exercício de seu poder geral de cautela, já que foram estabelecidos requisitos específicos, quais sejam: (i) a proibição de sua concessão quando existisse o risco de irreversibilidade⁵⁶; e (ii) a determinação de que a execução da tutela antecipada se daria nos moldes da execução provisória⁵⁷.

Certo é que foi o artigo 273, em conjunto com o artigo 461, após a reforma introduzida pela Lei nº 8.952/1994, que generalizaram as hipóteses de antecipação de tutela no Código de 1973, ensejando uma verdadeira revolução no sistema processual e permitindo que no início da lide fossem antecipados os efeitos da sentença de mérito.

Ocorreu, assim, a inserção de uma regra geral no sistema processual civil, permitindo a antecipação da tutela de modo genérico, independente de uma previsão legal específica para tanto. Como a lei não previa as modalidades de provimento em que era permitida a antecipação de tutela, surgiram três correntes para solucionar a questão.

A primeira corrente defendia a possibilidade de antecipação de tutela em todos os tipos de provimento, tanto no declaratório, como nos constitutivos e condenatórios. A segunda corrente defendia a antecipação de tutela apenas nos provimentos condenatórios e constitutivos. Por fim, a última corrente entendia possível a antecipação da tutela tão somente nos provimentos de natureza condenatória⁵⁸.

A redação do artigo 273, § 3º, do Código de 1973, previa que a execução da tutela antecipada deveria se dar conforme previsão do artigo 588 do mesmo diploma legal, que regulava a execução provisória⁵⁹. Nesse sentido, como a execução provisória ocorre da mesma forma que a execução definitiva, sendo incompleta tão somente no seu procedimento, havia a necessidade de um título executivo.

Além disso, o artigo 584, I, do Código de Processo Civil de 1973, previa que era título executivo judicial “a sentença condenatória proferida no processo civil”, não se referindo às demais modalidades de provimentos como título executivo.

⁵⁶ “Art. 273. (...) § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.”

⁵⁷ “Art. 273. (...) § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.”

⁵⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 605.

⁵⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 606.

Logo, como para os títulos executivos já vigorava o princípio da taxatividade, ou seja, não existem títulos executivos sem previsão legal, então apenas a sentença condenatória, enquanto título, poderia ser objeto de execução provisória. Assim, nesta linha de raciocínio, apenas os provimentos de cunho condenatório⁶⁰ podiam ser objeto de antecipação de tutela⁶¹.

Tal posicionamento não era pacífico. Os adeptos das outras correntes mencionadas defendiam que o § 3º do artigo 273 deveria ser interpretado ampliativamente⁶², pois apesar de estar previsto o termo *execução*, o sentido real seria o de *efetivação*. Ainda, defendiam que a lei se referiu à execução provisória de modo exemplificativo⁶³.

Posteriormente, a Lei nº 10.444/2002 alterou a redação do § 3º do artigo 273 para nele constar a expressão “efetivação da tutela antecipada”, em substituição à palavra “execução”, restando claro que além da sentença condenatória, também podiam ser antecipados os efeitos das sentenças em ações constitutivas (positivas e negativas) e em ações declaratórias.

É o caso, por exemplo, de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica-tributária, em que é perfeitamente possível o contribuinte requerer a antecipação de tutela suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. Neste exemplo, o principal efeito da procedência da ação será a impossibilidade de o Fisco executá-lo.

⁶⁰ Conforme explicitado por Humberto Theodoro Júnior: “Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do art. 273 do CPC tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à *execução forçada*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, vol. 94, p. 24-33. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1999. p. 27-28).

⁶¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 606.

⁶² Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior expôs que: “A *execução* de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo stricto sensu. Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor. É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de agir de maneira contrária ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, vol. 94, p. 24-33. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1999. p. 29).

⁶³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 606.

1.3.1. Concessão da tutela antecipada

Após a entrada em vigor da Lei nº 8.952/1994, questionava-se em qual momento processual era cabível a concessão da antecipação de tutela.

Considerando a previsão constante no artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973⁶⁴, surgiu a dúvida acerca da possibilidade da concessão da liminar *inaudita altera parte*, tendo em vista que o referido inciso previa a participação do Réu, mediante a prática de atos protelatórios ou que restasse caracterizado o abuso do direito de defesa.

No entanto, segundo Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁶⁵, prevaleceu na doutrina o entendimento de que, mesmo sem a participação do Réu, a liminar poderia ser concedida, considerando a conduta extraprocessual comprovada antes mesmo da propositura da ação.

Ainda, segundo os mencionados autores, havia dúvida sobre até que momento do processo a tutela antecipatória podia ser concedida pelo juízo. Nessa toada, surgiram três correntes para solucionar a questão. A primeira entendia que a tutela antecipatória poderia ser concedida até o momento imediatamente anterior à sentença. Já a segunda corrente defendia que poderia ser concedida até mesmo na sentença. Por último, a terceira corrente entendia que a antecipação de tutela poderia ser concedida mesmo após proferida a sentença⁶⁶.

A esse respeito, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁶⁷ se manifestaram no sentido de que o correto era o entendimento de que a tutela antecipada apenas poderia ser concedida até a prolação da sentença, sendo permitido ao juízo concedê-la no mesmo ato em que proferida a sentença, mas não após esse momento. Senão vejamos:

⁶⁴ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)

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

⁶⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 607.

⁶⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 607.

⁶⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 607.

(...) a antecipação da tutela após o momento da sentença, segundo pensávamos, não poderia ser reconhecida como sendo correta, na medida em que estar-se-ia subtraindo uma competência que, em tese, seria do relator do recurso distribuído, este sim competente para cassar o efeito suspensivo da apelação mediante antecipação da tutela recursal. Também não entendíamos como correto adotar a segunda posição, já que a antecipação da tutela juntamente com a sentença e, no corpo desta, viria a dar causa ao desrespeito ao princípio da unicidade dos recursos, segundo o qual para cada tipo de decisão existe apenas uma espécie de recurso cabível. Isso porque, antecipada a tutela na sentença, caberia apelação daquilo que dizia respeito ao julgamento do feito, enquanto caberia, ao mesmo tempo, recurso de agravo para a parte que dizia respeito a antecipação da tutela. Era correto afirmar, portanto, que a antecipação de tutela apenas poderia ser concedida até o momento em que a sentença fosse prolatada, podendo o juiz fazê-lo até mesmo como um dos itens da decisão que juntava a sentença aos autos, mas não após esse momento, a não ser que pelo relator do recurso interposto, o que estaria a configurar outra forma de antecipação de tutela denominada antecipação de tutela recursal⁶⁸.

Outra controvérsia existente dizia respeito à possibilidade de concessão de ofício da tutela antecipatória, ou seja, sem o requerimento da parte. Isso porque o artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973⁶⁹, previa expressamente a necessidade de requerimento da parte para a antecipação da tutela; no entanto, era possível encontrar decisões em que o magistrado antecipava a tutela sem que a parte a tivesse pleiteado.

O argumento utilizado para a corrente que defendia que a antecipação de tutela não poderia ser concedida de ofício era o de que deveria ser realizada uma interpretação literal do dispositivo, que previa expressamente a necessidade de

⁶⁸ “*Antecipação de tutela em sede recursal*, portanto, é a nomenclatura atualmente técnica para a tutela de urgência satisfativa que consista no deferimento, pelo relator, de uma providência pela primeira vez no curso daquela demanda, tratando-se de verdadeira aplicação do art. 273 do CPC em grau recursal. Antes da difusão da expressão ‘antecipação de tutela’, fruto da reforma da Lei 8.952/1994 - que alterou o art. 273 - era comum encontrar-se as expressões ‘efeito ativo’ ou ‘efeito suspensivo ativo’ para identificar essa atividade pela qual o relator nem ‘suspendia’, nem ‘deixava de suspender’ a decisão recorrida, mas verdadeiramente concedia a medida indeferida pelo órgão a quo (vê-se que o adjetivo ‘ativo’ buscava indicar uma conduta positiva, de concessão de uma providência indeferida)” (REDONDO, Bruno Garcia. *Tutela de urgência (“efeito suspensivo” e “tutela antecipada”) em grau recursal e deveres-poderes do relator*. Revista de Processo, vol. 209, p. 55-71. São Paulo: RT, Jul / 2012. p. 59).

⁶⁹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...)”

requerimento da parte⁷⁰. Ademais, argumentava-se que a concessão de tutela antecipatória sem o requerimento impedia o direito de regresso da parte afetada pela decisão antecipatória. Assim, em caso de dano causado ao Réu pela concessão da antecipação da tutela, sem requerimento do Autor, quem iria arcar com os prejuízos sofridos, já que o este último não a requereu, mas o juízo a concedeu de ofício?⁷¹

Lado outro, a corrente⁷² que defendia a possibilidade *ex officio* de antecipação de tutela argumentava que não havia justificativa para que o direito do Autor perecesse apenas por este não ter requerido a tutela antecipatória⁷³.

Em referência a esta questão controvertida, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁷⁴ defendem a observação da razoabilidade e da proporcionalidade para concessão da tutela antecipatória de ofício, nos casos que envolvem direitos socialmente relevantes:

Em nosso entender, todavia, deveriam ser observadas as regras da razoabilidade e da proporcionalidade, não se justificando a concessão da antecipação de tutela nas causas eminentemente patrimoniais e que veiculassem direitos individuais disponíveis; enquanto era o caso da concessão da medida quando o direito posto em juízo fosse

⁷⁰ Neste sentido, posicionam-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “(...) é vedado ao juiz conceder *ex officio* a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC, 273, caput. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 524).

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini também entendem desta forma: “(...) ter havido *pedido* é pressuposto para poderem ser antecipados os efeitos da sentença. Não há antecipação dos efeitos da sentença sem provocação da parte” (ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 10ª ed. vol. 1. São Paulo: RT, 2008. p. 364).

⁷¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 608.

⁷² É o pensamento de José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual: “(...) não se podem excluir, todavia, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. (...) nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 413).

Igualmente defensor desta corrente, Cássio Scarpinella Bueno expõe que: “Se o juiz, analisando o caso concreto, constata, diante de si, tudo o que a lei reputa suficiente para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, à exceção do pedido, não será isso que o impedirá de realizar o valor ‘efetividade’, máxime nos casos em que a situação fática envolver a *urgência* da prestação da tutela jurisdicional (art. 273, I), e em que a *necessidade* da antecipação demonstrar-se desde a análise da petição inicial” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11).

⁷³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 608.

⁷⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 608.

socialmente relevante. Deste modo, sempre analisada a hipótese concreta, o magistrado não poderia antecipar a tutela sem requerimento expresso numa ação de cobrança entre particulares; mas poderia antecipá-la, de ofício, numa ação pleiteando o fornecimento de medicamento (ex. insulina), já que não se justificava a prevalência do princípio dispositivo sobre a saúde.

Analizadas as divergências que surgiram sobre os momentos processuais possíveis para a antecipação de tutela, bem como sobre a necessidade ou não de provocação pela parte para a sua concessão, importa analisarmos os requisitos legais necessários para a aplicação deste instituto processual na vigência do Código de 1973.

1.3.2. Requisitos da tutela antecipada

Para a concessão da antecipação de tutela prevista no Código de Processo Civil de 1973, deveriam estar presentes todos os requisitos constantes no *caput* do artigo 273, quais sejam, verossimilhança da alegação e prova inequívoca⁷⁵.

A verossimilhança da alegação nada mais é do que uma alegação representativa de fato que regularmente acontece, como por exemplo, dirigir alcoolizado aumenta a possibilidade de acidente de trânsito. Se a mencionada alegação vier comprovada por uma prova robusta, ou seja, inequívoca, estariam presentes os dois requisitos obrigatórios para a concessão da antecipação de tutela⁷⁶.

Além dos requisitos obrigatórios, era necessária a presença de um dos requisitos positivos facultativos: (i) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I do artigo 273); ou (ii) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do Réu (inciso II do artigo 273).⁷⁷

A hipótese constante no inciso I foi explicitada por Humberto Theodoro Júnior⁷⁸ da seguinte maneira:

⁷⁵ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco: "(...) aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança*), chega-se ao conceito de *probabilidade*, portador de maior segurança do que a mera *verossimilhança*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 145).

⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 609.

⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 609.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo: RT, Ago / 1997. p. 51.

Receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Os simples inconvenientes da demora processual, aliás inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação de tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Já a hipótese prevista no inciso II visava equalizar os males que o tempo pode causar ao processo. Assim expôs Daniel Mitidiero⁷⁹:

A tutela antecipatória fundada no art. 273, II, CPC, visa a promover a *igualdade substancial* entre as partes. Trata-se de expediente que tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor *probabilidade* de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não. Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou contra o manifesto propósito protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo. *O legislador tratou o tempo do processo como fonte potencial de dano às partes*, sugerindo a sua distribuição isonômica a fim de que não represente prejuízo ao demandante que tem razão – que seria obrigado a suportá-lo integralmente – e benefício para o demandado que não a tem.

Ademais, também era necessário a presença de um requisito negativo, constante no § 2º do artigo 273, o qual previa que não seria concedida a antecipação da tutela quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Sobre o texto legal do referido parágrafo, João Batista Lopes⁸⁰ dispôs a seguinte crítica:

Cabe registrar, à partida, a impropriedade técnica do dispositivo: o provimento antecipado (decisão interlocutória) é sempre reversível, seja porque cabível contra ele recurso (agravo de instrumento), seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável. Diante disso, a quem interpretar o texto com os olhos voltados para a *ratio legis*: evitar que a concessão da tutela antecipada crie fato consumado e definitivo, sem possibilidade de retorno ao *status quo ante*. Cuida-se, portanto de irreversibilidade do provimento *tout court*. Como observa Marcacine, “é evidente que, quando se fala em reversibilidade, não se pode nem pensar em apenas duas situações,

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, vol. 197, p. 27-65. São Paulo: RT, Jul / 2011. p. 169-171.

⁸⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização, ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível”.

José Miguel Garcia de Medina⁸¹, por sua vez, ensina que não se trata de regra absoluta o requisito negativo previsto no § 2º do artigo 273:

(...) não pode o juiz amparar-se na simples possibilidade de irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrentes da tutela antecipatória, a fim de escusar-se de exercer a função jurisdicional que lhe é atribuída. O juiz deverá sopesar os argumentos e os valores jurídicos dos bens envolvidos e, então, determinar sua postura diante da situação.

Ressalta-se que após verificados os requisitos legais e concedida a tutela antecipada, esta, a teor do disposto no § 4º do artigo 273⁸², poderia ser revogada ou modificada pelo magistrado a qualquer tempo, em decisão devidamente fundamentada. Acerca desta previsão, J. J. CALMON DE PASSOS⁸³ manifestou-se no sentido de ser “possível ao juiz tomar a iniciativa da revogação, desde que não se cuide de uma retratação do que antes decidiu, sim de uma avaliação de fatos novos ou novas provas que não puderam ser por ele consideradas quando da concessão da antecipação (...)”.

Por outro lado, segundo Teori Albino Zavascki⁸⁴, a reapreciação da tutela antecipada independia de fatos novos ou novas provas. Em caso de “novo juízo sobre a verossimilhança do direito, motivado pelo aprofundamento da investigação probatória ou mesmo pelo reexame da questão jurídica, se convencer o juiz da inverossimilhança total ou parcial do direito que antes lhe parecia verossímil (tanto que ensejou a antecipação da tutela), então sim a medida poderá ser revogada inteiramente ou modificada parcialmente, de modo a adaptá-la à nova situação”.

Outrossim, o § 6º do artigo 273⁸⁵ previa a possibilidade de

⁸¹ MEDINA, José Miguel Garcia de. *A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento*. Revista de Processo, vol. 86, p. 24-34. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. p. 27.

⁸² “Art. 273. (...) § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.”

⁸³ PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 69.

⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136.

⁸⁵ “Art. 273. (...) § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

antecipação dos efeitos da tutela sem a necessidade de atendimento dos requisitos acima mencionados, quando um ou mais pedidos mostravam-se incontroversos. De acordo com Fredie Didier Jr.⁸⁶, tal dispositivo nada mais representava do que uma antecipação parcial da sentença, tratando-se, portanto, de cognição exauriente e não apenas sumária, já que resolvia parte do conteúdo do processo:

(...) a decisão que aplicar o § 6.º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva⁸⁷.

Em sentido contrário, cumpre destacar a conclusão de Marcelo José Magalhães Bonicio⁸⁸ sobre a previsão disposta no § 6º do artigo 273 do Código de 1973:

A impossibilidade de um julgamento definitivo e parcial, em nosso sistema, deixa claro que, mesmo na hipótese de impugnação parcial e de concessão antecipada e parcial da tutela, a decisão que a concede, embora fundada em elevado grau de probabilidade, não é apta para transitar em julgado, pois esta aptidão só existirá quando ela for confirmada (*rectius*: simplesmente repetida) na sentença.

Por último, previa expressamente o artigo 273, em seu § 7º, a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada. Assim, presentes os requisitos para a sua concessão, era permitido ao magistrado conceder a tutela tecnicamente correta ao caso concreto, ainda que a parte tenha denominado a tutela

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Curitiba: Gênesis - Revista de Direito Processual Civil, 2002. p. 717.

⁸⁷ Taísa Silva Dias Frezza e Flávio Luís de Oliveira entendem da mesma maneira: "(...) não há de se olvidar que a decisão interlocutória que resolve parte do mérito da causa em sede do art. 273, § 6º enseja a formação da coisa julgada material caso não haja impugnação. Portanto, a imutabilidade dos efeitos da decisão não pode se restringir apenas à 'sentença', já que como discutido, a decisão que resolve parcela do mérito no curso do processo não pode ser sentença; ademais, o exaurimento do grau de cognição no plano vertical inviabiliza a revogação da decisão já que violaria direitos fundamentais como a efetividade, além da própria segurança jurídica" (FREZZA, Taísa Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?* Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. vol. 49. n. 64. p. 153-219. Bauru: EDITE, Jul - Dez / 2015. p. 201).

⁸⁸ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Notas sobre a tutela antecipada "parcial" na nova reforma do código de processo civil*. Revista de Processo, vol. 808, p. 72-81. São Paulo: RT, Fev / 2003. p. 79.

sob outro nome. Esclarecedoras são as lições de Sebastian Watenberg Ruanoba⁸⁹ sobre a inovação trazida pela Lei nº 10.444/2002:

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

Apesar de repetir algumas das disposições do Código de 1973 acima expostas, o novo Código de Processo Civil trouxe inovações quanto às “tutelas provisórias”, as quais serão detalhadamente analisadas no presente estudo. Antes, porém, resta necessário discorrermos algumas páginas sobre como o instituto é tratado atualmente em outros países.

⁸⁹ RUANOBA, Sebastian Watenberg. *Fungibilidade das tutelas de urgência (antecipatória e cautelar) no processo civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 148, p. 321-352. São Paulo: RT, Jun / 2007. p. 340 e 342.

2. A TUTELA PROVISÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

2.1. Itália

Luís Eduardo Boaventura Pacífico⁹⁰ destaca que na reforma dos anos 90, o legislador italiano introduziu a possibilidade de provimentos antecipatórios, diferentemente das decisões decorrentes do poder geral de cautela do juiz⁹¹, previsto no artigo 700⁹² do *Codice di Procedura Civile*, em que pese, na prática, este dispositivo ter sido utilizado inclusive para fins antecipatórios⁹³.

Para melhor entendermos a tutela cautelar na Itália e as suas funções, importantes são os ensinamentos de Érico Andrade⁹⁴, que expõe a diferenciação de dois tipos de perigo, de "infruttuosità" e de "tardività":

Na Itália, a chamada tutela cautelar - utilizada, lembre-se, como sinônimo de tutela de urgência, segundo parte da doutrina italiana - é estruturada em processo autônomo - não obstante os questionamentos no sentido desta autonomia processual - e volta-se para duas frentes de atuação, ou melhor, para debelar dois tipos de perigo que incidem sobre os provimentos judiciais: (a) perigo do provimento infrutífero ("infruttuosità"); e (b) perigo do provimento tardio ("tardività"). No primeiro caso, a tutela cautelar não objetiva acelerar a satisfação do direito material, mas sim assegurar que a realização

⁹⁰ PACÍFICO, Luís Eduardo Boaventura. *Direito processual civil italiano*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 268-269.

⁹¹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 320.

⁹² "(...) a conclusão de Calamandrei sobre a necessidade de se prever expressamente este poder geral de cautela, certamente inspirou a disciplina da temática no Código de Processo Civil de 1942 (também por ele liderado, como visto anteriormente), em especial em seu art. 700, adotado sob o nome de 'I provvedimenti d'urgenza', que determinava, em sua redação original, que: '(Condizioni per la concessione) Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito'. O art. 700 do CPC italiano de 1942, portanto, consagra a velha fórmula idealizada por Calamandrei para solucionar o problema existente, segundo ele, na legislação sobre a inexistência de um poder geral de cautela para o juiz" (TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014. p. 57).

⁹³ Nas palavras de Aloyr Dias Lacerda: "O referido artigo foi, em sua origem, concebido apenas como instrumento de realização de providências urgentes conservativas. As exigências práticas do cotidiano forense, bem como a necessidade de se garantir a efetividade na prestação da tutela jurisdicional, no entanto, conduziram a doutrina italiana a elastecer a aplicação de tal artigo para também incluir, quando necessário, a antecipação da tutela de mérito. Assim, foram a experiência e as necessidades práticas que levaram sua aplicação também para fins antecipatórios" (LACERDA, Aloyr Dias. *Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória*. Revista de Processo, vol. 196, p. 95-127. São Paulo: RT, Mar / 2011. p. 102).

⁹⁴ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 179-180.

futura deste seja frutífera, útil, combatendo eventuais perigos que possam prejudicar, futuramente, os meios de realização do direito material (é o caso do sequestro conservativo de bens necessários à satisfação do direito material). No segundo caso, a tutela cautelar objetiva acelerar a própria satisfação do direito material em si, de maneira provisória, combatendo os efeitos nefastos do tempo necessário à duração do processo de cognição plena diante de situações de perigo (é o caso da concessão dos alimentos provisórios). Dessa distinção aparecem os dois tipos de provimento propriamente cautelar na Itália: aqueles meramente conservatórios das situações de fato ou de direito sobre os quais incidirá a futura sentença (provimento conservativo); e aqueles antecipatórios da satisfação do direito (provimento antecipatório). O sistema italiano, pois, sob o nomen juris de tutela propriamente cautelar admite a expedição de medidas judiciais de natureza meramente cautelar (as conservativas), bem como de medidas verdadeiramente antecipatórias do próprio direito material.

A antecipação de tutela propriamente dita – como ocorre no direito brasileiro –, “(...) dentro do procedimento ordinário, como incidente deste (...), seguida, depois, da decisão de cognição plena”⁹⁵, foi introduzida na reforma acima citada e abrange três hipóteses específicas.

Segundo Luís Eduardo Boaventura Pacífico⁹⁶, a primeira hipótese se refere à ordenação para pagamento de valor não contestado (*ordinanza per il pagamento di somme non contestate*), previsto no artigo 186-bis⁹⁷ do código processual italiano. Nas ações que tenham por objeto o pagamento de quantia, se não houver controvérsia, o juiz poderá determinar, mediante ordenação, a realização do pagamento deste valor incontroverso. A concessão pressupõe pedido expresso, bem como a ausência de resistência. O pedido pode ser requerido até o encerramento da instrução, momento em que as partes têm opção de tecer as suas considerações conclusivas.

A segunda hipótese de antecipação de tutela no direito italiano diz

⁹⁵ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 181.

⁹⁶ PACÍFICO, Luís Eduardo Boaventura. *Direito processual civil italiano*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 268-269.

⁹⁷ “Art. 186-bis. (Ordinanza per il pagamento di somme non contestate)

Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177, primo e secondo comma, e 178, primo comma.”

rispetto à ordenação de injunção (*istanza di ingiunzione*) prevista no artigo 186-ter⁹⁸. Também é possível a obtenção de provimento condenatório antecipado nas ações visando a condenação ao pagamento de quantia certa, de entrega de quantidade determinada de bens fungíveis e de entrega de coisa determinada. Para a concessão é necessária a existência de prova escrita, como, por exemplo, ocorre com o procedimento de injunção (monitório), previsto no artigo 633⁹⁹, com o qual não se equipara pois não exige prova pré-constituída. Ainda, o âmbito daquele é mais abrangente, servindo para a cobrança de honorários profissionais e créditos do Estado. Diversamente da primeira ordenação mencionada, esta cabe mesmo quando o Réu for revel.

Em ambas as hipóteses acima expostas, a ordenação é passível de modificação e de revogação a qualquer momento, sendo que constitui título executivo mesmo nas hipóteses de posterior extinção do processo sem julgamento de mérito.

Por fim, tem-se a ordenação sucessiva ao encerramento da instrução (*ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione*), prevista no artigo 186-quater¹⁰⁰.

⁹⁸ "Art. 186-ter. (Istanza di ingiunzione)

Fino al momento della precisazione delle conclusioni, quando ricorrano i presupposti di cui all'art. 633, primo comma, n. 1), e secondo comma, e di cui all'art. 634, la parte può chiedere al giudice istruttore, in ogni stato del processo, di pronunciare con ordinanza ingiunzione di pagamento o di consegna. Se l'istanza è proposta fuori dall'udienza il giudice dispone la comparizione delle parti ed assegna il termine per la notificazione. L'ordinanza deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 641, ultimo comma, ed è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'art. 648, primo comma. La provvisoria esecutorietà non può essere mai disposta ove la controparte abbia disconosciuto la scrittura privata prodotta contro di lei o abbia proposto querela di falso contro l'atto pubblico. L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui agli articoli 177 e 178, primo comma. Se il processo si estingue l'ordinanza che non ne sia già munita acquista efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, primo comma. Se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647. L'ordinanza dichiarata esecutiva costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale."

⁹⁹ "Art. 633. (Condizioni di ammissibilità)

Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:

- 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta;
- 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo;
- 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.

L'ingiunzione può essere pronunciata anche se il diritto dipende da una controprestazione o da una condizione, purché il ricorrente offra elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione o l'avveramento della condizione."

¹⁰⁰ "Art. 186-quater. (Ordinanza successiva alla chiusura dell'istruzione)

Após o encerramento da fase instrutória, é possível pleitear a concessão de ordenação antecipatória. Nesta hipótese, cabível para pagamento de quantia certa, entrega de bens móveis e liberação de imóveis, a decisão se funda em cognição exauriente e somente pode ser revogada na sentença. Se a parte condenada não apresentar, no prazo de trinta dias contados da intimação da decisão, recurso pleiteando a prolação de sentença, a ordenação se converte em sentença. Por tal motivo, na ordenação já deve conter a condenação em despesas processuais¹⁰¹.

Lea Querzola¹⁰² classificou como “particulares” as inovações trazidas pela reforma; entretanto, teceu críticas sobre a aplicação prática dos dispositivos:

Particulares são, pois, pelo simples fato de situar-se necessariamente no interior de um processo de conhecimento já instaurado, as decisões, comumente definidas pela doutrina como 'antecipações de condenações', que o legislador introduziu sob o duplo objetivo de fornecer à parte, que aparece já ter (pelo menos em certa medida) razão em um dado momento do processo ordinário, um pronto título executivo, e também de abreviar a duração do processo (por exemplo, as decisões referidas nos arts. 186-bis, 186-ter e 186-quarter além daquelas do art. 423 do CPC). (...) Introduzidos com a esperança de que poderiam constituir a panaceia dos diversos males que afligem o já exaurido processo ordinário, estas decisões não só pareceram não haver surtido os efeitos esperados do ponto de vista prático, como também desde logo suscitaram diversas perplexidades do ponto de vista teórico.

(tradução nossa)

Posteriormente, na Itália, desenvolveu-se a figura da “tutela sumária”,

Esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna, o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento, ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l'ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali. L'ordinanza è titolo esecutivo. Essa è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio. Se, dopo la pronuncia dell'ordinanza, il processo si estingue, l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza. L'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza.”

¹⁰¹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 320-323.

¹⁰² No original: “Particolari sono poi, per il semplice fatto di situarsi necessariamente all'interno di un processo di cognizione già instaurato, quelle ordinanze, comunemente definite dalla dottrina 'antecipatorie di condanna', che il legislatore ha introdotto al duplice scopo di far ottenere alla parte, che apparisse già avere (almeno una certa misura di) ragione ad un dato momento del processo ordinario, un pronto titolo esecutivo, nonché di abbreviare la durata del processo (per esempio, le ordinanze di cui agli artt. 186 bis, 186 ter e 186 quarter oltre a quelle di cui all'art. 423 c.p.c.). (...) Introdotti con la speranza che potessero costituire la panacea di diversi mali che affliggono l'ormai spessato processo ordinario, queste ordinanze non solo paiono non aver sortito gli effetti sperati dal punto di vista pratico, ma hanno fin da subito suscitato diverse perplessità anche dal punto de vista teórico” (QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006. p. 146).

a qual, conforme ensina Érico Andrade¹⁰³, é passível de resolver, de forma autônoma, o conflito de direito material:

(...) se desvincula não só do processo de cognição plena, mas também do contexto de urgência, ou seja, de ser passível de utilização só em hipóteses de urgência: parte-se para a possibilidade da técnica sumária para resolver, por si só, o conflito ou crise de direito material de forma autônoma, desvinculada do processo de cognição plena, e por isso mais célere, prestando uma tutela diferente daquela dada pelo processo de cognição plena, independentemente da questão da urgência ou do perigo. (...) Nesse contexto, pois, é que aparecem as duas técnicas, chamadas na Itália, de tutela sumária "cautelar" (deferida em contexto de urgência) e tutela sumária "não cautelar" (deferida fora do contexto de urgência), e que podem ser utilizadas seja em procedimento próprio, autônomo, seja incidentalmente dentro do processo de cognição plena, mas, de um jeito ou de outro, hábeis, por si só, a encerrar o conflito, sem se seguir, necessariamente, o processo de cognição plena ou o desfecho deste até o final.

A tutela sumária¹⁰⁴ veio a ser positivada no direito italiano a partir do Decreto Legislativo 05/2003¹⁰⁵, sendo estendida para o *Codice di Procedura Civile*

¹⁰³ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 182-183.

¹⁰⁴ Humberto Theodoro Júnior assim concluiu em análise da tutela sumária no direito processual civil italiano atual, a qual distanciou-se do regime clássico das tutelas cautelares: "Para o Código italiano, a antecipação de tutela surgiu como ampliação do poder geral de cautela, continuando sob o rótulo geral de medida cautelar, mas tem papel distinto a cumprir dentro da jurisdição. A tutela antecipada perde, na Itália, a principal característica das medidas genuinamente cautelares: deixa de ser um instrumento vinculado à garantia de eficiência do processo principal; deixa de ser um acessório de outro processo, para buscar, a própria ação cautelar, uma completa definição do conflito jurídico (litígio). O que a distingue da ação ordinária é apenas a sumariedade do acerto e a rapidez com que se alcança o provimento tutelar. Afasta-se, portanto, do regime clássico da tutela cautelar típica para enveredar por um procedimento autônomo, que, posto se desenvolva plenamente em contraditório, se apresenta como célere e sumário, com a característica de, entretanto, não produzir a coisa julgada. (...) Ao invés de preparar o futuro provimento de um processo principal, a ação cautelar antecipatória, por não produzir res iudicata material, não gera preclusão em torno de seu provimento nem adquire a autoridade de coisa julgada; de maneira que a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio. Já, então, se poderá alcançar a definitividade da res iudicata, seja na confirmação da tutela antecipada sumariamente, seja na sua reforma ou cancelamento. A solução italiana, como se vê, não é, em matéria de antecipação de tutela, a que tipicamente se encontra por meio das ações cautelares, mas a própria das ações cognitivas sumárias" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008. p. 140).

¹⁰⁵ "(...) regulatório de matéria comercial e societária, que permite, em seu art. 23, item 1 - dedicado ao menos em tese ao procedimento 'cautelar' preparatório -, a emissão de providimentos de urgência e outros providimentos - nominados expressamente de 'cautelar' - idôneos a antecipar os efeitos da decisão de mérito, aos quais, para manutenção da própria eficácia, não se exige o ulterior ajuizamento da demanda de mérito (vide ainda art. 24 do Decreto Legislativo 05/2003)" (ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 184).

pela Lei nº 80/2005, através do artigo 669-octies¹⁰⁶. A inovação, segundo a doutrina processual italiana¹⁰⁷, tornou o processo mais célere e efetivo, tendo em vista que as novas formas de tutela jurisdicional são “hábeis a resolver a situação de crise do direito material em contexto de maior eficácia e de menor duração do processo”¹⁰⁸.

A fonte inspiradora da tutela sumária no sistema italiano foi o *référé provision* do direito francês¹⁰⁹, analisado a seguir.

2.2. França

Na França, à semelhança do que aconteceu na Itália, no século XIX, não havia desenvolvimento maior da cautelaridade. Segundo Roger Perrot¹¹⁰, foi a

¹⁰⁶ “Art. 669-octies. (Provvedimento di accoglimento)

L’ordinanza di accoglimento, ove la domanda sia stata proposta prima dell’inizio della causa di merito, deve fissare un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per l’inizio del giudizio di merito, salva l’applicazione dell’ultimo comma dell’articolo 669-novies. In mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni. Il termine decorre dalla pronuncia dell’ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione. Per le controversie individuali relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, escluse quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, il termine decorre dal momento in cui la domanda giudiziale è divenuta procedibile o, in caso di mancata presentazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione, decorsi trenta giorni. Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti, deve notificare all’altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri. Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell’articolo 669-novies non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad 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.”

¹⁰⁷ “(...) do ponto de vista quantitativo, porque tende a reduzir o número de ações ajuizadas, e também do ponto de vista qualitativo, não necessariamente em um sentido negativo, porquanto é possível obter justiça através de um procedimento de cognição sumária, então, tendencialmente, mais rápido e não desprovido de garantias, ao invés de um demorado processo de cognição exauriente” (tradução nossa). No original: “(...) da un punto di vista quantitativo, perche si pretende di diminuire il numero di cause instaurate, e anche da un punto de vista qualitativo, non necessariamente in senso deteriore, in quanto si pensa di poter rendere giustizia attraverso un procedimento a cognizione sommaria, quindi tendenzialmente più veloce e pur non scevro di garanzie, anziché attraverso un più pesante processo a cognizione piena” (QUERZOLA, Lea. *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”*. Studi in onore di carmine punzi. vol. 3. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 403).

¹⁰⁸ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 184.

¹⁰⁹ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 183.

¹¹⁰ PERROT, Roger. *Les mesures provisoires en droit français*. In: Les mesures provisoires en procédure civile. Milão: Giuffrè, 1985. p. 151.

sociedade industrial que exigiu a mudança de pensamento, dando início ao aumento das medidas cautelares.

Atualmente, o direito processual civil francês é um dos mais citados pelos autores que tratam da tutela provisória. Isso porque, a *jurisdiction des référés* é um modelo bem-sucedido na solução de litígios.

Ricardo de Barros Leonel¹¹¹ dispõe que, no Direito Francês, as *ordonnance de référé*, que dão ensejo às medidas provisórias, normalmente proferidas em razão de urgência¹¹² (artigo 484 do *Code de Procédure Civile*), não passam em julgado em relação ao objeto do litígio, embora estejam sujeitas à preclusão, na medida em que não podem ser modificadas senão diante de circunstâncias novas relativas ao caso (artigo 488¹¹³).

O artigo 484 do código processual civil francês prevê que: “*L'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”¹¹⁴.

A *référé* é, portanto, uma decisão judicial provisória, proferida a requerimento da parte, que permite a eficácia imediata de medidas necessárias à preservação/satisfação do direito.

O artigo 809 do Código de Processo Civil francês, por sua vez, dispõe que: “*Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*”¹¹⁵.

¹¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito processual civil francês*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 138.

¹¹² “É imanente ao sistema francês a preocupação com a “urgência”. A própria exposição de motivos do *Code de Procédure* afirma que existem circunstâncias nas quais o prazo de um só dia, ou de horas, pode representar a origem das maiores injustiças e causar perdas irreparáveis” (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 173).

¹¹³ “Article 488.

L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.”

¹¹⁴ “A ordem de *référé* é uma decisão provisória concedida por requerimento de uma das partes, nos casos em que a lei confere a um juiz, que ainda não decidiu sobre o mérito, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias” (tradução nossa).

¹¹⁵ “O presidente pode a qualquer tempo, mesmo existindo contestação séria, prescrever em caráter de urgência medidas conservatórias ou de retorno ao estado anterior que se mostram necessárias, seja

Depreende-se do mencionado artigo que o magistrado poderá determinar medidas preventivas ou de reabilitação que são necessárias para evitar danos iminentes ou cessar a prática de um ato manifestamente ilegal, à semelhança da previsão constante no artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Outrossim, verifica-se que é possível a medida ainda que haja contestação, devendo, neste caso, estar presente a urgência. Nessa hipótese, o juiz terá de proceder a um exame do mérito do litígio para avaliar se existe verossimilhança, ou uma aparente validade de um contrato, e, por isso, essa medida já foi denominada de “*référé au fond*”, uma vez que esses atributos exigem uma visão, ainda que superficial, do mérito¹¹⁶.

Alessandro Jommi¹¹⁷ expõe as características da ordem de *référé*, que compreende:

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

para prevenir um dano iminente, seja para fazer cessar uma perturbação manifestamente ilícita. Nos casos em que a existência da obrigação não for seriamente contestável, o Presidente pode conceder uma provisão ao credor, ou ordenar a execução da obrigação, mesmo que seja uma obrigação de fazer” (tradução nossa).

¹¹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 545.

¹¹⁷ No original: “La ‘procedura di *référé*’ non è altro che un procedimento sommario (estremamente semplice e rapido) in contraddittorio a giudice unico (in principio il presidente dell’organo giudiziario competente o il giudice da questi delegato), che può essere instaurato *ante causam* o in corso di causa, e che sfocia in un provvedimento avente la forma dell’ordinanza le cui caratteristiche sono: 1) un’efficacia esecutiva particolarmente incisiva (‘de plein droit’), che non può essere sospesa in nessun caso, ancorché in principio siano ammessi contro l’ordinanza i normali mezzi di impugnazione; 2) la provvisorietà (ossia la non attitudine al giudicato); 3) l’assenza di (rígida) strumentalità rispetto al processo a cognizione piena (ossia l’efficacia dell’ordinanza non è subordinata all’instaurazione entro un termine fissato dal giudice o dalla legge del processo a cognizione piena e alla sua non estinzione una volta instaurato)” (JOMMI, Alessandro. *Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 71-72).

Humberto Theodoro Júnior¹¹⁸, por sua vez, sintetiza da seguinte maneira o procedimento do *référé*:

(...) cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo. São, pois, características do sistema francês do *référé*: a) a autonomia do procedimento de urgência; b) a provisoriedade da decisão neles proferida; c) a ausência de coisa julgada.

O objetivo principal do *référé* não é a composição definitiva da lide, mas "a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso", realizada de forma sumária. Limita-se o procedimento ao plano da emergência, o qual possui provimento próprio e é independente de qualquer outro processo¹¹⁹.

O *référé* francês serviu de inspiração para a técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente no novo Código de Processo Civil, tema central do presente trabalho que será abordado de forma minuciosa em capítulo próprio.

2.3. Alemanha

No âmbito do direito alemão, a doutrina separa os procedimentos urgentes em assecuratórios (cautelares) e de regramento (antecipação da tutela de mérito).

