

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

FERNANDO SABBAG NICOLAU

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

São Paulo

2019

FERNADO SABBAG NICOLAU

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

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Rogério Licastro Torres de Mello.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, parentes e amigos que jamais deixaram de acreditar que seria possível a especialização, vencendo todos os desafios que apareceram desde a graduação até hoje nos laboriosos dias forenses, próprio de um militante operador do direito.

Também acrescento a esta dedicatória aos meus colegas de curso, que nos últimos anos encararam difíceis obstáculos, seja em relação ao início da carreira forense, seja em relação às dificuldades sociais e econômicas vividas nos dias atuais.

RESUMO

O presente trabalho abordará a técnica da estabilização da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, objetivando expor a cadeia de eventos históricos que levaram a adoção deste instituto pela legislação brasileira e, principalmente, as dúvidas suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência desde sua inserção no Código de Processo Civil de 2015. Para a demonstração prática do uso do instituto e as divergências verificadas, foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, iniciando-se pelas noções históricas da tutela cautelar e antecipada e sua adoção no Código de Processo Civil de 1973. No segundo capítulo do trabalho abordar-se-á as noções gerais de tutela cautelar e antecipada, assim como suas principais diferenciações sob a exigência do Código de Processo Civil de 2015. O terceiro capítulo destrinchará a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, sob o aspecto das noções gerais, procedimento e a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipadas postuladas antecedentemente à propositura da ação principal. Por fim, entraremos no cerne principal do trabalho, abordando a estabilização da tutela de urgência, suas noções gerais, pressupostos e o procedimento para sua estabilização, assim como a possibilidade de revisão da medida antecipatória já estabilizada. Em síntese, o objetivo do trabalho é demonstrar, com sustentáculo da doutrina, todo o procedimento de postulação e estabilização da tutela provisória requerida antecedentemente e, bem assim, demonstrar soluções práticas para as dúvidas suscitadas pela doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: TUTELAS PROVISÓRIAS, TUTELA DE URGÊNCIA, TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, ESTABILIZAÇÃO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

ABSTRACT

This paper will deal with the technique of stabilization of the provisional interim guardianship of urgency required in an antecedent character, aiming to expose the chain of historical events that led to the adoption of this institute by the Brazilian legislation and, mainly, the doubts raised by the doctrine and jurisprudence since its insertion in the Civil Code Procedure of 2015. For the practical demonstration of the use of the institute and the differences verified, doctrinal and jurisprudential research was carried out, beginning with the historical notions of precautionary and anticipated guardianship and its adoption in the Civil Code Procedure of 1973. The second chapter of this paper will deal with the general notions of precautionary and anticipated guardianship, as well as its main differentiations under the Civil Code Procedure of 2015. The third chapter will disrupt the provisional emergency urgency required under the aspect of the general notion, procedure and the possibility of fungibility between the precautionary and anticipated tutelages postulated prior to the initiation of the principal action. Finally, the main focus of the work, addressing the stabilization of emergency care, its general notions, assumptions and the procedure for its stabilization, as well as the possibility of reviewing the already stabilized anticipatory measure. In summary, the objective of the work is to demonstrate, with support of the doctrine, all the procedure of postulation and stabilization of the provisional guardianship required beforehand, as well as to demonstrate practical solutions to the doubts raised by the doctrine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. HISTÓRICO DA TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA.....	11
1.1. Histórico do processo cautelar.....	13
1.2. Histórico do processo cautelar no Brasil	12
1.3. Tutela Antecipada no Código de Processo Civil de 1973	17
1.3.1. Concessão da tutela antecipada.....	19
1.3.2. Requisitos da tutela antecipada	21
CAPÍTULO 2. TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	25
2.1. Noções gerais.....	25
2.2. Tutela provisória de urgência	30
2.3. Tutela provisória de evidência.....	36
2.4. Diferenciação entre as tutelas provisórias	39
2.4.1. Diferença entre a tutela de urgência e evidência.....	40
2.4.2. Do procedimento de tutela cautelar postulada em caráter antecedente.....	42
CAPÍTULO 3. DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	47
3.1. Noções gerais.....	47
3.2. Procedimento	50
3.3. Possibilidade de fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada requeridas em caráter antecedente	58
CAPÍTULO 4. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	61
4.1. Noções gerais.....	61
4.2. Pressupostos para a estabilização	66
4.3. Ação autônoma de revisão da medida antecipatória estabilizada.....	75
4.4. Estabilização e da coisa julgada	77

CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUÇÃO

O legislador através da Constituição de 1988, assegurou ao cidadão brasileiro o acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, garantindo a tutela jurisdicional reparatória e preventiva à ameaça de agravo a direito em tempo razoável, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito será privada da apreciação do Poder Judiciário.¹

Mesmo que a tutela jurisdicional deva ser célere, a exemplo da Emenda Constitucional nº 45/2004², a tutela intempestiva se encontra presente em nosso ordenamento jurídico, produzindo inúmeros obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional e, assim, causando prejuízo à paz social. Tal fenômeno não é contemporâneo a Constituição Federal de 1988 e pode ser observado em outros ordenamentos jurídicos, não sendo uma adversidade exclusiva do Brasil.

Para assegurar a tutela efetiva segundo a perspectiva da Constituição Federal de 1988, mostrou-se clara a necessidade de elaboração de medidas destinadas a resguardar a eficácia de uma decisão final de mérito, garantindo-se o resultado útil da satisfação do direito material da parte, assim como, acolher provisoriamente, em todo ou em parte, a pretensão inicial postulada em juízo.

Embora haja diferenciação pacífica entre as tutelas cautelar e a satisfativa na doutrina e na jurisprudência contemporânea, houve grandes discussões acerca do tema, pois não era raro se deparar com a utilização equivocada dos institutos como se sinônimos fossem.

O legislador, ao nosso ver, pretendeu facilitar o sistema das tutelas cautelares e satisfativas, de modo designá-las como gênero de Tutelas Provisórias, subdividindo-as em tutelas de natureza cautelar e satisfativa, as quais podem ser postuladas em caráter antecedente ou incidental, mas apenas uma tem a habilidade de se estabilizar no tempo.

Quanto a isto, a introdução da técnica da estabilização foi efetivamente a relevante inovação no sistema das tutelas, porquanto viabilizará a abreviação do conflito travado pelas partes, quando ambas estiverem satisfeitas com o resultado da decisão interlocutória concedida em caráter antecedente.