Na primeira categoria (*Sicherungsverfügung*), estão as medidas previstas no § 935 da *Zivilprozessordnung* (ZPO)¹²⁰, cuja decretação, de acordo com os ensinamentos de Fritz Baur¹²¹, depende de:

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008. p. 135.

¹¹⁹ VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. Paris: Litec, 2003. p. 205.

¹²⁰ "§ 935 Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand
Einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte."

¹²¹ BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 44 e 75.

(...) exame (da conclusão) completo de direito material atinente à pretensão a assegurar. A providência a tomar não é idêntica à consequência jurídica que decorre do direito material. (...) não deve levar a uma satisfação da pretensão principal do credor; em cotejo com a consequência jurídica que resulta da pretensão principal do credor, ela mostra-se como um *minus* e um *aliud*; a providência pode, porém, vir a coincidir com uma obrigação acessória de direito material. Estes princípios valem igualmente quando se trata de assegurar uma pretensão de abstenção.

Na segunda categoria, das providências antecipatórias de mérito, encontram-se as denominadas *Regelungsverfügung*, nelas incluídas as "providências satisfativas e condenatórias em sentido lato" (*Befriedigungs-oder Leistungsverfügung*), previstas no § 940 da ZPO¹²². Conforme expõe Fritz Baur¹²³, para a concessão da providência, a amplitude do exame de direito material poderá variar:

a) Em se tratando de medidas cautelares que são expedidas no âmbito dos direitos constitutivos ou que resultem em satisfação transitória do postulante, impõe-se um exame precedente da procedência tanto quanto no arresto e na medida cautelar prevista no § 935 da ZPO. b) se a providência postulada objetiva a preservação transitória da ordem em uma comunhão jurídica ou em uma união de pessoas ou, ainda, a regulação transitória de direitos de associados, é admissível, em hipótese de ser necessária uma intervenção especialmente premente no tempo, a expedição de uma determinação temporária ao perturbador da ordem, sem que proceda exame pormenorizado do direito. Inocorrendo especial urgência no tempo, a intensividade do exame do direito rege-se pela gravidade da interferência na posição do adversário na lide.

¹²² "§ 940a Räumung von Wohnraum

(1) Die Räumung von Wohnraum darf durch einstweilige Verfügung nur wegen verbotener Eigenmacht oder bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben angeordnet werden.

(2) Die Räumung von Wohnraum darf durch einstweilige Verfügung auch gegen einen Dritten angeordnet werden, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter vom Besitzerwerb des Dritten erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat.

(3) Ist Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben, darf die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch angeordnet werden, wenn der Beklagte einer Sicherungsanordnung (§ 283a) im Hauptsacheverfahren nicht Folge leistet.

(4) In den Fällen der Absätze 2 und 3 hat das Gericht den Gegner vor Erlass einer Räumungsverfügung anzuhören."

¹²³ BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 52-53.

Quanto ao conteúdo da providência, ensina o autor alemão¹²⁴ que:

(...) podem ter por conteúdo a constituição de direitos ou a condenação a uma prestação (ação, abstenção, tolerância, prestação pecuniária). Também para elas vale a regra de que as medidas ordenadas devem ser um *minus* e um *aliud* em face da consequência jurídica que decorre do direito material; contudo, esta regra frequentemente sofre quebras e, a saber, sempre ali onde o fim pretendido com a medida cautelar só é possível de ser alcançado com uma providência análoga à da consequência jurídica material; isso vale particularmente para condenação a uma prestação pecuniária derivada de pretensões a alimentos ou por ato ilícito, mas igualmente no quadro de relações comunitárias ou societárias.

Fábio Peixinho Gomes Corrêa¹²⁵, ao discorrer sobre o processo cautelar no direito alemão, dispõe que se a utilidade da sentença a ser proferida no procedimento ordinário estiver ameaçada pelo tempo de duração do processo ou por eventos intercorrentes, a parte pode promover procedimentos especiais de arresto (*Arrest*) ou de medidas cautelares (*Einstweilige Verfügungen*), os quais asseguram o resultado do processo ou temporariamente regulam a relação entre as partes até a sentença de mérito.

No processo de arresto, o juiz pode conceder uma medida cautelar, com base em cognição sumária, antes de o processo principal ser ajuizado ou durante a sua pendência, se a execução da sentença estiver ameaçada. Portanto, o arresto é uma ordem judicial proferida em um procedimento especial para obter uma cautela para futura satisfação de uma pretensão de caráter pecuniário (§ 916 (1) da ZPO¹²⁶)¹²⁷.

De fato, o arresto pressupõe a pretensão ao recebimento de montante pecuniário ou de seu equivalente (*Arrestanspruch*). Ademais, é preciso que haja um risco atual de deterioração dos bens e propriedades do Réu, causado

¹²⁴ BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 85-86.

¹²⁵ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil alemão*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 45-46.

¹²⁶ “§ 916 Arrestanspruch

(1) Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann.”

¹²⁷ HAHN, Huth Dietrich; STUCKEN, Ralf; TUROWSKI, Alexander; WITTUHN Georg A. *Germany, international civil procedure*. vol. 1. Christian Campbell, 2006. p. 268.

deliberadamente pelo mesmo (§ 917 (1) da ZPO¹²⁸)¹²⁹.

Nos casos em que há a necessidade de acautelar um direito individual, a parte tem à sua disposição as medidas cautelares, nas quais devem ser demonstrados a verossimilhança do direito e o motivo da urgência (§ 935 da ZPO). Da mesma maneira, o juiz pode conceder uma medida cautelar, para o fim de assegurar a “paz jurídica” (*Rechtsfrieden*) em relações jurídicas duradouras (§ 940 da ZPO)¹³⁰.

Em situações excepcionais, a parte pode requerer novo exame da situação substancial declarada na medida cautelar transitada em julgado, à luz de elementos novos, acerca dos quais a parte não pôde fazer uso em juízo. Em regra, tais elementos são fatos supervenientes que não se submetem à coisa julgada¹³¹.

2.4. Portugal

O Código de Processo Civil português, recentemente aprovado pela Lei nº 41/2013, prevê um único instituto: o procedimento cautelar, ao qual se submetem as providências conservatórias e antecipatórias, sendo subdividido na lei processual em procedimento cautelar comum (artigos 362º a 376º) e procedimentos cautelares especificados (artigos 377º a 409º).

Os procedimentos cautelares especificados nada mais são do que as medidas cautelares típicas ou nominadas presentes na lei processual portuguesa: (i) restituição provisória de posse; (ii) suspensão de deliberações sociais; (iii) alimentos provisórios; (iv) arbitramento de reparação provisória; (v) arresto; (vi) embargo de obra nova; e (vii) arrolamento¹³².

Já os procedimentos cautelares não especificados, que equivalem às

¹²⁸ “§ 917 Arrestgrund bei dinglichem Arrest

(1) Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.”

¹²⁹ DIEDRICH, Frank; KOCH, Harald. Civil procedure in Germany. Munique: C.H. Beck, Kluwer Law Internacional, 1998. p. 123.

¹³⁰ HABSCHEID, Walter J. *La giustizia civile in Germania - La giustizia civile nei paesi comunitari*. Milão: Cedam, 1994. p. 130.

¹³¹ MASSARI, Hildegard. *La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale, n. 2. Padova: CEDAM, 1996. p. 492.

¹³² COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). Direito processual civil europeu contemporâneo. São Paulo: Lex, 2010. p. 328-329.

medidas cautelares atípicas ou uninominadas¹³³, destinam-se às hipóteses residuais. São regulados no capítulo processual do “procedimento cautelar comum”, o qual também é aplicado de forma subsidiária aos procedimentos cautelares especificados, “levando em conta as suas especificidades previstas nas demais disposições, trazidas no CPC para essas formas típicas ou nominadas”¹³⁴.

Para a concessão das providências cautelares, que sempre se revestem de caráter urgente¹³⁵, são exigidos alguns requisitos, elencados por António Santos Abrantes Geraldès¹³⁶:

i) a probabilidade séria da existência do direito invocado; ii) o fundado receio de que lesão grave ou de difícil reparação de tal direito, seja antes da ação principal ser proposta, seja na sua pendência; iii) a adequação da providência adotada pelo requerente, frente à lesão iminente; e iv) a não existência de procedimento cautelar especificado para aquela hipótese.

De acordo com a disposição do artigo 362º, nº 1, do Código de Processo Civil português, que representa o poder geral de cautela inserido no procedimento cautelar comum, “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência, conservatória ou antecipatória, concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”

Conforme se depreende da leitura do dispositivo, o procedimento cautelar comum aplica-se às medidas cautelares de caráter conservativo e às de caráter satisfativo ou antecipatório, podendo o requerente da tutela “fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor” (artigo 362º, nº 2). Ao lado disso, preceitua o artigo 368º, nº 1, os requisitos legais para a concessão: “A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o

¹³³ COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 328.

¹³⁴ COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 330.

¹³⁵ “Artigo 363.º

Urgência do procedimento cautelar

1 - Os procedimentos cautelares revestem sempre caráter urgente, precedendo os respetivos atos qualquer outro serviço judicial não urgente.”

¹³⁶ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. vol. 3. Coimbra: Almedina, 2000. p. 82.

receio da sua lesão”.

Nos termos do artigo 364º, nº 1, o procedimento cautelar pode ou não depender de uma ação principal: “Exceto se for decretada a inversão do contencioso, o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva”.

Não dependerá de uma ação principal a providência cautelar que se enquadre nos requisitos do artigo 369º, nº 1, de modo a ser decretada a “inversão do contencioso”: “Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decrete a providência, pode dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.”

Trata-se a “inversão do contencioso” de grande inovação introduzida pela atual legislação processual portuguesa, tendo em vista que no Código anterior todas as medidas cautelares eram acessórias e dependentes da ação principal, questão esta que recebia muitas críticas da doutrina, como a de Paula Costa e Silva¹³⁷:

Ora, um sistema que faça depender a vigência – não temporalmente limitada – de uma decisão cautelar de uma ulterior decisão definitiva confirmativa, porque propiciaria o desperdício e a desadequada afetação de recursos humanos, seria um mau sistema processual de realização de justiça.

Por outro lado, se não atendidos os requisitos para a “inversão do contencioso” e a medida depender de uma ação principal, a eficácia do provimento cautelar, de qualquer natureza, extinguir-se-á por caducidade se o Autor não a propuser no prazo de 30 dias a partir da notificação do trânsito em julgado da decisão de deferimento da medida (artigo 373º, nº 1, “a”¹³⁸).

¹³⁷ SILVA, Paula Costa e. *Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*. In: Debate ‘a Reforma do Processo Civil 2012’ - Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público, nº 11. Lisboa, 2012. p. 138.

¹³⁸ “Artigo 373.º

Caducidade da providência

1 - Sem prejuízo do disposto no artigo 369.º, o procedimento cautelar extingue-se e, quando decretada, a providência caduca:

Tendo em vista que, na forma preceituada pelo (artigo 364º, nº 4), “nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar, têm qualquer influência no julgamento da ação principal”, no caso de existência de uma ação principal, haverá “independência técnica ou de objeto” entre esta e a ação cautelar satisfativa ou conservativa¹³⁹.

a) Se o requerente não propuser a ação da qual a providência depende dentro de 30 dias contados da data em que lhe tiver sido notificado o trânsito em julgado da decisão que a haja ordenado;”

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008. p. 137.

3. TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. Noções gerais

O instituto das atualmente denominadas “Tutelas Provisórias” sofreu alterações no decorrer da tramitação, no Senado e na Câmara dos Deputados, dos Projetos de Lei que deram origem ao Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, no Projeto de Lei nº 166/2010, apresentado pelo Senado Federal, o artigo 277 possuía a seguinte redação: “A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa”. Sob a influência de José Roberto dos Santos Bedaque, o objetivo inicial era abolir a distinção entre medidas antecipatórias satisfativas e cautelares, “por tratar-se de filigrana acadêmica, que não deve influenciar a tutela dos direitos dos jurisdicionados”¹⁴⁰.

Já no Projeto Substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei (PL nº 8.046/2010), o artigo 295 passou a ser a referência com o texto assim disposto: “A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. Sobre a nova redação, Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves¹⁴¹ explicam que:

(...) o Projeto Substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (PLC 8.046/2010) pretendia conferir à tutela antecipada nova moldagem, o que importaria, até mesmo, em reformulação da acepção firmada no CPC/1973. Deixaria de consistir em antecipação dos efeitos do provimento final esperado e requerido e que, portanto, dispunha de natureza satisfativa, para ser gênero, integrado por espécies distintas (tutela de urgência e da evidência), que abarcaria tanto medidas cautelares/preventivas como satisfativas e podendo, ainda, ser antecedentes ou incidentais. (...) Assim, vislumbrava-se superar a dicotomia existente entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, sobre a qual a doutrina debruçou-se ora para estabelecer distinções, ora para identificar os pontos de contato. A superação da dicotomia, contudo, restringia-se ao aspecto técnico, já que, em razão da redação do artigo 295, do Projeto Substitutivo (PLC 8.046/2010),

¹⁴⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 111.

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 118.

não se podia inferir que se tivesse extirpado do ordenamento a tutela cautelar, mas tão-somente, unificado a técnica disponibilizada para sua obtenção.

Ao final, o texto legal do Projeto Substitutivo foi alterado, passando a constar no Código de Processo Civil de 2015 um livro (V) para dispor sobre “Tutela Provisória” – em substituição à terminologia “Tutela Antecipada”¹⁴² –, gênero em que são espécies as “Tutelas de Urgência” – de natureza cautelar ou antecipada – e a “Tutela da Evidência”, sendo esta última uma inovação, ao menos como terminologia, não prevista no Código de 1973.

Em que pese o Projeto Substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados ter mantido a figura da tutela cautelar, inclusive distinguindo de forma clara os procedimentos das tutelas cautelar e antecipada requeridas em caráter antecedente – existindo somente nesta última a possibilidade de estabilização, tema do presente trabalho –, “para evitar discussões a respeito de sua subtração e insurgências respectivas, o texto aprovado e encaminhado à sanção presidencial optou pela substituição do termo *Tutela Antecipada*, gênero que intitulava o Livro V, por *Tutela Provisória*, sem que houvesse alteração substancial no conteúdo das disposições”¹⁴³.

Estabelecida a terminologia pela nova lei processual, importa, de plano, verificarmos a definição de tutela provisória, extraída da doutrina de Leonardo Greco¹⁴⁴:

¹⁴² Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira criticam a terminologia utilizada no texto final do Código de 2015: “(...) quando o referido projeto voltou para o Senado, substituiu-se o termo ‘Tutela Antecipada’ por ‘Tutela Provisória’, reservando-se a expressão ‘Tutela Antecipada’ exclusivamente para aquelas tutelas provisórias de caráter satisfativo. Não foi a opção mais adequada, (...) pois não há uma tutela antecipada definitiva, que se oporia à tutela antecipada provisória. Antecipar é técnica. Satisfazer tem a ver com o tipo de tutela. A tutela provisória é, isso sim, uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, sendo esta última (a tutela definitiva) a única que goza da autonomia necessária para ser designada de ‘tutela’, representando funções jurisdicionais próprias de certificação, a efetivação e o acautelamento do direito. E essa tutela antecipada tanto pode ser satisfativa como não satisfativa” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 581).

¹⁴³ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 119.

¹⁴⁴ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 186.

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural 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 um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.

Depreende-se da organização do instituto pelo Código de 2015 que é a provisoriedade¹⁴⁵ a característica fundamental atribuída às tutelas de urgência e de evidência¹⁴⁶. Para melhor entendimento desta caracterização, importa colacionarmos a definição apresentada por Eduardo Scarparo¹⁴⁷, em contraposição à noção de temporariedade:

Assinalada por Calamandrei, a diferença se dá porque o temporário é tão somente o que não dura para sempre, ao passo que o provisório é aquilo que é feito para ser substituído por algo definitivo. Lopes da Costa ofereceu elucidativo exemplo: os andaimes em uma obra são temporários, pois persistirão durante o período em que necessários para o alcance de suas próprias finalidades. Serão, também, definitivos, “no sentido de que nada virá substituí-los”, muito embora não se eternizem. Por outro lado, a barraca usada para habitação enquanto a construção não termina é provisória, já que ela será trocada pela morada definitiva, justificando-se tão somente em razão da ainda inexistência desta.

Além da provisoriedade, o Código de 2015 também estabelece a instrumentalidade como característica das “Tutelas Provisórias”, como bem explicita Leonardo Greco¹⁴⁸:

¹⁴⁵ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apresentam o conceito de tutela definitiva para melhor compreensão da tutela provisória: “(...) para entendê-la, é preciso compreender a tutela definitiva. Isso porque a tutela provisória é a tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária. A *tutela definitiva* é aquela obtida com base em *cognição exauriente*, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 575).

¹⁴⁶ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

¹⁴⁷ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

¹⁴⁸ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.).

O Código de 2015 restabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo a qual a provisoriedade está sempre vinculada à *instrumentalidade*, de tal modo que a tutela provisória, de urgência ou de evidência, será sempre considerada uma função acessória em relação a uma outra modalidade de tutela, cognitiva ou executiva.

As “Tutelas de Urgência”, por sua vez, podem assumir no Código de 2015 duas naturezas: “Antecipada” ou “Cautelar”, constatando-se que houve uma unificação dos regimes no título II do Livro V da lei processual, alterando a disposição do Código anterior, que estabelecia um livro específico para o “Processo Cautelar”.

Não sendo mais enquadrada na nova legislação processual como um processo à parte, mas apenas designada como “tutela”¹⁴⁹, a cautelar deixa de ser um *tertium genus*, de forma distinta, portanto, como o legislador tratou o instituto na elaboração do Código de 1973. Em concordância com o termo utilizado (“tutela”) pelo Código de 2015, Cassio Scarpinella Bueno¹⁵⁰ expõe que:

A tutela jurisdicional obtida (...) é usualmente referida pela doutrina pelo nome de “medida cautelar” e, até mesmo, por “processo”, “ação” ou “sentença” cautelar. É comum, até mesmo, o emprego de outras expressões – certamente derivadas do título da obra clássica de Calamandrei – como “providência” ou “provimento” cautelar. Para os fins de toda a exposição, “tutela cautelar”, “medida cautelar”, “providência cautelar” ou “provimento cautelar” são expressões utilizadas como sinônimas para descrever a mesma realidade. (...) a nomenclatura “tutela cautelar” é, dentre as opções possíveis, a preferível por enfatizar o que hoje deve ser a tônica dos estudos mais recentes do direito processual civil, a “tutela jurisdicional”. (...) O emprego de tal expressão tem o mérito, vale a ênfase, de evidenciar não só a conveniência, mas a necessidade de alteração do eixo metodológico do direito processual civil, deixando de lado a estática de seus institutos consagrados (e ainda fundamentais, não há por que duvidar) em prol da dinâmica inerente aos resultados obteníveis pela intervenção jurisdicional. É a “tutela jurisdicional” — não o “processo”, a “ação” ou a “sentença” — que pode assumir feição cautelar no sentido de ser provisória e instrumental, como quer a doutrina dominante (...).

Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 190.

¹⁴⁹ A “tutela”, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “(...) reflete o bem da vida buscado pelo jurisdicionado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 435).

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171-172.

Outrossim, os objetos dos procedimentos cautelares nominados ou típicos da lei processual anterior não se encontram mais agrupados em um único capítulo, sendo verificados ao longo do Código de 2015, da seguinte forma: (i) atentado (artigo 77, VI); (ii) arresto, sequestro, registro de protesto contra alienação de bem (artigo 301); (iii) produção antecipada de provas (artigo 381); (iv) arrolamento de bens (artigos 301 e 381, § 1º); (v) justificação (artigo 381, § 5º); (vi) exibição de documentos ou coisas (artigo 396); (vii) busca e apreensão (artigo 536, §§ 1º e 2º); (viii) posse em nome de nascituro (artigo 650); (ix) homologação de penhor legal (artigo 703); bem como (x) notificações e interpelações (artigo 726)¹⁵¹.

No título I do Livro V encontram-se as disposições gerais aplicáveis a todas as “Tutelas Provisórias”, sendo estabelecido de plano, no *caput* do artigo 294, que podem fundamentar-se em urgência ou evidência e, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que as “Tutelas de Urgência”, de natureza cautelar ou antecipada, podem ser concedidas de forma antecedente ou incidental, sendo esta última requerida independente do pagamento de custas (artigo 295).

Da análise do artigo 294, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁵² afirmam que o legislador classificou a tutela provisória segundo três enfoques distintos:

- a) quanto à satisfatividade da decisão (antecipada ou cautelar); b) quanto ao momento da decisão (antecedente ou incidental); e, c) quanto à natureza da decisão (de urgência ou de evidência).

O Código de 2015 dispõe, em seu artigo 296, que a tutela provisória “conserva sua eficácia na pendência do processo”, podendo ser revogada¹⁵³ ou

¹⁵¹ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

¹⁵² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 622.

¹⁵³ Leonardo Greco faz a seguinte ressalva sobre a revogabilidade de determinadas tutelas provisórias: “Parece-me óbvio que pela sua própria natureza, estão excluídas dessa possibilidade de revogação, após a sua efetivação, as tutelas provisórias de segurança quanto à prova e receptícias, como as que se destinam apenas a documentar a comunicação de uma manifestação de vontade, produção antecipada de prova, justificação, notificações. Podem elas ser anuladas, mas não revogadas, porque o seu efeito já se produziu e não pode mais ser revertido” (GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 191).

modificada a qualquer tempo, a teor do que já era previsto no Código de 1973 para a antecipação de tutela e para as medidas cautelares. Referido dispositivo trata da eficácia da tutela provisória concedida, ou seja, a aptidão desta decisão para produzir os seus efeitos. Deve ser interpretado no sentido de que “a tutela provisória produz seus efeitos enquanto não for modificada por uma decisão que lhe altera”, seja pelo próprio magistrado que a concedeu, seja em grau de recurso pelo juízo *ad quem*¹⁵⁴.

Outrossim, o artigo 297 possibilita ao juiz determinar as medidas que considerar adequadas à efetivação da tutela provisória, sendo observadas, no que couber, as disposições referentes ao cumprimento provisório de sentença. Possibilita o artigo, portanto, a utilização pelo magistrado de instrumentos coercitivos necessários¹⁵⁵ ao cumprimento daquilo que foi determinado por força da concessão da tutela provisória, previsão absolutamente indispensável em decorrência da cultura em nosso ordenamento de não atendimento voluntário aos comandos judiciais¹⁵⁶.

O artigo 298 reforça uma das normas fundamentais do Código de 2015, o dever de fundamentação¹⁵⁷, dispondo que “na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. Desta forma, este pronunciamento judicial, para ser considerado fundamentado, não poderá enquadrar-se nas situações previstas no rol de incisos do § 1º do artigo 489 da lei processual civil.

Ainda entre as disposições gerais, de acordo com o artigo 299, a tutela provisória incidental deve ser “endereçoada ao próprio juízo ou órgão do tribunal que conduza a demanda e que seja competente para apreciar o mérito da causa”¹⁵⁸. Quando antecedente, deverá ser requerida ao juízo ou órgão competente para

¹⁵⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 624.

¹⁵⁵ “(...) ao empregar essa técnica o legislador confere poderes mais largos ao juiz. Isso não significa, porém, que ele está completamente livre para implementar a tutela antecipada. Sua condução sempre estará vinculada à função constitucional, e sujeita aos ditames da proporcionalidade e razoabilidade inerentes ao devido processo legal” (ASSIS, Carlos Augusto de. *Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55).

¹⁵⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 626.

¹⁵⁷ Estabelecido pela nova lei processual, de plano, em seu artigo 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586.

conhecer do pedido principal¹⁵⁹.

Em análise das disposições gerais que regem a tutela provisória, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶⁰ destacam três características essenciais:

a) a *sumariedade da cognição*, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um *juízo de probabilidade*; b) a *precariedade*. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser *revogada* ou *modificada* a qualquer tempo (art. 296, *caput*, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela. c) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*.

No tocante à legitimidade, poderão requerer a tutela provisória em caráter incidental todos os que alegam ter direito à tutela jurisdicional, “encarada como o resultado prático favorável proporcionado a quem tem razão, obtido após o exercício da função jurisdicional”: o Autor; o Réu; terceiros intervenientes (que se tornam partes a partir da intervenção); o assistente simples (condicionado à vontade do assistido); o substituto processual (legitimado a defender o direito de outrem); e o Ministério Público (na qualidade de parte ou de assistente diferenciado de incapazes). Na tutela provisória em caráter antecedente, em razão do próprio procedimento, em que é especificado o requerimento através da petição inicial (artigos 303 e 305), a legitimidade é restrita à figura do Autor¹⁶¹.

Além do cabimento da tutela provisória no procedimento comum disposto no Código de 2015, importa analisar se a disciplina dos artigos 294 e

¹⁵⁹ Quanto à regra de competência da tutela provisória antecedente, Cassio Scarpinella Bueno afirma que se trata de “uma forma confusa de afirmar que as regras de competência para a formulação do pedido de tutela provisória *antecedente* são as mesmas genéricas do CPC de 2015 e deverão ser levadas em conta quando da formulação dos pedidos dos arts. 303 e 304 e 305 a 310, consoante a hipótese seja de tutela provisória *antecipada antecedente* ou de tutela provisória *cautelar antecedente*, respectivamente” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250).

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 582.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 587-589.

seguintes da nova lei processual são aplicáveis aos procedimentos especiais (artigos 539 e seguintes). Na opinião de Arlete Inês Aurelli¹⁶², com a qual concordamos, às liminares a serem concedidas nos procedimentos especiais, que possuírem requisitos e procedimentos próprios, não podem ser aplicadas as disposições que regem as tutelas provisórias, impedindo, por exemplo, que venham a se tornar estáveis, nos termos do artigo 304 do Código de 2015:

É importante partir da noção geral de que há procedimentos diferenciados no código, nos quais são previstas liminares, para que se possa de antemão ter presente que, quando constar previsão de liminar específica para um procedimento especial é este que deve ser observado e não o procedimento das tutelas provisórias. O mesmo se diga de procedimentos especiais previstos em leis extravagantes¹⁶³. A liminar neles previstas continua ter seu regramento específico previsto na legislação de regência. (...) chegamos ao novo CPC, em que temos a previsão das tutelas provisórias de urgência e as de evidência, em capítulo próprio e temos também as liminares previstas em procedimentos especiais, inclusive em legislação extravagante, que continuam mantidas. Penso que quando houver essa previsão, deve-se seguir o modelo apresentado nesse procedimento. Portanto, a liminar a ser deferida nos procedimentos especiais que tenha estabelecido requisitos e procedimento específico para tanto, não se regem pelo art. 294 e segs. do Novo CPC que cuida das tutelas provisórias. Por exemplo, não há que se falar em estabilização para os casos de tutela que tenha natureza de tutela antecipada, se se

¹⁶² AURELLI, Arlete Inês. *Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC*. 2016 (no prelo).

¹⁶³ No tocante à legislação extravagante, Arlete Inês Aurelli cita a lei do Mandado de Segurança: "(...) o art. 7º da Lei 12.016/2009, exige para a concessão da liminar no mandado de segurança, os seguintes requisitos: - Fundamento relevante – direito líquido e certo; - Perigo de ineficácia da medida – *periculum in mora*; - Prestação de caução, fiança, depósito. (...) É evidente que a liminar concedida no mandado de segurança caracteriza-se como tutela provisória de urgência, a qual pode ter tanto natureza antecipatória do direito pleiteado, como assecuratória do resultado útil do processo. Mas, é fato que o legislador exige requisitos e procedimento específicos para a concessão desse tipo de liminar, os quais diferem do regramento das tutelas provisórias previstas no CPC/15. Tanto é assim que a mesma liminar também pode ser caracterizada como tutela da evidência, firme na exigência de que exista prova pré constituída do direito pleiteado pelo impetrante. Para esse deferimento, portanto, a dúvida que surge é saber se deveriam ser observadas as disposições referentes às tutelas provisórias previstas a partir do art. 294 do CPC/15. Entendemos que não porque a lei de regência exige requisitos específicos para a concessão da liminar do mandado de segurança, sendo que o procedimento para deferimento e efetivação não seguem o quanto determinado no artigo 294 e segs. do CPC/2015. Em nosso sentir, não há que se falar em tutela antecipada antecedente em relação ao mandado de segurança, por exemplo. (...) Apesar da necessidade de demonstrar o *periculum in mora* forçosamente caracterizar essa liminar como típica tutela de urgência, também podemos encartá-la como tutela da evidência, já que a liminar somente será concedida mediante a existência de direito líquido e certo, ou seja, prova pré-constituída comprovada de plano. Por isso, entendemos que é possível a aplicação do art. 311, que trata do regramento das tutelas de evidência. É que o mandado de segurança não deixa de se caracterizar como tutela de evidência. Assim, se não houver urgência, a parte poderá demonstrando a evidência, com base no inciso II, requerer a tutela provisória" (AURELLI, Arlete Inês. *Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC*. 2016) (no prelo).

Especificamente em relação à tutela de evidência, dispõe o enunciado nº 422 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que: "A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais".

tratar de uma previsão específica para um procedimento especial.

Entretanto, a autora¹⁶⁴ faz a ressalva de que “o procedimento das tutelas provisórias, constante do novo CPC, será aplicado, nos procedimentos especiais, apenas quando as normas que o regulam sejam omissas, ou seja, não houver uma previsão específica de tutela provisória¹⁶⁵, ou ainda, quando a parte não possuir os requisitos necessários para a concessão de específica liminar. É o que ocorre no caso das possessórias em que, se o requisito do esbulho ou turbação, praticado a menos de ano e dia, não estiver presente, a parte pode pleitear concessão de tutela provisória, de acordo com o regramento dos arts. 294 e segs”.

A análise de requerimento de tutela provisória, em regra, é objeto de decisão interlocutória, mas pode estar compreendida em capítulo da sentença ou, ainda, ser concedida em decisão de relator ou por acórdão do Tribunal¹⁶⁶.

No tocante ao recurso cabível em face da concessão da tutela provisória, dispõe o inciso I do artigo 1.015 que “cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias”, sendo certo que deverá ser interposto recurso de apelação se decidida questão atinente à tutela provisória (concessão, confirmação ou revogação) em sentença, conforme se depreende do teor dos artigos 1.009 e 1.013, § 5º. O recurso de apelação, porém, não será recebido em seu efeito suspensivo, tendo em vista que, de acordo com o artigo 1.012, § 1º, inciso V, a sentença que concede, confirma ou revoga a tutela provisória produz imediatos efeitos a partir da sua publicação.

Finalmente, se concedidas as tutelas provisórias no âmbito do tribunal, “as decisões monocráticas sobre o tema (...) são recorríveis para o colegiado competente, por intermédio do recurso de agravo interno (art. 1.021)”. Na hipótese de concessão por acórdão, “a recorribilidade (...) não traz peculiaridades a não ser a inviabilidade de questões fáticas serem reexaminadas em sede de recurso

¹⁶⁴ AURELLI, Arlete Inês. *Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC*. 2016 (no prelo).

¹⁶⁵ Neste sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que, “se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela provisória, não há óbice a que se permita uma concessão da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar) ou de evidência, se preenchidos os pressupostos genéricos dos arts. 303, 305 e 311, CPC” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 590).

¹⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 597-598.

extraordinário ou especial”¹⁶⁷.

3.2. Tutela provisória de urgência

As tutelas provisórias de urgência encontram-se previstas no Título II do Livro V do Código de 2015, título este subdivido em três capítulos: “I - Disposições Gerais”, “II - Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente” e “III - Do Procedimento da Tutela Cautelar Requerida em Caráter Antecedente”.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁶⁸ assim caracterizam a tutela de urgência:

(...) a tutela provisória é urgente quando há perigo iminente de perda ou de lesão ao direito que a parte declara ter, o que implica na necessidade da obtenção de uma proteção jurisdicional rápida.

Ainda sobre a “urgência”, ensina Leonardo Greco¹⁶⁹ que:

É a urgência, a situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evitá-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.

Como já adiantado pelo parágrafo único do artigo 294, as “Tutelas de Urgência” podem ser requeridas em caráter incidental ou antecedente, sendo os procedimentos desta última forma regulados nos capítulos II e III acima referidos, os quais serão analisados no presente estudo em itens específicos.

Em relação ao requerimento das tutelas cautelar ou antecipada de forma incidental, este pode se dar mediante simples petição no curso do processo ou

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 253.

¹⁶⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 631.

¹⁶⁹ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 198.

na própria petição inicial da ação¹⁷⁰, em que constam os pedidos finais de tutela definitiva¹⁷¹, conforme bem explicitam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁷²:

A tutela provisória *incidental* é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento *contemporâneo* ou *posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória. É importante esclarecer que o pedido de tutela provisória incidental não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo (enunciado n. 496 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). (...) Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: *a*) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); *b*) em petição simples; *c*) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; *d*) ou no bojo da petição recursal.

Certo é que independentemente do momento de requerimento da tutela cautelar ou antecipada, não será necessária a constituição de um processo apartado para tanto, o que demonstra o intuito do legislador em simplificar o pleito de uma medida urgente, de forma mais prática e célere na vigência do Código de 2015.

Nas disposições gerais da “Tutela de Urgência”, o artigo 300 do Código de 2015 elenca os requisitos positivos para a sua concessão, seja ela de natureza antecipada ou cautelar: “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁷³

¹⁷⁰ “O art. 308, §1º, CPC, consagra a possibilidade de cumulação de pedido cautelar e não cautelar. Nada impede, então, que o autor deflagre demanda em que deduza, desde já, o seu pedido principal (satisfativo/definitivo) em cumulação com pedido cautelar” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585).

¹⁷¹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 79.

¹⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585.

¹⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 608-609.

analisam o pressuposto de probabilidade do direito ou *fumus boni iuris*, segundo os quais estará atendido se presentes a “verossimilhança fática” e a “plausibilidade jurídica”:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC). Inicialmente, é necessária a *verossimilhança fática*, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova. Junto a isso, deve haver uma *plausibilidade jurídica*, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Já o “perigo de dano¹⁷⁴ ou risco ao resultado útil do processo” é requisito próprio desta modalidade de tutela provisória, o que justifica a denominação de “tutela de urgência” pelo legislador¹⁷⁵. Nas palavras de Dierle Nunes e Érico Andrade¹⁷⁶:

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão. Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situações de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do

¹⁷⁴ “(...) perigo de dano: i) *concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) *atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) *grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito. Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação. *Dano irreparável* é aquele cujas consequências são irreversíveis. (...) *Dano de difícil reparação* é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa – ex.: dano decorrente de desvio de clientela” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 610).

¹⁷⁵ TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 31.

¹⁷⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 77.

processo.

Segundo Leonardo Feres da Silva Ribeiro¹⁷⁷, o preenchimento dos requisitos positivos autorizadores da concessão da tutela de urgência está relacionado à “regra da gangorra”:

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado enxergue alguma possibilidade na viabilidade do direito invocado, deverá voltar seus olhos para a intensidade do *periculum in mora* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida. Nesse contexto, pode-se afirmar que *quanto maior o “periculum”* maior a chance de deferimento. Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma “gangorra”. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades de caso concreto. A conjugação desses fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência. É certo que, havendo algum grau de *possibilidade* de o direito socorrer à parte requerente, o juiz deverá preocupar-se com o *periculum in mora*, procedendo à avaliação dos males que advirão, tanto para o autor quanto para o réu parte, com a concessão, ou não, da medida. Faz-se o jogo da proporcionalidade, do juízo do mal maior, tendo como fator de maior peso para *pender a gangorra*, para um lado ou para o outro, o *periculum in mora*.

A tutela de urgência, requerida em caráter antecedente ou incidental¹⁷⁸, pode ser concedida liminarmente¹⁷⁹, mediante a realização de audiência de justificação prévia¹⁸⁰ (artigo 300, § 2º, do Código de 2015), ou ainda, após a oitiva

¹⁷⁷ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015. p. 203-204.

¹⁷⁸ O requerimento em caráter antecedente é sempre liminar, enquanto o realizado em caráter incidental pode se dar de forma liminar ou em outro momento do processo. Certo é que a concessão da medida independe do momento em que for requerida pela parte. Poderá o magistrado, sempre que entender inexistir risco de dano, não realizar a análise liminar e aguardar o contraditório para tomar uma decisão. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 591-593).

¹⁷⁹ “Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida *in limine litis*, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento: o seu início. *Liminar* não é substantivo. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 592).

¹⁸⁰ “A finalidade da audiência é produzir prova que justifique a concessão da tutela provisória. Assim, há quem defenda, com bons argumentos, que o juiz pode, também, realizar uma inspeção judicial prévia, para justificar a concessão da medida” (ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Em busca da oralidade*

da outra parte¹⁸¹. “A avaliação da oportunidade da concessão liminar da tutela de urgência, antecedente ou incidente deve continuar condicionada a um juízo positivo firme da existência do direito do requerente e da inevitabilidade do dano iminente, assim como a um juízo de ponderação favorável à prioridade da tutela do direito alegado pelo requerente sobre o eventual direito do requerido que será sacrificado e sobre o direito ao contraditório e à ampla defesa, cuja postergação constitui sempre uma violência”¹⁸².

Faculta-se, ainda, ao juiz, como requisito eventual para a concessão da tutela, exigir caução real ou fidejussória idônea¹⁸³ para ressarcir possíveis danos que a outra parte vir a sofrer (artigo 300, § 1º, do Código de 2015), podendo ser dispensada em razão da hipossuficiência da parte interessada¹⁸⁴.

O § 3º do artigo 300 da nova lei processual, a teor do que já era previsto no Código de 1973, indica como requisito negativo, exclusivo para a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, a inexistência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, ou seja, a “possibilidade de se retornar ao estado anterior ao deferimento e cumprimento da medida”¹⁸⁵.

Esta regra, desde a vigência do Código de 1973, não é tratada pela doutrina e pela própria prática jurisdicional como absoluta, sendo possível a

perdida: radicalizando a inspeção judicial. In: HIROSE, Tadaaqui; SOUZA, Maria Helena Rau de (Orgs.). Curso modular de direito processual civil. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 247-248).

¹⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 591.

¹⁸² GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 199.

¹⁸³ De acordo com o enunciado nº 497 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “as hipóteses de exigência de caução para concessão de tutela provisória de urgência devem ser definidas à luz do art. 520, IV, CPC”. O referido dispositivo legal, por sua vez, dispõe o seguinte: “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: (...) IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

¹⁸⁴ “Trata-se de verdadeira inovação constante do novel diploma, a qual é verdadeira manifestação do **princípio da ubiquidade**. Não pode a exigência de caução impedir o acesso à justiça” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 14).

¹⁸⁵ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

concessão da tutela de urgência na hipótese de irreversibilidade recíproca, explicitada por Dierle Nunes e Érico Andrade¹⁸⁶:

(...) mesmo sob a égide do CPC-73 a doutrina e a jurisprudência aceitavam o deferimento em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se, entre outros critérios interpretativos, o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material - previsto nos arts. 8º e 489, § 2º, CPC-2015) para verificar qual esfera de direitos (às vezes fundamentais) deve merecer acatamento, do autor ou do réu. Assim, em algumas hipóteses, caso o juiz não defira a liminar antecipatória em determinadas situações de irreversibilidade o direito do autor pereceria (por exemplo, pedido de tratamento médico de urgência). Nesses moldes, existem vários julgados dos tribunais, mesmo sob a égide do CPC-1973, autorizando a concessão da medida quando ocorrerem essas hipóteses de irreversibilidade recíproca (para ambos, autor e réu ao mesmo tempo), devendo o juiz verificar, em conformidade com os elementos trazidos no processo, qual irreversibilidade (para o autor ou para o réu) deve prevalecer, de acordo com os direitos em discussão e o grau de dano potencial em comento.

Em situações em que há o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão que venha a conceder a tutela provisória de urgência, poderá o juiz se valer da exigência da caução, prevista no artigo 300, § 1º, do Código de 2015, como condição para o deferimento, de modo a prover meios de reversibilidade, ainda que através de reparação pecuniária¹⁸⁷.

O artigo 301, por sua vez, dispõe que a tutela de urgência cautelar, além de mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem, pode ser efetivada através “de qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, representando, assim, verdadeiro poder geral de cautela¹⁸⁸.

Finalmente, são elencadas no artigo 302 as hipóteses em que o

¹⁸⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81.

¹⁸⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 614.

¹⁸⁸ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

requerente da tutela provisória de urgência responderá pelos danos que a medida causar à outra parte: “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”; responsabilidade esta que, ao nosso ver, não é objetiva¹⁸⁹.

3.3. Tutela provisória de evidência

Inicialmente, importante apresentarmos considerações preliminares sobre a “evidência”, característica fundamental da tutela provisória constante no artigo 311 do Código de 2015, a qual não era prevista no Código de 1973, ao menos com esta nomenclatura. Para tanto, esclarecedores são os comentários de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹⁰ sobre a tutela de evidência como “técnica processual”:

A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. Somente há sentido e utilidade em falar da “tutela da evidência” como técnica processual. É uma *técnica processual*, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo. (...) É técnica que serve à *tutela provisória, fundada em cognição sumária*: a antecipação provisória dos efeitos da tutela satisfativa. Aqui surge a chamada tutela provisória de evidência. Nestes casos, a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e

¹⁸⁹ É o que defende Leonardo Greco: “(...) a possibilidade de recair sobre o requerente da tutela de urgência a condenação a ressarcir prejuízos ilimitados sofridos pelo requerido, ainda que tenha litigado de boa-fé, com plena convicção da existência do seu direito, constituirá injusta inibição ao exercício do direito de acesso à justiça, equiparando o comportamento lícito ao ilícito e sujeitando quem exerceu direito constitucionalmente assegurado ao risco de perda patrimonial de alcance imprevisível. Assim, somente se comprovada a litigância de má-fé (art. 79), incorrerá o requerente na responsabilidade prevista no artigo 302” (GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 200). Em posição contrária encontra-se a doutrina de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira: “As hipóteses em que surge esse dever de indenizar os danos causados estão taxativamente previstas no art. 302, do CPC, que seguiu posição já consagrada pelo art. 811, do CPC de 1973, estatuinto a responsabilidade objetiva do autor perante o réu que sofreu prejuízo” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 637).

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 630-631.

probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Dispensa-se a demonstração de urgência ou perigo. Por isso, há quem prefira compreender a tutela provisória de evidência simplesmente como aquela para cuja concessão se dispensa a demonstração de perigo. Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão da tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.

Em complemento, Leonardo Greco¹⁹¹ define tutela de evidência como “a tutela antecipada que acolhe no todo ou em parte o pedido principal do autor para tutelar provisoriamente, independentemente da urgência, provável direito cuja existência se apresenta *prima facie* indiscutível, nos casos previstos no artigo 311 do Código de 2015”.

De forma mais abrangente, Bruno Vinícius da Rós Bodart¹⁹² considera a tutela de evidência “ técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo”.

A tutela provisória de evidência, de acordo com o *caput* do artigo 311 do Código de 2015, deve ser concedida, independentemente de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, em quatro hipóteses¹⁹³ dispostas em seus incisos: “I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser

¹⁹¹ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204.

¹⁹² BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 158.

¹⁹³ Segundo Leonardo Greco, as hipóteses dispostas no artigo 311 do Código de 2015 são taxativas (GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204). Com opinião divergente, posicionam-se Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, segundo os quais trata-se de rol exemplificativo, “(...) sendo perfeitamente possível a concessão de tutela de evidência, mesmo em sede de liminar *inaudita altera parte*, quando o direito em juízo permitir ao magistrado, desde logo, realizar cognição exauriente sobre o tema” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 659).

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”.

Depreende-se dos incisos acima expostos que existem “duas modalidades de tutela provisória de evidência: a) *punitiva* (art. 311, I), quando ficar caracterizado o ‘abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte’; b) *documentada*¹⁹⁴, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual”¹⁹⁵.

Não é possível o requerimento da tutela de evidência em caráter antecedente, somente incidental (“requerimento *contemporâneo* ou *posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva”)¹⁹⁶, sendo certo que a concessão liminar só é permitida nas situações descritas nos incisos II e III (parágrafo único do artigo 311)¹⁹⁷, hipóteses estas “de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. (...) casos em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência *in limine litis* em favor do demandante”¹⁹⁸. Evidentemente as hipóteses descritas nos incisos I e IV não admitem a concessão liminar, porquanto dependem de conduta do Réu: “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório” e “não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”, respectivamente.

A primeira hipótese prevista no artigo 311 – “ficar caracterizado o

¹⁹⁴ “(...) são três os requisitos para que algo possa ser classificado como documento: a) uma representação escrita ou não; b) a representação de um fato pretérito ou de declaração; e, c) o caráter relativamente duradouro do objeto; o que permite a definição de documento como toda a representação de fato pretérito ou de declaração, gravada em meio relativamente duradouro, que por si só permita ao agente conhecer do seu conteúdo” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 659).

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 633.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585.

¹⁹⁷ “(...) o que deve ser entendido como a possibilidade de o magistrado, diante de seus respectivos pressupostos conceder a tutela provisória antes e independentemente da prévia oitiva do réu” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 268).

¹⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593.

abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte¹⁹⁹ – representa praticamente uma repetição do que era disposto no inciso II do artigo 273 do Código de 1973, ou seja, um dos requisitos positivos facultativos para a concessão de tutela antecipada no sistema processual anterior: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. A única alteração redacional se deve à substituição do termo “Réu” por “parte”, abrangendo igualmente, portanto, o manifesto propósito protelatório do Autor.

Como já exposto, trata-se a hipótese do inciso I do artigo 311 de tutela de evidência punitiva, a qual funciona como sanção à parte que age de má-fé. Funda-se na “maior probabilidade de veracidade da posição jurídica da parte requerente, que se coloca em estado de evidência em relação à situação litigiosa, vez que a parte adversária é exercente de defesa despida de seriedade e consistência, e por isso, deve ser apenada com o ônus de provar que a sua posição é digna de tutela jurisdicional. (...) Quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meio protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, presume-se a falta de consistência e desvalia evidente da sua atuação; em contrapartida, configura-se a probabilidade de veracidade do que afirma o adversário e a evidência do direito respectivo. Isso autoriza o juiz a antecipar provisoriamente os efeitos da tutela”²⁰⁰.

A segunda hipótese – “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” –, por sua vez, segundo as lições de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves²⁰¹, refere-se à “técnica processual

¹⁹⁹ “As expressões ‘abuso de direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório’ têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 634).

²⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 633-635.

²⁰¹ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 122.

diferenciada que combina a exigência de direito líquido e certo, nos moldes do mandado de segurança, com a existência de “precedentes”, reconhecidos seja em julgamento de casos repetitivos, seja em súmula vinculante (...). ”

De acordo com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁰², para que esta hipótese seja atendida, a configurar o estado de evidência necessário à concessão da tutela provisória, resta necessário o atendimento a dois pressupostos (um de fato e outro de direito):

a) o primeiro deles é a existência de *prova das alegações de fato* da parte requerente, que, neste caso, dever ser: i) necessariamente *documental*, ou documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente); e ii) recair sobre fatos que justificam o nascimento do direito afirmado, isto é, fato constitutivo do direito. Esse pressuposto é desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova (ou outras provas), como fato notório, o fato confessado, o fato incontroverso, o fato presumido. b) o segundo é a *probabilidade de acolhimento da pretensão processual*, que se configura exatamente em razão do fundamento normativo da demanda consistir em *tese jurídica já firmada em precedente obrigatório*, mais especificamente em enunciado de súmula vinculante (art. 927, II, CPC) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art. 927, III, CPC), que vinculam o julgador e devem ser por ele observados, inclusive liminarmente (art. 311, parágrafo único).

Ressalta-se que a tutela provisória de evidência requerida com base no inciso II do artigo 311, se concedida, para que a decisão seja considerada fundamentada, a teor disposto no inciso V do § 1º do artigo 489 do Código de 2015, deverá o magistrado, ao invocar precedente ou enunciado de súmula, identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta a estes fundamentos. Por outro lado, se a decisão for denegatória, resta imperioso que o juiz demonstre a existência de distinção entre o caso em julgamento e o que está disposto no enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte ou, ainda, a superação daquele entendimento que a parte invocou (artigo 489, §1º, inciso VI).

A terceira hipótese – “se tratar de pedido reipersecutório²⁰³ 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” – destina-se a regulamentar a restituição de bem depositado – já que no Código de 2015 não há

²⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 637-638.

²⁰³ Pedido de entregar coisa.

previsão do procedimento especial de ação de depósito –, com semelhante técnica do que era disposto no artigo 461-A do Código de 1973²⁰⁴, para a entrega liminar de coisa, sob pena de incidência de multa²⁰⁵.

Nesta hipótese, restrita ao depósito convencional, são pressupostos necessários para a concessão da tutela de evidência: (i) a demonstração das alegações de fato, consubstanciada no contrato de depósito instruído como prova documental; bem como (ii) que ocorreu a constituição em mora, seja com o advento de termo certo, seja em razão de interpelação do Réu, a qual deve ser documentalmente comprovada²⁰⁶.

Por fim, trata-se a quarta hipótese – “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” – de “julgamento antecipado do mérito²⁰⁷ baseado em técnica processual construída a partir do comportamento – deficiente – da defesa que permite a concessão da tutela jurisdicional, quando a impugnação do demandado não for consistente, por não vir acompanhada de elementos probatórios capazes de neutralizar os argumentos do autor; *a fortiori*, o artigo 311, inc. IV, do NCPC também deve permitir a concessão da tutela de evidência na situação em que o réu, simplesmente, deixou um ou mais pedidos, ou parcela deles, incontroverso, como previsto no artigo 273, § 6º, do CPC/73 (...)”²⁰⁸.

Para a concessão da tutela de evidência, nesta hipótese, deverão ser atendidos três pressupostos: (i) a evidência deverá ser demonstrada pelo Autor mediante prova exclusivamente documental; (ii) o Autor apresente prova documental suficiente dos fatos constitutivos de seu direito; e (iii) a ausência de contraprova documental suficiente do Réu, apta a gerar dúvida razoável em relação ao fato

²⁰⁴ “Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”

²⁰⁵ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 122.

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 640.

²⁰⁷ “Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocado no rol de hipóteses de tutela provisória” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 642).

²⁰⁸ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 122-123.

constitutivo do direito do Autor ou sobre o próprio direito deste²⁰⁹.

É possível constatar semelhanças entre a tutela de evidência e o julgamento antecipado do mérito, previsto nos artigos 355 e 356 da nova lei processual, que ocorre em decorrência de desnecessidade de provas, revelia ou pedidos incontroversos, sendo, assim, proferida uma decisão definitiva, ainda que parcial, não sujeita à revogação ou modificação. Leonardo Greco²¹⁰ dá a seguinte solução para as situações em que há superposição entre as hipóteses de julgamento antecipado do mérito e de tutela provisória de evidência:

Se não houver a possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa vir a infirmar o acolhimento do pedido do autor, deverá o juiz fazer uso do julgamento antecipado do pedido. Se, em respeito ao direito de defesa do réu ou a alguma outra circunstância, for necessário ou útil facultar a prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência.

Importa destacar que se o magistrado optar pela concessão da tutela de evidência, eventualmente confirmada ou até concedida no ato da sentença, diferentemente do julgamento antecipado do mérito, o recurso de apelação a ser interposto não terá efeito suspensivo, a teor do disposto no artigo 1.012, § 1º, inciso V, do Código de 2015.

Entretanto, a regra do § 1º do artigo 1.012 não é absoluta. Segundo o § 4º do mesmo artigo, nas hipóteses do § 1º, “a eficácia da sentença poderá ser suspensão pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação”. De acordo com Bruno Vinícius da Rós Bodart²¹¹, esta disposição “tem o objetivo de distribuir de forma justa e racional, entre recorrente e recorrido, os ônus derivados do tempo necessário ao julgamento do recurso pelo órgão colegiado”, tratando-se de modalidade de tutela de evidência na esfera recursal.

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 641-642.

²¹⁰ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 206.

²¹¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 149.

3.4. Comparativo entre as tutelas provisórias dispostas no novo Código de Processo Civil

Com o intuito de melhor compreendermos o enquadramento das tutelas provisórias realizada pelo legislador, resta imprescindível uma comparação detalhada entre as medidas inseridas no Livro V do Código de 2015. Desta forma, em um primeiro momento serão analisadas em conjunto as tutelas de urgência e evidência e, posteriormente, as tutelas de urgência cautelar e antecipada.

3.4.1. Tutelas provisórias de urgência e evidência

Abordadas as noções gerais sobre tutelas provisórias de urgência e evidência, importa realizarmos análise comparativa para verificarmos no que se assemelham e diferem, a justificar a separação em títulos distintos no Livro V do Código de 2015.

Sob a perspectiva do tempo para se alcançar uma tutela definitiva, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²¹² diferenciam as situações de urgência e de evidência que podem ser protegidas pelas tutelas provisórias:

Em situação de *urgência*, o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. Este é um dos males do tempo do processo. Em situação de *mera evidência* (sem urgência), o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa) não deve ser suportado pelo titular de direito assentado em afirmações de fato comprovadas, que se possam dizer evidentes. Haveria, em tais casos, violação ao princípio da igualdade.

A questão principal que diferencia estas duas espécies de tutela provisória é relacionada aos requisitos necessários para o deferimento.

Quanto à tutela provisória de urgência, que pode ter natureza satisfativa/antecipada ou cautelar, a sua concessão encontra-se condicionada à demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao

²¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 581.

resultado útil do processo” (artigo 300, *caput*, do Código de 2015).

Já para se conceder uma tutela provisória de evidência, sempre de natureza satisfativa/antecipada, não há necessidade de demonstração de “perigo da demora”, devendo ser atendidos os pressupostos presentes nas quatro hipóteses dispostas no artigo 311 da lei processual. Em suma, deve ser demonstrado pelo requerente que as suas alegações de fato se encontram comprovadas, transparecendo a probabilidade de acolhimento de sua pretensão processual, a evidência de seu direito. “Exige um juízo de probabilidade firme da existência dos fatos alegados pelo autor, da existência do seu direito e da juridicidade e adequação do pedido, cujo acolhimento antecipado e provisório é pleiteado”²¹³.

Leonardo Greco²¹⁴, em análise aos requisitos e natureza das tutelas de urgência e evidência, as distingue da seguinte maneira:

O critério da natureza da providência pleiteada divide a tutela provisória em tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e tutela de evidência, em que esta parece distinguir-se das outras, pela acentuada probabilidade de existência do direito do autor ou pelo elevado valor humano desse direito, a merecer proteção provisória independentemente de qualquer aferição de perigo de dano. É o que acontece, por exemplo, com a liminar possessória ou com a liminar de alimentos provisórios.

Leonardo Feres da Silva Ribeiro²¹⁵ também contribui, em sua obra, para a distinção das tutelas de urgência e evidência a partir de seus requisitos:

Ambas, conquanto provisórias – ou seja, ainda sujeita à modificação após aprofundamento da cognição – não se confundem. Com efeito, a tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela da evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo, desde já, aquilo que muito

²¹³ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204.

²¹⁴ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 187.

²¹⁵ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 93.

provavelmente virá a final.

Importa, ainda, para melhor ilustrar a distinção entre as tutelas com base em seus requisitos, os ensinamentos de Luiz Fux²¹⁶, quando, ainda na vigência do Código de 1973, propôs a adoção de uma tutela de evidência:

A expressão (direito evidente) vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada.

Outra diferença se refere à forma de pleito destas tutelas, ou melhor, o momento em que são requeridas. O parágrafo único do artigo 294 do Código de 2015 autoriza o requerimento das tutelas provisórias de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, em caráter antecedente ou incidental, sendo regulamentado o requerimento em caráter antecedente nos artigos 303 a 310. Não há previsão ou regulamentação de requerimento de tutela de evidência em caráter antecedente, o que leva à conclusão de que só será admitida na forma incidental. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²¹⁷ justificam esta diferenciação:

(...) só as tutelas provisórias de *urgência* podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória de *evidência* não pode ser requerida em caráter antecedente.

Considerando ainda as expressas previsões da nova lei processual acerca das tutelas provisórias, depreende-se que somente a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente pode se tornar estável, o que faz concluir que as tutelas de evidência não são passíveis de estabilização²¹⁸.

²¹⁶ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305-306.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585.

²¹⁸ Neste sentido, Anna Paola de Souza Bonagura assim se manifesta: “É possível a estabilização na tutela da evidência? Pensamos que não. O art. 304 do NCPC cria um microsistema próprio e aplicável apenas à hipótese prevista no texto legal, qual seja, a tutela antecipada requerida em caráter

Há, ainda, distinção no tocante ao momento processual de concessão das tutelas provisórias. Admite-se a concessão liminar das tutelas de urgência em geral, seja ela de natureza cautelar ou antecipada, conforme preceituado no § 2º do artigo 300 do Código de 2015. Por outro lado, entre as hipóteses de tutela de evidência compreendidas no artigo 311, só se admite a concessão liminar nas situações previstas em seus incisos II e III, conforme disposição expressa de seu parágrafo único.

Apesar das diferenças acima expostas, podem existir situações em que a tutela concedida apresente características de evidência, em razão da pretensão fundar-se em direito evidente, e de urgência, porquanto concedida para evitar o perecimento deste direito, como exemplificado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²¹⁹:

Pense-se, por hipótese, numa cirurgia cardíaca para a implantação de stent, onde o plano de saúde nega a cobertura sob o argumento de que se trata de uma prótese, cuja a implantação é excluída pelo contrato. Aqui o direito é evidente, já que a Súmula 93, do TJSP, reconhece que a negativa de tal cobertura é abusiva, e, ao mesmo tempo, há urgência quanto à obtenção do provimento, já que não se pode deixar de reconhecer que a situação de saúde de quem se submete a esse tipo de intervenção inspira cuidados urgentes.

Em razão de situações como a acima exposta, em que não há exclusão da tutela de evidência pela tutela de urgência, em que pese ser distinto o grau de cognição judicial, poderá o magistrado conceder uma das tutelas quando a parte pleitear a concessão de outra, desde que atendidos os requisitos próprios da tutela efetivamente concedida, em aplicação do princípio da fungibilidade²²⁰, presente

antecedente do artigo 303 do NCPC (BONAGURA, Anna Paola de Souza. *Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC* - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 400). Em sentido contrário, Leonardo Feres da Silva Ribeiro expõe que: “Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede. A técnica da estabilização, para surtir os efeitos desejados, deve ser interpretada de forma ampla, apta a incidir sobre todas as formas de *tutela*, tanto na forma antecedente quanto na incidental, e ainda na tutela de evidência antecipada. Somente a tutela cautelar deve ficar excluída da técnica da estabilização” (RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 220).

²¹⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 623.

²²⁰ Neste sentido encontram-se as lições de Arlete Inês Aurelli: “Outra questão seria se haveria **fungibilidade** entre tutela de urgência e de evidência. Também não se vislumbra qualquer impedimento

no parágrafo único do artigo 305, ainda que, para esta hipótese, em uma interpretação extensiva²²¹.

3.4.2. Tutelas de urgência cautelar e antecipada

Conforme já exposto, no Código de Processo Civil de 2015 as tutelas cautelar e antecipada são enquadradas sob o regime de “Tutelas Provisórias de Urgência”, distribuído em três capítulos: o primeiro com disposições gerais, comuns e específicas à tutela cautelar ou antecipada, e os demais destinados a regulamentar, de forma individualizada, os procedimentos de requerimento das tutelas de urgência em caráter antecedente.

Antes de realizarmos uma análise comparativa entre as tutelas cautelar e antecipada perante a sistemática do Código de 2015, importa verificarmos brevemente como era o tratamento dado às mesmas pela doutrina na vigência do Código de 1973, assim sintetizado por Leonardo Greco²²²:

Desde a reforma processual de 1994, o processo civil brasileiro passou a conviver com dois tipos de tutela provisória instrumental: a tutela cautelar e a tutela antecipada. A doutrina dominante assentou uma diferença substancial entre as duas. A tutela antecipada corresponde sempre a uma decisão interlocutória de acolhimento provisório, no todo ou em parte, do pedido formulado pelo autor, atendendo a requerimento expresso deste e tendo em vista a acentuada probabilidade da sua procedência, à luz dos fundamentos e provas produzidos pelo requerente, acolhimento este que seria ratificado ou não na ulterior sentença final. A noção de *satisfatividade* foi utilizada para caracterizar a tutela antecipada. Já a tutela cautelar constituiria uma providência de proteção do próprio processo, para assegurar a eficácia da decisão final sobre o direito material, mas não uma medida de acolhimento do pedido principal. A tutela cautelar pode ter por conteúdo uma providência instrutória do processo em curso, como uma produção antecipada de prova, ou uma medida

quanto a isso, desde que estejam presentes os requisitos para cada uma delas. Assim, se o juiz não vislumbrar hipótese de urgência, mas o pedido se inserir entre as hipóteses de tutela de evidência, não há porque não permitir a fungibilidade e vice-versa. O juiz entende que não é caso de evidência, mas vislumbra a **urgência**. Pode conceder esta última. Isso em nome do poder/dever geral de antecipação e cautela” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 20).

²²¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 623.

²²² GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 197.

assecuratória de bens ou de situações jurídicas para assegurar a eficácia da decisão final no processo principal, mas nunca tem o mesmo conteúdo do acolhimento do pedido principal, porque não se destina a antecipá-lo, mas a assegurar-lhe a eficácia.

Ovídio A. Baptista da Silva²²³, em seus notáveis estudos sobre a tutela cautelar, a diferenciou da tutela antecipada da seguinte maneira:

(...) queremos insistir no que há pouco dissemos a respeito da particularidade inerente aos provimentos cautelares de serem eles instrumentos de tutela jurisdicional para os casos em que a tutela comum se mostre, *no caso concreto*, um ‘meio inábil’ para conjurar a ameaça de dano iminente ao direito da parte. (...) Segundo nosso entendimento, a tutela cautelar, antes de mais nada, deverá ser *apenas cautelar*, sem implicar, jamais, *realização antecipada* – ainda que provisória – do direito acautelado. (...) para nós tudo o que importe em *realização*, ainda que por tempo limitado, do direito a que se deveria conceder proteção apenas cautelar ultrapassa o nível da mera cautelaridade para tornar-se tutela *satisfativa*, sob alguma forma de execução provisória. Se a antecipação de algum efeito da futura sentença de procedência se der em virtude de *periculum in mora* – porque a demora na satisfação do direito coloca-o sob risco de perecimento –, então esta espécie de execução provisória qualifica-se como ‘execução-para-segurança’ (...).

Em importante obra sobre o tema, Daniel Mitidiero²²⁴ ressalta que a “antecipação de tutela” ou “tutela antecipada” representa mera técnica processual, sendo, na realidade, a “tutela satisfativa”, assim como a “tutela cautelar”, uma das tutelas jurisdicionais do direito, as quais possuem escopos distintos:

O problema agora está em perceber que a *técnica antecipatória* é apenas um meio para a realização da tutela *satisfativa* ou da tutela *cautelar* e que essas formas de tutela jurisdicional devem ser pensadas a partir do direito material – mais propriamente, à luz da teoria da *tutela dos direitos*. A tutela cautelar é uma proteção jurisdicional que visa resguardar o direito à outra tutela do direito. Não visa resguardar o processo. Apenas assegura para que possa eventualmente ocorrer satisfação. Há segurança-para-execução. Já a tutela satisfativa é uma proteção jurisdicional que desde logo realiza um direito, sem qualquer ligação com outro direito. E se a tutela satisfativa é realizada de forma antecipada motivada pela urgência, então há execução-para-segurança. Ambas podem ser prestadas de forma *antecipada* com o fim de litisregulação – vale dizer: tanto é

²²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 48 e 55.

²²⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013. p. 48-49.

possível obter antes do final do processo tutela cautelar como tutela satisfativa, mas isso não autoriza qualquer confusão a respeito do escopo dessas tutelas, nem dos pressupostos inerentes à respectivas concessões. *A técnica antecipatória diz respeito apenas ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado.* A tutela satisfativa realiza desde logo o direito antecipado (combate o *perigo na tardança*), fazendo-o, inclusive, tanto para *prevenir* ilícitos como para *reprimir* ilícitos e/ou danos. A tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição futura do direito acautelado (combate apenas o *perigo de infrutuosidade*) – e em nada prejudica o resultado do processo que visa à prestação da tutela satisfativa (“as medidas cautelares são neutras diante do resultado do processo principal”). Atua repressivamente com intuito de simples conservação.

Além da distinção quanto ao objetivo de cada tutela, na vigência do Código de 1973 havia diferenciação sobre os requisitos positivos para a concessão das mesmas. Quanto ao primeiro requisito, deveria ser demonstrado o *fumus boni iuris* para a tutela cautelar e a verossimilhança das alegações em sede de tutela antecipada²²⁵. Arlete Inês Aurelli²²⁶ expõe esta diferenciação:

No tocante ao *fumus boni iuris* a diferença era estabelecida em função da redação do art. 273 do CPC de 1973, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que não era exigido para cautelares. Assim, o *fumus* exigido para a tutela antecipada era mais robusto, forte e veemente do que aquele exigido para a concessão de medidas cautelares.

Já no tocante ao segundo requisito, a concessão da tutela antecipada dependia da configuração do perigo de demora, enquanto a tutela cautelar pressupunha o perigo de dano, como bem explicitado por André Luiz Bäuml Eduardo Tesser²²⁷:

Assim, se é necessário realizar antecipadamente a satisfação de um direito porque, se isso não ocorrer de plano, o elemento *tempo* inexoravelmente atuará até a outorga final da tutela jurisdicional com a sentença, traduzindo-se efetivamente em *perigo de demora (di tardività)*, a equação pode ser representada da seguinte forma: ou se

²²⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 631.

²²⁶ AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). *Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

²²⁷ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014. p. 91.

satisfaz o direito agora, ou não adiantará satisfazê-lo ao final do procedimento. É assim, por exemplo, naquela situação em que o indivíduo precisa de uma decisão urgente que obrigue o plano de saúde com o qual mantém contrato a custear uma cirurgia cardíaca de emergência que pode salvar sua vida. Em outro sentido, se o que está em risco é a mera fruição regular de um bem juridicamente protegido (perigo de dano ou de *infrutuosità*), basta *garantir que, quando os atos de execução possam atuar plenamente*, exista condição material para isto, servindo simplesmente *assegurar a entrega desta prestação jurisdicional futura, com mero acautelamento*. Nesse caso, a equação se traduz em: ou assegura-se a futura execução, ou esta poderá ser infrutífera. Pense-se na hipótese célebre de tutela cautelar para garantia de execução para pagamento de quantia certa (arresto) em que basta opor uma restrição judicial de ineficácia sobre bens do devedor que sejam suficientes à garantia dos futuros atos executivos. Aliás, este é o binômio que Ovídio Araújo Baptista da Silva criou a partir da leitura atenta de Pontes de Miranda e que, na obra do mestre gaúcho, representa tão bem a diferença entre uma medida urgente cautelar e outra de caráter satisfativo. Enquanto nesta última existe 'execução para segurança', naquela primeira haverá 'segurança para execução'.

Visto o posicionamento doutrinário sobre os aspectos distintivos das tutelas no Código anterior – através do qual restou diferenciado, de forma clara, o propósito das tutelas: a satisfativa acolhe provisoriamente, no todo ou em parte, o pedido formulado para prevenir ou reprimir ilícitos e/ou danos, enquanto a cautelar assegura a possibilidade de fruição futura do direito acautelado, sem abranger o conteúdo do acolhimento do pedido principal, porquanto se destina tão somente a assegurar-lhe a eficácia –, para a análise da sistemática do Código de 2015, cabe primeiramente discorrermos sobre a escolha do legislador em considerar as tutelas antecipada e cautelar como “Tutelas Provisórias”, título do Livro V da lei processual, no qual encontram-se inseridas. Como historicamente há uma diferenciação entre as tutelas, foram tecidas críticas sobre a designação de medidas cautelares como provisórias, ou seja, substituíveis por um pronunciamento definitivo posterior. É o que sustenta Eduardo Scarparo²²⁸:

(...) percebe-se que o CPC/2015 reedita um vício epistêmico do sistema italiano anterior presente no CPC/1973, pois marca com a nota da provisoriedade as medidas cautelares e, assim, faz crer que a tutela cautelar não é outra coisa senão uma parte da tutela satisfativa.

²²⁸ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 128-130.

O problema é que o novo diploma padece de erro de categorizar as medidas a partir do binômio “provisório-definitivo”, ao invés de valer-se do critério “cautelar-satisfativo” que permite compreender essencialmente no que diferem as diferentes formas pelas quais há prestação jurisdicional. Fazendo explícito o entendimento defendido, as cautelares têm natureza e função diversa do provimento satisfativo, pois são medidas de segurança para resguardar posterior execução, ao passo que a técnica da antecipação de tutela permite a execução antecipada da tutela jurisdicional, geralmente por motivos de segurança. As cautelares, portanto, não são provisórias e não possuem a mesma função, nem a mesma natureza das tutelas satisfativas. (...) A incorporação na letra da lei da contraposição em mesmo plano entre as antecipações de tutela e cautelares é denunciadora sobre a estruturação das medidas cautelares no CPC/2015. A nova legislação, seguindo a orientação da doutrina processual majoritária, designou as cautelares e antecipações de tutela como espécies de urgência, cuja provisoriedade caracterizaria. A unificação do tratamento das cautelares e antecipações de tutela satisfativas não deve ficar imune à crítica. Essa associação, pautada em critérios heterogêneos, produz a associação de institutos processuais com naturezas bastante diversas.

Por outro lado, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²²⁹ explicam qual seria a função provisória da tutela cautelar:

A tutela provisória *cautelar* antecipa os efeitos da tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediato ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação (arts. 294 e 300, CPC). A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é *provisória* por dar eficácia imediata à tutela definitiva não satisfativa; e é *cautelar* por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.

Outra crítica de Eduardo Scarparo²³⁰ reside na mesma questão terminológica levantada por Daniel Mitidiero, no caso a designação de “tutela antecipada” como espécie da tutela de urgência, ao invés de “tutela satisfativa”:

A contraposição correta é entre tutela satisfativa e tutela cautelar, sendo que a antecipação dos efeitos da tutela é tão somente uma

²²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 583.

²³⁰ SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 130.

técnica processual e não um novo tipo de tutela jurisdicional. (...) As tutelas jurisdicionais são satisfativas quando possibilitam a realização do bem da vida. São cautelares quando se limitam a assegurar um direito provável que se apresenta sob risco, com a finalidade de viabilizar a sua eventual fruição futura. Importante perceber que qualquer delas pode ser antecipada.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Gabriela Expósito Tenório Miranda²³¹ posicionam-se da mesma maneira:

(...) a contraposição entre tais formas de prestação jurisdicional é de toda equivocada, uma vez que enquanto a tutela cautelar é um tipo de tutela jurisdicional (leva-se em conta a função exercida pela tutela, no caso dar segurança à situação acautelada), a tutela antecipada é uma técnica procedimental para a obtenção da tutela (independente de sua natureza jurídica, seja cautelar, seja satisfativa) antes da certificação do direito. É técnica, pois, de adaptação do procedimento às nuances do caso concreto.

Quanto aos requisitos para a concessão das tutelas de urgência antecipada e cautelar no Código de 2015, o *caput* do artigo 300, inserido nas disposições gerais das “Tutelas de Urgência”, determina que devem estar presentes: “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Verifica-se, portanto, que a nova lei processual uniformizou os pressupostos positivos necessários para a concessão das tutelas antecipada e cautelar, não havendo qualquer diferenciação no texto legal: devem os requerentes demonstrar os tradicionais *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Entretanto, de acordo com o § 3º do artigo 300, a tutela antecipada só será concedida se atender a um requisito adicional e negativo: inexistir perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão que a conceder.

Ainda nas disposições gerais, o artigo 301 preceitua especificamente sobre a efetivação das tutelas de urgência de natureza cautelar, citando medidas que eram individualizadas como cautelares típicas no Código de 1973 (arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem), além de estabelecer um poder geral de cautela, para medidas inominadas ou atípicas

²³¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela da evidência*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129.

(“qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”).

André Luiz Bäuml Tesser²³² afirma que, apesar de sua errônea designação para a diferenciação da tutela cautelar, o Código de 2015 acabou por adotar a premissa de que a tutela antecipada é uma das espécies da tutela de urgência. E partindo desta premissa, não há a necessidade de distinção entre os requisitos legais positivos para a concessão das tutelas de urgência, sejam elas cautelar ou antecipada:

O equívoco de se conceituar a *antecipação de tutela* como espécie de *tutela jurisdicional (satisfativa)* e não enquanto técnica processual que verdadeiramente é não deveria ter sido mantido, uma vez que se pretende que o novo Código de Processo Civil represente as ideias e concepções mais modernas do desenvolvimento da processualística nacional. (...) E a partir da premissa teórica adotada pelo *novo* diploma processual, não é necessário e tampouco faz sentido distinguir os requisitos positivos de concessão das medidas urgentes, pois são ambas espécies do mesmo gênero *tutelas provisórias de urgência*, a situação de urgência que as condiciona, naturalmente, deve ser a mesma, porquanto se continua a diferenciar antecipação de tutela e tutela cautelar a partir do resultado com elas obtido para o direito material.

Apesar de o Código de 2015 não distinguir os requisitos positivos que devem ser atendidos para a concessão das tutelas cautelar e antecipada, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²³³ fazem ressalvas quanto ao grau de cognição do magistrado na análise da “probabilidade do direito”²³⁴, bem como distinguem ao que se relaciona a situação de perigo em cada uma das tutelas:

(...) o grau de cognição do magistrado difere na apreciação de ambas.

²³² TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 43-45.

²³³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 632.

²³⁴ No mesmo sentido é o pensamento de Carlos Augusto de Assis: “(...) no âmbito da cognição sumária, o grau de aprofundamento exigido para uma tutela urgente não-satisfativa deve ser menor que o requerido para a concessão de uma tutela urgente satisfativa. A superficialidade da cognição pode ser adequada para o primeiro caso, mas não para o segundo. Aí também se deve fazer cuidadosa verificação da cognição adequada, num juízo de proporcionalidade inerente ao devido processo legal” (ASSIS, Carlos Augusto de. *Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58).

Em caso de tutela de urgência antecipada deve o juiz realizar cognição sumária, ou seja, deve realizar cognição com um grau médio de profundidade; enquanto em caso de tutela de urgência cautelar deve o magistrado realizar cognição superficial, ou seja, realizar cognição com um grau leve de profundidade. Em outros termos, (...) na tutela antecipada o grau de conhecimento do tema deve levar o juiz a um “*dever ser*”, enquanto na tutela cautelar basta que seu grau de conhecimento do tema o leve a um “*poder ser*”. Em resumo, portanto, embora para ambas as espécies de tutela de urgência seja suficiente a probabilidade e não a certeza da alegação de direito (que só se fará em cognição exauriente), a tutela antecipada exige uma probabilidade maior do que a tutela cautelar. Enquanto nesta a cognição é superficial, naquela a cognição é sumária. Também o segundo requisito para a concessão da tutela provisória de urgência, que é o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, antes denominado *periculum in mora*, não se apresenta de modo idêntico para a tutela antecipada e para a tutela cautelar. Isso porque a situação de perigo no caso da tutela antecipada existe em relação à perda ou a lesão do próprio direito material, enquanto no caso da tutela cautelar o perigo diz respeito ao resultado útil que advirá do processo.

A despeito da designação uniforme como “provisórias de urgência”, com o estabelecimento de regras gerais comuns e, em especial, a previsão dos mesmos requisitos positivos autorizadores de concessão²³⁵, é possível depreender da redação dos dispositivos constantes no Livro V do Código de 2015, ainda que de forma tímida, que ainda perdura a diferenciação das tutelas de urgência antecipada e cautelar, a primeira com caráter satisfativo e a segunda com caráter assecuratório. Segundo os ensinamentos de Dierle Nunes e Érico Andrade²³⁶:

A perspectiva da diferenciação vai residir exatamente na distinção que se tem no direito processual brasileiro a partir de 1994: como destaca a doutrina italiana, o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os

²³⁵ “(...) o novo CPC promove o encerramento da artificial distinção entre requisitos para as medidas de urgência hoje existente: aparência do bom direito para a cautelar (art. 798, CPC/73); e verossimilhança para a antecipatória (art. 273, CPC/73. Agora, ambas estão sujeitas aos mesmos requisitos no âmbito da nova tutela de urgência, como se extrai do art. 300 do novo CPC: a) a probabilidade de existência do direito material alegado; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo” (ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81).

²³⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 78-79.

mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do pronunciamento final, ou seja, se a decisão satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como pronunciamento antecipatório. Por outro lado, o arresto, para garantir pagamento futuro de dívida é sempre a linha divisória do lado das medidas meramente conservativas ou cautelares, de modo que a conjugação das duas ideias permite traçar uma fronteira entre os dois tipos de tutela de urgência. Assim, vertendo as ideias para o direito brasileiro, a tutela cautelar é modalidade de tutela de urgência que protege o resultado útil do processo sem adiantar o gozo do direito material, enquanto que na antecipada ou antecipatória (satisfativa) se adianta propriamente o gozo do próprio direito material.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²³⁷, em análise das tutelas provisórias de urgência dispostas no Código de 2015, exprimem a diferenciação percebida sob o enfoque da satisfatividade:

Tendo por traço distintivo a satisfação ou não do direito material, a primeira classificação apresenta duas espécies opostas de decisões, já que a tutela antecipada satisfativa realiza de algum modo a pretensão relativa ao direito material, enquanto a tutela antecipada cautelar (não satisfativa) apenas assegura o resultado de outro provimento jurisdicional. Nesse passo, quando se pede tutela antecipada para a realização de uma cirurgia, trata-se de uma tutela antecipada satisfativa, na medida em que o resultado que é objeto do provimento final terá sido alcançado, ainda que em sede de uma medida concedida liminarmente. Porém, quando se pleiteia uma medida cautelar de sequestro de um bem cuja propriedade se discute, depositando-o em mãos de um terceiro, apenas se estará assegurando que este bem não se perderá enquanto não advém a decisão que define com que ele deverá ficar em definitivo.

Outrossim, a diferenciação é constatada nos distintos procedimentos²³⁸, previstos na lei processual, para se requerer a tutela de urgência em caráter antecedente, a depender de sua natureza: cautelar ou antecipada. É o que

²³⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 622.