¹ Artigo 5º. XXXV. A lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² Artigo 5º. LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

Desta forma, havendo desinteresse da parte Autora em prosseguir com o feito e não havendo interposição de recurso pelo Réu, o processo será extinto e a decisão apenas poderá ser revista mediante manejo de ação própria, respeitado o prazo decadencial de 02 anos da decisão que extinguiu o processo.

É importante ressaltar, contudo, que a técnica das tutelas provisórias teve um longo período de maturação desde seus primórdios até sua efetiva definição pela doutrina italiana, principalmente pelas obras de *Giuseppe Chiovenda*³, *Piero Calamandrei*⁴ e *Francesco Carnelutti*⁵, portanto, será necessário abordar no primeiro capítulo o desenvolvimento da tutela cautelar no Brasil e, após, a adoção da tutela satisfativa pelo Código de Processo de 1973, assim como os requisitos para a sua concessão.

Evoluindo no estudo, o capítulo segundo abordará as noções gerais das tutelas provisórias sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, especificando os conceitos de tutela de urgência e evidência, bem como a diferenciação entre as tutelas cautelares e satisfativa, bem como detalhará o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

O terceiro capítulo abrangerá o estudo da tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, suas noções gerais e procedimento, bem como a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada requeridas em caráter antecedente.

Por fim, o capítulo quarto tratará o tema principal do presente trabalho, destrinchando a técnica de estabilização prevista no artigo 304, do Código de Processo Civil, tais como pressupostos, a medida processual adequada para revisão da medida antecipatória, bem como a estabilização e o instituto da coisa julgada.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933.

1. HISTÓRICO DA TUTELA CAUTELAR E ANTECIPADA

1.1 Histórico do processo cautelar

O processo cautelar tem origem na Lei das XII Tábuas, pois naquela legislação existiam dois meios cautelares preparatórios de uma execução forçada de caráter privado, a primeira era denominada de *addictus* e a segunda era chamada de *nexus*. Na tutela cautelar *addictus* a própria parte devedora consistia na garantia do crédito exequendo, de outro lado, o *nexus* era um meio de garantia que não constituía uma relação obrigacional pessoal, mas uma extensão da obrigação principal.⁶

No Direito Romano também encontramos as medidas cautelares *operis novi nuntiatio* e a *cautio damni infecti*, conforme ensinamentos de Darci Guimarães Ribeiro⁷:

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 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 a 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.

Assim, conforme ensina o professor Sérgio Shimura⁸:

(...) 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 acauteladoras em favor do ofendido, assegurando os bens para a futura execução ou criando meios de defesa dos interesses de uma parte, com a interdição de obras.

Esta conjuntura perdurou durante o direito intermediário, até que a doutrina alemã, através Adolf Wach, entendeu pela necessidade de categorizar tais provimentos como uma espécie diversa das existentes, porquanto não se enquadrava ao perfil dos processos de

⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86. São Paulo: RT, Abr – Jun / 1997. p. 56-57

⁷ Ibidem

⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005. p.50.

conhecimento e de execução⁹, mas foi a doutrina italiana que acabou se aprofundando no estudo das medidas cautelares.

O pioneiro a elaborar uma teoria sobre o Poder Geral de Cautela foi Giuseppe Chiovenda, ao entender que a principal característica da medida cautelar era a provisoriedade, pois corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico¹⁰.

Ao analisar a necessidade imediata de afastar um temor de dano jurídico a que faz menção Chiovenda é possível extrair o conceito que entendemos hoje por *periculum in mora*, desde que demonstrada a aparência do direito no momento do perigo que se visa obstar. Tal demonstração é denominada hoje de *fumus boni iuris*.

A grande crítica de Piero Calamandrei à teoria de Chiovenda é que a sua ideia se contrapunha ao fato de que toda medida cautelar é provisória, mas nem todas as medidas provisórias eram medidas que apresentavam traços de cautelaridade¹¹:

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.”¹²

Diferentemente de Adolf Wach, que entendia pela necessidade de categorização dos provimentos cautelares das ações de conhecimento e de execução, porquanto não se enquadravam nestes perfis, Calamandrei entendeu que a principal característica da medida cautelar seria a sua instrumentalidade, não sendo considerada uma modalidade de processo¹³.

Mas ao contrário de Calamandrei, foi Francesco Carnelutti que concluiu existir na medida cautelar uma terceira espécie de processo, onde se persegue a segurança ao resultado útil de um processo de conhecimento ou de execução.¹⁴ Para o professor Eduardo Scarparo:

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

⁹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 16. 2016.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem

¹² CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas: Servanda, 2000. p.27.

¹³ Ibidem

¹⁴ Ibidem

definitivo, podendo ser instrumento quando garante os meios do processo definitivo (como as medidas de instrução preventiva) ou final quanto 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 execução 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.

Quanto ao tratamento unitário do processo cautelar, também entendeu Enrico Tullio Liebman que junto de Francesco Carnelutti foram os autores que mais influenciaram o direito processual no Brasil.¹⁵

1.2 Histórico do processo cautelar no Brasil

O processo cautelar no Brasil teve início no Código de Processo Civil de 1939, especificamente em seu artigo 675¹⁶, ao possibilitar ao juiz, além dos casos previstos em lei, determinar providências para acautelar o interesse das partes envolvidas no conflito, sendo as hipóteses previstas no artigo 676¹⁷, do mesmo diploma legal.

Embora parte da doutrina não tenha enxergado no artigo 675 um poder geral de cautela do juiz, afirma o professor Luiz Guilherme Marinoni que “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

¹⁵ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 20. 2016.

¹⁶ Artigo 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar as providências para acautelar o interesse das partes.

¹⁷ Artigo 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;

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

VII – em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII – na prestação e 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 ou dos filhos, na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

poder e foram tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676”.¹⁸

A evolução no direito processual civil brasileiro se deu com a vinda de Liebman para o Brasil, pois o posicionamento de parte da doutrina italiana no sentido de isolar o processo cautelar das demais espécies de processo (*tertium genus*), fez com que Alfredo Buzaid destinasse um livro próprio ao instituto no Código de Processo Civil de 1973¹⁹.

O Código de Processo Civil de 1973 destinou o Livro III especificamente ao processo cautelar, subdividindo-o em dois capítulos, sendo o primeiro destinado às disposições gerais e o segundo talhado sobre os procedimentos cautelares específicos, descrevendo-os de maneira individualizada em suas seções.