²³⁸ Na opinião de Adriano Soares da Costa, "(...) o CPC-15 ficou a um passo da destruição processual do conceito de cautelaridade. Se lermos os arts. 303 e 305 com desapego da doutrina que lhes antecedeu, veremos que os pressupostos legais de ambos são os mesmíssimos: perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A diferença está apenas em que o pedido da tutela cautelar antecedente deve indicar o direito a assegurar, enquanto o da tutela antecipada antecedente deve indicar o direito a satisfazer ('indicação do pedido de tutela final')" (COSTA, Adriano Soares da. *Morte processual da ação cautelar?* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 34).

afirmam Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves²³⁹:

A distinção de procedimentos previstos para a tutela provisória de natureza cautelar antecedente e para a tutela provisória satisfativa (antecipada) antecedente evidencia que o legislador, mesmo no texto apresentado pela Câmara dos Deputados, não pretendeu suplantir a tutela cautelar, como categoria de tutela diferenciada, e, tampouco, ignorar as distinções, elencadas pela doutrina desde a reforma derivada da Lei nº 8.952/94, entre a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela, da forma como apregoada no artigo 273, CPC/1973. Apenas teve o cuidado de aglutiná-las sob mesma denominação (tutela antecipada), que adquiriria nova roupagem.

Leonardo Greco²⁴⁰, por sua vez, ressalta que, ainda que de forma velada, os dispositivos gerais e procedimentais exprimem aspectos diferenciadores das duas modalidades de tutela²⁴¹:

O Código não define expressamente tutela cautelar e tutela antecipada. Essas noções, extraídas da doutrina e da jurisprudência anterior (...) se descobrem veladamente em alguns dispositivos. Assim, o artigo 301, estabelece que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea”, deixa claro o caráter assecuratório ou conservativo endoprocessual dessas medidas, ao concluir que sempre se destinam

²³⁹ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 118.

²⁴⁰ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 197-198.

²⁴¹ Leonardo Greco destaca, ainda, a uniformização dos requisitos das tutelas antecipada e cautelar: “Não reproduz o texto as expressões caracterizadoras da tutela antecipada cunhadas no artigo 273 do Código de 1973, a saber: ‘existindo prova inequívoca’ e ‘verossimilhança da alegação’. Quanto à consistência dos fundamentos fáticos e jurídicos, não há mais distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, conforme já se sustentava anteriormente, e tampouco qualquer indicação quanto ao grau de convencimento para a concessão da tutela de urgência. O artigo 300 apenas exige para a sua concessão que haja ‘elementos que evidenciem a probabilidade do direito’. Continuo a entender que, em face da sumariedade da cognição, e da possibilidade da concessão *inaudita altera parte*, essa probabilidade deve consistir numa convicção firme com elementos objetivamente verossímeis e consistentes. Quanto ao *periculum in mora*, nota-se que o Código de 2015 a ele se refere nos artigos 300, 303 e 305, como ‘perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo’. São expressões equivalentes às de ‘fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação’ e ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’, consagradas nos artigos 798 e 273 do Código de 1973” (GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 198).

“asseguração do direito”. Esse caráter endoprocessual da tutela cautelar também transparece na ausência de previsão de estabilização da medida provisória, com a previsão expressa, ao contrário, da sua caducidade se não proposta a ação principal (art. 309, inciso I). Já o caráter de julgamento provisório do pedido principal, na tutela antecipada, resulta necessariamente do artigo 303 que identifica o pedido de antecipação com o pedido principal, embora permita que este venha a complementar o primeiro, e do artigo 304, que prevê a estabilização da tutela provisória na regulação da relação jurídica de direito material entre as partes.

Arlete Inês Aurelli²⁴², por fim, expõe que o novo Código de Processo Civil, apesar de não distinguir os requisitos necessários para a concessão das tutelas antecipada e cautelar, manteve a diferenciação acerca de suas respectivas naturezas e características²⁴³:

Em nosso sentir, na redação final do novo CPC, não houve alteração substancial no que tange à caracterização e à natureza jurídica das tutelas provisórias antecipada e cautelar. Em todos os momentos em que trata das tutelas de urgência, verifica-se que o legislador usa a expressão “realizar o direito” para tutelas antecipadas e “acautelar” para tutelas cautelares. (...) o órgão julgador não deve ficar preso a distinções referentes aos requisitos de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* para decidir pela concessão da tutela de urgência cautelar ou antecipada. O art. 300 do novo CPC determina que os dois requisitos, quais sejam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devem estar presentes para a concessão de ambas as tutelas de urgência. Portanto, não há que se perquirir sobre a densidade do *fumus boni iuris* e nem sobre variação na urgência. (...) A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda remanesce no sistema do novo CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há a previsão da estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. Imagine-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a dessa forma. O réu é citado e

²⁴² AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). *Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39-44.

²⁴³ Segundo a autora, a normatização do Código de 2015 impede que uma medida seja denominada como “cautelar satisfativa”: “A normatização das tutelas de urgência tem o mérito de sepultar de vez as cautelares satisfativas, cuja nomenclatura ainda é hoje usada na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores. O termo **cautelares satisfativas** contém expressões absolutamente incompatíveis e, há muito tempo, deveria ter sido abandonado. Assim, no NCPC, fica nítida a diferença entre satisfatividade e cautelaridade para diferenciar as tutelas de urgência, pelo que o termo perderá definitivamente sua razão de ser” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 10).

intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então, percebe-se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial, principalmente quando se fala em estabilização.

O Código de 2015, portanto, diferencia as tutelas antecipada e cautelar em duas questões principais. Além da natureza distinta – “a ‘antecipada’ é satisfativa do pedido, enquanto a cautelar não o satisfaz, sendo meramente assessória, destinada a garantir a efetividade de outra espécie de tutela jurisdicional” –, o requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente exige a formulação do pedido principal no prazo de trinta dias, enquanto no requerimento de tutela antecipada antecedente poderá ser dispensada a formulação deste pedido principal, sendo disciplinada a sua estabilização no artigo 304 da lei processual²⁴⁴, previsão esta inexistente para a tutela cautelar. Estes procedimentos passam a ser abordados a seguir.

3.4.3. Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

O procedimento para o requerimento da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente encontra-se previsto nos artigos 305 a 310 do Código de 2015. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁴⁵ definem este procedimento e o seu objetivo da seguinte forma:

A tutela *provisória* cautelar *antecedente* é aquela requerida dentro do mesmo processo em que se *pretende*, posteriormente, formular o pedido de tutela *definitiva*, cautelar e satisfativa. Seu objetivo é: i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁴⁶ ressaltam a correta denominação do procedimento pelo

²⁴⁴ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 169.

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 626-627.

²⁴⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650.

Código de 2015:

No que toca a estrutura do título, a primeira alteração que se observa foi a relativa à correção da denominação que se dá ao procedimento utilizado, que antes era conhecido erroneamente como cautelar preparatória. Isso porque o termo “*preparatória*” é próprio para uma medida que visa preencher um requisito necessário ao exercício de uma pretensão, como acontece no caso da necessidade de notificação para por fim ao comodato por prazo indeterminado e, com isso, permitir a propositura de ação de reintegração na posse, ou, no caso de uma medida que possa comprovar a mora para que se possa propor a ação de busca e apreensão do bem objeto de alienação fiduciária. Como uma medida de natureza cautelar não é requisito para que seja formulado o pedido principal, então não é possível denominá-la preparatória. Daí o acerto da denominação cautelar antecedente, indicando que a classificação se refere a critério meramente cronológico, isto é, trata-se de uma medida antecedente porque foi pleiteada antes do momento em que se formulou o pedido principal.

O artigo 305 do Código de 2015 expõe requisitos da petição inicial da ação, na qual o requerente, além dos requisitos específicos elencados no artigo 319²⁴⁷, deverá indicar “a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”²⁴⁸.

O parágrafo único do artigo 305 traz interessante previsão de fungibilidade entre as tutelas de urgência, segundo o qual poderá o magistrado, caso entenda que o pedido tenha natureza antecipada, observar o procedimento disposto no artigo 303, destinado ao requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁴⁹ ressaltam a importância desta previsão, principalmente em decorrência das dificuldades enfrentadas para a diferenciação das tutelas cautelar e antecipada:

²⁴⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650.

²⁴⁸ “Ao indicar qual é a relação jurídica controvertida e o fundamento do pedido principal, o autor estará fornecendo ao magistrado os elementos necessários para aferir, dentre outras coisas, se é ou não o juízo competente para conhecer e decidir a demanda, se há ou não viabilidade formal de processamento do pedido principal, se há ou não necessidade de assegurar o resultado pleiteado no pedido principal e qual é a dimensão do litígio, seja no aspecto subjetivo (legitimidade), seja no aspecto objetivo (amplitude da liminar e valor da causa). Além disso, deverá o autor indicar de modo sumário, porém expresso e inteligível, o direito que visa assegurar, e, o *periculum in mora*, isto é, a situação de perigo a qual está submetido o direito que deverá ser assegurado” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650-651).

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 629.

O CPC uniformiza os pressupostos necessários para concessão das tutelas de urgência e prevê um regime comum para sua concessão em caráter incidental. Institui, contudo, regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada (satisfativa) e cautelar. (...) O legislador, ciente das dificuldades que podem surgir na diferenciação da tutela antecipada (satisfativa) e da tutela cautelar, foi cauteloso ao prever a fungibilidade dessas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, exigindo a prévia e necessária adaptação procedimental. Assim, prevê o art. 305, parágrafo único, CPC, que, uma vez requerida tutela cautelar em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é satisfativa (antecipatória), poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito correspondente. Trata-se de hipótese de *fungibilidade agressiva*, de conversão de medida cautelar em satisfativa, isto é, daquela menos agressiva para a mais agressiva.

Uma vez ajuizada a ação e verificado pelo magistrado o cumprimento dos requisitos da petição inicial em juízo de admissibilidade²⁵⁰, este deverá: “a) julgar o requerimento *liminar* da tutela cautelar, se assim formulado, ou mediante justificação prévia, se necessária; b) ordenar o *cumprimento* da medida (se deferida); bem como c) determinar a *citação do réu*, para, no prazo de cinco dias, caso queira, contestar²⁵¹ o pedido e especificar as provas que pretende produzir”²⁵², a teor do artigo 306 da lei processual. Apresentada a defesa no prazo legal²⁵³, a tramitação da ação observará o procedimento comum (artigo 307, parágrafo único).

²⁵⁰ De acordo com Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, após a distribuição da petição inicial, poderá o magistrado, em juízo de admissibilidade, “(...) indeferir-la (art. 330), determinar a sua emenda (art. 321) ou recebe-la e mandar citar o réu para oferecer contestação no prazo de 05 (cinco) dias, conforme reza o art. 306, do CPC. Além destas três possibilidades ainda poderá o magistrado, presente a hipótese do art. 332, decretar a improcedência liminar do pedido cautelar ou receber a petição inicial e processá-la na forma dos art. 303 e 304, aplicando a regra da fungibilidade, desde que entenda que o pedido formulado pleiteia, em verdade, ao invés de uma tutela cautelar, uma tutela antecipada (art. 305, parágrafo único)” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 650-651).

²⁵¹ “A contestação a que se refere esse dispositivo está circunscrita à petição que veicula o pedido de tutela cautelar e não ao pedido principal que somente será deduzido posteriormente (art. 308). Obviamente, tendo sido deferida liminarmente a tutela cautelar pretendida pelo autor, o mandado será de citação e de intimação dessa decisão, abrindo-se a possibilidade do réu lançar mão do recurso de agravo de instrumento” (RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 224).

²⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 627.

²⁵³ “(...) não há possibilidade de utilização de reconvenção no caso da tutela cautelar antecedente, embora essa possa ser ofertada depois de formulado o pedido principal. Isso porque não há como o direito alegado em sede cautelar ser plausível tanto para o autor, quanto para o réu; e, porque a inserção do procedimento da reconvenção no curso do procedimento da tutela cautelar antecedente atenta contra a estrutura do próprio procedimento cautelar, que exige celeridade na sua solução” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 651).

Caso não apresentada a contestação, preceitua o *caput* do artigo 307 do Código de 2015 que os fatos alegados pela parte Autora serão presumidos como verdadeiros e aceitos pelo Réu como ocorridos – configurando-se a revelia –, devendo o magistrado proferir decisão definitiva sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias, decisão sobre a qual Leonardo Feres da Silva Ribeiro²⁵⁴ faz três observações:

(...) a primeira é que o juiz só dará tal decisão se estiver convencido, sendo certo que a revelia não necessariamente conduzirá à procedência do pedido; a segunda, é que se trata de uma decisão interlocutória e não sentença, salvo se reconhecer a prescrição ou decadência do direito do autor, sujeita, portanto, ao recurso de agravo de instrumento; a terceira é que a decisão está limitada à tutela cautelar e não diz respeito ao pedido principal, ressalvando-se novamente a hipótese de reconhecimento da prescrição ou decadência do direito do autor.

Sendo concedida e efetivada a tutela cautelar, segundo o *caput* do artigo 308 da lei processual vigente, deverá o Autor formular o pedido principal (de tutela definitiva satisfativa) no prazo – decadencial²⁵⁵ – de trinta dias nos mesmos autos em que fora requerida a tutela cautelar, sem a necessidade de pagamento de novas custas processuais²⁵⁶, momento em que é autorizado a realizar o aditamento da causa de pedir (artigo 308, § 2º)²⁵⁷. O § 1º do mesmo dispositivo possibilita a formulação dos pedidos principal e de tutela cautelar de forma conjunta, o que representaria, na realidade, um requerimento de tutela cautelar de caráter incidental

²⁵⁴ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015. p. 225.

²⁵⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 653.

²⁵⁶ “(...) o oferecimento do pedido principal não implica na propositura de uma nova ação e ainda aproveita o mesmo suporte (processo) onde foi formulado o pedido cautelar. Em outras palavras, é no processo já existente que o autor deverá formular seu pedido principal, que por isso não precisa atender as determinações relativas à petição inicial (art. 319), já que não se trata de peça que vai materializar o exercício do direito de ação. Daí, não havendo necessidade de alteração dos dados constantes na petição inicial do processo, bastará ao autor juntar aos autos uma petição onde constará expressamente seu pedido” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 653-654).

²⁵⁷ “(...) elogiável foi a possibilidade de se alterar a causa de pedir quando do pedido principal em se utilizando da técnica procedimental antecedente, pois como daí para frente teremos a discussão mais ampla possível com cognição exauriente e nova contestação, porque não se permitir também esse alargamento” (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Tutela cautelar no novo CPC*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313).

e não antecedente²⁵⁸.

Dispõe o artigo 310 do Código de 2015 que o indeferimento da tutela cautelar não obsta a formulação do pedido principal pela parte, não exercendo influência no julgamento deste²⁵⁹, salvo se o referido indeferimento fora motivado pelo reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Após a apresentação do pedido principal, serão as partes intimadas para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação prevista no artigo 334, sem a necessidade de nova citação do Réu (artigo 308, § 3º). Se eventualmente não houver autocomposição, o prazo para a apresentação de contestação ao pedido principal será contado na forma preceituada pelo artigo 335 (artigo 308, § 4º).

Em seguida, será observado o procedimento comum até que seja proferida sentença, a qual julgará o pedido de tutela cautelar em definitivo, confirmando-a, modificando-a ou revogando-a – caso este pedido de tutela cautelar não tiver sido julgado antecipadamente em razão da revelia do Réu (artigo 307) –, bem como julgará o pedido principal, de tutela satisfativa definitiva²⁶⁰.

De acordo com o artigo 309, a eficácia da tutela cautelar concedida cessará em três hipóteses: “I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias²⁶¹; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito”, sendo vendada a renovação do pedido, salvo sob novo fundamento

²⁵⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 628.

²⁵⁹ “É o reconhecimento da independência entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa pretendida no pedido principal. Isso se dá porque a tutela cautelar não visa a satisfazer o direito substancial discutido em juízo (objeto do pedido principal), senão reflexamente, garantindo sua eficácia. O que se objetiva é a segurança em si mesma considerada, limitada a assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pela tutela principal, seja ela cognitiva ou satisfativa. (...) A decisão relativa ao pedido cautelar, porque baseada em cognição não exauriente, não faz coisa julgada, de forma que seu resultado não pode influenciar o pedido principal” (RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 227).

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 629.

²⁶¹ “Concedida em caráter antecedente, a tutela provisória cautelar terá de ser efetivada no prazo de trinta dias, sob pena de não mais poder sê-lo, operando-se a cessação da sua eficácia, na forma do art. 309, II, CPC. Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente *busque* a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que falar em cessação da sua eficácia. Decorrido o prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não mais deseja a medida cautelar” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 627).

(parágrafo único do artigo 309).

Verifica-se que a tutela cautelar requerida em caráter antecedente não está sujeita à estabilização, diferentemente da tutela antecipada. Os motivos para tanto são sintetizados por Adriano Soares da Costa²⁶²:

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

Analizadas as especificidades desta forma de requerimento de tutelar cautelar, dedicaremos um capítulo específico (4) para o estudo da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de modo a desenvolvermos o tema de forma mais profunda antes de tratarmos do objeto do presente estudo, o qual justamente decorre do procedimento a seguir exposto.

²⁶² COSTA, Adriano Soares da. *Morte processual da ação cautelar?* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37.

4. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

4.1. Noções gerais

No Código de Processo Civil de 1973, a formulação de pedido antecedente/preparatório era permitida tão somente para as tutelas de natureza cautelar, sob a forma de processo, através dos artigos 800 e seguintes, inexistindo no texto processual previsão para o requerimento de uma tutela antecedente de natureza antecipada/satisfativa²⁶³. Diante da ausência desta previsão, usual era a utilização do rito das cautelares antecedentes para medidas antecipatórias de tutela, como bem observou Athos Gusmão Carneiro²⁶⁴ em comentários ao código processual projetado:

(...) sublinhamos a premente necessidade de dispor sobre as *medidas antecipatórias de tutela* que necessitam ser requeridas antes da propositura da demanda, ou seja, como *medidas “antecedentes”*. Atualmente, à falta de outra alternativa procedimental, vem sendo utilizado para tal fim o rito das cautelares antecedentes, ditas “preparatórias”, o que implica “desvirtuamento” da fundamental distinção conceitual entre a função nitidamente cautelar e aquela que consiste na antecipação ao demandante do próprio bem da vida objeto de sua pretensão. Pelo esboço legislativo (...) o “*processo antecedente*” *abrangerá tanto as medidas cautelares como as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela*.

Cândido Rangel Dinamarco²⁶⁵, por sua vez, defendia, no sistema processual anterior, o uso do rito das cautelares preparatórias para o requerimento de tutelas antecipadas em caráter antecedente, em respeito à garantia constitucional de acesso à justiça e, ainda, ao disposto no Pacto de San José da Costa Rica:

Uma das medidas antecipatórias de uso mais frequente na experiência forense de todo dia, a “sustação de protesto cambial”, só tem utilidade quando concedida imediatamente, considerado que o prazo para a efetivação do protesto é de quarenta-e-oito horas e, se fosse necessário aguardar a instauração do processo principal, a medida

²⁶³ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 168-169.

²⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73-74.

seria inócua. Sustações dessa ordem eram concedidas muito antes da Reforma e continuaram a sê-lo depois dela, sempre na crença de que se tratasse de medida cautelar. Basta ver que sustar o protesto não é meio de resguardar o processo mas as pessoas e seu patrimônio, para se ter a percepção de que a natureza dessa medida é outra: na linha do que vem sendo exposto, não é cautelar, mas antecipação de tutela, o provimento que se destina a oferecer, na vida comum das pessoas, aquela situação favorável que elas poderão obter depois, quando o mérito da demanda vier a ser apreciado. Essa observação empírica concorre para demonstrar a admissibilidade da antecipação da tutela em caráter preparatório e não só incidentemente, depois de instaurado e pendente o processo principal. Se o objetivo é impedir que o decurso do tempo corroa a direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5.º, XXXV) a disposição dos juízes a conceder a antecipação antes ou depois da propositura da demanda principal, sempre que haja necessidade e estejam presentes os requisitos de lei (art. 273, caput e I). O cumprimento integral dessa garantia exige que, no plano infraconstitucional e na prática dos juízes, haja meios suficientes para obter a tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; não é efetiva nem tempestiva, e às vezes sequer chega a ser tutela, aquela que vem depois de consumados os fatos temidos ou sem a capacidade de evitar o insuportável acúmulo de prejuízos ou de sofrimentos. Negar sistematicamente a tutela antecipada em caráter antecedente, ou preparatório, é ignorar o art. 8.º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, portador da severa recomendação de uma tutela jurisdicional “dentro do prazo razoável”.

O Código de 2015, finalmente, prevê procedimentos para requerimentos em caráter antecedente tanto para as tutelas cautelares como para as tutelas antecipadas. Esta inovação é justificável não somente por suprir uma deficiência do sistema anterior, mas também por possibilitar que tutelas igualmente designadas como “Tutelas Provisórias de Urgência” recebam o mesmo tratamento, permitindo a cada uma delas um procedimento próprio para pedidos de caráter antecedente. É o que sustenta Antonio de Moura Cavalcanti Neto²⁶⁶:

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

²⁶⁶ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 196.

O procedimento para o requerimento de tutela provisória de urgência, de natureza antecipada, em caráter antecedente encontra-se previsto nos artigos 303 e 304 do Código de 2015. O artigo 303 aborda as questões procedimentais iniciais, determinando requisitos da petição inicial e quais são os atos processuais subsequentes em decorrência da concessão ou não da tutela antecipada. Já o artigo 304 trata especificamente da estabilização da tutela, tema central deste estudo, que será analisado no capítulo 5 do presente trabalho.

De início, importa analisarmos do que se trata o possível “caráter antecedente” de uma tutela antecipada requerida, através das lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁶⁷:

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.

Na mesma obra, os autores²⁶⁸ explicam o motivo pelo qual o legislador entendeu por criar um procedimento para requerimento da tutela em caráter antecedente:

A tutela provisória antecedente foi concebida para aqueles casos em que a situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁶⁹, igualmente, ressaltam que o fator tempo pode levar ao perecimento do direito alegado pelo Autor, o que pode ser evitado com o requerimento em caráter antecedente:

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586.

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586.

²⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 640.

Essa opção deriva da necessidade que a parte tem, por vezes, de obter uma tutela praticamente imediata, sob pena do perecimento do direito que alega possuir. Nesses casos, até mesmo o tempo gasto para a elaboração da petição inicial pode constituir óbice à efetivação da pretensão levada a juízo.

Cassio Scarpinella Bueno²⁷⁰ chega a considerar o procedimento para requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente especializado de tal maneira que poderia, inclusive, estar inserido dentre os procedimentos especiais no Código de 2015:

O que o art. 303 faz é criar verdadeiro *procedimento* a ser observado por aquele que formula pedido de tutela provisória antecipada antecedentemente fundamentada em urgência. Um procedimento tão especializado que até poderia estar alocado, no CPC de 2015, dentre os procedimentos especiais do Título III do Livro I da Parte Especial. Tão sofisticado (ao menos do ponto de vista teórico) que ele pode ser entendido como caso de “tutela jurisdicional *diferenciada*”, expressão que, a despeito de pomposa, conduz à distinção *procedimental* por vezes eleita pelo legislador para obtenção de tutela jurisdicional levando em conta especificidades de direito material. A opção do CPC de 2015, contudo, foi de regular este *procedimento* dentro do Título dedicado à “tutela de urgência”, em Capítulo próprio, porque a ênfase por ele dada está, justamente, na *prestação* desta *tutela* que é, a um só tempo, *provisória*, *urgente*, *antecipada* e *antecedente*.

Já segundo a opinião de Adriano Soares da Costa²⁷¹, equivocou-se o legislador ao prever um desnecessário procedimento para requerimento antecedente de tutela antecipada:

O que o CPC-15 fez foi uma equivocada e desnecessária duplicação de atos que poderiam ser uno: o autor ingressará com a ação processualmente sumária, reduzindo parcialmente a *res deducta* àquilo que for objeto do juízo de probabilidade, para pleitear a antecipação dos efeitos da sentença de acolhimento da pretensão que será deduzida em juízo posteriormente em sua integralidade, com a possibilidade de produção adicional de provas. Trata-se da mesma ação de direito material e da mesma relação processual, não havendo embutimento de outra ação. Apenas o legislador fez um procedimento bifásico, antecipando cognição sumária e postergando a dedução de

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 258.

²⁷¹ COSTA, Adriano Soares da. *Morte processual da ação cautelar?* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

todas as questões a serem tratadas, já agora em cognição plenária.

Poderá o Autor, portanto, em uma situação de urgência já existente no momento do ajuizamento de ação judicial, em razão das dificuldades para, em pouco tempo, reunir todos os elementos necessários para a instrução da petição inicial e formulação do pedido de tutela satisfativa definitiva, requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, requerimento este que observará o procedimento a seguir exposto.

4.2. Procedimento

O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente encontra-se regulamentado no artigo 303 do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe, em seu *caput*, que “nos casos em que a urgência for contemporânea²⁷² 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”²⁷³.

Em outras palavras, deverá o Autor, em petição inicial simplificada, além do requerimento expresso da tutela de urgência de natureza antecipada, “indicar o pedido de tutela definitiva (‘final’)²⁷⁴, com a exposição sumária da causa de pedir,

²⁷² Arlete Inês Aurelli ensina que a urgência contemporânea “trata daquela hipótese em que não se pode esperar nem mais um minuto. O risco de perecimento do direito é muito urgente, pois ocorrerá a qualquer momento” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 20).

²⁷³ “Logicamente, em que pese não conste expressamente do texto do artigo, também será necessária a indicação de um determinado órgão jurisdicional e uma qualificação mínima das partes, sem o que não é possível delimitar os limites subjetivos da medida que se pleiteia ou mesmo quem será atingido pela sua efetivação. Nesse passo, pretendendo o autor se valer do procedimento previsto para a estabilização da tutela de urgência, deverá elaborar a sua petição inicial simplificada indicando, inicialmente, qual é o juízo competente, que será definido pelos mesmos critérios utilizados para a elaboração de uma petição inicial. Todavia, mesmo que distribuído o feito a juízo absolutamente incompetente, se houver imediata possibilidade do perecimento do direito, decorrente da não apreciação da medida, deverá o magistrado apreciar o pleito liminar, antes mesmo de remeter o feito para o juízo competente para conhecê-lo e decidi-lo. Já no tocante a qualificação das partes, dever ser mitigada a regra inserta no art. 319, II, do CPC, bastando ao autor declinar sua qualificação completa e qualificar o réu de forma a permitir a sua identificação, seja para responder ao feito, seja para sofrer as consequências da efetivação da tutela antecipada concedida” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 641).

²⁷⁴ “(...) para que possa o magistrado aferir a existência de correlação entre o pedido liminar e o pedido final. Em outros termos, se a tutela antecipatória visa à antecipação dos efeitos do provimento que será

do direito que se busca *realizar* e do perigo da demora”²⁷⁵. Em relação à exposição sumária, “não há a necessidade de tecer profundas considerações acerca de como se deram os fatos ou de quais os direitos do autor que estão sendo violados, bem como de apresentar minúcias acerca do contexto que deve ser compreendido como uma ameaça ao direito que alega possuir. Basta que o autor se faça inteligível, embora de forma simples, para que estejam preenchidos estes requisitos. Posteriormente, sendo necessário, quando do aditamento da petição simplificada, os detalhes serão esclarecidos”²⁷⁶.

O requerente deve, ainda, na petição inicial, atribuir valor à causa levando em consideração o pedido de tutela satisfativa definitiva (artigo 303, § 4º, do Código de 2015) – recolhendo as custas processuais correspondentes, caso não seja beneficiário da gratuidade de justiça –, bem como indicar expressamente que pretende valer-se do benefício do requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente (artigo 303, § 5º, do Código de 2015), renunciado, assim, ao procedimento comum, como bem explicam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁷⁷:

A declaração expressa do autor (§5º) de que pretende se valer do benefício previsto no art. 303, *caput*, do CPC, como requisito essencial da petição simplificada, mais do que uma mera opção pela via processual que permite a utilização dessa modalidade de petição, implica na opção pela adoção deste procedimento diferenciado e em verdadeira renúncia ao procedimento comum e a prestação, pelo Estado, de uma tutela jurisdicional exauriente. Quando o autor declara esta opção, ele aceita a possibilidade de extinção do feito (art. 304, §1) sem a apreciação do seu conteúdo, dispensando a realização de instrução probatória e de uma sentença de mérito.

Ainda sobre o benefício do requerimento em caráter antecedente, que, repita-se, deve constar de forma expressa na petição inicial, Cassio Scarpinella

obtido ao final, então não há como pleitear, em sede liminar, algo diverso daquilo que ao final seria obtido. Daí, portanto, a necessidade do preenchimento deste requisito” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 642).

²⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586.

²⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 642.

²⁷⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 641.

Bueno²⁷⁸ ensina que deve ser compreendido em duas acepções:

A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo *caput* do art. 303 não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela antecipada vir a estabilizar-se na hipótese do art. 304.

Recebida a petição inicial simplificada, poderá o magistrado: (i) apreciar a medida liminar pleiteada, podendo se valer, antes de decidir, da realização de audiência de justificação prévia²⁷⁹, prevista no artigo 300, § 2º, do Código de 2015; (ii) indeferir a petição inicial com base nas hipóteses do artigo 330 do Código de 2015, no que couber; (iii) determinar a emenda da petição inicial para o preenchimento dos seus requisitos específicos, na forma preceituada pelo artigo 321 do Código de 2015; ou, ainda (iv) decretar a improcedência liminar do pedido se verificada uma das situações previstas no artigo 332 da lei processual, como, por exemplo, o reconhecimento de prescrição²⁸⁰.

De acordo com o inciso I do § 1º do artigo 303 do Código de 2015, uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, deverá o Autor, no prazo de quinze dias ou outro prazo maior determinado pelo juiz²⁸¹, “aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos²⁸² e a confirmação do pedido de tutela final”, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, § 2º, do Código de 2015). O aditamento

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

²⁷⁹ “(...) pode o juiz, excepcionalmente, determinar a realização de audiência de justificação (art. 300, §2º), para a produção de prova oral pelo autor, a fim de complementar as provas destinadas a demonstrar suas alegações. Realizada a justificação prévia e convencendo-se o juiz da aparência do direito e do risco de dano, deve ser deferida a tutela antecipada antecedente” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 170).

²⁸⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 643.

²⁸¹ “Esse prazo tem seu termo inicial a partir do momento em que o autor é intimado da concessão da medida liminar ou dela tem ciência inequívoca” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 644).

²⁸² “(...) a norma refere-se a ‘novos documentos’ e não a ‘documentos novos’, abrindo-se, portanto, ampla possibilidade ao autor para juntar documentos que comprovem suas alegações, mesmo aqueles existentes ao tempo do ajuizamento, que ainda não tenham sido juntados quando da propositura da ação. Não há, pois, necessidade de se juntar todos os documentos necessários à comprovação dos fatos e do direito com a ‘petição inicial’, em clara exceção ao art. 320, pois a norma abriu expressamente a possibilidade de juntá-los a *posteriori*” (RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 216-217).

deve ocorrer independentemente de intimação específica para tanto²⁸³, sendo realizado nos mesmos autos processuais, sem a necessidade de pagamento de novas custas processuais (artigo 303, § 3º, do Código de 2015).

Quanto ao disciplinado no artigo 303, §1º, I, existe divergência doutrinária acerca da possibilidade de modificação ou ampliação do pedido de tutela final quando do seu aditamento. De acordo com Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁸⁴, entre as possíveis condutas do Autor para aditar a petição inicial, é plenamente possível a ampliação deste pedido:

(...) deverá aditá-la e narrar de forma pormenorizada os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, isso para que o juiz possa ter a possibilidade de, se for o caso, examinar a relação jurídica de direito material controvertida de forma exauriente, ou seja, no grau máximo de profundidade. Também deverá juntar os documentos que não acompanharam a inicial e que podem ser necessários ao julgamento do feito, bem como confirmar o pedido de tutela final. Isso porque até mesmo o pedido poderá ser ampliado após a obtenção da medida liminar, momento em que o autor é permitido cumular ao pedido antes indicado outros que não indicou quando da opção e utilização da petição simplificada.

Em sentido contrário²⁸⁵, Bruno Garcia Redondo²⁸⁶, em interpretação literal da redação processual, afirma que:

Sobre o pedido formulado na petição de aditamento, cabe indagar: deve o autor, na petição aditiva, limitar-se a confirmar o pedido principal, ou é possível a modificação ou ampliação do pedido antes indicado na petição de requerimento de tutela antecedente? Viu-se

²⁸³ (...) concedida a tutela antecipada, deverá o autor aditar a sua inicial simplificada para complementar a sua argumentação, juntar novos documentos e ainda confirmar o pedido de tutela final (§1º, I), mesmo que o juiz nada mencione na sua decisão quanto ao aditamento. Isso porque, ao optar pela via do procedimento especial, o autor assume o dever de promover o aditamento, que decorre *ope legis*, independentemente de determinação judicial" (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 644).

²⁸⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 644.

²⁸⁵ Leonardo Feres da Silva Ribeiro também se posiciona desta forma: "Perceba-se que não se permite ao autor mudar o pedido principal no aditamento, mas sim *confirmá-lo*, até porque esse mesmo pedido já deve ter sido anteriormente explicitado na 'petição inicial' que serviu para o requerimento da tutela antecipada" (RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p.216).

²⁸⁶ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 171.

que a lei exige que a petição de requerimento de tutela antecedente indique qual será o pedido de tutela final (caput do art. 303). Essa indicação, a nosso ver, é limitadora e vinculante, sendo vedado ao autor, na petição de aditamento que apresenta o pedido de tutela final, modificar (ampliar ou reduzir) o pleito que havia sido indicado na petição que requereu a tutela antecedente. A redação do inciso I do §1º do art. 303 é esclarecedora: “o autor deverá aditar a petição inicial, com (...) a confirmação do pedido de tutela final (...)”.

Nesta divergência doutrinária, concordamos que a interpretação literal realmente leva à conclusão de imutabilidade do pedido de tutela final quando do aditamento da petição inicial. No entanto, se analisarmos de forma sistemática, podemos considerar que o pedido de tutela final previsto no *caput* do artigo 303 do Código de 2015, que deverá constar na petição inicial simplificada e ser confirmado em eventual aditamento, na forma do inciso I do § 1º do mesmo dispositivo legal, se trata do pedido de tutela definitiva relacionado tão somente ao requerimento de tutela antecipada.

Para ilustrarmos com um exemplo o nosso entendimento, poderia o Autor requerer tutela antecipada em caráter antecedente para a autorização de uma cirurgia médica por empresa de plano de saúde e indicar, na petição inicial, como pedido de tutela final a obrigação de fazer desta empresa neste mesmo sentido. Ou seja, as determinações do *caput* e do inciso I do § 1º do artigo 303 seriam apenas para indicar e confirmar, como tutela definitiva, a obrigação de fazer requerida em sede de tutela antecipada.

Desta forma, não haveria prejuízo – por força da economia processual – se requerida no aditamento da petição inicial a condenação ao pagamento de indenização por eventuais danos materiais ou morais decorrentes da ilicitude praticada pela empresa Ré. Logicamente, nesta situação, deverá o Autor alterar o valor da causa e complementar as custas processuais inicialmente recolhidas.

Ainda no aditamento da petição inicial, de acordo com Leonardo Feres da Silva Ribeiro²⁸⁷, poderá o Autor indicar as provas que pretende produzir:

A prova, obviamente, não está circunscrita à documental, cabendo ao autor no aditamento fazer a indicação das provas que pretende produzir. Não há de se exigir como requisito obrigatório tal requerimento de provas na “petição inicial” que veicula o pedido

²⁸⁷ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015. p. 217.

antecipatório, até porque esta inicial, lembre-se, serve à veiculação da tutela antecipada e não do pedido final.

Além do início do prazo para que o Autor promova o aditamento da petição inicial, após a concessão da tutela antecipada deverá o magistrado determinar a citação e a intimação do Réu para: (i) o comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação, na forma prevista pelo artigo 334 da lei processual (artigo 303, § 1º, II, do Código de 2015); e (ii) a ciência da decisão de deferimento da tutela antecipada, seja para o seu cumprimento espontâneo²⁸⁸, seja para a interposição do respectivo recurso (agravo de instrumento)²⁸⁹. Não havendo autocomposição, fluirá o prazo para a apresentação de contestação segundo o preceituado pelo artigo 335 da lei processual (artigo 303, § 1º, III, do Código de 2015).

Quanto ao prazo para o Réu apresentar a contestação, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁹⁰ fazem importante ressalva sobre a impossibilidade de início de sua contagem antes da ciência inequívoca do aditamento da petição inicial pelo Autor:

(...) o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir autocomposição, não sendo cabível a designação da audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, § 4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da petição inicial.

Interposto o recurso cabível em face da decisão que concedeu a tutela antecipada e apresentada a contestação pelo Réu, será observado o procedimento comum, com as etapas de saneamento, instrução e sentença. Se, por outro lado, o Réu permanecer inerte, o procedimento poderá tomar outro rumo, inclusive com a possibilidade de estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada

²⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616.

²⁸⁹ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 201.

²⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616.

anterior e extinção do processo²⁹¹, efeitos estes que serão aprofundados no capítulo 5 da presente dissertação.

Na eventualidade de o magistrado entender que inexistem elementos para a concessão de tutela antecipada, preceitua o § 6º do artigo 303 do Código de 2015 que deverá ser determinada a emenda da petição inicial pelo Autor em até cinco dias, sob pena de indeferimento da petição e consequente extinção do processo sem resolução de mérito. A redação do referido parágrafo é interpretada de forma distinta pela doutrina.

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²⁹², o entendimento do magistrado de “que não há elementos para a concessão de tutela antecipada”, na forma disposta pelo § 6º do artigo 303, possui o sentido de indeferimento da tutela antecipada. E uma vez emendada a petição inicial pelo Autor, o processo seguirá o procedimento comum, com a designação de audiência de conciliação ou mediação prevista no artigo 334 do novo Código de Processo Civil. Para chegar a este raciocínio, os referidos autores diferenciam os termos presentes no inciso I do § 1º do artigo 303 – “aditamento” da petição inicial – e no § 6º do artigo 303 – “emenda” da petição inicial –, atos estes de sentido diverso e que culminarão em procedimentos distintos:

Em que pese ser bastante comum o uso do termo *aditar a inicial* como sinônimo de *emendar a inicial*, o sentido de cada uma das expressões é diversa e, no art. 303, §§ 1º e 6º, do CPC, foram utilizadas de forma precisa. Enquanto aditar significa “*acrescentar, adicionar, juntar*”, emendar significa “*corrigir (aquilo que estava errado ou mal feito)*”. Portanto, quando o pedido de tutela antecipada é liminarmente acolhido, cabe ao autor apenas completar o conteúdo da petição simplificada para preencher os requisitos da petição inicial (§1º). Mas se o magistrado entender que não existem elementos de convicção suficientes para a concessão da medida, então o autor deverá emendar a inicial, corrigindo a estrutura da petição inicial e, consequentemente, seguindo o rito comum ao invés do rito diferenciado que permite a estabilização da tutela antecipada. Na verdade o art. 303 prevê dois procedimentos diversos no caso do autor optar pelo oferecimento da petição simplificada, que serão determinados pela concessão ou não da medida liminar pleiteada. Se a medida liminar for concedida, proceder-se-á nos moldes previstos pelo §1º, com o aditamento da petição simplificada. Neste caso o procedimento não é o procedimento comum, mas sim um

²⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616.

²⁹² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 643-645.

procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto no próprio art. 303 e no art. 304, do CPC. Porém, uma vez negada à medida, deverá o autor emendar a petição simplificada, conforme reza o §6º, prosseguindo-se na forma prevista para o procedimento comum.

Com posicionamento diverso, Leonardo Feres da Silva Ribeiro²⁹³ aduz que o entendimento de inexistência de elementos para a concessão de tutela antecipada não implica no seu indeferimento pelo magistrado, sendo oportunizado ao Autor a emenda, a qual, inclusive poderá acarretar, após nova análise pelo juiz, a concessão da tutela:

A “petição inicial” que veicula o pedido de tutela antecipada também está sujeita à emenda. Nos termos do § 6.º, caso entenda o juiz que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, não deverá indeferir-la de plano, mas sim determinar a emenda da petição em até cinco dias. Ressalva-se que além da emenda que poderá servir para levar ao convencimento do juiz, na própria petição, mais elementos para que decida a respeito da tutela antecipada, há a possibilidade do autor utilizar-se da audiência de justificação para tanto (art. 300, § 2.º). Assim, a emenda deve ficar reservada àquelas situações em que há algum *defeito* na própria petição que pode ser corrigido pelo autor ou, ainda, naquelas situações em que eventual *prova documental* não juntada seja essencial ao deferimento do pleito. De resto, quanto à demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos necessários para o deferimento da tutela provisória, o autor poderá valer-se da prova documental na “petição inicial” e, eventualmente, da prova oral em audiência de justificação. De qualquer forma, a intenção da norma é louvável. Permitir ao autor emendar, quando for possível sua “petição inicial” que veicula o pedido de tutela antecipada.

Por fim, Cassio Scarpinella Bueno²⁹⁴ afirma que a redação legal possibilita mais de uma interpretação, cabendo ao magistrado, em sua decisão, expor claramente no que consiste a emenda à inicial:

Pergunto-me, prezado leitor, no que consiste a determinação de emenda à inicial regradada pelo dispositivo aqui analisado: trata-se de instigar o autor a trazer, ao conhecimento do magistrado, outros elementos conducentes à concessão da tutela antecipada (antecedente) ou, muito diferentemente, de determinar ao autor que deixe o pedido de tutela antecipada (antecedente) de lado e que, desde já, formule o “pedido de tutela final”, nos moldes do inciso I do § 1º do art. 303. Não vejo como recusar aprioristicamente a

²⁹³ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015. p. 217-218.

²⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 260-261.

juridicidade das duas alternativas. Justamente por isso, entendo que cabe ao magistrado, por força do precitado art. 321, esclarecer no que consiste precisamente a emenda da petição inicial por ele pretendida, justificando o seu entendimento: trata-se de “reforçar” o pedido de tutela antecipada antecedente, visando, até mesmo, a sua estabilização, nos termos do art. 304 ou, diferentemente, trata-se de deixar de lado aquele pedido antecedente, em prol da tutela “final”, hipótese em que, isso é irrecusável, poderá o autor formular *incidentalmente* pedido de tutela antecipada.

Entendemos, quanto à esta questão, que assiste razão a interpretação realizada por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, porquanto não seria viável, tendo em conta o princípio da celeridade, sempre oportunizar ao Autor a possibilidade de emendar a petição inicial, quando não demonstrados os elementos necessários para se deferir a tutela antecipada, para o fim de realização de nova análise em juízo dos pressupostos autorizadores da concessão. Sem prejuízo, o magistrado deverá decidir com clareza em toda e qualquer situação, não bastando a referência a determinado dispositivo legal, tampouco a mera transcrição do seu conteúdo, sob pena de incorrer no que preceitua o inciso I do § 1º do artigo 489 da lei processual.

Outra consideração relevante que deve ser destacada é a situação ocorrida quando do recebimento em juízo da petição inicial com requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente e o magistrado constata que na realidade se trata de pedido de tutela cautelar. Seria possível a aplicação do princípio da fungibilidade, mesmo sem previsão expressa neste sentido? Elucidamos, abaixo, esta questão.

4.3. Fungibilidade

No capítulo em que é regulamentado o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o parágrafo único do artigo 305 do Código de 2015 prevê a aplicação do princípio da fungibilidade, possibilitando ao magistrado, caso entenda que na petição inicial o pedido que o requerente diz ter natureza cautelar seja, na realidade, de tutela antecipada, observar o procedimento disposto no artigo 303 do Código de 2015²⁹⁵.

²⁹⁵ Consoante os ensinamentos de Arlete Inês Aurelli, o parágrafo único do artigo 305 do Código de 2015 “trata de fungibilidade de mão única invertida. Isso porque, no regime do CPC de 1973, havia a previsão expressa, inserta no § 7º do art. 273, de que o requerimento de concessão de tutela antecipada poderia ser recebido como de **tutela cautelar**” (AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código*

Entretanto, inexistente previsão expressa em sentido inverso, ou seja, a possibilidade de ser observado o procedimento da tutela cautelar em caráter antecedente se constatado que o pedido dito pelo requerente como de “tutela antecipada”, seja na verdade de natureza cautelar. Não obstante não constar esta hipótese no texto processual, a doutrina, em geral, afirma ser possível a fungibilidade entre as “Tutelas de Urgência” nas duas direções, posição com a qual concordamos. Neste sentido, encontram-se os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁹⁶:

Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a *fungibilidade regressiva* da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja de tutela provisória satisfativa. Fica admitida, assim, uma *fungibilidade de mão dupla*, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da *conversão do procedimento* inadequado para aquele que é o adequado por força de lei.

Este também é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno²⁹⁷, segundo o qual o teor do parágrafo único do artigo 305 representa “um resquício de *fungibilidade* que deriva do § 7º do art. 273 do CPC de 1973 e que, tanto quanto naquele Código, merece ser interpretado amplamente para albergar, também, a hipótese inversa, qual seja, a de o magistrado, analisando a petição inicial fundamentada no art. 303 (‘tutela *antecipada*’ requerida antecedentemente), entender que o caso amolda-se mais adequadamente à ‘tutela *cautelar*’ requerida antecedentemente, determinando, por isso, a observância dos arts. 305 e seguintes”.

Bruno Garcia Redondo²⁹⁸, da mesma maneira, se posiciona no

de *Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 19).

²⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 630.

²⁹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 264.

²⁹⁸ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 170.

sentido de que

(...) a “fungibilidade” entre as tutelas provisórias de urgência (antecipada e cautelar) deva ser recíproca. O parágrafo único do art. 305 estabelece que, quando o autor, a título de tutela cautelar antecedente, formular requerimento cuja natureza seja, na realidade, de tutela antecipada antecedente, deverá o juiz (...) ajustar o procedimento à sistemática do art. 303. A recíproca, por consequência, deve ser verdadeira. Se o autor requerer tutela antecipada antecedente e o juiz considerar que a petição veicula requerimento de tutela cautelar antecedente, deve o magistrado oportunizar a adaptação do procedimento para que a causa tramite pelo procedimento dos arts. 305 e seguintes.

Diante desta possibilidade, podem surgir problemas para as partes, tendo em vista o poder discricionário do magistrado na avaliação da natureza da tutela e a aplicação da fungibilidade para determinar qual o procedimento será observado, sendo certo que somente a tutela antecipada pode ser estabilizada. Em razão desta situação, em que é alterada a natureza da tutela e o respectivo procedimento por força da fungibilidade, aparentemente sempre haverá interesse recursal de uma das partes, porquanto a possível estabilização de uma tutela em tese beneficiará o Autor e prejudicará o Réu.

Em outras palavras, em caso de requerimento de tutela antecipada antecedente e o juiz vir a firmar o entendimento de se tratar de natureza cautelar, certamente interessará ao Autor a interposição de Agravo de Instrumento para fazer valer o seu entendimento e possibilitar, futuramente, a estabilização da tutela antecipada. Por outro lado, requerendo o Autor tutela cautelar antecedente, vindo o juiz a entender que, na realidade, o requerimento versa sobre tutela de natureza antecipada, terá o Réu absoluto interesse em recorrer da decisão para evitar a sua eventual estabilização. Os recursos das partes, portanto, poderão ensejar a reforma das decisões que aplicaram o princípio da fungibilidade, de modo a alterar novamente as regras procedimentais e, possivelmente, causar um grande imbróglio no processo²⁹⁹.

²⁹⁹ André Luiz Bäuml Tesser explicita bem esta problemática: “(...) verdadeiramente, quem definirá a natureza da medida urgente que se pleiteia é o magistrado. E, mais do que isso, é ele também, que por via de consequência, determinará se a medida, uma vez concedida, pode ser estabilizada ou dependerá, para manutenção de sua eficácia, de ajuizamento de ação principal. Tais possibilidades resultarão, de forma inexorável, no fato de que *qualquer das partes terá possível interesse para interpor recurso visando alterar a natureza jurídica da medida urgente afirmada pelo juízo que conceder a medida*. (...) Por incrível que pareça, então, a parte autora que será beneficiada pela concessão da

Em razão de todos os problemas que podem advir da fungibilidade entre as tutelas de urgência, José Herval Sampaio Júnior³⁰⁰ atenta para a necessidade do magistrado, antes de decidir pela alteração da natureza da tutela e do procedimento que será observado, submeter a questão para prévia manifestação, na forma do artigo 10 do Código de 2015, de modo a evitar que sejam proferidas as chamadas “decisões surpresas”:

Interessante previsão ainda é a fungibilidade inserta no parágrafo único do artigo 305 “Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”, o que nos autoriza a concluir pela patente implementação do contraditório substancial como norma fundamental do novo CPC em diversos artigos, que o juiz deve anunciar a tese que entende

medida urgente que pleiteia poderá ter *interesse recursal em buscar a reforma da decisão concessiva no que tange à natureza jurídica a ela emprestada pelo magistrado de primeiro grau, especialmente para tentar obter do tribunal respectivo, o reconhecimento do caráter antecipado (dir-se-ia melhor, satisfativo) da medida pleiteada, possibilitando eventual estabilização*. Imagine-se, então, a segunda hipótese. A parte autora ajuíza um pedido de sustação de protesto *intitulando-o como tutela antecipada*. O juiz de primeiro grau entende que tal medida tem natureza de tutela cautelar e, também entendendo estarem presentes os requisitos positivos para concessão da medida – que, é bom que se lembre, são os mesmos da tutela antecipada – defere a medida. Como consequência de seu entendimento quanto à natureza jurídica da medida, procede à adequação do rito e determina que a parte autora proponha a ação principal em 30 (trinta) dias, determinando ainda a citação do réu, para, em cinco dias, contestar a cautelar. Em primeiro lugar: a parte autora, *mesmo tendo sido beneficiada pela decisão que concede a medida*, terá interesse para recorrer da decisão, pois, sustentava que seu pleito tinha caráter *antecipado* e, portanto, se concedido, estaria sujeito à estabilização, caso o réu não opusesse o recurso respectivo. Ainda, a parte autora poderá buscar *efeito suspensivo ao agravo de instrumento, unicamente para suspender o seu prazo de 30 (trinta) dias para o ajuizamento da ação principal*. E, caso o tribunal não conceda o efeito suspensivo, mas, posteriormente reconheça a natureza jurídica de *tutela antecipada* para a medida, o que se fará com a *ação principal proposta*? Ou pior: caso o autor não tenha proposto a ação principal, confiando no êxito do recurso, e seja vencedor, a sua medida urgente, que havia perdido a eficácia, enquanto considerada como *cautelar*, agora voltará a vigor? Com possibilidade de estabilização? Em segundo lugar: o réu, que eventualmente não recorra da decisão de primeiro grau que concedeu a tutela pleiteada, a *título cautelar*, poderá recorrer da decisão do tribunal no recurso da parte autora que alterar a natureza jurídica da medida, para evitar a sua *estabilização*? E se o tribunal que julgar o recurso, *alterar novamente a natureza jurídica da medida, como ficam as questões procedimentais e a eventual estabilização*? E ainda na hipótese de deferimento da medida como antecipada, caso o réu oponha recurso e o tribunal reforme a decisão, apenas alterando sua natureza jurídica, o prazo para que o autor ajuíze a ação principal existirá também? E, em existindo, correrá a partir de quando? Naturalmente, os questionamentos acima são hipotéticos e não se pode prever qual resposta a jurisprudência dará para os problemas. Mas, desde logo, é possível afirmar que a sistemática adotada permitirá o ajuizamento de diversos recursos contra a decisão liminar que conceder a medida urgente, inclusive unicamente para definição de sua natureza jurídica” (TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 46-48).

³⁰⁰ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Tutela cautelar no novo CPC*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 312-313.

pertinente e aí possibilitar o devido ajuste, pois como dizemos em nota de rodapé a estabilização não pode ocorrer em tutela cautelar, logo em havendo mudança de espécie urgencial o autor tem que aceitar tal mudança ou então recorrer da decisão que não considera acertada e não haver a mudança de plano pelo juiz, pois repita a ideia inicial aqui esposada, o autor poderá querer, por exemplo, a antecipação e não o acautelamento, sendo o primeiro na prática bem mais restritivo a parte adversa. Entretanto, quando se pede tutela cautelar e o juiz entende que é caso de tutela antecipada de ofício, parece-nos que na prática não teremos qualquer problema, pois para nós o autor restará atendido de modo mais amplo do que requereu, o que não acontece na fungibilidade inversa, como já destacado, logo temos que nos acostumar com a ideia sempre de contraditório e seu corolário do dever de consulta e direito de ser influenciado pelas considerações das partes, isso para o juiz, sempre evitando que este profira decisões surpresas que possam prejudicar qualquer das partes.

A possível discussão em juízo entre as partes no tocante à natureza da tutela requerida em caráter antecedente, de modo a possibilitar ou evitar a sua estabilização, será melhor compreendida no próximo capítulo, que trata do tema central do presente trabalho.

5. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

5.1. Noções gerais

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, era possível constatar na rotina forense, em determinadas ações judiciais, que o Autor, após a concessão da antecipação de tutela – de natureza satisfativa –, se desinteressava pela instrução e desenvolvimento do processo, desinteresse este que, não raras vezes, também era verificado na postura do Réu. Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁰¹ ilustram esta situação recorrente com o seguinte exemplo:

O motorista de taxi, por exemplo, que tinha seu veículo abalroado e que por isso se viu obrigado a propor uma ação contra o causador do dano, queria apenas obter a reparação do seu veículo e o ressarcimento dos valores que iria receber caso estivesse trabalhando. Obtidos esses proveitos, o processo passava a ser um fardo para as partes, que já tinham solucionadas as suas pendências de ordem prática, mas ainda precisavam continuar a litigar, isso em busca da segurança da coisa julgada, fenômeno que desconheciam por completo e não sabiam para o que se prestava. Afinal, na prática, o que significa a coisa julgada para um leigo, quando já recebeu tudo aquilo que lhe era devido?

A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, técnica inovadora não prevista no sistema processual anterior³⁰², foi inserida no Código de 2015 (artigo 304) justamente para suprir essa necessidade, reduzindo, assim, a tramitação do processo e, por consequência, a sobrecarga do

³⁰¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 639-640.

³⁰² Em que pese ter havido tentativa de alteração do Código de 1973 para a introdução do regime de estabilização – através do Projeto de Lei nº 186/2005, proposta esta arquivada com o término da legislatura e não reeleição, em 2006, do seu autor, o Senador Antero Paes de Barros –, como expõe Antonio de Moura Cavalcanti Neto: “No Brasil, por meio do Projeto de Lei nº 186/2005, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, buscou-se acrescentar algumas letras ao art. 273 do CPC-1973 no sentido de prever a estabilização da tutela antecipada. Naquele projeto, havia a previsão de coisa julgada e, o que é mais interessante, possibilitava-se a estabilização tanto na tutela antecipada antecedente (art. 273-B), quanto na incidental (art. 273-C)” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 204).

Poder Judiciário. Depreende-se da nova lei processual que tornar-se-á estabilizada a tutela antecipada, requerida de forma antecedente, nos casos em que a decisão concessiva não for impugnada pelo Réu mediante recurso. Em decorrência disso, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 304, *caput* e §1º), com a consequente condenação do Réu ao pagamento das verbas de sucumbência³⁰³, continuando a decisão antecipatória a produzir efeitos até a sua eventual modificação por decisão de mérito proferida em ação autônoma, a qual será abordada em capítulo próprio.

Esta decisão de extinção possui natureza de sentença, contra a qual não é possível a interposição de recurso de apelação. Isto porque as opções do Autor – requerimento de tutela antecipada antecedente – e do Réu – não interposição de recurso em face da decisão concessiva de tutela antecipada – acabam por gerar preclusão lógica quanto à utilização do recurso, acarretando no trânsito em julgado da decisão³⁰⁴.

Através da estabilização, há sobreposição dos valores rapidez e efetividade “ao valor segurança jurídica; mediante a aplicação de um procedimento

³⁰³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 247.

Com a mesma opinião sobre o ônus de sucumbência, ressaltando a possibilidade de redução dos honorários advocatícios, Bruno Garcia Redondo expõe que: “Tendo o réu dado causa à demanda, obrigando o autor a ingressar no Judiciário para obter a tutela pleiteada, o razoável é que seja condenado a reembolsar as despesas processuais com as quais o autor tiver arcado, aplicando-se, na espécie, a regra do § 2.º do art. 82, (há ‘sentença’ extintiva e há ‘vencedor’), sob pena de a nova sistemática da tutela antecedente, em vez de vantajosa, vir a tornar-se indevida e economicamente prejudicial ao vencedor. No que tange aos honorários advocatícios, é evidente que o trabalho do advogado do vencedor deve ser remunerado. Não obstante, deve ser estimulada (e, portanto, recompensada) a opção do réu de não oferecer resistência à estabilização da tutela antecedente e à extinção do processo. Cabível, assim, em interpretação sistemática e teleológica, a aplicação da sanção premial de redução dos honorários pela metade do mínimo geral, tal como previsto, pelo próprio CPC, para outras hipóteses em que o réu não opõe resistência ao cumprimento (ainda que não espontâneo) da obrigação, como se dá no caso do reconhecimento da procedência do pedido com o cumprimento da obrigação (§ 4.º do art. 90), cumprimento do mandado monitório no prazo, sem a oposição de embargos (art. 701) e pagamento integral da execução (título extrajudicial) em 3 dias (§ 1.º do art. 827). Desse modo, se o réu não impugnar a decisão concessiva da tutela antecedente, gerando a estabilização da tutela e a extinção do processo, a sentença extintiva (§ 1.º do art. 304) deve condenar o réu em honorários advocatícios correspondentes à metade do mínimo geral, isto é, 5% (cinco por cento)” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 173-174).

³⁰⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 646-647.

diferenciado do procedimento comum”³⁰⁵. Há “uma redução abrupta do curso do processo, dispensando-se uma análise mais aprofundada do mérito, que seria proferida em cognição exauriente, sob a presunção de que as partes, inertes diante da decisão liminar, estão satisfeitas com a tutela concedida”³⁰⁶.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁰⁷ dispõem como objetivos da estabilização: “i) afastar o perigo da demora com a *tutela de urgência*; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu”, considerando-a uma técnica de monitorização do processo civil, visto que o legislador, no novo Código de Processo Civil, generalizou a técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa³⁰⁸.

Para Heitor Vitor Mendonça Sica³⁰⁹, o objetivo primordial da técnica

³⁰⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 640.

³⁰⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 639.

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616-618.

³⁰⁸ “A estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro. A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reforma-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado. A estabilização da tutela antecipada é uma *generalização da técnica monitoria* para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu. No regime do CPC-1973, havia emprego da técnica monitoria em sede de procedimento especial voltado para a tutela de direitos a uma prestação (de pagar quantia e de entrega de coisa fungível ou coisa certa móvel) documentados em prova escrita despida de força executiva (...). Devidamente instruída a inicial nestes termos, o juiz, mediante cognição ainda sumária, poderia expedir mandado determinando que réu cumprisse a obrigação em quinze dias ou se defendesse por embargos monitorios. Oferecidos os embargos, prosseguir-se-ia com procedimento ordinário destinado à formação de cognição exauriente. Não oferecidos os embargos no prazo (ou sendo eles rejeitados), a decisão que inicialmente ordenara a expedição de mandado de cumprimento de obrigação se revestiria de força executiva, assumindo a condição de título executivo judicial. Ou seja, inerte o réu diante da evidência do direito do autor aferida por cognição sumária, é dado ao autor um título executivo que autoriza a imediata e rápida efetivação do seu direito. Os arts. 700 e seguintes do CPC mantêm esse procedimento especial, com alguns ajustes. (...) Sucede que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a *ação monitoria*, o legislador vai além e generaliza a *técnica monitoria*, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema da técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616-617).

³⁰⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 236.

de estabilização é: “(...) tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-Juiz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento”.

Ademais, o autor ³¹⁰ faz interessante distinção entre eficácia e estabilidade, comparando a tutela antecipada meramente concedida (ainda não estabilizada) à tutela antecipada que já sofreu os efeitos da estabilização:

(...) *eficácia* não se confunde com *estabilidade*. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que a decisão que concede a tutela provisória urgente satisfativa antecedente é plenamente *eficaz* mesmo antes de se *estabilizar*. A diferença é a de que a tutela ainda não estabilizada enseja *execução provisória* (art. 297, par. ún.), ao passo que a tutela estabilizada enseja *execução definitiva*, tão logo extinto o processo nos termos do art. 304, § 1º³¹¹. Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medidas irreversíveis face as amarras do regime do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes), agravadas pela restrição (de duvidosa constitucionalidade) ao uso da penhora eletrônica de aplicações bancárias para a efetivação da tutela provisória (art. 297, par. ún.).

Dierle Nunes e Érico Andrade³¹² ressaltam que, após estabilizada a tutela antecipada, não há “necessidade de sequenciamento necessário da cognição plena, quebrando, ou pelo menos atenuando, tal como ocorreu no direito italiano, o

³¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 241.

³¹¹ Aparentemente, Dierle Nunes e Érico Andrade afirmam que a tutela estabilizada enseja apenas execução provisória: “A modalidade de tutela indicada tem uma espécie de efeito natural que é a sua ampla executividade e eficácia para resolver o direito material litigioso, de forma imediata, com aplicação das medidas de execução provisória (art. 297 e par. único, CPC-2015), e a eficácia da decisão permanece mesmo depois de extinto o processo com sua estabilização, pois a ideia do instituto é que tal decisão provisória, dotada de ampla executividade, continue produzindo seus efeitos mesmo após a extinção do procedimento preparatório, e mesmo na ausência da propositura da ação principal (art. 304, § 3º, novo CPC)” (ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 84-85).

³¹² ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75.

nexo de instrumentalidade obrigatória entre cognição sumária e cognição exauriente, com a autonomização da primeira como modalidade processual hábil a tutelar, por si só, o direito material, sem, entretanto, produzir, em princípio, coisa julgada”.

Trata-se a estabilização de técnica inspirada em dispositivos de ordenamentos estrangeiros, sobretudo francês e italiano³¹³. Em relação ao primeiro, o Código de 2015 “se inspirou em alguns aspectos do regime geral das *ordonnances de référé* (arts. 484 a 492) e em outros das *ordonnances sur requête* (arts. 493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, (...) alguns elementos foram colhidos dos arts. 186-ter e *quarter*, com redação dada pelas Leis 353/90 e 263/2005, e do art. 669-octies, com redação dada pelas Leis nº 80/2005 e 69/2009 (...). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: ‘Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês³¹⁴, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária’”³¹⁵.

5.2. Pressupostos da estabilização

Os pressupostos para a estabilização da tutela antecipada antecedente não se encontram presentes na lei processual de forma clara, sendo

³¹³ “(...) segundo noticia a doutrina, em todos os países que adotaram esses procedimentos de cognição sumária, tem havido grande crescimento em sua utilização, destacando-se a França, em que ‘mais de 90% dos casos que ingressam na justiça são resolvidos mediante o *référé*’” (PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244).

³¹⁴ “Na França e na Itália basta a satisfatividade fática, ainda que a resolução da questão jurídica seja provisória. Em verdade, o fato de ser provisória a decisão serve como incentivo ao réu, que tem abertura para modificá-la sempre que desejar. Não há formação de coisa julgada como o *référé*, por exemplo. A preocupação central dos europeus era com a efetividade jurisdicional, não com a certificação do direito, abandonou-se a busca pela certeza, que adviria com um juízo de mérito” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 203).

³¹⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 235-236.

necessário interpretar as disposições do *caput* e do § 1º do artigo 304. Segundo a redação destas, tornar-se-á estável a tutela antecipada concedida em caráter antecedente quando não interposto recurso em face da decisão que a conceder, sendo extinto o processo, mas conservados os efeitos do *decisum*. Há uma grande divergência doutrinária sobre os requisitos necessários para a estabilização, cabendo a nós expormos os principais posicionamentos para, ao fim, concluirmos o nosso entendimento.

5.2.1. Requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente

O *primeiro pressuposto* suscitado pela doutrina encontra-se expresso na primeira parte do *caput* do artigo 304 do Código de 2015: “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 (...)”. Em uma interpretação restritiva deste trecho do dispositivo, que não faz nenhuma menção à concessão incidental, conclui-se que, para a estabilização, resta necessário o *requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente*, o qual deve constar de forma expressa na petição inicial, de acordo com o preceituado no § 5º do artigo 303.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³¹⁶ concordam com esta interpretação restritiva da redação legal, ressaltando que é o requerimento da tutela antecipada antecedente que traduz a intenção do Autor em vê-la estabilizada:

É preciso que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente. Somente ela tem aptidão para estabilizar-se nos termos do art. 304 do CPC. A opção pela tutela antecedente deve ser declarada *expressamente* pelo autor (art. 303, §5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um *amalgama*. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304.

³¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 618-619.

Heitor Vitor Mendonça Sica³¹⁷ também chega a esta conclusão ao analisar restritivamente o dispositivo legal, ressaltando a necessidade de requerimento expresso da tutela antecipada em caráter antecedente, bem como expondo que a estabilização não se aplicaria:

(a) à “tutela provisória de evidência” (arts. 294, par.ún. e 311); (b) à “tutela provisória de urgência cautelar” (art. 294, *caput*, 301, 305 e 310), e, finalmente, (c) à tutela provisória requerida em caráter “incidental” (art. 294, *caput*, e 295). Resta apenas a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) pedida em caráter antecedente. (...) claramente o art. 303 dá duas alternativas ao autor: (a) pleitear, exclusivamente, a tutela provisória urgente satisfativa (e apenas “indicar” o pedido de tutela final); ou (b) desde logo, pedir, concomitantemente, a tutela provisória urgente satisfativa e a tutela final. Apenas na primeira hipótese que se cogitaria da possibilidade de aplicação da tese de estabilização. Isso porque o autor que formula desde logo o pedido de tutela final, a meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido de que não se contentará apenas com a tutela provisória estabilizada.

Os posicionamentos acima refutam a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter incidental, opção esta que seria viável na opinião de Leonardo Greco³¹⁸:

A estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista no artigo 304, também se aplica à tutela requerida incidentalmente. Entretanto, deve esclarecer-se, num ou outro caso, como se contará o prazo para o recurso, porque a tutela poderá ter sido efetivada e cientificada ao requerido antes da citação que, no caso da tutela antecedente, dependerá de aditamento da inicial. O prazo para contestação se conta da citação ou da audiência de conciliação (art. 303). Para recorrer da liminar, parece-me que o requerido deve ter sido intimado da liminar e citado da ação, pois, enquanto não citado, não pode lhe ser imposto qualquer ônus processual.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo

³¹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 237-238.

³¹⁸ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 202.

Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³¹⁹; Antonio de Moura Cavalcanti Neto³²⁰; bem como Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade³²¹ (em comentários sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil); igualmente entendem pela admissão da estabilização em tutelas antecipadas requeridas incidentalmente.

Apesar de, na prática, parecer ser viável a estabilização da tutela antecipada requerida incidentalmente, entendemos que esta não foi a intenção do legislador, o qual inseriu a possibilidade de aplicação da técnica somente no procedimento de requerimento da antecipação de tutela em caráter antecedente³²². Esta distinção permite que o Autor venha a se valer de um procedimento próprio que admita a estabilização, de modo a demonstrar, de plano, a sua intenção, com a qual,

³¹⁹ “(...) não se pode perder de vista que o pedido de tutela antecipada antecedente é **medida excepcional**, justificando-se diante de uma *urgência contemporânea à propositura da ação* (art. 303), ou seja, a impossibilidade de, naquele determinado momento, dada a urgência, instruir adequadamente a ação que contemple o pedido final. Sendo assim, no mais das vezes, a tutela antecipada continuará a ser requerida tal como no sistema do CPC/73 – ou seja, liminarmente no bojo de um processo definitivo já instaurado, com petição inicial que contemple o pedido final, dotada de cognição plena – o que restringirá sobremaneira a incidência desse dispositivo. A melhor interpretação, segundo pensamos, é aquela que confere a maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, **a estabilização mesmo no caso da tutela antecipada deferida incidentemente**” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 511-512).

³²⁰ “Observando o instituto da estabilização, no direito pátrio e também no comparado, não parece haver óbice algum a sua configuração também no curso do processo, isso porque a decisão continua sendo provisória e faz parte de um juízo totalmente diverso do mérito. Em outras palavras, é possível afirmar que a instauração de um juízo de mérito não obsta a estabilização da tutela antecipada, fundado em juízo provisório” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 197).

³²¹ “(...) nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função, razão pela qual a diferenciação de tratamento produzida no Anteprojeto parece artificial” (ANDRADE, Érico; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*. Revista de Processo, vol. 206, p. 13-59. São Paulo: RT, Abr / 2012. p. 28).

³²² Há, inclusive, decisão judicial proferida neste sentido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “(...) Diante da situação fática delineada na inaugural é possível identificar, de logo, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Na espécie, a tutela antecipada não é requerida em caráter antecedente. Descabe cogitar, assim, de perspectiva de ulterior estabilização dos efeitos da tutela deferida liminarmente. No ponto, oportuna a observação lançada em sede doutrinária por DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, 2ª ed., RJ, Forense, SP: Método, 2015, p. 211): ‘O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de maneira que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará nos termos do art. 304 do Novo CPC’” (TJ/SP - 0243738-88.2016.8.21.7000 - Agravo de Instrumento - Nona Câmara Cível - Decisão Monocrática - Relator: Miguel Ângelo da Silva - 14/07/2016).

inclusive, poderá o Réu concordar.

5.2.2. Concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O *segundo pressuposto* decorre do mesmo trecho do artigo 304 acima transcrito, devendo haver, em interpretação restritiva, além do requerimento, a *decisão concessiva da tutela antecipada antecedente*.

Nesta linha, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³²³ ensinam que têm aptidão para tornarem-se estáveis os efeitos das decisões concessivas de tutela antecipada antecedente proferidas: (i) por juízo de primeiro grau de jurisdição; (ii) em sede de recurso de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão denegatória, podendo ser monocrática (pelo relator) ou colegiada; ou, ainda, (iii) em processo de competência originária de Tribunal. Outrossim, não haveria a necessidade de a decisão ser proferida liminarmente, podendo igualmente sofrer os efeitos da estabilização a tutela antecipada antecedente concedida após a audiência de justificação prévia prevista no § 2º do artigo 300 do Código de 2015.

Os autores³²⁴, no entanto, fazem duas ressalvas acerca deste pressuposto. A primeira é que a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, em segundo grau de jurisdição (nos autos do recurso interposto contra a decisão denegatória), seja proferida antes de o Autor aditar a inicial e formular o seu pedido de tutela definitiva. Além disso, afirmam que é possível a estabilização dos efeitos da decisão que concede apenas de forma parcial a tutela antecipada:

Questão interessante é saber se a decisão que concede a tutela antecipada apenas *parcialmente* tem aptidão para a estabilização. Parece-nos que sim: ela tem aptidão para a estabilização justamente na parte em que atendeu ao pedido provisório do autor. Neste caso, sobrevivendo a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos apenas desse capítulo decisório, prosseguindo-se a discussão quanto ao restante³²⁵.

³²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 620.

³²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 620-621.

³²⁵ Heitor Vitor Mendonça Sica igualmente admite a estabilização da tutela parcialmente concedida: “Considerando-se que o novo Código amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial de mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções*

Heitor Vitor Mendonça Sica³²⁶, em consonância com a doutrina acima mencionada, expõe que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente só poderá ser estabilizada se concedida liminarmente, *inaudita altera parte*:

Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304 (...). Restaria saber se a tutela provisória fosse deferida em 2º grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que indeferiu a providência (art. 1.015, I) e antes que tenha havido o aditamento da peça inicial (art. 303, § 1º, I). Fiel à premissa aqui acolhida, entendo que se ao tempo da decisão do tribunal o autor não houver ainda promovido a emenda à peça inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I), pode-se cogitar da estabilização da decisão (monocrática ou colegiada) que houver deferido a medida em grau recursal (hipótese em que o réu será intimado da decisão para que se lhe dê oportunidade de recorrer).

Concordamos, sem ressalvas, quanto à viabilidade de estabilização de tutela antecipada concedida apenas parcialmente; no entanto, discordamos dos posicionamentos acima no sentido de que somente será passível de estabilização a tutela antecipada antecedente concedida em grau recursal se não promovida a emenda da petição inicial. Ora, o Autor, a teor do § 6º do artigo 303 do Código de 2015, terá apenas o prazo de cinco dias para emendar a petição inicial após o indeferimento da tutela e muito provavelmente a decisão concessiva em 2º grau de jurisdição será proferida em momento posterior. Diante desta incongruência temporal, entendemos que poderá ocorrer a estabilização da tutela antecipada mesmo após a emenda (ou aditamento) da petição inicial, desde que adotadas determinadas posturas pelo juiz e pelo Autor, raciocínio este que desenvolveremos nos itens seguintes.

Por fim, quanto à possibilidade de estabilização de tutela antecipada concedida em caráter incidental, repetimos a conclusão do item anterior: não há

quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 245).

³²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 239.

previsão neste sentido na lei processual, limitando-se somente às decisões concessivas em requerimentos antecedentes.

5.2.3. Inércia do Réu

O *terceiro pressuposto* também é verificado de forma expressa no *caput* do artigo 304 do Código de 2015, no seguinte trecho: “(...) torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, ou seja, a *inércia do Réu* para recorrer da decisão concessiva de tutela antecipada³²⁷. Este pressuposto – inércia do Réu – é aceito de forma geral pela doutrina; entretanto, existem discussões sobre no que especificamente consistiria esta “inércia”.

Eduardo Scarparo³²⁸ critica a escolha do legislador de condicionar a estabilização à não interposição de recurso, uma vez que qualquer meio de impugnação apresentado pelo Réu deveria ser capaz de impedi-la:

De antemão se pode criticar que não é uma escolha adequada subordinar a estabilização de uma decisão liminar à propositura ou não de um recurso eventualmente cabível. Afinal, na verdade, se pretende estabilizar a situação originariamente provisória em razão da não impugnabilidade da decisão pela parte requerida, o que é diferente da noção de recorribilidade. Não impugnar a concessão de uma tutela jurisdicional e veicular o recurso cabível não se trata do mesmo. A distinção entre “não recorrer” e “não impugnar” é bastante relevante, quando se pretende atribuir a condição de estabilização também a antecipações de tutelas satisfativas concedidas em grau recursal. Por exemplo se, no primeiro grau, é indeferida a medida liminar e, mediante agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC/2015) ela é obtida no tribunal, haveria motivo para excluir a possibilidade de sua estabilidade? Ter-se-ia de exigir do requerido a formulação de Recurso Especial ou Extraordinário a título unicamente formal? E tal inclusive nos casos em que não forem cabíveis tais recursos, dadas as estritas hipóteses dos art. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal? Ora, condicionar a estabilização a um exame recursal se trata evidentemente de um erro do legislador. A melhor solução é condicionar a estabilização ao requerimento das partes de

³²⁷ Para a configuração da inércia como pressuposto, Cassio Scarpinella Bueno destaca que “(...) a legítima incidência da consequência prevista no art. 304 (a estabilização) pressupõe que o mandado de citação e de intimação expedido ao réu para os fins do inciso II do § 1º do art. 303 contenha *expressamente* a advertência de que a não interposição do recurso significará a estabilização da tutela concedida em seu desfavor” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261).

³²⁸ SCARPARO, Eduardo. *Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336.

continuidade do processo, seja mediante a continuidade do exercício da ação pelo autor, seja pela resistência do réu a essa atuação. É com uma impugnação que o réu manifesta oposição ao exercício da ação processual pelo autor, exercendo direito de defesa. Essa resistência à pretensão do autor motiva a continuidade do exercício da ação processual e, conseqüentemente, justifica a não aplicação do regime de estabilização.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³²⁹

afirmam que, para haver a estabilização, além da inércia quanto à interposição do recurso em face da concessão da tutela antecipada, não pode ser apresentada contra esta decisão qualquer outro meio de impugnação pelo Réu, como, por exemplo, um pedido de reconsideração, desde que apresentado dentro do prazo recursal. Ainda segundo estes autores, seguindo este mesmo raciocínio, haveria a possibilidade de inércia parcial do Réu:

Há que considerar, ainda, a possibilidade de *inércia parcial do réu*. Isso se dará quando, concedida a decisão antecipatória com mais de um capítulo, o réu só impugnar em sede de recurso, contestação ou outra via de questionamento, um dos capítulos decisórios, caso em que só os outros, não impugnados, serão alcançados pela estabilização.

Neste sentido também é o entendimento de Ravi Peixoto³³⁰, Cassio

³²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 621 e 623.

³³⁰ “Pela ausência de definição específica do art. 304, parece viável interpretar que o suporte fático desse texto não necessariamente impõe a interpretação de que apenas o agravo de instrumento impede a estabilização, mas também outras medidas com aptidão para reformar ou invalidar a decisão e que possam prolongar a litispendência. O que faz o artigo 1.015 é apenas definir qual o recurso em sentido estrito a ser interposto da decisão. (...) Se um determinado remédio jurídico processual impediria o trânsito em julgado de um processo de cognição exauriente, parece também adequado compreender que ele também poderia impedir a estabilização”. Apesar de não interpretar de forma restritiva os meios de impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, Ravi Peixoto não considera o pedido de reconsideração um meio apto a obstar a estabilização: “(...) por mais que ele tenha por objetivo a reforma ou a invalidação de uma decisão, jamais terá aptidão para impedir, em um procedimento comum, o trânsito em julgado do processo. Pela ausência dessa aptidão, parece mais adequado o entendimento de que este remédio jurídico processual, por mais que tenha a capacidade de gerar reforma ou invalidação da decisão, não impede a estabilização. Caso ocorra a reforma ou invalidação da decisão por meio desse pedido é natural que a estabilização seja impedida, no entanto, caso haja simples omissão, será estabilizada a tutela antecipada após findo o prazo recursal” (PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 250-251 e 253).

Scarpinella Bueno³³¹, Bruno Garcia Redondo³³² e o exposto na obra de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³³³, que interpretam o *caput* do artigo 304 do Código de 2015 de forma ampliativa.

Já Heitor Vitor Mendonça Sica³³⁴, ao discorrer sobre a inércia do Réu, adverte que se o recurso for tempestivamente interposto, obstar-se-á a estabilização, mesmo se posteriormente não vir a ser conhecido. Além disso, afirma que outros meios de impugnação, além do recurso, são hábeis a impedir que a tutela antecipada seja estabilizada:

³³¹ “Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. (...) Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se *contra* a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo *caput* do art. 303 (...), prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde a sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a ‘tutela final’, apta a transitar materialmente em julgado” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262).