Nas disposições gerais, especificamente no artigo 798 foi que o legislador deixou expresso o poder geral de cautela, pelo qual facultava ao magistrado adotar “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”.

Tal disposição legal se coaduna com a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Segundo Alexandre Freitas Câmara “admitir a existência de casos para os quais não houvesse nenhuma medida cautelar capaz de evitar um dano irreparável, ou de difícil reparação, para a efetividade do processo seria admitir a existência de casos para os quais não existiria nenhum meio de prestação da tutela jurisdicional adequada, o que contraria a garantia constitucional”.

²⁰ Assim:

O poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas as expressamente previstas pelas leis processuais.²¹

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. 2012. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/?s=tutela+cautelar> >. Acesso em: 30/04/2019.

¹⁹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 22. 2016.

²⁰ FREITAS Câmara, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

²¹ *Ibidem*.

Quanto ao poder geral de cautela, Ovídio A. Baptista²² descreve a existência de duas formas pelas quais o juiz podia invocar o artigo 798, do Código de Processo Civil 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 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 geral de cautela’ provém da redação do próprio artigo 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.

Dentre as disposições do primeiro capítulo destinado às cautelares, podemos observar o artigo 796²³ que estabelece a forma de instauração da medida cautelar, podendo ela ser tanto preparatória quanto incidental; o prazo de 30 (trinta) dias para ajuizamento da ação principal, na hipótese de manejo do pedido cautelar em caráter preparatório (art. 806²⁴); a faculdade de concessão da medida liminar *inaudita altera partes* (art. 804²⁵); bem como a faculdade de o juiz, a qualquer tempo, modificar ou revogar a medida cautelar deferida (art. 807²⁶).

No entanto, a doutrina e a jurisprudência constataram que parte das medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil 1973 não apresentavam traços de acautelamento, mas, sim, de satisfatividade da tutela postulada pela parte, ainda que

²² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 110-111

²³ Artigo 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

²⁴ Artigo 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.

²⁵ Artigo 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 torna-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.

²⁶ Artigo 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.

temporariamente, a exemplo da ação cautelar de alimentos provisionais, prevista no artigos 852 a 854, em que os alimentos arbitrados pelo juiz poderiam ser executados de imediato, demonstrando a satisfação do direito buscado²⁷.

Embora a medida cautelar não tenha o intuito satisfativo do direito buscado pela parte, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o manejo das medidas cautelares foi ampliada e utilizada sempre que havia a necessidade de obtenção de medidas com urgência, mas sem a natureza assecuratória, própria das cautelares²⁸, conforme bem ressaltou Luiz Guilherme Marinoni²⁹:

A necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face da 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 Carpo, 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.

E tal fenômeno não poderia ser aceito, como ensina João Batista Lopes³⁰:

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 acautelar 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.

Entretanto, utilizava-se da tutela cautelar satisfativa em razão de não haver no sistema processual vigente previsão para os casos de antecipação dos efeitos da tutela, portanto, utilizava-se erroneamente as cautelares para este fim. Apenas com o advento da Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 que se positivou a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final de mérito, previsão estipulada no artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973³¹.

²⁷ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 24. 2016.

²⁸ Ibidem

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1992. p. 79

³⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 102

³¹ 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

A partir da positivação da tutela antecipada é que o processo cautelar retornou a ser utilizado para fins assecuratórios, sendo reservada a antecipação dos efeitos da tutela para casos de pretensão satisfativa, cujo instituto abordaremos no tópico subsequente.

1.3 Tutela antecipada e o Código de Processo Civil de 1973

A transformação da sociedade brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988 e a definição das balizas principiológicas, fizeram surgir situações substanciais carentes de tutela, assim como a necessidade de maior celeridade na tutela dos direitos advindas das novas relações jurídicas próprias da sociedade contemporânea, comprometendo, assim, o processo civil clássico e demonstrando a necessidade de adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade³².

Naquela época, diversos problemas atingiram a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais podemos ressaltar a morosidade, o formalismo exacerbado, a fundamentação deficiente das decisões judiciais e a ausência de uniformização da jurisprudência, agravados pela entrada em vigor de legislações especiais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e da criação dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), que ampliaram o acesso à justiça e, conseqüentemente, sobrecarregaram a máquina judiciária que não possuía a necessária estrutura para suprir a tutela de forma efetiva, adequada e tempestiva³³.

Para José Miguel Garcia de Medina³⁴, os entraves 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.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

³³ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016.

³⁴ 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.

Bem por isso que Luiz Guilherme Marinoni³⁵ ressaltou que “a necessidade de tutela antecipada para a efetiva tutela dos direitos levou o legislador a inserir nova norma (art. 273) no Código de Processo Civil de 1973”.

Assim, de acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior³⁶:

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade 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 partida 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.

No entanto, é importante não perder de vista que a antecipação dos efeitos da tutela não é uma novidade advinda da Lei nº 8.952/1994, uma vez que o instituto já existia e era utilizado em legislações especiais, a exemplo do artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91³⁷, que disciplina o procedimento da Ação de Despejo, bem como do artigo 84, §3º da Lei nº 8.078/1990³⁸, que disciplina a antecipação dos efeitos da tutela nas obrigações de fazer ou não fazer nas ações cuja relação jurídica de direito material era considerada de consumo.

Não obstante a existência da antecipação da tutela em leis específicas, o próprio Código de 1973 já disciplinava a hipótese de concessão de liminar no caso das ações

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo. RT, Ago / 1997. p. 45.

³⁷ Artigo 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 de audiência da parte contrária e desde que prestada caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo (...)

³⁸ Artigo 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 providência 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.

possessórias, a teor do artigo 928 que possibilitava o deferimento da liminar *inaudita altera partes*, desde que preenchidos os requisitos específicos. Portanto, a alteração do artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973 definitivamente não foi o primeiro contato com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela.

É certo que diferentemente das medidas antecipatórias previstas nas legislações especiais, a tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973 foi um marco no processo civil daquela época, pois inseriu uma regra geral no sistema processual capaz de antecipar a tutela de modo genérico, não dependendo de uma previsão legal específica, devendo apenas o magistrado se atentar ao requisito negativo da irreversibilidade do provimento antecipatório (art. 273, §2º)³⁹ e o procedimento para fazer cumprir a medida deferida (art. 273, §3º).

Muito embora a ideia do legislador foi promover um mecanismo processual adequado a superar a dificuldade da morosidade e, bem assim, proporcionar uma tutela de forma efetiva, adequada e tempestiva, não foram poucos os questionamentos a respeito da concessão prática e conceitual da tutela antecipada, conforme abordaremos especificamente a seguir.