³³² “A versão aprovada no Senado em 2010 (arts. 281, § 1.º e 282 do PLS 166/2010) referia-se à ‘impugnação’, enquanto a versão aprovada na Câmara em 2014 (art. 305 do PL 8.046/2010) passou a referir-se somente ao ‘recurso’. A versão posteriormente aprovada pelo Senado, em dezembro de 2014, que veio a ser objeto da sanção presidencial em março de 2015 (tornando-se a Lei 13.105/2015), manteve a restrição terminológica operada pela Câmara, vindo o art. 304 do CPC a mencionar ‘recurso’, em vez de ‘impugnação’. Não obstante essa modificação de nomenclatura ao longo do procedimento legislativo, a interpretação constitucional mais adequada, à luz das garantias do contraditório e da ampla defesa, é a de que qualquer ato impugnativo *lato sensu* do réu, apresentado dentro do prazo do recurso, deve servir ao condão de impedir a estabilização da tutela antecedente e a extinção do processo: seja a interposição de *agravo de instrumento*, seja a apresentação de *sucedâneo recursal* (v.g., suspensão de segurança), seja a propositura de *demanda impugnativa autônoma* (no caso, apenas a reclamação, já que ação rescisória seria descabida por ainda inexistir coisa julgada, sendo também descabido mandado de segurança pelo fato de a lei prever agravo de instrumento contra dita decisão), seja ainda a apresentação, em primeiro grau, de *contestação* ou *reconvenção*. A estabilização da tutela antecedente é uma sanção pela inércia do réu. Vindo ele a resistir ao pedido do autor por meio de qualquer dos atos acima mencionados (recursais ou não recursais), desde que dentro do prazo para agravo, fica impedida a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente e afastada a extinção do processo” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 172).

³³³ “Frise-se: pela letra da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se **não** houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será **extinto**. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer. Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta **a resistência, a manifestação do inconformismo do réu**, a qual, pode se dar não só pelo recurso. A vingar uma interpretação literal antevê-se um risco potencial de aumento dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quiser que a ação prossiga e seja julgado o pedido final” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 512).

³³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 239-240.

Em se tratando de decisão proferida em 1º grau de jurisdição, o recurso interponível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria que se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada. (...) Outro aspecto a ser enfrentado concerne à hipótese em que o recurso manejado pelo réu contra a decisão concessiva de tutela provisória “estabilizável” não for conhecido, ante a falta de algum dos requisitos de admissibilidade. Para solucionar esse problema, parto do entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido. Uma última observação se faz necessária. Há que se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres³³⁵ e a reclamação³³⁶).

O mesmo autor³³⁷, ao aprofundar a análise dos meios que o Réu tem

³³⁵ Ravi Peixoto discorda que a suspensão de segurança seja apta a impedir a estabilização: “A suspensão de segurança, geralmente conceituada como incidente processual, não parece ter aptidão para impedir a estabilização da antecipação de tutela antecedente. Além desse remédio jurídico processual não ter aptidão para gerar a reforma ou a invalidação da decisão, ele é incapaz de impedir o trânsito em julgado dos processos nos quais é interposto. (...) De acordo com o §9º, do art. 4º, da Lei 8.437/1992, a suspensão de segurança irá durar até o trânsito em julgado da decisão do processo principal. Assim, em outras palavras, esse remédio jurídico processual é incapaz de prolongar a litispendência e impedir o trânsito em julgado de um processo que esteja sob o procedimento comum. Essa mesma lógica deve ser transportada para a tutela antecipada antecedente, tendo ela apenas a eventual aptidão de suspender a decisão, mas não sendo capaz de impedir a estabilização” (PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 255).

³³⁶ Em concordância sobre ser a reclamação constitucional meio apto a impedir a estabilização, Ravi Peixoto aduz que: “A reclamação (...) tem (...), de acordo com o art. 992, do CPC/2015 aptidão para provocar a cassação ou a determinação, pelo tribunal competente, da medida adequada para solucionar a controvérsia. Porém, o mais importante, é que ela tem aptidão de prolongar a litispendência, ou seja, de impedir a produção da coisa julgada e, no caso da antecipação de tutela antecedente, de impedir a sua estabilização, mesmo que não seja interposto o agravo de instrumento. (...) Um detalhe é que a reclamação deve ser interposta antes de ultrapassado o prazo para a interposição do agravo de instrumento. É que a reclamação não tem aptidão para reiniciar a litispendência, entendimento que pode ser extraído do enunciado n. 734 da jurisprudência dominante do STF. Assim, se não cabe reclamação contra processo transitado em julgado, também não será possível sua utilização em face de antecipação de tutela antecedente que já tenha se estabilizado” (PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 254).

³³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO,

à sua disposição para obstar a estabilização, afirma que, mesmo com a não interposição de recurso em face da decisão concessiva, a apresentação de contestação com elementos convincentes de convicção permitiria ao juiz revogar a tutela antecipada e, assim, evitar que fosse estabilizada:

É possível cogitar da situação em que o réu, embora tenha transcorrido *in albis* o prazo para recorrer da decisão concessiva de tutela provisória “estabilizável”, apresentou defesa munida de elementos de convicção relevantes e convincentes, que desmentem a tese do autor tida liminarmente como provável. A questão que se coloca, nesse caso, é se o juiz está obrigado a extinguir o feito e estabilizar a tutela sumária ou se poderia eventualmente revogá-la à luz do aprofundamento da cognição oportunizado pela defesa do réu. (...) o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo *ex vi* do art. 304, § 1º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz “de mãos atadas” diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo neste momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu.

Leonardo Greco³³⁸, por sua vez, afirma que, para a estabilização, somente considerar-se-á a inerte o Réu que, além de não interpor o recurso, deixe de apresentar a sua contestação. Atendidos estes dois pressupostos para configurar a inércia, no seu entender, o processo seria extinto mesmo que o Autor viesse a aditar a petição inicial, ficando prejudicado o pedido de tutela final³³⁹:

(...) parece-me que a estabilização não pode resultar simplesmente da não interposição de recurso contra a liminar concessiva do provimento antecipatório, mas também necessariamente do não oferecimento de contestação, no prazo a que se refere o artigo 303, § 1º, inciso II. Com

Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244.

³³⁸ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 192.

³³⁹ Aparentemente, Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves concordam parcialmente com este posicionamento. Apesar de apenas associarem a inércia do réu a não interposição de Agravo de Instrumento, afirmam que esta inércia acarretará inevitavelmente na extinção do processo: “(...) caso não seja interposto agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela antecipada satisfativa antecedente, o réu sequer poderá apresentar contestação, sendo o processo extinto (art. 304, § 1º, NCPC) e restando estabilizada a tutela antecipada (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 120).

efeito, se não recorrendo da liminar, o réu, citado, se defende, o direito à tutela jurisdicional efetiva e as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição) lhe asseguram a possibilidade de que a revogação seja determinada, caso acolhida a sua defesa. Por outro lado, se, concedida a tutela liminarmente, o autor aditar a petição inicial para “confirmar o pedido de tutela final”, e o réu não recorrer da liminar, nem contestar a ação, o processo será extinto (art. 303, § 2º), ficando prejudicado o pedido principal por falta de um provimento final, e estabilizada a decisão liminar sem coisa julgada. Se apesar da ausência de recurso, tiver o réu contestado a ação, o provimento provisório não se estabiliza, devendo sobrevir, em qualquer caso, sentença sobre o pedido de tutela final. Se este for julgado improcedente, a tutela antecipada estará automaticamente revogada, por aplicação analógica do disposto no artigo 309, inciso III, independentemente de ação revocatória específica, exigida no artigo 304. O mecanismo engendrado constituirá extraordinário desestímulo à propositura da tutela antecipada em caráter antecedente, porque ficará prejudicado o pedido principal do requerente pela inércia do requerido, tendo aquele de contentar-se com a decisão concessiva da antecipação que, apesar de estável, não fará coisa julgada, pois revogável por ação de iniciativa do requerido.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁴⁰

discordam do posicionamento de Leonardo Greco no sentido de a ausência de contestação do Réu ser igualmente um pressuposto necessário, ressaltando, porém, que, após a concessão da tutela antecipada, a apresentação de defesa no prazo recursal – ou seja, outro meio de impugnação – seria capaz de obstar a estabilização:

(...) não nos parece que a revelia seja um pressuposto necessário para a incidência do art. 304. O *normal* é que o prazo de defesa somente comece a fluir a partir da audiência de conciliação ou de mediação (art. 335, I, CPC) ou da data do protocolo do pedido de cancelamento dessa audiência (art. 335, II, CPC). O art. 303, §1º, II, CPC, diz que, concedida a tutela antecipada antecedente, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. O inciso III do art. 303, §1º, por sua vez, diz que “não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335”. Se o caso não admite autocomposição, não é preciso designar audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, I, CPC). O prazo de defesa, contudo, somente deve começar a correr a partir da intimação feita ao réu do aditamento da petição inicial. Assim, o prazo de defesa, em regra, demora um pouco para ter início. O art. 304 não exige que se espere tanto para que se configure a inércia do réu apta a ensejar a estabilização da tutela antecipada. Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve *antecipar* o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que

³⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 621-622.

dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada. Em suma, a eventual *apresentação de defesa* no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência da revelia.

Por outro lado, na opinião de Dierle Nunes e Érico Andrade³⁴¹, não é facultado ao Réu se valer de outro meio de impugnação – como a contestação³⁴² – para obstar a estabilização, o que só será possível se interposto recurso de Agravo de Instrumento, “alargando a possibilidade da estabilização, a partir das anunciadas vantagens que a estabilização produz para o ambiente jurisdicional e para as partes, na busca da tutela diferenciada, e, ainda, em razão de que o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização (...)”.

Similar posição é verificada nas doutrinas de Alexandre Câmara³⁴³,

³⁴¹ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83.

³⁴² “(...) no caso da não interposição do agravo de instrumento, com a só apresentação da contestação, a falta de estabilização ainda poderia violar o sentido buscado pelo legislador, de permitir a eficácia da decisão, sem o trânsito em julgado, com a extinção do procedimento antecedente, reenviando-se as partes para o procedimento de cognição exauriente: se deixaria a cargo do réu convolar o próprio procedimento no principal, sem a estabilização da tutela, eliminando a linha de estabilização indicada no novo CPC, que passaria a depender não mais só da averiguação do recurso, mas de uma falta geral de impugnação do réu” (ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 84).

³⁴³ “Deve-se afirmar, em primeiro lugar, que a referência a ‘recurso’, no *caput* do art. 304, pode ser compreendida de duas maneiras diferentes: como recurso *stricto sensu* (o que significaria, então, afirmar que só não haveria a estabilização da tutela antecipada se o réu interpusse agravo contra a decisão concessiva da medida de urgência); ou, em um sentido mais amplo, como *meio de impugnação* (o que englobará outros remédios sem natureza recursal, como a contestação). Vale recordar que é este sentido mais amplo que o Código Civil faz alusão a recurso em seu art. 65. Não há, porém, razão para a atribuição deste sentido mais amplo ao texto do art. 304 (diferentemente do que acontece no caso do art. 65 do CC, que fala em ‘recurso’ para impugnar um ato do Ministério Público, contra o qual sequer se admitiria recurso *stricto sensu*, motivo suficiente para afastar a outra interpretação). (...) o texto do art. 304 faz uso do verbo *interpor* (‘se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’), o qual é, no jargão do direito processual, empregado apenas quando se trata de recursos *stricto sensu*. Junte-se a isto o fato de que se faz alusão ao recurso contra uma decisão, e tudo isso só pode indicar que a norma se vale do conceito estrito de recursos. Assim, é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio, como – no caso do Poder

Carlos Augusto de Assis³⁴⁴ e Antonio de Moura Cavalcanti Neto³⁴⁵, fazendo este último ressalva apenas quanto à reclamação constitucional.

Expostas as opiniões doutrinárias sobre no que consiste a inércia do Réu, entendemos que deve haver uma interpretação restritiva do *caput* do artigo 304 do Código de 2015. Ao prever a não interposição do “respectivo recurso” para a estabilização da tutela antecipada, não dá margem para interpretação extensiva. Para haver segurança jurídica quanto à possibilidade de incidência ou não da estabilização, devem ser atendidos os requisitos expostos na lei processual, a qual dispõe somente sobre a não interposição do “respectivo recurso”, sem mencionar outra forma de

Público, por exemplo – postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 162-163).

³⁴⁴ Em que pese relatar que o ideal seria a lei processual permitir qualquer forma de impugnação para impedir a estabilização: “Como se pode perceber, tanto no anteprojeto quanto no projeto do Senado a estabilização só ocorreria se não houvesse impugnação. No projeto da Câmara, ao contrário, a estabilização da antecipação passou a ficar condicionada à falta de interposição do recurso (no caso, agravo de instrumento). Foi o que acabou prevalecendo na redação final do novo CPC. Parece-nos que não se adotou a melhor opção nesta questão. Quando se fala em impugnar, podemos admitir a possibilidade de a controvérsia se dar, por exemplo, através da contestação. É possível que a parte não sinta necessidade de recorrer para obter imediata modificação da medida antecipada, mas sem que isso signifique concordância com ela. O seu inconformismo poderia ser manifestado no curso normal do processo em que ela foi proferida, sem provocar recurso. Entendemos que a simples manifestação de discordância seria suficiente para justificar a continuidade do processo. Afinal, a ideia de extinguir o processo e estabilizar a tutela vem do fato de que, em diversas situações, concedida a antecipação de tutela, ambas as partes se desinteressam da discussão. No sistema adotado no novo CPC, porém, a discordância terá que se manifestar necessariamente através da interposição de recurso. Isso acaba estimulando a interposição de recursos, o que não é nada conveniente” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). *Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28).

³⁴⁵ “O respectivo recurso, no caso, é o agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC). Permitir que o réu impugne a tutela antecipada por qualquer outro meio reduz a eficácia do instituto e, ademais, vai de encontro à expressa disposição legal, eis que a lei não contém palavras inúteis e utilizou o termo *recurso* como previsto no Código de Processo Civil (art. 994). A apresentação de contestação pelo réu representa erro grosseiro, pois não há o que contestar. Quando o réu é citado para contestar no Procedimento Comum tem o dever de atacar os fatos e fundamentos da petição inicial. No caso da tutela antecipada antecedente, ele, se não se conformar, deve impugnar a decisão provisória. Ademais, nem há pedido final a ser contraditado, uma vez que o seu prazo para resposta apenas começará a correr na forma do art. 303, § 1º, II e III, que remetem aos arts. 334 e 335, todos do CPC. (...) Como ação que é, a reclamação não importa em reforma ou invalidação da decisão, apenas na sua cassação ou, sendo o caso de usurpação de competência, na avocação dos autos para o tribunal. Durante todo o percurso do texto, defendeu-se uma interpretação restritiva do termo ‘respectivo recurso’ inscrito no *caput* do art. 304 do CPC. Ao que parece, entretanto, a reclamação, apesar de não ser recurso, constitui hipótese excepcional para obstar a estabilização da tutela antecipada. Isso porque a cassação da decisão (art. 992 do CPC), que não ocorre no pedido de suspensão de segurança, é suficiente para retirar do mundo jurídico a tutela provisória” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 209 e 212).

impugnação.

A interpretação restritiva é ainda justificada pelo fato de ter ocorrido a alteração do Projeto de Lei nº 166/2010, o qual previa que a “impugnação” do Réu seria capaz de obstar a estabilização, passando a constar, quando aprovado o texto processual pela Câmara dos Deputados, a terminologia “respectivo recurso”, mantida na redação final do Código de 2015. Ora, só podemos concluir que a alteração foi realizada justamente com o objetivo de restringir os meios de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Acreditamos que ampliar estes meios e, assim, reduzir drasticamente as hipóteses de incidência de estabilização, não foi a intenção do legislador, sobretudo diante da substituição do termo “impugnação” por “recurso” na redação final do Código de 2015, sendo certo que a lei processual, mesmo após a inércia quanto à interposição do recurso cabível, ainda possibilita ao Réu, através de ação autônoma, o requerimento de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada.

Desta forma, se concedida em 1ª instância a tutela antecipada antecedente, o Agravo de Instrumento apresentado pelo Réu, recurso cabível – “respectivo recurso” – em face da decisão interlocutória concessiva (artigo 1.015, inciso I, do Código de 2015), obstará a estabilização.

Em caso de concessão da tutela antecipada pelo Tribunal, seja em grau recursal ou em razão de competência originária, Cassio Scarpinella Bueno³⁴⁶ ressalta que “a decisão muito provavelmente será monocrática”. Portanto, deverá o Réu interpor Agravo Interno, previsto no artigo 1.021 do Código de 2015. Se eventualmente a tutela antecipada for concedida por decisão colegiada, será necessária a impugnação através de um dos recursos excepcionais.

As demais formas de impugnação (como pedido de reconsideração ou contestação), pelo que nos parece, não serão capazes de impedir que a tutela antecipada se torne estável. Especificamente em relação à contestação, além de não se apresentar como meio habilitado a impossibilitar a estabilização, discordamos da posição exposta por Heitor Vitor Mendonça Sica, segundo o qual, mesmo ultrapassados os quinze dias do prazo recursal, os elementos presentes em defesa poderão convencer o magistrado a revogar a tutela antecipada e, por consequência,

³⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 261.

os seus efeitos antes estabilizados. Entendemos de modo diverso: uma vez estabilizada a tutela, não mais poderá o juiz que a concedeu alterar o seu estado no mesmo processo – que será extinto –, existindo um único meio, expresso na lei processual, para se tentar a reversão da estabilização: a ação autônoma prevista no § 2º do artigo 304.

Cabe aqui tecermos mais duas considerações sobre a impugnação recursal apta a obstar a estabilização. A primeira diz respeito ao recurso interposto no prazo legal e posteriormente não conhecido por ausência de seus requisitos mínimos de admissibilidade. Nos parece que, para a estabilização não se aperfeiçoar, resta necessário, além da interposição tempestiva, o conhecimento do recurso. Pensar de forma distinta autorizará, por exemplo, o Réu a apresentar recurso sem o atendimento de requisitos formais, ou, ainda, sem o devido recolhimento de custas, visto que a mera interposição bastaria para impedir a estabilização da tutela. Por conseguinte, se constatado algum vício recursal e este não for sanado pelo Réu, entendemos que a tutela antecipada deverá se tornar estável, até porque o juízo negativo de admissibilidade recursal possui natureza declaratória³⁴⁷ e, uma vez inadmitido o recurso, deve-se considerar que este não tenha existido³⁴⁸.

A segunda consideração é referente aos Embargos de Declaração, que possuem igualmente natureza de recurso. Entendemos que a sua oposição, por si só, não poderá obstar a estabilização. Assim sendo, julgados os Embargos e não alterada a decisão concessiva de tutela antecipada, para que não ocorra a sua estabilização, deverá o Réu, posteriormente, interpor o “respectivo recurso”: Agravo de Instrumento em 1ª instância ou o Agravo Interno/Recurso Excepcional em 2ª instância. Entretanto, se, após embargada, a decisão sofrer alteração diante do acolhimento dos Embargos Declaratórios – possibilidade mencionada no § 4º do artigo 1.024 do Código de 2015 –, indeferindo, assim, a tutela, a estabilização não ocorrerá

³⁴⁷ É o que defende José Carlos Barbosa Moreira: “(...) positivo ou negativo, o juízo de admissibilidade é essencialmente *declaratório*. Ao proferi-lo, o que faz órgão judicial é verificar se estão ou não satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso. A existência ou a inexistência de tais requisitos é, todavia, *anterior* ao pronunciamento, que não a *gera*, mas simplesmente a *reconhece*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 265).

³⁴⁸ Neste sentido, Moacyr Amaral Santos ensina que quando “(...) o juízo *ad quem* declara inadmissível o recurso, o ato decisório recorrido (decisão, sentença ou acórdão) permanece inalterável, sendo que sua eficácia retroage à data em que transitou em julgado. Não admitido o recurso, é como se ele não tivesse existido, donde resultar a eficácia plena do ato decisório impugnado” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24ª ed. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101).

por conta da ausência de pressuposto imprescindível, a existência de concessão de tutela antecipada. Ravi Peixoto³⁴⁹ também possui entendimento neste sentido:

(...) a regra parece ser a de que os embargos de declaração não impedem, por si só, a estabilização do procedimento antecedente. O que eles fazem é manter o procedimento ativo até que sejam decididos. Intimadas as partes, recomeça o prazo do agravo de instrumento e, tão somente após findo esse prazo ocorrerá a estabilização. No entanto, em certos casos, essa espécie recursal pode vir a impedir a estabilização. Não como um efeito automático da sua oposição, mas como consequência da decisão que o julgue procedente. Muito embora não seja objetivo imediato dos embargos de declaração a reforma da decisão, é comum a existência dos chamados embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes, que geram, como consequência da sanção do vício, a modificação do dispositivo da decisão. Nessas hipóteses, caso a oposição do recurso gere a reforma da decisão para denegar a tutela antecipada, naturalmente não haverá possibilidade de estabilização.

Outrossim, concordamos com a posição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sobre a possibilidade de ocorrer a parcial estabilização dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada, desde que seja interposto (e conhecido) o “respectivo recurso” e este apenas ataque parcialmente o conteúdo decisório da concessão. No entanto, se o Réu se valer de meio de impugnação distinto do recurso cabível para combater parte da decisão concessiva, a estabilização da tutela antecipada não ocorrerá de forma parcial, mas sim em sua integralidade.

Uma indagação interessante quanto à inércia do Réu, pressuposto ora analisado, é se haveria alguma vantagem deste em não impugnar a decisão concessiva de tutela antecipada e deixar que esta se estabilize. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁵⁰ manifestam-se positivamente para algumas circunstâncias:

Alguns exemplos demonstram que essa técnica pode ser útil. Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério

³⁴⁹ PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 252.

³⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 618.

da Educação, não realizou a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno, porque o Ministério da Educação proibia. Outro exemplo. Imagine, agora, o caso de um consumidor que vai a juízo pleiteando a retirada de seu nome de um cadastro de proteção de crédito. Apenas isso. Obteve a liminar. É muito provável que o réu não queira mais discutir o assunto e deixa a decisão estabilizar-se.

Por fim, cabe esclarecer algumas situações em que a inércia do Réu não acarretará na estabilização dos efeitos da decisão concessiva de tutela antecipada³⁵¹: (i) se o Réu inerte: (a) for citado e intimado por edital ou hora certa, (b) estiver preso ou (c) for incapaz e desprovido de representante, casos estes em será necessária a designação de curador especial, o qual terá o dever de promover a sua defesa e impugnar a tutela antecipada concedida; (ii) apesar da inércia do Réu, a demanda for respondida e a tutela antecipada concedida impugnada por seu assistente simples³⁵² ou por litisconsorte cujos fundamentos de defesa aproveitem igualmente o Réu inerte³⁵³.

5.2.4. Ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor

O *quarto pressuposto* que parte da doutrina aponta, mesmo sem previsão expressa no artigo 304 do Código de 2015, é a *ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor*, conduta que, aliada à inércia do Réu, constituiria uma *dupla inércia ou omissão* necessária para ocorrer a estabilização da tutela antecipada³⁵⁴.

³⁵¹ De acordo com Bruno Garcia Redondo, em mais duas situações não seria possível a estabilização da tutela antecipada: “(...) quando se tratar de direito indisponível ou for o caso de situação em que, ainda que inexistisse contestação, ficaria impedida a produção do efeito material da revelia; e (...) quando o pedido antecedente referir-se a tutela declaratória ou constitutiva, para as quais se entende, majoritariamente, que não cabe a técnica da antecipação de efeitos” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 171).

³⁵² De acordo com o enunciado nº 501 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário”.

³⁵³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 622.

³⁵⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello possuem entendimento, em nossa visão peculiar, de que a dupla inércia, ao invés de permitir, impediria a estabilização: “É importante mencionar que não haverá estabilização da tutela antecipada, mesmo diante da ausência de recurso (ou resistência) do réu, quando o autor não aditar a petição inicial (inciso I do art. 303), o que implicará a extinção do processo (art. 303, § 2.º), com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro

Esta é a posição de Eduardo José Fonseca da Costa, o qual, citado por Ravi Peixoto³⁵⁵, apresenta o seguinte argumento:

Para Eduardo Fonseca, esse procedimento será extinto e haverá a estabilização no caso da não interposição do agravo de instrumento (art. 302, *caput*) e caso o autor não emende a petição inicial no prazo a ele concedido (art. 301, §2º). *Em outros termos, para que haja a estabilização, o magistrado deve certificar que transcorreu o prazo recursal do réu e o prazo para a emenda por parte do autor. Assim, ambas as partes podem impedir a estabilização do processo. (...) Essa interpretação estaria mais adequada ao respeito à manifestação de vontade das duas partes, que podem ter por objetivo a continuação da cognição por qualquer motivo, mesmo que o prazo do seu adversário tenha findado primeiro, o que lhe traria uma situação de vantagem. Tanto o autor pode desejar que a tutela antecipada possa virar uma sentença de mérito e ser beneficiado pela coisa julgada, como o réu pode ter por objetivo também a coisa julgada em seu favor, para além da extinção do processo.*

Outro pressuposto, associado à ausência de aditamento da petição inicial, seria a *não manifestação pelo Autor, em petição inicial, sobre a intenção de prosseguir com o feito após a concessão da tutela antecipada antecedente*. Este pressuposto negativo é apontado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁵⁶, segundo os quais seria a forma de o Réu saber a intenção do Autor, para então optar pela interposição ou não de recurso contra a decisão antecipatória:

É preciso que o autor não tenha manifestado, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da pretendida tutela antecipada. Trata-se de pressuposto negativo. (...) Assim, se o autor tiver a intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, *ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial*. (...) é possível vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, em não impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, permitindo a sua estabilização: a diminuição do custo do processo (art. 701, *caput* e §1º, do CPC, aplicáveis por

Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 512).

³⁵⁵ PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 247-248.

³⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 619-620.

analogia)³⁵⁷. Essa interpretação da regra funciona como estímulo para o réu não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, já que, ainda que estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma (art. 304, §2º, CPC). Permite-se que uma tutela estável acabe sendo oferecida de modo mais rápido e econômico. Sendo, assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304. O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentendendo-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304. Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, §1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento – de 15 dias, no mínimo – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, §2º c/c art. 231, CPC). Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo para aditamento, isso poderia prejudicar o réu que, confiando na possibilidade de estabilização, deixará de recorrer.

Este pressuposto negativo, que envolve a mera intenção da parte Autora, sem se ter a garantia de que realmente aditará ou não a petição inicial, não nos parece acertado. Ora, segundo o explicitado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, para haver estabilização não poderá o Autor se manifestar na petição inicial sobre a sua intenção de alcançar a tutela definitiva. A função deste requisito seria meramente informativa para que o Réu assumira uma posição sobre recorrer ou não da decisão concessiva da tutela antecipada.

Seguindo este raciocínio, se o Autor não se manifestou na inicial sobre a intenção de prosseguimento do processo, o Réu, vislumbrando vantagem na estabilização da tutela antecipada, não irá interpor Agravo de Instrumento. Por outro lado, se quiser evitar a estabilização a todo custo, terá ciência que será necessária a interposição do recurso.

Analisando a outra hipótese, em que o Autor se manifesta expressamente na petição inicial sobre a intenção de prosseguir com o feito, segundo o referido posicionamento doutrinário, tal ato, por si só, impediria a estabilização da

³⁵⁷ Na opinião dos autores, uma vez estabilizada a tutela antecipada e extinto o processo, por ausência de impugnação recursal, não será o Réu condenado ao pagamento de custas processuais, apenas em honorários advocatícios reduzidos (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 617-618).

tutela antecipada, independentemente de o Réu impugnar ou não a decisão que a concedeu. O Réu, assim, teria ciência de que, mesmo diante da sua inércia, não ocorreria a estabilização da tutela antecipada e, portanto, inexistiria a supracitada vantagem econômica de diminuição do custo do processo. Desta forma, a decisão para interpor o recurso seria baseada simplesmente na concordância ou não com a concessão da tutela antecipada, se prefere cumpri-la ou discuti-la perante o Tribunal, sem qualquer envolvimento da questão da estabilização.

Não concordamos com este pressuposto e a lógica desta doutrina por dois motivos. O primeiro se refere à vinculação da estabilização à manifestação ou não na petição inicial da *intenção* do Autor em prosseguir com o processo após a concessão da tutela antecipada. Possuir a *intenção de praticar um ato* não significa *praticar o ato*. O Autor não pode ser obrigado a se manifestar (ou deixar de se manifestar) em exordial ao que pretende fazer no curso do processo, tampouco se vincular a uma intenção manifestada logo em seu início.

Da mesma forma que não é obrigatório ao Autor se manifestar se pretende realizar o aditamento da petição inicial, não se obriga a indicar em exordial que almeja ver estabilizada a tutela antecipada eventualmente concedida, como bem ensina Arlete Inês Aurelli³⁵⁸:

(...) não é que o § 5º contenha imprecisão e que teria determinado que se requeresse a estabilização, quando esse benefício está previsto no art. 304. Na verdade, parece que o § 5º determina apenas que se informe, nessa petição, que o pedido é feito em **caráter antecedente**. Conceder a estabilização será decorrência desse pedido formulado em caráter antecedente, caso o réu não recorra. Então, não é preciso pedir a **estabilização** expressamente na petição. Não há exigência para que se peça a estabilização sob pena de ela não ocorrer. Exigir isso seria um contrassenso³⁵⁹.

³⁵⁸ AURELLI, Arlete Inês. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016. p. 21.

³⁵⁹ Antonio de Moura Cavalcanti Neto se posiciona da mesma maneira ao interpretar o § 5º do artigo 303 do Código de 2015: “A previsão do art. 303, § 5º, não é que o autor dirá que deseja a estabilização da tutela antecipada, de forma alguma, ele apenas indica que quer formular seu pedido na forma do caput do referido dispositivo. No topo do artigo consta a possibilidade de tutela antecipada antecedente. É nisso que consiste o benefício. Concedida a tutela antecipada antecedente, é possível que os seus efeitos tornem-se estáveis (art. 304, §1º, do CPC). Isso é uma consequência do pedido do autor na forma do art. 303, mas não há necessidade de que ele declare expressamente que deseja ver a sua tutela estabilizada, eis que essa possibilidade decorre da própria lei” (CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 200).

Sendo assim, mesmo com a intenção inicial do Autor em prosseguir com o feito, posteriormente poderá mudar de ideia e não aditar a petição inicial. E tal mudança de postura não deveria impedir a estabilização se o Réu vir a não recorrer da concessão da antecipação de tutela. Se, por outro lado, o Autor não se manifestar inicialmente sobre a intenção de buscar a tutela definitiva, é possível que, após a concessão da tutela antecipada, mude de opinião e realize o aditamento da petição inicial para tentar alcançar esta tutela final.

Descartado este pressuposto negativo para ocorrer a estabilização – não manifestação pelo Autor em inicial da intenção de buscar a tutela definitiva –, importa analisarmos de forma minuciosa se é possível que os efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tornem-se estáveis ainda que seja realizado o aditamento da petição inicial. Da mesma forma, se, após negada a tutela antecipada antecedente em 1ª instância, a decisão vem a ser reformada pelo Tribunal e a parte Autora já tiver emendado a petição inicial na forma do § 6º do artigo 303 do Código de 2015, devemos averiguar se esta emenda é capaz de obstar a estabilização.

A lei processual nada fala sobre a ausência de aditamento ou de emenda à petição inicial como requisito para a estabilização, apenas da inércia do Réu no combate, mediante a interposição do “respectivo recurso”, à decisão concessiva da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, pressuposto já exposto no item anterior. Para solucionar essa dúvida, não havendo entendimento jurisprudencial a respeito, passemos à análise dos posicionamentos doutrinários.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁶⁰, por exemplo, não mencionam a ausência de aditamento/emenda da petição inicial como requisito para a estabilização, fazendo referência apenas a dois requisitos: concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a inércia do Réu para impugná-la através de Agravo de Instrumento:

³⁶⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 646.

(...) concedida a tutela antecipada satisfativa na forma do art. 303, do CPC, podem as partes deixar que este provimento se torne estável, ou seja, deixar que o provimento concedido se torne imutável no bojo do próprio processo, bastando para isso que o autor declare expressamente que opta pelo procedimento especial em sua inicial simplificada (art. 303, §5º) e que o réu deixe de interpor agravo de instrumento (art. 304, *caput*), que é o recurso cabível contra decisão que versa sobre tutela provisória (art. 1.015, I). Portanto, ao contrário de algumas propostas anteriores, a opção pelo procedimento especial exige conduta comissiva do autor e conduta omissiva do réu, ou seja, exige o preenchimento de dois requisitos que são a opção expressa do autor e a não impugnação da decisão concessiva da tutela por parte do réu.

Revelando-se determinante apenas a conduta do Réu, Ravi Peixoto³⁶¹ explicita o domínio da situação por esta parte, que poderá decidir se ocorrerá ou não a estabilização, sendo irrelevante o aditamento da petição inicial pelo Autor:

Isso faria com que a única parte com aptidão para impedir a estabilização seja o réu, por meio da impugnação da concessão da tutela antecipada. Essa interpretação teria por base os seguintes elementos: a) prevalência do dever de esclarecimento do autor, beneficiando o réu, que teria conhecimento, desde o início da opção do autor; b) permite que o réu saiba, desde o início, qual a opção do autor e poderá optar por recorrer ou não, sempre sabendo que é a sua conduta que irá determinar a estabilização ou impedi-la; c) permitir que o autor pudesse, independentemente do réu, impedir a estabilização seria admitir o *venire contra factum proprium*, vedado pelo art. 5º, do CPC/2015, pois iria de encontro com a sua manifestação de vontade demonstrada na inicial; d) uma análise do direito comparado, pois em nenhum dos países em que existe procedimento semelhante o autor possui o poder de alterar unilateralmente o procedimento sumarizado. Assim, a lógica desse posicionamento seria a seguinte: a) o autor demonstra sua opção pelo procedimento de cognição sumária na petição inicial; b) deferida a tutela antecipada, caso seja necessário o aditamento, este não teria a aptidão de impedir a estabilização, tendo apenas a função de adequada a petição inicial para o caso de haver impugnação do réu; c) do ponto de vista do réu, deferida a tutela antecipada, será citado para impugná-la e saberá, de antemão, que a única postura relevante para impedir a estabilização é a dele. Não importaria, para ele a postura do autor, que já optou pela sumarização anteriormente.

³⁶¹ PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 248-249.

Antonio de Moura Cavalcanti Neto³⁶² conclui no mesmo sentido, bastando a inércia do Réu, após a concessão de tutela antecipada antecedente, para ocorrer a estabilização:

(...) a partir de uma leitura conjunta dos arts. 303 e 304 do CPC pode-se afirmar com segurança que o suporte fático da estabilização é composto apenas pela concessão da tutela antecipada e pela inércia do réu. A conduta do autor não entra nesse suporte e não altera o processo de incidência da lei. O aditamento do autor é fato irrelevante para a estabilização.

Exigir uma dupla inércia das partes para ocorrer a estabilização – do Autor em relação ao aditamento (ou emenda) da petição inicial e do Réu no tocante à impugnação recursal da decisão concessiva de tutela antecipada –, gera um grande complicador, porquanto não será possível, na prática, o Autor saber a postura que o Réu vai adotar no prazo recursal, já que o seu prazo de aditamento, em regra, iniciará anteriormente, a partir da intimação da antecipação da tutela, momento em que o Réu sequer foi citado/intimado. E se negada a antecipação da tutela em 1ª instância e interposto recurso de Agravo de Instrumento, o Autor inevitavelmente irá emendar a petição inicial no prazo de cinco dias, previsto no § 6º do artigo 303 do Código de 2015, devido a três simples motivos: (i) evitar a extinção do processo; (ii) não saber qual será o resultado do recurso interposto; e (iii) não ter ciência de qual conduta o Réu adotará em face de eventual concessão da tutela antecipada pelo Tribunal.

Por conseguinte, o Autor, para se resguardar e evitar a extinção do processo nos termos do § 2º (ou § 6º) do artigo 303 do Código de 2015, deverá sempre realizar o aditamento (ou emenda) da petição inicial, ato este que impossibilitaria, de plano, a estabilização da tutela antecipada se eventualmente aceita a dupla inércia como um dos seus pressupostos. Em um primeiro momento, ao se admitir a dupla omissão como requisito necessário para a estabilização eliminar-se-ia, na maioria das hipóteses, a possibilidade de se tornar estável a tutela antecipada, visto que o Autor, repita-se, sem ter ciência da futura conduta do Réu, em regra, aditará (ou emendará) a petição inicial.

³⁶² CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 207.

Cassio Scarpinella Bueno³⁶³, neste contexto, alerta sobre a necessidade de o Autor sempre aditar a petição inicial simplificada prevista no artigo 303:

(...) está o inciso I do § 1º do art. 303 a exigir do autor a emenda da petição inicial quando a tutela provisória for concedida, *independentemente* de saber se o réu recorrerá, deixará de fazê-lo ou assumirá qualquer outro comportamento após suas regulares citação e intimação. Nesse sentido, o “benefício” do § 5º do art. 303 o atrai para a hipótese de estabilização do art. 304 porque, em última análise, aquele benefício mostra-se inócuo no que diz respeito à elaboração da petição inicial, máxime diante da interpretação ampla que merece ser dada ao § 6º do art. 303 (...). Assim, a petição inicial *deverá* ser emendada quando concedida a tutela (art. 303, §1º, I) porque o autor não tem como saber, quando a elabora, como o réu se comportará diante da concessão da tutela provisória antecipada antecedentemente (ele sequer tem como saber se aquela tutela será concedida). A estabilização da tutela antecipada, depende, portanto, também do comportamento *omissivo* do réu, não, tão somente, do comportamento *comissivo* do autor.

Dierle Nunes e Érico Andrade³⁶⁴, nesta linha de raciocínio, além de relatarem o inevitável aditamento da petição inicial pelo Autor, para que não corra o risco de extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do § 2º do artigo 303 do Código de 2015 – e, posteriormente, venha o Réu a interpor agravo de instrumento, obstando, assim, a tutela antecipada estabilizada –, afirmam que a estabilização ocorrerá independentemente de o Autor aditar a petição inicial, bastando que a decisão concessiva não seja impugnada:

(...) poder-se-ia ensaiar interpretação aplicando a mesma lógica para o autor, no sentido de que a estabilização só ocorreria se não houvesse o agravo de instrumento por parte do réu e se o próprio autor não aditasse a inicial para sequenciar para o procedimento pleno. Aliás, a perspectiva do aditamento como condição para estabilização poderia gerar dúvidas e até situações extremas, acaso, por exemplo, deferida a tutela antecipada no procedimento antecedente, liminarmente, sem oitiva do réu, certamente na sistemática do art. 303, § 1º, I e II, do novo CPC, o aditamento do autor teria de vir antes do agravo de instrumento do réu, pois o autor teria o prazo de 15 dias

³⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262.