1.3.1. Concessão da tutela antecipada

Quando da entrada em vigor da Lei nº 8.952/1994, muito se discutiu acerca da natureza do provimento jurisdicional que comportaria o deferimento da tutela antecipada, a possibilidade de deferimento *inaudita altera partes* e, até mesmo, o momento processual adequado para a aplicação do instituto.

No que se refere a natureza do provimento jurisdicional, muito se debateu sobre a possibilidade ou não de deferimento da tutela antecipada na hipótese de provimento jurisdicional declaratório ou constitutivo, principalmente pelo fato do texto original do §3º do artigo 273 fazer menção a “execução” da tutela antecipada e não “a efetivação” dela.

³⁹Artigo 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:

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

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

E essa dúvida surgiu em razão do princípio da taxatividade, conforme descreve Natália Cançado Scarpelli⁴⁰:

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 apenas nos provimentos condenatórios e constitutivos. Por fim, a última corrente entendia ser possível a antecipação da tutela tão somente nos provimentos de natureza condenatória. 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 provisória. Neste sentido, como a execução 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 as demais modalidades de provimento como título executivo. 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.

A questão foi finalmente superada com a alteração do texto original do §3º do artigo 273, através da Lei nº 10.444/2002, fazendo nele constar “efetivação da tutela antecipada” e não mais “execução”, denotando claramente a possibilidade de cabimento da antecipação dos efeitos da tutela nas sentenças não apenas condenatórias, mas também as declaratórias e constitutivas.

Outra dúvida suscitada foi se era possível a concessão da tutela antecipada *inaudita altera partes*, pois o texto do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973⁴¹ fazia menção a necessidade de caracterização de atos protelatórios ou de abuso de defesa perpetrados pelo réu.

No entanto, a doutrina se consolidou no sentido de que a liminar poderia ser concedida considerando a atuação extraprocessual comprovada antes da propositura da ação, conforme sustentam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁴².

⁴⁰ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016. p. 30

⁴¹ Artigo 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.

⁴² 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

Quanto ao momento processual adequado para concessão da tutela antecipada, manifestaram-se os mencionados autores no sentido de que o momento adequado seria até a prolação da sentença⁴³:

(...) 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 justamente 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 agravado para a parte que dizia respeito a antecipação da tutela. Era correto afirmar, portanto, que a antecipação de tutela 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 de antecipação de tutela recursal.

Ultrapassadas as divergências que afloraram com a inovadora medida processual, importa analisarmos neste momento os requisitos legais para a invocação da antecipação dos efeitos da tutela à luz do Código de Processo Civil de 1973.

1.3.2. Requisitos da tutela antecipada

Para o deferimento da tutela antecipada, a parte deve demonstrar estar presentes os requisitos a que faz menção *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil 1973, quais sejam, a presença de prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança das alegações.

A verossimilhança das alegações é basicamente uma alegação representativa de um fato que provavelmente ocorreu, como por exemplo, a negativa de cobertura de um plano de saúde ao segurado, enquanto a prova inequívoca seria a prova cabal deste acontecimento, denotando a existência provável do fato descrito pela parte⁴⁴.

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Ibidem

Não obstante aos requisitos constantes no *caput* do artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973, a parte também deve demonstrar a presença de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, inc. II), ou a perpetração pelo réu de atos protelatórios e de abuso do direito de defesa

Para Humberto Theodoro Júnior⁴⁵, o receio a que se refere o inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil pode ser observado da seguinte forma:

Receio fundado é o que não provém de simples temores 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.

Quanto aos males da intempestividade do processo a que faz menção o inciso II, do artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973 ensina Daniel Mitidiero⁴⁶:

A tutela antecipatória fundada no artigo 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 represente 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 de direito de defesa ou contra 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.

Por fim, deveria o magistrado antes da concessão da medida observar o requisito negativo previsto no §2º, do artigo 273, qual seja, a irreversibilidade do provimento antecipatório. É o caso, por exemplo, de uma construtora que é compelida por decisão

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

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, vol. 197, p. 27-55. São Paulo: RT, jul / 2011. p. 169-171.

antecipatória (cognição sumária)⁴⁷ a restituir ao consumidor a integralidade dos valores dispendidos em um Compromisso de Compra e Venda por suposto atraso na entrega da obra, mas, ao final (cognição exauriente)⁴⁸, verifica-se que não houve atraso no empreendimento e que a restituição deveria ser apenas parcial.

Nesta hipótese, caso o consumidor não tenha mais recursos para honrar com a restituição de parte dos valores, a decisão antecipatória poderá se tornar irreversível e a construtora nunca mais será restituída dos valores que desembolsou.

Sobre o tema houve críticas da doutrina sobre o §2º, do artigo 273, conforme assentou João Batista Lopes⁴⁹:

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 *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, 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.

Assim, analisados os requisitos e deferida a medida antecipatória nada obstará ao magistrado revogar ou modificar a tutela, com base no §4º, do artigo 273, em decisão devidamente fundamentada.

Neste sentido se manifestou J.J Calmon de Passos⁵⁰, ao entender 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 (...)”.

⁴⁷ Para Luiz Guilherme Marinoni a cognição sumária fundar-se em “uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, constituindo uma etapa no caminho do magistrado rumo à cognição exauriente da matéria fática envolvida no litígio” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 131)

⁴⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni a cognição exauriente fundar-se no “Provimento jurisdicional baseado em cognição exauriente garante a realização pleno do princípio do contraditório e, desta forma, aguarda o tempo necessário para que as partes apresentem alegações e produzam provas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 131)

⁴⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

⁵⁰ PASSOS, J.J Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.69

E tal conclusão é natural, pois para a concessão da tutela de urgência o magistrado analisa os fatos e as alegações em singela cognição sumária, muitas vezes sem a presença do contraditório e ampla defesa (*inaudita altera partes*), assim, uma vez citada a parte acionada e apresentada a sua defesa, devidamente instruída com prova documental, é inexorável que possa haver a modificação ou revogação da tutela à luz da cognição mais aprofundada sobre o caso concreto.

Para Teori Albino Zavascki⁵¹, o “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 parecida 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 procedimento também previa a possibilidade se antecipar a tutela, sem, contudo, a necessidade de preenchimentos dos requisitos previstos no *caput* do artigo 273, pois o §6º possibilita a concessão da tutela antecipada “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Trata-se, portanto, de cognição exauriente do magistrado e não mais sumária, conforme leciona Fredie Didier Jr.⁵²:

(...) a decisão que aplicar o §6º 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 definitiva.