³⁶⁴ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 92-93.

para aditar, que vai ser contado da sua intimação do deferimento da decisão, enquanto que o réu terá o prazo de 15 dias para interpor agravo de instrumento, contado da sua ciência, que certamente ocorrerá em momento posterior àquele do autor. Com isso, abrir-se-ia o seguinte dilema: se o autor não aditar poderá ver o procedimento extinto sem julgamento de mérito (art. 303, § 2º, novo CPC), e, ao mesmo tempo o aditamento poderia traduzir a inviabilização da estabilização da tutela. Para evitar tal incongruência ter-se-ia de construir a interpretação no sentido de que o § 5º do art. 303 se dirige ao aditamento e não à inicial propriamente dita do procedimento antecipatório. Nestes termos, como primeira leitura, reputamos que a estabilização ou não da tutela dependerá tão somente da manifestação recursal, sendo o aditamento fruto da opção do autor em já buscar a cognição exauriente ou não. Ademais, entendimento contrário inviabilizaria o uso do instituto de modo análogo ao direito estrangeiro, onde, muitas vezes, a parte autora almeja somente a decisão satisfativa, sem interesse em aprofundar a temática; aspecto, que é mais adequado inclusive no que tange à economia processual. E uma vez convolado o antecedente no processo principal, este segue conforme as regras da Parte Especial do novo CPC, acaso tenha sido interposto o recurso de agravo de instrumento, e se não interposto, a decisão liminar será estabilizada com a extinção do processo (art. 304, § 1º, novo CPC).

Em caso de acolhimento dos entendimentos doutrinários acima, considerando possível a estabilização da tutela antecipada mesmo nas hipóteses em que o Autor realiza o aditamento (ou emenda) da petição inicial, surgem interessantes questões a serem resolvidas. A primeira é relativa ao prosseguimento do processo. Segundo Leonardo Greco³⁶⁵, além de acarretar a estabilização da tutela antecipada, a inércia do Réu provocaria a extinção integral do processo, mesmo se aditada a petição inicial pelo Autor, o que não nos parece plausível.

Antonio de Moura Cavalcanti Neto³⁶⁶ possui posicionamento diverso, entendendo que haverá extinção, na forma do § 1º do artigo 304 do Código de 2015, tão somente em relação à tutela antecipada estabilizada, prosseguindo o processo para a análise exclusiva do pedido de tutela definitiva, ressaltando que o juiz, nesta situação, deverá consultar previamente o Autor, para que este confirme se pretende ou não prosseguir com o processo, ou seja, se está ou não satisfeito apenas com a

³⁶⁵ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 192.

³⁶⁶ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 216.

estabilização da tutela antecipada:

Diante da tutela antecipada concedida e da inércia do réu, haverá estabilização, mas o juiz percebeu que o autor aditou o seu pedido inicial. (...) Neste caso, antes de decidir, atendendo ao disposto no art. 10 do CPC, o juiz intimará o requerente da medida para manifestar-se sobre o prosseguimento do feito. (...) Se (...) o autor manifestar interesse em ver o seu pedido apreciado no mérito, pois deseja discutir tudo aquilo que foi apontado no aditamento com a posterior atribuição de coisa julgada, o juiz determinará o prosseguimento do feito e, exclusivamente quanto à tutela antecipada antecedente, extinguirá o processo sem resolução do mérito, nos termos do § 1º do art. 304 do CPC. (...) A única forma de compatibilizar os dispositivos, sem prejudicar a eficácia da estabilização, é aceitar que, no caso concreto, o juiz extinguirá apenas a parcela do processo que disser respeito à tutela antecipada antecedente (juízo provisório).

Diante do prosseguimento do feito, considerando-se a extinção parcial do processo – somente da parcela atinente à tutela antecipada antecedente estabilizada –, surgem as segunda e terceira questões. Ao se possibilitar, a partir do aditamento (ou emenda) da petição inicial, uma cognição exauriente e a prolação de uma sentença que abordará o requerimento de tutela final, poderá o juiz, durante a instrução ou em sentença, modificar a tutela antecipada estabilizada? E se neste ato final o magistrado julgar improcedentes os pedidos autorais, seria revogada automaticamente a tutela antecipada antecedente que veio a ser estabilizada, da mesma forma que ocorreria com uma tutela satisfativa incidental?

De acordo com Antonio de Moura Cavalcanti Neto³⁶⁷, ao aditar a petição inicial e optar o Autor pelo prosseguimento do feito quando questionado pelo magistrado, eventual decisão final de mérito contrária aos pleitos autorais seria capaz de revogar a tutela antecipada estabilizada:

Quando o autor adita o pedido, está desincumbindo-se de um ônus, não está dizendo que não quer a estabilização. É por isso que o juiz deve consultá-lo para saber se, mesmo com a estabilização, deseja prosseguir com o processo principal. O autor pode não querer prosseguir com o processo principal e ficar satisfeito com a estabilização. Essa é a hipótese mais clara e pacífica. Pode também buscar um juízo de mérito sobre o seu pedido e com isso não estará abrindo mão da estabilização, sendo assim, o processo prossegue

³⁶⁷ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 206-207.

normalmente e a tutela permanece estável enquanto não seja proferida uma decisão contrária. Havendo decisão de mérito em sentido contrário, cai a tutela antecipada até então estável.

Acreditamos que, a partir desta posição, Antonio de Moura Cavalcanti Neto contradiz o seu próprio argumento de que a parcela do processo referente à tutela antecipada estabilizada foi extinta. Não nos parece viável, portanto, considerando esta extinção, a alteração desta estabilização no próprio processo, porquanto só poderá ser a tutela revisada, reformada e invalidada através de decisão em ação autônoma, a teor do que dispõe os §§ 2º, 3º e 6º do artigo 304 do Código de 2015. Outrossim, se admitirmos que há risco de ser modificada a tutela estabilizada nos mesmos autos do processo, que prosseguiu para a análise do pedido de tutela final, o Autor, caso consultado pelo juiz, provavelmente optará pela extinção do feito, sem a apreciação da lide mediante cognição exauriente.

Portanto, na eventual hipótese de concordarmos com o posicionamento de que o aditamento ou a emenda da petição inicial são incapazes de obstar a estabilização da tutela antecipada, em nossa opinião, as respostas às duas indagações acima deveriam ser negativas. Ao se estabilizar a tutela antecipada pela inércia do Réu, decorrente da não interposição do “respectivo recurso”, e realizado o aditamento (ou emenda) da petição inicial pelo Autor, a parcela do processo relativa à estabilização seria extinta na forma preceituada pelo § 1º do artigo 304 do Código de 2015. Ou seja, o conteúdo da decisão concessiva da tutela antecipada, que veio a ser estabilizada, não poderia ser objeto de revisão na instrução ou em sentença final prolatada pelo juiz, sendo permitido a este apenas decidir sobre pleitos distintos daquele requerido em sede de tutela antecipada antecedente. Deste modo, não poderia o magistrado, durante processo ou na sentença de mérito, confirmar, revogar ou alterar a tutela antecipada estabilizada – em exceção, portanto, à regra geral do artigo 296 da lei processual –, sendo somente possível a sua revisão, reforma ou invalidação por decisão proferida em ação autônoma prevista no § 2º do artigo 304.

Seguindo esta linha de raciocínio, manifesta-se Mirna Ciani³⁶⁸ sobre a impossibilidade de alteração ou revogação da tutela antecipada estabilizada se há prosseguimento do processo em razão do aditamento da petição inicial pelo Autor:

³⁶⁸ CIANCI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*. Revista de Processo, vol. 247, p. 249-261. São Paulo: RT, Set / 2015. p. 253.

O Código de Processo Civil de 2015, outrossim, estabelece que “A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2.º”, numa disposição que excepciona o disposto no art. 296, segundo o qual “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Ou seja, a se admitir o prosseguimento do processo ainda que estabilizada a tutela antecipada, uma eventual improcedência, ou mesmo uma mudança fática, não poderia ser levada em consideração para a revogação ou modificação da tutela, tendo em vista o exposto impeditivo legal. Aliás, não por outro motivo o legislador conferiu indistintamente a ambos – autor e réu –, a possibilidade da demanda revisional, porque manietado na possibilidade de prosseguimento da demanda e exaurimento da cognição (que muitas vezes pode ser de interesse do réu, dependendo da extensão da antecipação concedida), dando a ele essa oportunidade de debate abrangente.

A construção da dinâmica acima exposta, em que se possibilita a estabilização mesmo em caso de aditamento/emenda da petição inicial, é factível se considerarmos exatamente o que está disposto no atual Código de Processo Civil. Em outras palavras, ao: (i) determinar que o prazo de aditamento ou emenda da petição inicial se encerra antes do prazo recursal do Réu (artigo 303, §§ 1º e 6º); (ii) indicar apenas como requisito da estabilização a inércia do Réu para impugnar a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, sem fazer menção à ausência de aditamento/emenda da petição inicial (artigo 304, *caput*); (iii) prever a extinção do processo em caso de estabilização da tutela antecipada (artigo 304, § 1º); e (iv) expor que somente uma decisão proferida em ação autônoma será capaz de modificar a tutela antecipada estabilizada, sem a qual conservar-se-ão os seus efeitos (artigo 304, §§ 2º, 3º e 6º); a lei processual torna totalmente coerente a conclusão de que: uma vez requerida a tutela antecipada antecedente e aditada ou emendada a petição inicial pelo Autor – o que inevitavelmente deverá ocorrer após a concessão ou o indeferimento da medida liminar –, caso o Réu não venha a interpor o recurso cabível em face da decisão concessiva da tutela – proferida em 1ª instância ou pelo Tribunal –, a extinção (prevista no § 1º do artigo 304) comportará somente a parcela do processo que diz respeito à tutela antecipada estabilizada, prosseguindo-se o feito para a apreciação dos demais requerimentos autorais, sendo imutável pelo magistrado, no curso do processo ou no ato da sentença, a situação desta tutela, cujos efeitos permanecerão conservados até eventual decisão de mérito proferida na ação autônoma referida no § 2º do artigo 304.

Apesar da coerência desta dinâmica a partir do que o Código de 2015

prevê em seus artigos 303 e 304, temos que concordar que essa conclusão implica um procedimento demasiadamente complexo, sobretudo em razão de duas questões: a extinção parcial do processo, referente apenas à estabilização da tutela antecipada, e a imutabilidade da tutela estabilizada pelo magistrado, no curso do feito ou em sentença, mesmo quando os pedidos autorais venham a ser julgados improcedentes. Acreditamos que, na prática, este procedimento sugerido causaria muitas confusões, sobretudo ao magistrado, que não raramente, por equívoco, deixaria de extinguir a parcela do processo e, ainda, alteraria a condição da tutela antecipada estabilizada em caso de improcedência da ação. Ao que nos parece, o intuito do legislador, na elaboração do novo Código de Processo Civil, foi o de simplificar os procedimentos ao invés de torná-los mais complexos.

Assim, para solucionarmos essa problemática, devemos voltar à análise da questão envolvendo os prazos de aditamento (ou emenda) da petição inicial e de recurso do Réu, a partir da concessão da tutela antecipada antecedente. Resolvendo este ponto cronológico, poderemos enfim defender que a ausência de aditamento/emenda da petição inicial é sim requisito para a estabilização da tutela. A doutrina traz algumas soluções, as quais integraremos em um raciocínio lógico.

Em primeiro lugar, vejamos a sugestão de Cassio Scarpinella Bueno³⁶⁹ quanto à ampliação do prazo do Autor para aditar a petição inicial, em aplicação do inciso I do § 1º do artigo 303, de forma que este se encerre após o decurso do prazo recursal do Réu:

O que pode ocorrer, mas que é bem diverso do que decorre da previsão codificada, é que o magistrado amplie, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 303, o prazo para que o autor emende a petição inicial a ponto de ser possível verificar o comportamento do réu e, diante de sua omissão, *somada* à indicação de que o autor “pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo” (art. 303, § 5º), dar-se a estabilização da tutela antecipada. É interpretação que não pode ser descartada, até porque harmônica com o modelo de processo cooperativo ambicionado pelo CPC de 2015, mas que depende, necessariamente, não só do casuísmo forense como também de um terceiro fator, que é a ampliação do prazo a cargo do juiz³⁷⁰.

³⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262.

³⁷⁰ Para que seja possível o aditamento da petição inicial após o prazo recursal, de modo a possibilitar ao Autor a ciência da postura adotada pelo Ré, Bruno Garcia Redondo propõe duas formas de adiar o marco inicial deste aditamento: “(...) uma de *lege lata*, outra de *lege ferenda*. De *lege lata*, é possível postergar-se o termo *a quo* do prazo para o aditamento pelo autor mediante simples releitura da

Ao lado disso, Alexandre Freitas Câmara³⁷¹, mantendo parcialmente a linha de entendimento de Antonio de Moura Cavalcanti Neto, sugere a necessária intimação do Autor – que inicialmente aditou a petição inicial – após verificada a ausência de impugnação recursal pelo Réu em face da decisão concessiva da tutela antecipada. Deverá, então, o Autor manifestar se está satisfeito com a tutela estabilizada, o que acarretará, por consequência, a extinção do processo, ou se pretende prosseguir com o feito, opção esta que afastaria de vez a estabilização:

Pode acontecer de o autor emendar a petição inicial e o réu não interpor agravo. Neste caso, terá havido uma manifestação de vontade do autor de prosseguir com o processo. Não se pode, porém, excluir a possibilidade de que o autor o tenha feito simplesmente porque não sabia se o réu iria ou não agravar, tendo então receado a extinção do processo sem resolução do mérito. Nessa hipótese, não tendo o réu interposto o recurso, só não terá havido a estabilização da tutela antecipada por ter o autor emendado a inicial, mas é possível imaginar que a ele interesse a estabilização. A solução adequada para este caso, pois, será exigir do juiz que profira despacho advertindo o autor do fato de que, por não ter o réu recorrido, pode acontecer a estabilização da tutela antecipada. Esta é uma conduta cooperativa do órgão jurisdicional, resultante do modelo de processo cooperativo, participativo, que se constrói a partir do art. 6º, devendo-se, por conseguinte, admitir que o autor desista da ação, caso em que o processo será extinto sem resolução do mérito e, automaticamente, estará estabilizada a tutela antecipada de urgência antecedente. Caso o autor não desista da ação, porém, o processo seguirá em direção a uma decisão fundada em cognição exauriente, não se cogitando de estabilização da tutela de urgência satisfativa antecedente.

expressão utilizada no § 1.º do art. 303. Onde se lê ‘concedida’, deve-se ler, na realidade, *efetivada* a tutela antecipada, por analogia ao art. 308, que utiliza exatamente essa palavra ao regulamentar a tutela cautelar antecedente. Essa, a nosso ver, é a interpretação adequada do § 1.º do art. 303. Vindo prazo para o autor aditar a inicial, começa a correr somente depois da *efetivação* da tutela antecipada antecedente, provavelmente, na prática, já terá começado a correr, anteriormente, o prazo para o réu impugnar a decisão em grau recursal, pois a sua citação, em tese, já terá se concretizado. Assim, poderá o autor, antes do início do curso de seu prazo para aditamento, verificar se o réu recorreu ou não. Inexistindo impugnação recursal pelo réu, o autor ficará dispensado do aditamento, a tutela será estabilizada e o processo será extinto (art. 304, caput e § 1.º). Já de *lege ferenda*, a solução seria ainda melhor, mediante alteração da redação dos incs. I e II do § 1.º do art. 303, para que passassem a apresentar as seguintes regras: 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 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” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 173-174).

³⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 163-164.

Em nosso entendimento, os dois posicionamentos doutrinários são úteis a solucionar esta questão cronológica, podendo o juiz optar por qualquer um deles: (i) ou inicialmente fixará um prazo dilatado para o Autor aditar a petição inicial, a ponto de permitir a prévia verificação da conduta do Réu após a concessão da tutela antecipada; (ii) ou, não havendo esta ampliação de prazo e realizado o aditamento da petição inicial, sendo, ainda, constatada a ausência de impugnação recursal em face da decisão concessiva, intimará o Autor para que manifeste o interesse no prosseguimento do feito ou se já se encontra satisfeito com a mera estabilização da tutela antecipada e a consequente extinção do processo.

Caso a tutela antecipada antecedente seja concedida somente em grau recursal, o Autor, para evitar a extinção do processo e não se preocupar com a futura postura do Réu, inevitavelmente já terá emendado a petição inicial no prazo de cinco dias após o indeferimento da medida liminar em 1ª instância. Portanto, a única solução viável, considerando por analogia os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara, seria a de o juiz, verificando que o Réu não interpôs o recurso cabível diante da decisão concessiva proferida pelo Tribunal, intimar o Autor para que este opte pelo prosseguimento do processo ou pela estabilização e extinção do feito. Nesta situação, como o Autor emenda a petição inicial e interpõe o Agravo de Instrumento, recurso este que provavelmente demorará a ser julgado, é crível que o processo, em 1ª instância, prossiga de forma desnecessária, porquanto, no futuro, há a possibilidade de o Autor declarar estar satisfeito somente com a estabilização do processo. Por conseguinte, entendemos que seria aconselhável que o processo na origem permaneça suspenso até o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento e o decurso do prazo do Réu para impugnar a decisão do Tribunal.

Diante das considerações expostas, podemos concluir como se daria o procedimento com e sem o aditamento (ou emenda) da petição inicial pelo Autor, partindo do pressuposto que o Réu não impugnou a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

A hipótese de ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor poderá ocorrer de duas formas. A primeira é aquela em que, sendo concedida a tutela antecipada antecedente e inexistindo decisão judicial que amplie o prazo de aditamento, o Autor deixa de aditar a petição inicial e o Réu, posteriormente, deixa transcorrer o prazo recursal. A segunda situação possível é a de o juiz conceder a

tutela liminar e dilatar o prazo de aditamento, permitindo a prévia verificação da inércia do Réu para combater a decisão concessiva, decidindo o Autor, após, por não aditar a petição inicial. Em ambas as situações haverá a estabilização da tutela antecipada e o processo será no todo extinto, nas formas previstas no § 2º do artigo 303 e no § 1º do artigo 304 do Código de 2015, sendo ao juiz “vedado proferir decisão extintiva antes de terem expirado os dois prazos (de aditamento para o autor e de recurso para o réu)³⁷². Com isso, assegura-se a obediência lógica e a economia processual, decidindo o juiz uma única vez, aplicando conjunta e harmonicamente os dois dispositivos legais. É a oportunidade, portanto, de compatibilizar a extinção do processo, uma só, eis que jamais haveria duas nos mesmos autos”³⁷³. Antonio de Moura Cavalcanti Neto esclarece esta situação com o seguinte exemplo³⁷⁴:

O Autor A formula pedido de tutela antecipada contra o seu plano de saúde para realização imediata de uma cirurgia e indica expressamente na petição inicial que quer se valer do benefício previsto no *caput* do art. 303 (atendendo ao § 5º do mesmo dispositivo). Indica o pedido de tutela final, expõe a lide e demonstra o perigo efetivo de dano. O juiz concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente. O autor será intimado para aditar o pedido, o réu será citado e intimado. Não havendo recurso do réu, a decisão torna-se estável. Observando que o demandante não aditou o seu pedido inicial, (...) o juiz proferirá uma única decisão extinguindo o feito sem resolução do mérito. Haverá, portanto, a estabilização prevista no art. 304.

Por outro lado, se não dilatado o prazo pelo juiz e o Autor vem a realizar o aditamento da inicial após a concessão da tutela antecipada antecedente, em sendo constatada a ausência de interposição de recurso pelo Réu em face da decisão concessiva, deverá o Autor ser intimado para optar: (i) pela estabilização da

³⁷² Em caso de indeferimento da tutela antecipada antecedente em 1ª instância, sem que o Autor tenha emendado a petição inicial, mas interposto Agravo de Instrumento, entendemos que o magistrado deverá aguardar o julgamento do recurso e a expiração do prazo de impugnação do Réu em face de eventual decisão concessiva proferida pelo Tribunal, para, assim, ao se tornar estável a tutela antecipada, proferir uma única sentença de extinção, segundo o disposto no § 6º do artigo 303 e no § 1º do artigo 304 da lei processual.

³⁷³ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 206.

³⁷⁴ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 215.

tutela antecipada e consequente extinção do processo; ou (ii) pelo prosseguimento do feito, abrindo mão, assim, da tutela estabilizada.

Já na hipótese de emenda da petição inicial pelo Autor após o indeferimento da tutela antecipada antecedente em 1ª instância, sendo reformada a decisão pelo Tribunal em grau recursal e verificado que o Réu permaneceu inerte, o juiz intimará o Autor para este definir se possui interesse: (i) no prosseguimento do processo – sem a estabilização da tutela – ou; (ii) tão somente na tutela estabilizada e a extinção do processo dela decorrente.

Reforçamos, nesta hipótese, a preocupação quanto à possível realização de atos processuais desnecessários e que perderão o seu objeto. Após a emenda da petição inicial e interposição de Agravo de Instrumento, em regra, o processo em 1ª instância prosseguirá normalmente enquanto aguarda o julgamento do recurso no Tribunal. Se este vem a reformar a decisão do juízo *a quo* mediante a concessão da tutela antecipada, mantendo-se o Réu inerte no prazo recursal, o Autor, após intimado, poderá optar pela estabilização e consequente extinção do processo. Ou seja, todos os atos processuais ocorridos entre a emenda da petição inicial e a intimação do Autor sobre o interesse ou não no prosseguimento do feito perderão o objeto, sendo movimentada a máquina judiciária desnecessariamente. Portanto, nesta situação, independentemente de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, mostra-se prudente a suspensão do processo em 1ª instância até o decurso do prazo do Réu para impugnar eventual decisão concessiva proferida pelo Tribunal.

5.2.5. Síntese dos pressupostos

Analizadas as posições doutrinárias acerca dos pressupostos necessários para ocorrer a estabilização, diante do nosso entendimento já adiantado nos itens acima, concluímos que seriam quatro os requisitos para a tutela antecipada tornar-se estável: (i) o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente; (ii) a concessão integral ou parcial desta tutela antecipada antecedente; (iii) a inércia do Réu consistente na não interposição do “respectivo recurso” – no caso de decisão proferida em 1ª instância, o Agravo de Instrumento –; e (iv) a ausência de aditamento (ou emenda) da petição inicial ou, se já aditada (ou emendada), o pronunciamento do Autor quanto ao desinteresse no prosseguimento do feito.

Conforme explicitado no item acima (5.2.4), em razão da ausência de ampliação do prazo de aditamento pelo juiz, poderá o Autor se ver obrigado a aditar a petição inicial após a concessão da tutela antecipada antecedente, mesmo sem ter interesse no prosseguimento do feito. Sendo assim, uma vez constatada a não interposição de recurso pelo Réu contra a decisão concessiva, deverá o juiz dar oportunidade ao Autor para que manifeste a sua real vontade: (i) a estabilização da tutela antecipada e extinção do processo; ou (ii) o prosseguimento do feito sem o benefício da tutela estabilizada.

O mesmo raciocínio deverá ser aplicado quando há a emenda da petição inicial pelo Autor em decorrência do indeferimento da tutela antecipada antecedente pelo juízo de 1ª instância. Se o Tribunal vir a reformar esta decisão e o Réu permanecer inerte durante o prazo recursal, o magistrado deverá, da mesma forma, intimar o Autor para que este opte pelo prosseguimento do processo ou pela estabilização da tutela.

Logicamente, os pressupostos para a estabilização da tutela antecipada poderão ser convencionados pelas partes através de negócio jurídico processual³⁷⁵, faculdade prevista no artigo 190 do Código de 2015³⁷⁶.

5.3. Ação autônoma com pedido de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada

Atendidos os pressupostos, a tutela antecipada estabilizada conservará os seus efeitos até eventual revisão, reforma ou invalidação por decisão de mérito proferida em ação autônoma ajuizada, conforme previsão dos §§ 2º e 3º do artigo 304 do Código de 2015.

³⁷⁵ A este respeito, Bruno Garcia Redondo afirma que: "(...) é lícita convenção destinada a ampliar as hipóteses em que se admite a estabilização, a fim de englobar, v.g., a tutela da evidência e a tutela antecipada deferida incidentalmente. Tampouco há impedimento para a celebração de negócio processual destinado a modificar o regime da tutela antecedente. No caso da tutela antecipada, podem as partes alterar o regime de estabilização, e.g., convencionando no sentido do descabimento integral da estabilização, apesar da inexistência de impugnação pelo réu. É possível, ainda, convenção para indicar as espécies de atos de resistência (apenas o agravo de instrumento, somente a contestação, exclusão da reconvenção etc.) que são capazes de impedir a formação da estabilidade" (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 182).

³⁷⁶ Esta negociação dos pressupostos foi objeto, inclusive, do Enunciado no 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente".

Esta ação autônoma poderá ser ajuizada no prazo de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º do artigo 304 do Código de 2015), não comprometendo, assim, a garantia constitucional do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), o qual é apenas postergado³⁷⁷. Neste sentido, Taísa Silva Dias Frezza e Flávio Luís de Oliveira³⁷⁸ afirmam que:

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

De acordo com os ensinamentos de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁷⁹, referido prazo bienal é decadencial:

(...) se o § 5º aduz que o direito de rever, reformar ou invalidar se extingue em 02 (dois) anos; e, se, o objeto da ação é exatamente este direito; então o que se está a fazer é fulminar o próprio mérito e não o exercício do direito de ação. Daí a razão pela qual esse prazo é decadencial.

Trata-se de ação de natureza constitutiva negativa, porquanto visa desconstituir a tutela antecipada estabilizada, devendo ser preenchidos os requisitos previstos no artigo 319 do Código de 2015. É vedado ao demandante, de acordo com Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁸⁰, cumular qualquer outro tipo de pleito ao pedido de revisão, reforma ou

³⁷⁷ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 120.

³⁷⁸ FREZZA, Taísa Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?* Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. vol. 49. n. 64. p. 153-219. Bauru: EDITE, Jul - Dez / 2015. p. 173.

³⁷⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 647.

³⁸⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 647.

invalidação. Cassio Scarpinella Bueno³⁸¹, por outro lado, admite a formulação de pleitos distintos³⁸², como a responsabilização do beneficiário da tutela antecipada pelos danos dela decorrentes:

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

Para o ajuizamento da ação, prevento será o juízo que concedeu a medida antecipatória estabilizada, facultando-se a qualquer das partes requerer o desarquivamento dos autos em que houve a concessão da tutela antecipada para a instrução da petição inicial da referida ação (§ 4º do artigo 304 do Código de 2015).

Evidentemente, a parte Ré da ação originária, cuja inércia acarretou na estabilização da tutela antecipada, possui legitimidade para ajuizar esta ação autônoma. Trata-se de ônus imposto ao Réu para tentar revisar, reformar ou invalidar a tutela antecipada, “mediante demonstração da probabilidade do direito que afirma ter e do risco de dano ou ilícito ou de inutilidade do resultado final”³⁸³.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁸⁴, o Autor da ação originária igualmente poderá se valer da ação autônoma para, em cognição exauriente, ser confirmada a tutela antecipada concedida³⁸⁵:

³⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263-264.

³⁸² Diante da inexistência de regra expressa no Código de Processo Civil quanto a esta questão, tendemos a concordar com esta posição, de possibilidade de formulação de pleitos distintos, de modo a viabilizar a economia processual.

³⁸³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 625.

³⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 624.

³⁸⁵ Em uma primeira leitura do § 2º do artigo 304 do Código de 2015, além da confirmação da tutela antecipada estabilizada, em cognição exauriente nesta ação autônoma, entendemos que poderia o Autor também requerer a *revisão* desta tutela, de modo a ampliar os seus efeitos e obstar eventual risco de dano. Em um exemplo simples, podemos pensar em uma tutela estabilizada que impossibilita a inscrição de uma dívida em cadastro por determinado órgão de restrição ao crédito e posteriormente o Autor acaba sendo negativado por um segundo órgão de mesma natureza. Desta forma, poderia requerer a revisão e a ampliação dos efeitos da tutela antecipada para impedir que qualquer órgão

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

Eduardo Scarparo³⁸⁶ faz interessante observação sobre esta ação constitutiva, a qual considera uma continuação do processo originário extinto:

Na sistemática havida pelo CPC/2015, em seu artigo 304, §§ 2º a 6º, após a estabilização, ter-se-á a extinção do processo, permitindo-se, por outro lado, o intento de uma nova ação constitutiva, a fim de “rever, reformar ou invalidar” àquela decisão, conquanto que no prazo decadencial de dois anos. Ou seja, para fins de obter cognição exauriente, necessita-se de uma nova ação. Com o devido acato, parece ser mais adequado e teoricamente consistente considerar se tratar tão somente da continuidade do processo, mediante a instauração de uma fase de maior aprofundamento.

Igualmente neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³⁸⁷ afirmam que esta nova ação reabre a discussão do processo anteriormente extinto, ressaltando, porém, que o ônus da prova recairá sobre o Autor da ação originária³⁸⁸:

restritivo de crédito venha a inscrever esta dívida em seu respectivo cadastro, cuja cobrança o Autor considera indevida.

³⁸⁶ SCARPARO, Eduardo. *Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 339.

³⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 513.

³⁸⁸ Carlos Augusto de Assis também entende desta forma: “Outro ponto delicado que poderia ter sido resolvido pelo próprio legislador processual diz respeito ao ônus da prova no caso da propositura da ação para rediscutir a decisão estabilizada. A redação final do novo CPC prevê que a referida ação pode ser proposta por quaisquer das partes, mas silencia-se quanto ao ônus da prova nesse caso. Considerando que originalmente o ônus da prova era da parte que requereu a medida antecipatória, não parece adequado que este seja transferido à outra parte em virtude da estabilização da medida. Na sistemática do CPC de 1973, o ônus da prova, em princípio, competiria a quem propõe a ação (‘relativamente aos fatos constitutivos de seu pedido’), mas a situação comporta nuances no novo CPC. Com efeito, segundo o art. 373 do novo CPC, embora tal regra em princípio persista, o juiz ‘diante das peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo’ poderá ‘atribuir o ônus de forma diversa’ (art. 373, § 1º). Entendemos que a nova disciplina sobre o ônus da prova permite ao juiz atribuir tal encargo ao requerente original da medida de urgência, posto ser a ele mais fácil produzir prova a respeito” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos

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

Bruno Garcia Redondo³⁸⁹, em posição contrária, expõe que caberá ao Autor da nova demanda o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito³⁹⁰, admitindo, ainda, a possibilidade de concessão de tutela antecipada, liminarmente ou em caráter incidental, nesta ação autônoma:

A qual das partes cabe o *onus probandi* nesta nova demanda, destinada à modificação da tutela estabilizada? Há especialistas que sustentam que o ônus da prova cabe ao autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu da ação antecedente), enquanto outros estudiosos defendem que o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos permanece com o autor da ação originária, mesmo que ele venha a ser o réu da ação de modificação. A nosso ver, deve ser observada a regra geral dos incs. I e II do art. 373, cabendo o ônus da prova, quanto aos fatos constitutivos (delineados na petição inicial da ação de modificação), àquele que estiver na posição de autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu do pedido antecedente), salvo se houver distribuição dinâmica (art. 373, §§ 1.º e 2.º c/c art. 357, III) ou negócio processual relativo ao *onus probandi* (art. 373, §§ 3.º e 4.º c/c art. 190). Proposta a ação de modificação, em qual momento pode ser revista a tutela antecipada antecedente, até então estabilizada: cabe decisão liminar nesta nova demanda, ou a modificação pode vir somente na sentença final desta ação? Ora, do mesmo modo que o juiz se convenceu liminarmente dos argumentos do autor do requerimento de tutela antecedente, pode o magistrado convencer-se, de início, dos fundamentos do autor da ação de modificação, de modo a rever a decisão sobre a tutela antecipada, ainda que provisoriamente, já no início da ação de modificação. Em outras palavras, a tutela antecipada estabilizada pode ser alterada em

Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 29).

³⁸⁹ REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 177.

³⁹⁰ Concordamos com o posicionamento de Bruno Garcia Redondo. Em nossa opinião, dever ser seguida a regra geral disposta na lei processual sobre atribuição do ônus da prova, devendo o Autor da nova ação demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, até pela possibilidade de formulação de pleitos distintos dos previstos no § 2º do artigo 304 do Código de 2015 (revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada). No entanto, poderá o magistrado realizar a distribuição dinâmica do ônus probatório se atendidos os requisitos legais estabelecidos nos §§ 1º e 2º do artigo 373.

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

Leonardo Greco³⁹¹ também admite a viabilidade de concessão de tutela antecipada na ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada:

A propositura de nova demanda não significa necessariamente, em minha opinião, que a decisão antecipada somente possa ser revista ao final desse novo procedimento comum, podendo a revogação ser igualmente antecipada, até mesmo liminarmente nessa nova ação ou em procedimento a ela antecedente, se evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Afinal, há uma conexão sucessiva entre os dois procedimentos, reconhecida pelo legislador ao considerar prevento para a demanda revocatória o juízo em que a tutela antecipada foi concedida e ao prever que os autos do procedimento antecedente poderão vir a instruir a petição inicial da nova demanda (§4º).

Entretanto, tendemos a concordar com o entendimento de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira³⁹², segundo os quais, uma vez ajuizada, ao juiz “não será permitida a concessão de antecipação de tutela nesta ação que visa atacar a tutela antecipada, isso devido à expressa proibição contida no art. 304, §3º, do CPC, segundo o qual a tutela estabilizada continua a produzir seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por ‘...*decisão de mérito*...’, o que somente se dará no momento em que o magistrado prolatar sentença”. Trata-se de interpretação que impede a ocorrência de um ciclo infinito de possíveis estabilizações, o qual se iniciaria com a estabilização de uma tutela antecipada concedida na ação autônoma prevista no artigo 304, § 2º, do Código de 2015, ajuizada para atacar tutela anteriormente estabilizada em ação originária.

³⁹¹ GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 193.

³⁹² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 648.

5.4. Estabilização e coisa julgada

De acordo com o § 6º do artigo 304 do Código de 2015, a decisão concessiva de tutela antecipada, cujos efeitos vem a ser estabilizados, não faz coisa julgada, reforçando o já disposto nos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo legal: só serão afastados os efeitos da tutela antecipada estabilizada mediante decisão de mérito proferida em ação autônoma, que venha a revisá-la, reformá-la ou invalidá-la.

Constata-se pelo teor do § 6º do artigo 304 que há uma nítida distinção entre coisa julgada e estabilização da tutela antecipada. Nesta há apenas a conservação dos efeitos da decisão concessiva, podendo ser revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito em ação autônoma. Difere, portanto, da coisa julgada, a qual recai sobre o conteúdo da decisão, enquanto a estabilização atinge os efeitos da decisão. Em outras palavras, na coisa julgada o conteúdo da decisão torna-se indiscutível, na estabilização, a eficácia da decisão é conservada. Em razão desta distinção, resta óbvio para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³⁹³ que não caberá ação rescisória em face da decisão que concedeu a tutela antecipada, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento de ação autônoma que vise a sua revisão, reforma ou invalidação.

Cassio Scarpinella Bueno³⁹⁴, igualmente, afirma que a decisão não

³⁹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 625-626.

³⁹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263.

Nesta linha de entendimento, Heitor Vitor Mendonça Sica também entende pela não formação de coisa julgada material: "(...) durante a tramitação do projeto na Câmara inseriu-se um novo elemento que precisa ser cuidadosamente analisado. Refiro-me à limitação temporal para o ajuizamento de ação pleiteando a revisão da decisão concessiva de tutela provisória estabilizada (2 anos, ex vi do art. 304, § 5º). Essa alteração traz uma evidente dificuldade teórica, pois não explica se, após o transcurso do biênio, forma-se ou não a coisa julgada material. Ainda assim, entendo que não há coisa julgada. Para se chegar a essa conclusão, constato, primeiramente, que o § 1º do art. 304 preceitua que a estabilização da tutela provisória produz após a 'extinção do processo', sem informar se *com* ou *sem* resolução de mérito. O art. 487 (que basicamente reproduz as hipóteses do art. 269 do CPC de 1973) não inclui essa hipótese, ao passo que o art. 485 (equivalente ao art. 267 do CPC de 1973) poderia abarcar a situação em seu inciso X (que torna o dispositivo meramente exemplificativo ao nele incluir os 'demais casos prescritos neste Código'). Assim, é mais fácil encaixar essa situação nas hipóteses de sentença terminativas, o que afastaria o art. 502 (que reserva a formação da coisa julgada material à sentença de mérito). Em segundo lugar, há que se reconhecer que a coisa julgada material não tem apenas uma função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado, como dispõe o art. 304, § 5º), mas igualmente uma função positiva (isto, é, a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes). A decisão estabilizada não parece ter essa feição positiva. Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma *estabilidade qualificada* pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a *imunidade* pela inexistência de uma feição positiva" (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril

transita materialmente em julgado após o decurso dos dois anos:

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

Dierle Nunes e Érico Andrade³⁹⁵, considerando a possibilidade de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada através de ação autônoma, justificam e analisam a não ocorrência de coisa julgada, ainda mais se considerado o fenômeno a partir do decurso prazo de dois anos para o ajuizamento da ação:

(...) não há dúvida, estabilizada a decisão antecipatória, com base na cognição sumária no procedimento antecedente, e extinto este mesmo procedimento antecedente (art. 304, § 1º, novo CPC), a decisão antecipatória irá continuar produzindo todos os seus efeitos em relação ao direito material (art. 304, § 3º, novo CPC), sem, entretanto, produzir o efeito de coisa julgada (art. 304, § 6º, novo CPC), admitindo-se a possibilidade de alteração ou revogação desta decisão na ação de cognição exauriente a ser ajuizada pelas partes (art. 304, §§ 2º e 4º, novo CPC). Todavia, e se ultrapassado o prazo de dois anos que o legislador ficou para ajuizamento da ação principal, para rever ou afastar a decisão de cognição sumária, sem o ajuizamento de tal ação principal, ter-se-ia, agora, a formação da coisa julgada? A resposta é negativa, pois o legislador, mesmo considerando a hipótese do art. 304, § 5º, CPC-2015, expressamente indicou logo a seguir, no § 6º, que tal decisão de cognição sumária **não** faz coisa julgada. Tal entendimento é baseado não apenas em interpretação literal ou na posição “topográfica” do dispositivo (art. 304, § 6º, novo CPC), mas na experiência encontrada, por exemplo, tanto na França como na Itália em que os respectivos legisladores proclamaram de forma expressa que tal forma de tutela sumária não opera a coisa julgada, apoiados em boa parte da própria doutrina italiana e francesa. E assim ocorre, em função de boa parte da literatura jurídica indicar que não faria muito sentido a realização da coisa julgada em relação a este tipo de pronunciamento, pois implicaria sua integral equiparação ao

de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 243).

³⁹⁵ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 85 e 87-89.

provimento de cognição plena exauriente, quando (...) as diferenças entre as técnicas de cognição sumária e cognição exauriente são muitas, e se se admitir a realização de coisa julgada em pronunciamentos de cognição sumária poderia traduzir até mesmo violação constitucional ao devido processo constitucional, permeado por ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF) e contraditório dinâmico (art. 5º, XXXVI, CF), já que na cognição sumária é evidente a restrição ou limitação ao amplo direito de defesa e investigação probatória. Corrobora tal argumento o fato do próprio CPC-2015 ao modificar o regime da coisa julgada material, ampliando, em algumas hipóteses, seus efeitos para as questões prejudiciais (art. 503, § 1º) exige a implementação de um “contraditório pleno e efetivo”. Seria incongruente e assistemático a defesa de formação de coisa julgada em cognição sumária, quando na sua formação excepcional aqui discutida (coisa julgada excepcional) se exige o contraditório substancial, não estabelecido na estabilização.