Por fim, o Código de 1973 previu em seu §7º, do artigo 273 a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas de natureza cautelar e antecipada, pois muitas vezes o que a parte buscava era o acautelamento do resultado útil de sua pretensão, outras vezes a pretensão cautelar se mostrava de natureza satisfativa, assim, era permitido ao magistrado conceder a tutela tecnicamente correta ao caso concreto⁵³.

Embora existam algumas previsões idênticas ao Código de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 modificou a estrutura procedimental das tutelas cautelares e antecipadas em um só gênero, as quais serão analisadas pormenorizadamente neste trabalho.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 136

⁵² DIDIER JR., Fredie. *Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito*. Curitiba: Gênesis – Revista de Direito Processual Civil, 2002.

⁵³ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016. p. 38

2. TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 Noções gerais

O legislador destinou o Livro V especificamente à tutela provisória, subdividindo-o em três títulos, o primeiro destinado às disposições gerais, o segundo sobre a tutela de urgência e o terceiro para a tutela de evidência.

É importante ter em mente que o legislador retirou do novo diploma processual um livro destinado unicamente ao processo cautelar, reunindo em um só livro três técnicas processuais de tutela provisória, conforme explica Humberto Theodoro Júnior⁵⁴:

Sob o rótulo de “Tutela Provisória”, o novo CPC reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas “tutelas provisórias” arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo em principal (de cognição ou execução) e cautelar, existentes no código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento.

Assim, “tanto a tutela conservativa como a satisfativa são tratadas, em regra, como objeto de mero incidente processual, que pode ser suscitado na petição inicial ou em petição avulsa (art. 294, parágrafo único, do NCPC)”⁵⁵.

As principais características do Livro V destinado às “Tutelas Provisórias” ainda permanecem a provisoriedade e a instrumentalidade, conforme se observa da doutrina de Leonardo Greco⁵⁶:

O Código de 2015 estabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo o 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.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.614 - 615

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Baril 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.

Quanto aos procedimentos cautelares nominados, outrora encontrados no Código de 1973, por não possuírem capítulo próprio nesta codificação, alguns podem ser encontrados no percorrer do Código de 2015, a exemplo do arresto, sequestro e arrolamento de bens (artigo 301) ou, ainda, busca e apreensão (artigo 536, §§1º e 2º), homologação de penhor legal (artigo 703) e produção antecipada de provas (artigo 381).

No Título I do Livro V encontram-se respectivamente as disposições gerais aplicáveis a todas as “Tutelas Provisórias”, segundo o qual a tutela provisória fundamentar-se-á na urgência ou na evidência (artigo 294), podendo a tutela de urgência ser de natureza cautelar ou antecipada, sendo postulada em caráter antecedente ou incidental (artigo 294, parágrafo único), independentemente do recolhimento de custas (artigo 295), podendo, ainda, o juiz modifica-la, revoga-la (artigo 298) ou determinar as medidas que considerar adequadas para a sua efetivação no caso concreto (artigo 297).

Outrossim, a decisão que concede a tutela provisória conserva a sua eficácia na pendência do processo ou durante o período de suspensão forense (artigo 296, parágrafo único) até que posterior decisão do magistrado prolator ou do órgão colegiado lhe revogue ou a modifique. A efetivação da tutela provisória observará as normas procedimentais do cumprimento provisório de sentença (artigo 297, parágrafo único).

Dentre as disposições gerais, o diploma processual estabelece que a tutela provisória deve ser requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal (artigo 299). Quando a ação manejada é de competência originária de Tribunal e nos recursos, a tutela será postulada ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito (artigo 299, parágrafo único).

Sobre as disposições gerais, Fredie Didier Jr., Paula Sorno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁷ ressaltam três características principais:

- 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 autorizam a concessão da tutela; c) e, por ser

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sorno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 587-589

assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*.

Quanto a fungibilidade entre a tutela de urgência cautelar e antecipada, o Código de 2015 acolheu a doutrina que se firmou no sentido de flexibilizar o procedimento a fim de reprimir o *periculum in mora*⁵⁸:

No direito nacional, a marcha para unificação das tutelas de urgência teve início com a reforma do CPC de 1973, operada pela Lei nº 10.444/2002, ao implantar o critério de fungibilidade entre medida antecipatória e medida cautelar (art. 273, §7º, do CPC). Observamos, naquela ocasião, que a regulamentação separada da tutela antecipatória não teria vindo para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo, seja ao direito material, se tornasse irremediável e, por conseguinte, se transformasse em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas subespécies. A melhor doutrina, nessa linha de pensamento, firmou-se no sentido de que, a respeito do tema, a melhor solução era mesmo a flexibilização do procedimento cautelar ou antecipatório, justificada com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de efetividade da tutela jurisdicional”.

Sobre a legitimidade para postular a tutela provisória, comento Natália Cançado Scarpelli⁵⁹ que:

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 (condicional à vontade do assistido); o substituto processual (legitimidade a defender o direito de outrem); o Ministério Público (na qualidade de parte ou de assistente diferenciado de incapazes). Na tutela provisória de caráter antecedente, em razão do próprio procedimento, em que é especificado o requerimento através de petição inicial (artigos 303 e 305), a legitimidade é restrita a figura do Autor.

Ainda a respeito da legitimidade, importa ressaltar que a tutela provisória fundada na urgência e na evidência deve ser requerida expressamente pela parte ao juízo, na forma do artigo 299, pois o Código de 2015 não prevê a possibilidade de a medida ser decretada de

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 621

⁵⁹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 61. 2016.

ofício pelo Juiz, excetuadas algumas medidas de acautelamento, conforme assenta Humberto Theodoro Júnior⁶⁰:

(l) não há previsão, no sistema de tutela provisória do NCPC, de possibilidade de medidas fundadas na urgência ou na evidência serem decretadas de ofício pelo juiz, de modo que a regra legal é de que sejam elas provocadas por requerimento da parte (arts. 299, 303, 305 e 311, IV). Existem, todavia, ao longo do Código, algumas medidas cautelares previstas para adoção, sem necessitar de requerimento da parte, como, v.g, o arresto de bens localizados na residência do executado, quando não é encontrado para citação da execução por quantia certa (art. 830) e a reserva de bens em poder de inventariante para garantir o pagamento de dívida do *de cujus* documentalmente comprovada, quando não ocorra concordância dos herdeiros em satisfazê-la dentro do inventário (art. 643, parágrafo único).

Como mencionado, uma das características principais da tutela provisória é a *precariedade*, segundo o qual a decisão antecipatória poderá ser modificada ou revogada a qualquer tempo – ressalvada a hipótese de “quando a tutela antecipada é obtida em procedimento antecedente (preparatório), e vem a se estabilizar sem que o pleito definitivo tenha sido deduzido em juízo”⁶¹ –, por decisão devidamente fundamentada, pela qual o magistrado esposará o seu convencimento de modo claro e preciso (artigo 298), sob pena de incorrer no rol de incisos do §1º, do artigo 489 do Código de Processo Civil.

É importante destacar, ainda, os ensinamentos do mencionado autor⁶² sobre os fundamentos do pedido de revogação ou modificação da tutela provisória:

O pedido de revogação ou modificação da medida provisória não pode ser tratado como simples veículo de reexame dos fatos que serviriam de base ao provimento que a deferiu. Se não houve recurso, ou se a impugnação foi rejeitada na via recursal, o questionamento se acha encerrado por preclusão. Mas a preclusão se refere não à análise de todo e qualquer fato, e sim apenas aos fatos e questões apreciadas na decisão provisória. Fatos novos e argumentos jurídicos novos, dentro da perspectiva da provisoriedade da tutela de urgência, não devem sofrer recusa de análise em pedido de revogação ou modificação de medida deferida à base de cognição apenas superficial do suporte de fato e de direito. Se o fundamento é novo, do ponto de visto jurídico, pode ser avaliado, ainda que se reporte a fatos anteriores à decisão provisória, quando não aventados no debate que a precedeu. O procedimento justo não pode conduzir a uma omissão ou negação de revisão da tutela de urgência, mediante a criação de obstáculos que a lei não opôs à pretensão revisional por ela autorizada.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 627

⁶¹ *Ibidem*

⁶² *Ibidem*

Contra a decisão que conceder a tutela provisória antecedente ou incidental, em regra, o recurso cabível é o de Agravo de Instrumento, previsto no artigo 1.015⁶³, inciso I do Código de Processo Civil, pois, “é objeto de decisão interlocutória, mas pode estar compreendida em capítulo da sentença, ou, ainda, ser concedida em rescisão de relator ou por acórdão do Tribunal⁶⁴”.

Na hipótese da questão provisória ser decidida em sentença, naturalmente o recurso cabível será o de Apelação, a teor dos artigos 1.009⁶⁵ e 1.013⁶⁶, §5º do Código de 2015. É importante registrar que o recurso de apelação não será recebido em seu efeito suspensivo, uma vez que a decisão que confirma, concede ou revoga a tutela provisória produzirá seus efeitos imediatamente após a publicação da sentença (artigo 1.012, §1º, inciso V⁶⁷).

Mas nada obsta à parte que, “diante das particularidades da causa, demonstrando o apelante a probabilidade de direito do recurso, evidenciada pela relevância de sua fundamentação, e havendo risco de dano grave ou de difícil reparação, pode o relator determinar a suspensão da eficácia da sentença (art. 1.012, §4º)”⁶⁸.

O pedido será dirigido ao Tribunal por petição simples, se “no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição. Nessa hipótese, será sorteado um relator para apreciá-lo, ficando prevendo para a apelação”⁶⁹ (art. 1.012, §3º, inc. I). Quando já distribuída a apelação, o pedido deverá ser endereçado diretamente ao relator (art. 1.012, §3º, inc. II).

Por fim, a tutela provisória concedida no âmbito do Tribunal por decisão monocrática do Relator será impugnável por intermédio de Agravo Interno, na forma do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, enquanto na hipótese de concessão por decisão

⁶³ Artigo 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

⁶⁴ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 63. 2016.

⁶⁵ Artigo 1.009. Da sentença cabe apelação.

⁶⁶ Artigo 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§5º. O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável por apelação.

⁶⁷ Artigo 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

V – confirma, concede ou revoga tutela provisória;

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.030

⁶⁹ Ibidem

colegiada, a questão poderá estar prejudicada, pois é inviável a análise de “questões fáticas serem reexaminadas em sede de recurso extraordinário e especial”⁷⁰.

Ultrapassadas as questões gerais, cabe neste momento examinarmos as tutelas de urgência e evidência, especificamente.

2.2 Tutela provisória de urgência

A tutela provisória de urgência encontra-se prevista no Título II do Livro V, sendo este particular subdividido em três capítulos, o primeiro destinado às disposições gerais aplicáveis à todas as tutelas de urgência, o segundo destinado ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e, por fim, o terceiro capítulo especificamente à tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Segundo a doutrina de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira⁷¹, 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”.

A teor das disposições do Capítulo I, a tutela provisória de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300, *caput*).

Quanto ao requisito positivo da probabilidade do direito a que faz menção o *caput*, do artigo 300, nada mais é que a demonstração de um risco iminente ao direito material ou processual da parte, elucidado ao ponto de promover um juízo de probabilidade do provimento que se busca ao final da lide. Para Luiz Guilherme Marinoni⁷²;

Trata-se da probabilidade relacionada à conhecida locução “fumaça do bom direito” ou *fumus boni iuris*. Para obter a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – o autor deve convencer o juiz de que a tutela final provavelmente lhe seja concedida. A admissão de uma convicção de probabilidade como suficiente à concessão da tutela urgente decorre do perigo de dano, a impor solução e tutela jurisdicional imediata.

⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 253

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. 631

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 130-131

Mas o Autor é enfático ao acrescentar que “tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada é imprescindível ter em consideração os verdadeiros pressupostos da tutela final – dano, inadimplemento, probabilidade de ilícito, ilícito já praticado -”⁷³.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁷⁴, a probabilidade do direito está atrelada à “*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 como *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 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.

Em relação ao requisito positivo do “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, trata-se de requisito próprio deste tipo de tutela adotada pelo legislador para justificar a urgência da medida. Basicamente é a necessidade da parte jurisdicionada demonstrar o “fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis a própria tutela”⁷⁵.

E para a doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁷⁶, esta situação pode ocorrer de diversas maneiras e a medida processual visa “combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo”:

E isto pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo. O Perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de um ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

⁷³ Ibidem

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. II. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 608-609

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 632

⁷⁶ Ibidem

Neste mesmo sentido são as palavras de Dierle Nunes e Érico Andrade⁷⁷, ao destacarem a importância da técnica processual em razão do tempo da duração do processo:

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 processo.