Adriano Soares da Costa³⁹⁶, por sua vez, ressalta que a tutela antecipada estabilizada faz coisa julgada formal, apresentando alternativas – como o exemplo da ação declaratória de direito à propriedade³⁹⁷ –, para combatê-la, inclusive após o prazo decadencial de dois anos:

(...) desde já assento que a *estabilização da tutela antecipada é sempre provisória*, não se confundindo com o efeito da coisa julgada material; é dizer, não gerando uma preclusão máxima, como, aliás, prescreve o § 6º do art. 304 CPC-15. Se a parte obtém a antecipação antecedente de tutela reivindicatória, para posterior dedução integral da lide, e o réu não recorre, a decisão ficará estabilizada e o processo será extinto (§ 1º). Quais os efeitos que são antecipados na ação reivindicatória? O principal, executivo *lato sensu*, com baixa carga de declaratividade, dado que o que se declara nessa fase é apenas a existência dos pressupostos para tutela de urgência. O réu terá dois anos para ingressar com a “ação” desconstitutiva da estabilidade da

³⁹⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Morte processual da ação cautelar?* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35-36.

³⁹⁷ Outro exemplo apresentado por Adriano Soares da Costa se refere à ação declaratória negativa de paternidade: “A modificação ou invalidação da decisão antecipatória estabilizada apenas pode ser feita mediante ajuizamento de ‘ação’ processual, cuja pretensão pré-processual poderá ser exercida no prazo máximo de dois anos. Trata-se de prazo decadencial, embora a decisão antecipatória, dada a sumariedade da cognição e a sua interinidade, não faça coisa julgada material, porque a sua declaratividade é mínima, podendo a matéria ser objeto de ação autônoma em que o objeto da decisão seja parte da sua causa de pedir, entrando como questão preliminar (e.g., pensão alimentícia concedida em tutela antecipada de alimentos provisionais, que não foi objeto de recurso. Passados os dois anos do prazo decadencial, não poderá mais a parte ingressar com a ação para desconstituir a decisão antecipatória, mas poderá ingressar com a ação declaratória negativa de paternidade, cuja procedência fará cessar a causa jurídica dos direitos aos alimentos)” (COSTA, Adriano Soares da. *Morte processual da ação cautelar?* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35).

antecipação da tutela, findos os quais não poderá mais discutir a matéria *nos mesmos autos*. É dizer, *a estabilização da tutela de urgência faz coisa julgada formal*. Sem embargo, nada impede que o réu nessa ação ingresse com uma ação declaratória de direito de propriedade. Se se sagrar vencedor, haverá coisa julgada material da declaração do direito de propriedade, o que lhe abre caminho para uma ação de imissão na posse, cujo pedido de tutela antecipada poderá ser antecedente, pautado na sentença da ação declaratória do direito de propriedade. Ou seja, a cognição sumária da tutela antecipada não se sobrepõe às ações plenárias que discutam o fundo do direito subjetivo em jogo.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³⁹⁸ concordam com a não configuração da coisa julgada e também admitem a possibilidade de ajuizamento, após o decurso do prazo de dois anos, de outra ação que discuta o mesmo bem da vida presente na ação anteriormente extinta:

O instituto da coisa julgada é **incompatível** com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória e sujeita à confirmação. O que confere idoneidade para que uma decisão fique imune à revisão é justamente **a profundidade da cognição** nela desenvolvida. Feitos os elogios devidos à opção adotada pelo NCPD, a indagação interessante a ser feita é a seguinte: se não há coisa julgada, **escoado o prazo de dois anos** para a ação prevista no § 2º, respeitados os prazos prescricionais, **não** poderia qualquer das partes ajuizar outra ação visando a discutir **o mesmo bem da vida**, com inegável repercussão na tutela antecipada estabilizada? A resposta que se impõe é **positiva**. O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, *nos exatos limites e contornos da lide originária* na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, **nada impede** que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma **nova demanda**, com cognição exauriente, que diga respeito ao **mesmo bem da vida** discutido na **ação que foi extinta**. Nessa hipótese, **não** haverá de se falar, obviamente, em manutenção da mesma regra da ação anteriormente extinta com relação ao ônus da prova, pois se instaurará uma **nova lide**, sem qualquer vinculação com aquela outra extinta, cuja decisão poderá – mas não necessariamente deverá – influir na decisão que antecipou a tutela. Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar³⁹⁹.

³⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 514.

³⁹⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello apresentam o seguinte exemplo: "(...) imagine-se uma ação proposta

Entendendo de forma distinta dos doutrinadores acima, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁴⁰⁰

nos termos do art. 303 – ou seja, visando a uma tutela satisfativa antecedente – propugnando por uma medida urgente para obrigar a fábrica X, recém-inaugurada, a instalar um determinado filtro para os resíduos jogados no rio em razão da sua atividade, sob pena de R\$ 100.000,00 por dia. Após a concessão da liminar, o autor adita a petição inicial (art. 303, § 1º, inciso I), formulando adequadamente o pedido para obriga-la a cessar sua atividade ou, na pior das hipóteses, instalar e manter um filtro adequado e, ainda, a condenação em perdas e danos a serem apurados em razão de danos eventualmente causados ao meio ambiente. Diante da concessão da tutela antecipada, a empresa X cumpre a ordem, instala o filtro e não recorre da liminar, acarretando, portanto, a extinção do processo. Com foco no exemplo dado, pode-se afirmar que o que se estabiliza é tão somente a tutela mandamental consistente na ordem de instalar o filtro, nada além disso. Não há qualquer decisão judicial, fundada em cognição exauriente, que reconheça que a fábrica, de fato, polui o ambiente e que a condene, em definitivo, a cessar sua atividade, ou a indenizar quem quer que seja por danos que carecem de apuração. Nesse contexto, diante da ausência de coisa julgada, após o prazo de 2 anos previsto no § 2º desse artigo 304, não poderia a fábrica entrar com uma ação judicial cujo pedido tenha eficácia preponderantemente declaratória, para declarar, após ampla cognição, inclusive com prova pericial, que o resíduo que ela joga no rio não é poluente? A nosso ver, a resposta deve ser positiva. A fábrica pode, sim, ingressar com a ação e se, ao final, o pedido for julgado, a nosso ver haverá repercussão na antecipação de tutela *estável*, mesmo após o decurso do prazo de dois anos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015. p. 514-515).

⁴⁰⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. 1ª ed. vol. I. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 648-649.

Bruno Vinícius da Rós Bodart inclina-se igualmente pela formação de coisa julgada material após o decurso do referido prazo: “Consigne-se a existência de orientação doutrinária no sentido de que, mesmo após o decurso do prazo de dois anos previsto no art. 304, § 5.º, do CPC/2015, não ocorre a formação de coisa julgada, por se tratar de decisão baseada em cognição sumária, motivo pelo qual seria possível à parte prejudicada ajuizar demanda a qualquer tempo para rediscutir a causa. Essa conclusão deve ser refutada, na medida em que o legislador concede ao prejudicado a possibilidade de manifestação em um biênio, cujo esgotamento dá azo à configuração de coisa julgada material. Sendo o contraditório a garantia de informação com possibilidade de manifestação eficaz, resta patente a existência de cognição exauriente em caso de inércia do interessado no biênio legal, legitimando a imutabilidade do comando contido na decisão que se estabilizou” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 145).

Bruno Garcia Redondo possui a mesma percepção ao interpretar o § 6º do artigo 304 do Código de 2015, além de defender que a sentença que extingue o processo, após a estabilização da tutela antecipada, deve operar com resolução de mérito: “Nossa primeira impressão é a de que a extinção do processo deve se operar com resolução de mérito. Afinal, sentença terminativa (art. 485) é decisão que extingue o processo em razão de vício processual insuperável e, por consequência, deveria gerar o encerramento dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecedente. Ocorre que, no caso do art. 304, inexistente qualquer vício processual que macule a relação processual, tampouco devem ser cessados os efeitos da tutela, os quais, pelo contrário, devem ser prolongados. Por essas razões, a sentença que extingue o processo e mantém os efeitos da tutela antecipada antecedente deve ser definitiva (art. 487), já que o direito material foi anteriormente reconhecido ao autor (na decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente que veio a estabilizar-se) e o pedido foi integralmente acolhido (não obstante a tutela ter sido deferida, na decisão interlocutória anterior, com base em cognição não exauriente e ainda ser possível a eventual modificação dos efeitos da tutela). A capitulação da sentença extintiva deve indicar o inc. I do art. 487, e não o art. 485. Não há qualquer empecilho em se reconhecer que se trata de sentença definitiva apesar de a mesma ser incapaz de gerar, de imediato, coisa julgada material. Afinal, há regra excepcional clara e expressa esclarecendo que, durante o lapso de 2 anos (art. 304, § 5.º), não haverá formação imediata de coisa julgada, apesar de proferida sentença (que, como dissemos, é definitiva). Como se sabe, cabe à lei definir o momento em que ocorre o trânsito em

posicionam-se no sentido de que, após o vencimento do prazo decadencial de dois anos, a decisão que estabilizou a tutela antecipada produzirá coisa julgada material:

(...) em que pese ter sido a lei expressa acerca do tema (§6º), o que certamente virá a gerar enorme polêmica, entendemos que vencido o prazo decadencial de 02 (dois) anos, a sentença que estabilizou a tutela satisfativa produz coisa julgada material. Isso porque, sendo esta a única via através da qual a tutela estabilizada pode ser revista, excluída essa possibilidade não mais terá a parte a possibilidade de modificar, através de outro processo, o que restou decidido quando da estabilização. (...) Portanto, seja lá qual for a denominação que se pretende dar a tal fenômeno, o fato é que se trata de uma imutabilidade e incontestabilidade da decisão próprios da eficácia operada pela coisa julgada material.

Especificamente em relação à ação rescisória, Ravi Peixoto⁴⁰¹ explica que o Código de 2015 ampliou o seu cabimento, inclusive para casos em que não há coisa julgada, podendo levar ao entendimento de que seria possível o seu ajuizamento ultrapassados dois anos da extinção do processo⁴⁰²:

julgado e, nesse caso, o art. 304 houve por bem considerá-lo como ocorrido após o esgotamento do biênio sem a propositura da ação de modificação. (...) Se, dentro dos 2 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina *coisa julgada material* o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento de mérito. (...) A conjugação das claras regras dos §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º do art. 304 leva, portanto, às seguintes conclusões: (i) após a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida mediante decisão interlocutória fundada em cognição não exauriente (*caput* do art. 304) e a extinção do processo mediante sentença definitiva (art. 304, § 1.º c/c art. 487, I), começa a correr o prazo decadencial de 2 anos (art. 304, § 5.º) – dentro do qual não há formação de coisa julgada material (§ 6.º do art. 304 e Enunciado 33 do FPPC) – para a propositura de ação autônoma destinada à modificação dos efeitos da tutela estabilizada e ao debate do direito material (§§ 2.º e 3.º); e (ii) após o transcurso de 2 anos (§ 5.º e 6.º) sem a propositura da referida demanda (§ 2.º), há *decadência* do direito de se apresentar a ação de modificação da tutela e debate do direito material e, ainda, forma-se *coisa julgada material*, tornando-se cabível, apenas, a propositura de ação rescisória (desde que presentes seus pressupostos de cabimento, conforme art. 966), sendo descabida qualquer ação autônoma destinada a rediscutir o direito material” (REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194. São Paulo: RT, Jun / 2015. p. 173 e 180-181).

⁴⁰¹ PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 246-247.

⁴⁰² É o caso de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, os quais se inclinam para o cabimento de ação rescisória após o prazo decadencial bienal: “O direito de rever a tutela antecipada se extingue no prazo decadencial de dois anos após a ciência da decisão que extinguiu o processo. Transcorrido o prazo mencionado, resta apenas a ação rescisória para, desde que evidenciada hipótese legal para sua propositura, revisar ou reformar a decisão estabilizada” (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela*

Aparentemente, estabilizada e ultrapassados esses dois anos, a decisão seria atingida por uma espécie de estabilidade qualificada, inexistindo outros meios para a sua impugnação. Entretanto, há quem defenda o cabimento da ação rescisória nessa hipótese. Para tanto, sustenta que, segundo o §2º, do art. 966, do CPC/2015, também se admite a ação rescisória contra a sentença terminativa que impeça a repropositura da demanda, o que fez ampliar o cabimento da referida ação para casos em que não há coisa julgada. Como, supostamente, não há coisa julgada na sentença terminativa, seria possível que a coisa julgada teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão da ação rescisória, permitindo a impugnação dessa tutela antecipada por dois anos. Por mais que seja possível interpretar que o autor tenha tido o objetivo de fazer referência a ausência de coisa julgada material, não parece adequada a admissão da rescisória contra tais decisões. Há de se perceber que qualquer das partes já possui o prazo de dois anos para entrar com outra ação visando discutir amplamente a tutela antecipada anteriormente concedida. Simplesmente parece injustificável admitir que essa tutela antecipada fique sujeita a ser impugnada por mais dois anos por meio da ação rescisória.

Em outro artigo, Ravi Peixoto, em conjunto com Roberto P. Campos Gouveia Filho e Eduardo José da Fonseca Costa⁴⁰³, descartam a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após o decurso do biênio para modificar a tutela antecipada estabilizada, momento em que ocorreria o fenômeno de “imutabilidade das eficácias antecipadas”; entretanto, admitem a discussão de outros fins em ação própria, ilustrando com o seguinte exemplo:

Numa ação relativa à obrigação de desfazer um muro houve, pela via do procedimento antecedente do art. 303, CPC/15, a concessão de tutela antecipada, de modo a, primeiramente, possibilitar (eficácia mandamental por autorização) ao autor o desfazimento do muro que, ao que indicava, foi indevidamente construído e, em virtude disso, condenar o réu a ressarcir o autor pelos custos da demolição. Estabilizada tal decisão e transcorrido o prazo acima mencionado, não se pode mais alterar a eficácia autorizativa da demolição do muro (algo que, em termos práticos, implicar dizer que o muro não pode ser refeito). No entanto, a alegação do direito a demolir pode ser reprocessualizada para, sendo tida por improcedente, condenar o autor a indenizar o réu por eventuais danos causados pela demolição.

provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 120-121).

⁴⁰³ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi. *Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 296-297.

O *dictum* sentencial (declaração de existência do poder de demolir) é, pois, discutível. Se se estivesse diante da verdadeira eficácia de coisa julgada a discutibilidade seria impensável, por força dos efeitos positivo e negativo que dela exsurtem. (...) o que se percebe é que após os dois anos da estabilização da tutela antecipada antecedente, não há coisa julgada e nem se pode admitir o ajuizamento de ação rescisória. O que se tem é um fenômeno novo, com características próprias – *a imutabilidade das eficácias antecipadas* –. Trata-se de um meio caminho entre a ampla mutabilidade das decisões antecipatórias incidentais e a coisa julgada material. Ele impede que, pela impossibilidade relativa de se discutir o *dictum* da decisão antecipatória, se alterem, de modo forçado a seu beneficiário, as eficácias antecipadas: a derrubada de um muro (...). O *dictum* nelas existente torna-se indiscutível para fins de revogar, invalidar, reformar ou modificar as eficácias que foram antecipadas. Não há, todavia, óbice à discussão para fins diversos, especialmente os de natureza indenizatória.

Por fim, importa colacionar interessante análise de Elaine Harzheim Macedo⁴⁰⁴, a qual entende que ocorre a perempção⁴⁰⁵ após o decurso do prazo de dois anos previsto no § 5º do artigo 304 do Código de 2015:

Trata-se (...) a perempção de hipótese absolutamente distinta da coisa julgada, que torna indiscutível e imutável o que foi decidido, não apenas em relação aos sujeitos interessados, mas também em relação aos próprios juízes, irrelevante se a questão decidida transita em jugado for arguida em sede de petição inicial ou de contestação, tanto assim que a coisa julgada pode produzir efeitos negativos ou positivos. No caso da perempção, também se alcança uma estabilização, mais voltada para o processo do que para a ação. Mas os fundamentos são outros, pois enquanto a coisa julgada se volta para a estabilização dos conflitos, a perempção se volta para estabilizar a (inconsequente) provocação do Judiciário. A esta tradicional previsão de perempção, agrega-se agora o disposto no art. 304, § 5.º, estendendo-se o comando tanto ao autor como ao réu do

⁴⁰⁴ MACEDO, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Revista de Processo, vol. 250, p. 189-215. São Paulo: RT, Dez / 2015. p. 206-207.

⁴⁰⁵ “No que toca à perempção como causa de extinção do processo (art. 267, V, e art. 485, V, respectivamente do CPC/1973 e do CPC/2015), a lei processual estabeleceu uma hipótese específica, tratada no art. 268 do CPC/1973 e no art. 486, § 3.º do CPC/2015, que consiste no fato de o autor dar causa por 3 (três) vezes à sentença extintiva fundada em abandono do processo, ficando, assim proibido de promover nova ação, sem prejuízo, porém, de alegar em defesa o seu direito. A ação lhe é tomada, vedando-se a provocação da jurisdição. Forçoso concluir, portanto, que o Código de 1973 e o Código de 2015 caminham no mesmo sentido, isto é, a perempção é perda da ação, não atingindo o direito subjetivo, que pode ser seja deduzido como forma de defesa. Quanto à pretensão, o autor não tem mais ação, ficando adstrito a arguir suas defesas na condição de demandado, isso porque não pode o autor reiteradamente negligente (deu causa por três vezes à extinção do processo, abandonando-o) provocar novamente o Poder Judiciário. A pretensão persiste, mas não tem ação” (MACEDO, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Revista de Processo, vol. 250, p. 189-215. São Paulo: RT, Dez / 2015. p. 206).

processo que se extinguiu na forma do § 1.º desse dispositivo: ambos sujeitam-se à perempção da ação, isso porque a rediscussão da decisão provisória só ocorreria em ação que poderia ser provocada por um ou pelo outro. Contudo, se em outra demanda, que não reproduza a mesma lide (porque se assim fosse seria aplicável a perempção como forma de extinguir o futuro processo), mas com ela seja conexa, a indagação que se põe é se, nesse caso, autor ou réu podem deduzir o direito subjetivo que deu origem à decisão provisória ou que poderia, em tese, desconstitui-la. Considerando que ao fim e ao cabo a tutela provisória não convive com a indiscutibilidade ou a imutabilidade do que foi decidido (= julgado), atributos exclusivos da coisa julgada material, a resposta se inclina positivamente, desde que se o faça em caráter de defesa, não de ação. Não há, outrossim, qualquer estranhamento em admitir no decurso dos 2 (dois) anos a perempção - já que se trata, tradicionalmente de consequência atrelada ao autor do futuro processo - porque a ação do § 2.º tanto pode ser promovida pelo autor como pelo réu.

Analizados os diversos posicionamentos doutrinários sobre o assunto, os quais possuem argumentos realmente convincentes para uma inclinação para um ou outro lado, em um primeiro momento, em interpretação ao § 6º do artigo 304 do Código de 2015, temos dificuldades em considerar que uma decisão proferida em cognição sumária, sem o contraditório pleno e efetivo, seja capaz, após o decurso do prazo decadencial bienal, de formar coisa julgada. Portanto, em nossa opinião, não haverá formação de coisa julgada material após a estabilização da tutela antecipada e extinção do processo, tampouco quando ultrapassado o prazo de dois anos para o ajuizamento de ação autônoma.

A lei processual é clara no seguinte sentido: a tutela antecipatória estabilizada só poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma dentro do prazo decadencial de dois anos, excluindo, assim, a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, entendimento este consolidado no enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

Para além da ação rescisória⁴⁰⁶, concordamos com Antonio de Moura

⁴⁰⁶ Em relação à ação rescisória, importa esclarecer que em seu eventual ajuizamento não poderá ser invocado o procedimento dos artigos 303 e 304 do Código de 2015. Como bem explicita Heitor Vitor Mendonça Sica: “Aplica-se a estabilização à ação rescisória? Igualmente não vejo outra resposta possível que não a *negativa*. Para se justificar essa assertiva, é quase ocioso lembrar, de início, que a ação rescisória admite tutela provisória, a fim de estancar a eficácia da decisão rescindenda, seja no diploma de 1973 (art. 489), seja no diploma de 2015 (art. 969). Contudo, a ação rescisória não admitirá que o autor opte pela aplicação do regime previsto nos arts. 303 e 304, pois a coisa julgada material – que, em última análise, tem assento constitucional (art. 5º, XXXVI) – não poderia ceder em face de uma decisão fundada em cognição sumária. Simples assim” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas*

Cavalcanti Neto⁴⁰⁷, segundo o qual, “a partir da consumação da decadência, os efeitos da decisão provisória são estabilizados de forma soberana, não sendo cabível outra ação para infirmar a antecipação de tutela”. Por conseguinte, em uma primeira análise, nos parece que a “estabilidade qualificada”, estabelecida em razão do transcurso do prazo decadencial de dois anos – e não em decorrência da preempção, como alega Elaine Harzheim Macedo –, não será passível de alteração por ação rescisória ou por qualquer outra ação autônoma que venha a ser ajuizada por uma das partes.

e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed.* Salvador: Juspodivm, 2016. p. 248-249). Trata-se de entendimento inserido no enunciado nº 421 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não cabe estabilização de tutela antecipada em ação rescisória”.

⁴⁰⁷ CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização.* In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6.* Salvador: Juspodivm, 2016. p. 214.

CONCLUSÃO

Buscamos no presente trabalho nos posicionar sobre todos (ou quase todos) os pontos em que há divergência doutrinária na interpretação das disposições processuais que regem o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e, principalmente, a técnica de estabilização desta tutela. O estudo aprofundado sobre as questões polêmicas envolvidas é fundamental para se esclarecer a dinâmica de todo o procedimento que, a depender do atendimento dos pressupostos necessários, permitirá a ocorrência da estabilização.

As conclusões a que chegamos encontram-se elencadas abaixo:

1) O Código de Processo Civil de 2015 foi estruturado, em seu livro V, com a designação da Tutela Provisória como gênero das Tutelas de Urgência e de Evidência, atribuindo a estas, portanto, a provisoriedade como característica principal. As Tutelas de Urgência, por sua vez, de natureza cautelar ou antecipada, podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. Especificamente em relação ao requerimento antecedente, as tutelas de urgência cautelar e antecipada possuem procedimentos próprios disciplinados em apartado na lei processual, sendo a técnica de estabilização prevista somente no capítulo que disciplina o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Desta forma, a estabilização somente poderá ocorrer nos casos em que o Autor requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, sendo inaplicável a técnica à: (i) tutela de evidência; (ii) tutela de urgência cautelar, requerida em caráter antecedente ou incidental; e (iii) tutela de urgência antecipada requerida em caráter incidental.

2) Concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do inciso I do § 1º do artigo 303 do Código de 2015, deverá o Autor aditar a petição inicial no prazo de quinze dias ou outro prazo maior determinado pelo juiz, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, § 2º, do Código de 2015). Em nosso entendimento, o pedido de tutela final constante na petição inicial simplificada, em respeito ao princípio da economia processual, poderá ser ampliado quando do seu aditamento, devendo o Autor alterar o valor da causa e complementar as custas processuais inicialmente recolhidas.

3) Igualmente após a concessão da tutela antecipada, deverá o magistrado determinar a citação do Réu para o comparecimento à audiência de

conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 da lei processual, bem como, no mesmo ato, a sua intimação da decisão concessiva de tutela antecipada. Inexistindo autocomposição, o prazo para a apresentação de contestação pelo Réu somente fluirá após a ciência inequívoca de aditamento da petição inicial pelo Autor.

4) Caso o magistrado entenda pela não existência de elementos para a concessão de tutela antecipada, indeferindo-a, de acordo com o § 6º do artigo 303 do Código de 2015, deverá ser determinada a emenda da petição inicial pelo Autor em até cinco dias, sob pena de ser indeferida, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito. Quanto a este ponto, importante ressaltar que os conceitos dos termos *aditamento* e *emenda* não se confundem. *Aditar* a exordial possui o sentido de *acrescentar*, sendo exercido este ato pelo Autor quando acolhido o pedido de tutela antecipada antecedente. *Emendar* a petição inicial, por outro lado, significa *corrigir* a sua estrutura, ato que o Autor terá que promover em caso de indeferimento da tutela antecipada antecedente, o que permitirá o prosseguimento do feito pelo procedimento comum.

5) Somente no capítulo em que é regulamentado o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente há previsão de aplicação do princípio da fungibilidade (parágrafo único do artigo 305 do Código de 2015), possibilitando ao juiz observar o procedimento disposto no artigo 303 caso entenda que o requerimento constante na petição inicial tenha natureza de tutela antecipada, apesar de estar descrito como de natureza cautelar. Mesmo inexistindo previsão expressa em sentido contrário, é possível a fungibilidade entre as “tutelas de urgência” nas duas direções, podendo ser observado, portanto, o procedimento da tutela cautelar em caráter antecedente se constatado que o pedido dito como de “tutela antecipada” seja, na realidade, de natureza cautelar. A alteração pelo juiz da natureza da tutela e, portanto, do respectivo procedimento, por força da fungibilidade, permitirá o interesse recursal de ao menos uma das partes. Desta forma, antes de decidir pela alteração da natureza da tutela e do procedimento que será observado, deverá o magistrado submeter a questão para prévia manifestação, na forma do artigo 10 do Código de 2015.

6) Poderão ser estabilizadas as tutelas antecipadas antecedentes concedidas por: (i) juízo monocrático de primeiro grau de jurisdição; ou (ii) pelo Tribunal em grau recursal ou em processo que seja de sua competência originária. É possível a estabilização dos efeitos da decisão que concede somente de forma parcial

a tutela antecipada requerida.

7) Deve haver uma interpretação restritiva do *caput* do artigo 304 do Código de 2015, o qual, ao prever a não interposição do “respectivo recurso” para a estabilização da tutela antecipada, não dá margem para interpretação extensiva. Se concedida a tutela antecipada antecedente em primeira instância, somente o Agravo de Instrumento será capaz de obstar a estabilização. Já em caso de concessão pelo Tribunal, em grau recursal ou em razão de sua competência originária, decisão esta que provavelmente será monocrática, deverá o Réu interpor Agravo Interno para impedir a estabilização, sendo certo que a tutela antecipada concedida por decisão colegiada exigirá o enfrentamento através de recurso excepcional. Importa ressaltar que, além da interposição tempestiva do recurso, este deverá ser conhecido para efetivamente obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Em nosso entendimento, caso constatado algum vício recursal que não venha a ser sanado pelo Réu, a tutela antecipada deverá se tornar estável. Admite-se, por fim, a ocorrência da parcial estabilização da tutela antecipada antecedente, caso seja interposto (e conhecido) recurso cabível que impugne tão somente parte do conteúdo da decisão concessiva.

8) São quatro os pressupostos para a tutela antecipada tornar-se estável: (i) requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente; (ii) concessão integral ou parcial da tutela antecipada antecedente; (iii) inércia do Réu consistente na não interposição de Agravo de Instrumento em face de decisão concessiva proferida em 1ª instância ou de Agravo Interno/Recurso Excepcional contra decisão proferida no âmbito do Tribunal, sendo certo que a utilização pelo Réu de qualquer outro meio de impugnação distinto destes permitirá a estabilização; e (iv) ausência de aditamento (ou emenda) da petição inicial ou, se já aditada (ou emendada), o pronunciamento do Autor quanto ao desinteresse em prosseguir com o processo. Ao que nos parece, a partir do atendimento dos três primeiros pressupostos, a configuração do quarto pressuposto poderá ocorrer de cinco formas. A primeira é aquela em que, não obstante a não dilação pelo juiz do prazo de aditamento da petição inicial, o Autor, após a concessão da tutela antecipada antecedente, deixa de aditá-la e o Réu não interpõe o recurso cabível em face da decisão concessiva. A segunda hipótese possível é a de o juiz conceder a tutela antecipada antecedente e dilatar o prazo de aditamento a ponto de permitir a prévia verificação da inércia do

Réu no combate à decisão concessiva, resolvendo o Autor, ao final, pelo não aditamento da petição inicial. Nas duas primeiras situações a tutela antecipada antecedente será estabilizada e o processo extinto, na forma preceituada pelo § 2º do artigo 303 e pelo § 1º do artigo 304 do Código de 2015, devendo o juiz aguardar a expiração dos dois prazos (de aditamento para o Autor e de recurso para o Réu) para, ao fim, proferir uma única decisão extintiva. A terceira hipótese é aquela em que o juiz não dilata o prazo de aditamento da petição inicial e o Autor se vê obrigado a aditá-la após a concessão da tutela antecipada antecedente, não por interesse no prosseguimento do processo, mas para evitar a sua extinção caso o Réu venha a recorrer da decisão concessiva. Diante disso, se não constatada a interposição de recurso pelo Réu no prazo legal, deverá o juiz intimar o Autor para que este se manifeste acerca do interesse: (i) na estabilização da tutela antecipada e extinção do processo; ou (ii) no prosseguimento do feito sem a aplicação da técnica de estabilização. As quarta e quinta possíveis situações decorrem do indeferimento da tutela antecipada antecedente em 1ª instância. É possível que, após este indeferimento, o Autor não emende a petição inicial e apenas interponha Agravo de Instrumento, o qual vem a ser provido. Nesta hipótese, entendemos que o magistrado deverá aguardar o julgamento do recurso e o transcurso do prazo de impugnação do Réu em face da decisão concessiva do Tribunal, para, assim, em decorrência da estabilização da tutela antecipada, proferir uma única sentença de extinção, em conformidade com o § 6º do artigo 303 e o § 1º do artigo 304 do Código de Processo Civil. Por fim, ainda levando em consideração o indeferimento da tutela antecipada antecedente em 1ª instância, poderá ocorrer uma última hipótese: o Autor emenda a petição inicial e interpõe Agravo de Instrumento. Se o Tribunal reformar a decisão proferida pelo juízo *a quo* e o Réu permanecer inerte durante o prazo recursal, o juiz deverá intimar o Autor para que este decida pelo prosseguimento do processo (sem a aplicação da técnica de estabilização) ou pela estabilização da tutela (e extinção do processo).

9) Uma vez estabilizada a tutela antecipada antecedente, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 304, §1º, do Código de 2015), com a consequente condenação do Réu ao pagamento das verbas de sucumbência, sendo possível a redução dos honorários advocatícios pela metade do mínimo geral (5%). A decisão de extinção possui natureza de sentença e é irrecorrível.

10) Estabilizada a tutela antecipada, serão conservados os seus efeitos até eventual revisão, reforma ou invalidação por decisão de mérito proferida em ação autônoma, que deverá ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo originário. Por força da economia processual e da ausência de regramento na lei processual quanto à questão, deve-se admitir a formulação de pleitos distintos (aos de revisão, reforma ou invalidação) nesta ação autônoma, a qual poderá ser ajuizada pelo Réu ou até mesmo pelo Autor da ação originária, sendo possível que este tenha interesse em requerer, mediante cognição exauriente, a confirmação da tutela antecipada concedida ou, ainda, a revisão desta, de modo a ampliar os seus efeitos e obstar eventual risco de dano. Em regra, o ônus da prova recairá ao Autor desta nova ação (Autor ou Réu da ação originária), o qual deverá demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Não se permite a concessão de tutela antecipada nesta ação autônoma em razão do preceituado pelos §§ 3º e 6º do artigo 304 da lei processual: apenas a decisão de mérito (sentença) será capaz de revisar, reformar ou invalidar a tutela estabilizada, sendo conservados os seus efeitos até que seja proferida. A admissão de uma tutela liminar na ação em questão poderia gerar um ciclo infinito de possíveis estabilizações, iniciando-se com a estabilização da tutela antecipada antecedente requerida na ação autônoma, ajuizada para modificar a tutela estabilizada concedida na ação originária.

11) Há uma nítida distinção entre coisa julgada e a técnica de estabilização. Enquanto a primeira recai sobre o conteúdo decisório, a estabilização atinge os efeitos da decisão, os quais são conservados até eventual revisão, reforma ou invalidação por decisão de mérito proferida em ação autônoma. No nosso entendimento, uma decisão proferida em cognição sumária, sem o contraditório pleno e efetivo, não será capaz de formar coisa julgada material, mesmo quando ultrapassado o prazo bienal decadencial para o ajuizamento de ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação. A lei processual nos parece clara no sentido de que a tutela antecipada estabilizada **só** poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma ajuizada dentro do prazo decadencial de dois anos. Após o decurso deste prazo, passa-se a um estágio de “estabilidade qualificada”, afastando a hipótese de cabimento de ação rescisória ou de qualquer outra ação que tenha o intuito de modificar o *status* da tutela antecipada estabilizada.

Acreditamos que as conclusões acima expostas são úteis para uma

criação da dinâmica do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a qual pode vir a ser estabilizada mediante o atendimento dos pressupostos legais necessários. Ao que parece, em razão das questões nebulosas extraídas da interpretação dos artigos 303 e 304 da lei processual, ainda há um grande receio entre os operadores do direito para a aplicação desta técnica, sendo raros os requerimentos de tutela de urgência antecipada de forma antecedente.

A técnica de estabilização foi inserida em nosso ordenamento pelo legislador em razão da positiva experiência de técnicas semelhantes no direito estrangeiro. Através dela será possível o encerramento de processos em curto espaço de tempo, desafogando a máquina judiciária e contribuindo com o combate à morosidade que prejudica o trâmite das demais demandas judiciais. A sua aplicação, em conjunto com as demais medidas previstas no Código de Processo Civil, busca nada mais que o atendimento pleno do direito de acesso à justiça da forma prevista na Constituição Federal, ou seja, a outorga de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere.

A estabilização também contribui para a pacificação social, trazendo satisfação ao Autor e ao Réu quanto ao resultado da demanda. Concedida a tutela antecipada antecedente, bastará que o Autor não adite a petição inicial e o Réu não interponha o recurso cabível, cumprindo de plano a determinação judicial. Ambos estarão satisfeitos com a conclusão desta fase processual, não almejando nada mais dentro daquele processo, o qual é conseqüentemente extinto. Esta técnica evita toda a agonia verificada no sistema processual anterior, em que se esperava longos anos para o encerramento do processo, quando, na realidade, a mera concessão liminar, com o acatamento da decisão pelo Réu, poderia se mostrar suficiente para a resolução da questão. A paz social gerada pela estabilização é, sem dúvida, um grande motivo para que esta técnica seja aplicada de forma constante na prática forense.

Obviamente, a ampla utilização da técnica de estabilização, sem qualquer receio de prejuízo pelas partes, dependerá da resolução de todas as questões polêmicas levantadas em razão da concisa redação legal dos dispositivos processuais pertinentes, papel este a ser desempenhado em conjunto pela jurisprudência e pela doutrina. Esperamos que a presente dissertação possa contribuir com esta importante missão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 10ª ed. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Antecipação da tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010.

_____; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*. Revista de Processo, vol. 206, p. 13-59. São Paulo: RT, Abr / 2012.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). *Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial*. In: HIROSE, Tadaaqui; SOUZA, Maria Helena Rau de (Orgs.). Curso modular de direito processual civil. Florianópolis: Conceito, 2011.

AURELLI, Arlete Inês. *Liminares nos procedimentos especiais e o novo CPC*. 2016 (no prelo).

_____. *Tutelas de urgência no Código de Processo Civil de 2015*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2016.

_____. *Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares?* In: BUENO, Cassio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Orgs.). Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao novo CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUR, Fritz. *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Tradução de Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015.

BONAGURA, Anna Paola de Souza. *Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Notas sobre a tutela antecipada "parcial" na nova reforma do código de processo civil*. Revista de Processo, vol. 808, p. 72-81. São Paulo: RT, Fev / 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUZAID, Alfredo. *A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 27, p. 12-26. São Paulo: RT, Jul - Set / 1982.

_____. Introdução da obra: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

_____. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *Acesso à justiça, tutela antecipada e técnicas processuais*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa*. In: ARMELIN, Donaldo (Org.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

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

COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). Direito processual civil europeu contemporâneo. São Paulo: Lex, 2010.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito processual civil alemão*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). Direito processual civil europeu contemporâneo. São Paulo: Lex, 2010.

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

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Manual elementar de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi. *Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil)*. Revista de Processo, vol. 219, p. 307-343. São Paulo: RT, Mai / 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Curitiba: Gênesis - Revista de Direito Processual Civil, 2002.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIEDRICH, Frank; KOCH, Harald. *Civil procedure in Germany*. Munique: C.H. Beck, Kluwer Law Internacional, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREZZA, Taísa Silva Dias; OLIVEIRA, Flávio Luís de. *Tutela de evidência fundada na incontrovérsia de parcela da demanda: estabilização ou desmistificação da coisa julgada?* Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. vol. 49. n. 64. Bauru: EDITE, Jul - Dez / 2015.

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

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. vol. 3. Coimbra: Almedina, 2000.

GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

HABSCHEID, Walter J. *La giustizia civile in Germania - La giustizia civile nei paesi comunitari*. Milão: Cedam, 1994.

HAHN, Huth Dietrich; STUCKEN, Ralf; TUROWSKI, Alexander; WITTUHN Georg A. *Germany, international civil procedure*. vol. 1. Christian Campbell, 2006.

JOMMI, Alessandro. *Il référé provision: ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. *O processo cautelar e o poder geral de cautela do juiz*. Revista de Processo, vol. 87, p. 186-198. São Paulo: RT, Jul - Set / 1997.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. *Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela da evidência*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LACERDA, Aloyr Dias. *Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela inibitória*. Revista de Processo, vol. 196, p. 95-127. São Paulo: RT, Mar / 2011.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. vol. VIII. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito processual civil francês*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. vol. I. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. *Unità del processo civile*. p. 104-110. In: *Problemi del processo civile*. Milão: Morano, 1962.

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

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?* Revista de Processo, vol. 250, p. 189-215. São Paulo: RT, Dez / 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. 2012. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/home/artigos/> >. Acesso em: 09/10/2016.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Tutela inibitória*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MASSARI, Hildegard. *La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco*. Rivista di Diritto Processuale, n. 2. Padova: CEDAM, 1996.

MEDINA, José Miguel Garcia de. *A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento*. Revista de Processo, vol. 86, p. 24-34. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, vol. 183, p. 165-194. São Paulo: RT, Mai / 2010.

_____. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, vol. 197, p. 27-65. São Paulo: RT, Jul / 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. *Considerações práticas sobre o processo cautelar*. Revista de Processo, vol. 53, p. 191-200. São Paulo: RT, Jan - Mar / 1989.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

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

PACÍFICO, Luís Eduardo Boaventura. *Direito processual civil italiano*. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEIXOTO, Ravi. *Por uma análise dos remédios jurídicos processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente de urgência*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERROT, Roger. *Les mesures provisoires en droit français*. In: *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milão: Giuffrè, 1985.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.

_____. *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*. Studi in onore di carmine punzi. vol. 3. Torino: G. Giappichelli, 2008.

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

_____. *Tutela de urgência ("efeito suspensivo" e "tutela antecipada") em grau recursal e deveres-poderes do relator*. Revista de Processo, vol. 209, p. 55-71. São Paulo: RT, Jul / 2012.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997.

RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: RT, 2015.

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

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Tutela cautelar no novo CPC*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24ª ed. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCARPARO, Eduardo. *A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015*. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015*. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016.

SHIMURA, Sergio Seiji. *Arresto Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela

provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, De Plácido e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Paula Costa e. *Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*. In: Debate 'a Reforma do Processo Civil 2012' - Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público, nº 11. Lisboa, 2012.

TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas*. Revista de Processo, vol. 94, p. 24-33. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1999.

_____. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008.

_____. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo: RT, Ago / 1997.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. Paris: Litec, 2003.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.