Para Luiz Guilherme Marinoni⁷⁸, o requisito deve ser demonstrado pela parte de forma racional e objetiva;

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve estar fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. De qualquer modo, basta evidenciar a probabilidade da ocorrência do dano ou do ato contrário ao direito demonstrando-se circunstâncias que indiquem uma situação de perigo capaz de fazer surgir dano ou ilícito no curso do processo.

Portanto, expostos os elementos que demonstrem a probabilidade do direito e as “circunstâncias que indiquem uma situação de perigo capaz de surgir dano ou ilícito ao curso do processo”⁷⁹, o magistrado poderá em uma análise sumária e precária conceder a tutela provisória de urgência suplicada, excetuada às hipóteses em que “houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”⁸⁰.

No caso de irreversibilidade dos efeitos da decisão, “quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excecional medida antecipatória”⁸¹. Para Humberto Theodoro Júnior⁸²;

A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida de urgência, mas

⁷⁷ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da causa 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. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018. p. 128.

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ CPC/2015, art. 300, §2º.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 633

⁸² Ibidem

preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso ao final seja ele, não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

Se por um lado o direito à concessão da tutela de urgência pode estar obstado em decorrência do risco do retorno do *status quo ante*, de outro, pode o juiz se valer do §1º⁸³, do artigo 300 do Código de 2015, exigindo a prestação de caução real ou fidejussória “de modo a prover os meios de reversibilidade, ainda que através da reparação pecuniária”⁸⁴.

Mas adverte Humberto Theodoro Junior⁸⁵ que, sobre o panorama do Código de 2015, o juiz deve garantir as condições para o restabelecimento do *status quo* dentro do próprio processo, e não mediante ajuizamento de procedimento específico:

Ademais, é importante que a reversibilidade seja aferida dentro dos limites do processo em que a antecipação ocorre. Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 300 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, §3, providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o *status quo* se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. É que, a não ser assim, se estará criando, para o provimento, uma nova situação de risco de dano problematicamente ressacável, e, na sistemática das medidas de urgência, o dano de difícil reparação e o dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figurar equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu.

Dentro deste prisma, existe um fenômeno chamado *perigo de dano inverso*⁸⁶, trata-se de “evento que se aproxima da irreversibilidade, mas que com esta não se confunde”⁸⁷. Para a doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁸⁸, não se admite a concessão da tutela de urgência nos casos em que há risco de *periculum in mora* inverso:

⁸³ §1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se aparte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

⁸⁴ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter ANTECEDENTE* (DISSERTAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL) – PUC. SÃO PAULO, P. 69. 2016.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 633

⁸⁶ Para Humberto Theodoro Júnior “ocorre o *periculum in mora* inverso, quando o deferimento da medida de urgência, ao afastar o perigo de dano irreparável enfrentado pelo requerente, acaba por impor ao requerido que suporte risco igual ou maior, como consequência imediata da própria providência emergencial decretada”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 635)

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ Ibidem

A inexistência do *periculum* reverso, nessa perspectiva, apresenta-se como pressuposto ou requisito da concessão das liminares e das medidas de urgência em geral, mesmo porque a falta de critério judicial, na espécie, pode comprometer igual entendimento: “É improcedente – segundo o STJ – o pedido de cautela, se a medida pleiteada simplesmente inverteria o perigo de lesão irreversível, fazendo-o incidir, sobre o réu do processo cautelar”⁸⁹

Mas em contraste com este entendimento, sustentam Dierle Nunes e Érico Andrade⁹⁰ sobre a possibilidade de concessão da tutela de urgência em casos de *perigo de dano inverso* quando há irreversibilidade recíproca:

(...) 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 ocorrem 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.

Superada a questão do requisito negativo, uma vez postulada a tutela de urgência – incidental ou antecedente –, o juiz pode deferir-la “mediante a realização de audiência de justificação prévia (artigo 300, §2, do Código de 2015), ou ainda, após a oitiva da outra parte”⁹¹. Assim, para Leonardo Greco⁹²:

A avaliação de oportunidade da concessão liminar da tutela de urgência, antecedente ou incidente deve continuar condicionada a um juízo positivo e firma da existência do direito do requerente e da inevitabilidade do dano

⁸⁹ STJ, 1ª T., MC 523/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 14.11.1996, DJU 03.02.1994, p. 675

⁹⁰ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da causa 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. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁹¹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 69. 2016.

⁹² GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Baril 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

iminente, assim como 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.

Quanto as hipóteses de acautelamento pelos quais o juiz pode até concedê-la de ofício, “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 bens, pode ser efetivada através “de qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”, representando, assim, um verdadeiro poder geral de cautela”⁹³.

O artigo 302 do Código de 2015, por conseguinte, prevê a circunstância em que “independentemente de reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar a parte adversa”, em seus quatro incisos e estabelece o procedimento para liquidação da indenização em seu parágrafo único.

As hipóteses de aplicação deste artigo são; quando a sentença é desfavorável à parte ativa da medida de urgência; caso obtida a tutela em caráter antecedente, a parte não fornecer os meios necessários para a citação do acionado no prazo de 05 (cinco) dias; ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal e, por fim; o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Em todas os casos a indenização será aferida mediante procedimento de liquidação nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Ademais, o Capítulo II e III do Título II estabelecem o procedimento para requerimento das tutelas de urgência de natureza antecipada ou cautelar em caráter antecedente, restando para o momento esclarecer que o pedido incidental é requerido no bojo da petição inicial ou mediante petição simples para o juízo estabelecido no artigo 299 e parágrafo único, do Código de 2015 enquanto considera-se antecedente “toda a medida urgente pleiteada antes da dedução em juízo do pedido principal, seja ela cautelar ou satisfativa. Em regra, ambas são programadas para dar seguimento a uma pretensão principal a ser aperfeiçoada nos próprios autos em que o provimento antecedente se consolidou”⁹⁴.

⁹³ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 69. 2016.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 658

2.3 Tutela provisória de evidência

A tutela da evidência encontra-se prevista no Título III do Livro V, e “será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo”⁹⁵. Desta forma, diferentemente da tutela provisória de urgência, a tutela da evidência “não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão da tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte”⁹⁶.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁹⁷, a tutela provisória da evidência se trata de técnica processual diferenciada:

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

Mas a tutela da evidência não se confunde com o instituto do julgamento antecipado da lide, conforme se extrai da doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁹⁸:

A tutela da evidência não se confunde, na estrutura do novo Código, com um julgamento antecipado da lide. A medida é deferida sumariamente, em alguns casos de maior urgência, até sem audiência da parte contrária, mas

⁹⁵ CPC/2015, art. 311, *caput*.

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ 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

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 700

não impede o prosseguimento do feito, para completar-se o contraditório e a instrução probatória. A *provisoriedade* da tutela da evidência é, aliás, o traço comum que o novo Código adotou para qualificar as tutelas de urgência e da evidência como espécies do mesmo gênero, ao qual se atribuiu o *nomem iuris* de *tutelas provisórias*.

Para a doutrina de Leonardo Greco⁹⁹, a solução para a utilização dos institutos se promove da seguinte forma:

Se não houve a possibilidade de prática de qualquer ato subsequente que possa a 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 a prática de atos subsequentes, deverá o juiz inclinar-se pela tutela de evidência.

A este respeito “importa destacar que se o magistrado optar pela concessão da tutela de evidência, eventualmente confirmada ou até mesmo 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”¹⁰⁰.

As hipóteses de deferimento da medida se localizam nos incisos I a IV, do artigo 311 do Código de 2015, são elas: “I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou se manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas 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”.

Ao comentar as hipóteses para o deferimento da tutela da evidência, comenta Humberto Theodoro Júnior¹⁰¹:

⁹⁹ GREGO, 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.

¹⁰⁰ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 76. 2016.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 701

Em todas as quatro hipóteses, o traço comum é a necessidade de uma prova completa que permita ao juiz reconhecer a comprovação do quadro fático-jurídico suficiente para sustentar a pretensão da parte. O seu direito a ser tutelado em juízo se acha comprovado de tal maneira que, no mento, não se divisa como a parte contrária possa resisti-lo legitimamente.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁰² 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*, 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”.

No que se refere a concessão de liminar, o artigo 311, parágrafo único possibilita o deferimento da medida antes da citação do réu, nos casos em que: “(a) as alegações de fato do requerente puderem ser comprovadas, apenas documentalmente e cumulativamente, o pedido estiver fundado em tese assentada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II e IV), ou; quando (b) se tratar de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que a liminar consistirá na ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (art. 311, III)”¹⁰³.

Para Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁴, a tutela da evidência está intimamente ligada aos casos de antecipação de tutela satisfativa e não cautelar, mas elenca hipóteses em que as medidas cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano:

Os casos de tutela da evidência são tipicamente hipóteses de antecipação de tutela satisfativa, mesmo porque o que se protege diretamente é a própria usufruição do direito material, e não propriamente a conservação da utilidade do processo. Não é fácil imaginar, *in concreto*, medida apenas cautelares na espécie. Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela da evidência. Como as medidas cautelares não prescindem do pressuposto do perigo de dano, o caso acabaria, na maioria das vezes, melhor enquadrado nas tutelas de urgência do que na tutela de evidência. No entanto, o direito positivo prevê alguns casos de medidas cautelares que, sem pressuposto do *periculum in mora*, cuidam de proteção a direitos evidentes, como, v.g: (a) o arresto de bens do devedor, quando este não é encontrado para a citação executiva (art. 830); (b) o sequestro de bens do espólio, no processo de inventário, quando: (i) a habilitação de crédito se funda em título documental (art. 643, parágrafo único), e (ii) a solução da

¹⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 633

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 698

¹⁰⁴ Ibidem

habilitação de herdeiro for remetida para as vias ordinárias (art. 627, §3); (c) a autorização para levantamento imediato pelo réu do depósito feito pelo autor na ação de consignação em pagamento, mesmo quando contestado o pedido (art. 545, §1º). Em todas essas hipóteses, o fundamento da medida cautelar é simplesmente a comprovação imediata do direito material da parte, sem qualquer cogitação de risco iminente de prejuízo para o credor, de modo que a tutela se apresenta como relacionada com o direito evidente apenas.

Ademais, sustenta o autor¹⁰⁵ que não se pode admitir a fungibilidade quando se fala em tutela da evidência de natureza satisfativa, mas apenas nas de natureza cautelar:

A fungibilidade só é pensada, com propriedade, nas medidas conservativas (cautelares), em que o interesse gira em torno de proteger a eficácia do processo. Na tutela da evidência é o pedido substancial da parte que intenta proteger, não havendo como substituir o objeto da tutela, sem comprometer a liberdade do autor de definir o objeto litigioso e de pleitear o remédio processual que entenda útil à sua defesa. Ou se acata o pedido da parte, ou se lhe nega acolhida. Não há como decretar, por iniciativa do juiz, medida satisfativa diversa daquela requerida pela parte. Pode deferi-la em parte, mas não substituí-la por outra completamente distinta. Há, porém, casos em que a parte poderá se valer da tutela da evidência para pleitear medidas conservativas, sem os rigores do *periculum in mora*. Em semelhante quadra, a tutela da evidência estará se prestando a atuar no plano da cautelaridade, em que é normal o poder do juiz de praticar a substituição da medida pleiteada por outra que, na mesma linha de preservação, melhor se adapte às particularidades do *caso sub judice*.

Estas são efetivamente as particularidades das tutelas de urgência e da evidência, restando para o momento compreendermos as principais diferenças entre as técnicas para uma melhor aplicação na atuação forense e acadêmica.

2.4 Diferenciação entre as tutelas provisórias

Examinadas as noções gerais dos Títulos I, II e III, assim como as suas particularidades, cabe neste momento detalharmos as diferenças entre a tutela de urgência e evidência para, então, nos debruçarmos sobre o procedimento da tutela cautelar postulada em caráter antecedente, objetivando distinguir o enquadramento da medida inserida no Capítulo III do Título II.

¹⁰⁵ Ibidem

2.4.1 Diferença entre a tutela de urgência e evidência

A principal diferença entre a tutela da urgência e evidência é “a desnecessidade do *periculum in mora* (art. 311, *caput*). Este pode favorecer o seu deferimento, mas não é requisito indispensável”¹⁰⁶.

Destarte, é possível verificar que são os requisitos para a concessão das tutelas que as difere. Segundo a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁰⁷ esta diferença também pode ser observada pela ótica da tempestividade da prestação jurisdicional:

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 no 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.

Nas palavras de Natália Cançado Scarpelli¹⁰⁸, a concessão da tutela provisória de urgência, de natureza satisfativa ou cautelar está “condicionada à demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, enquanto para concessão da tutela provisória de evidência “não há necessidade de demonstração de “perigo de demora”, devendo ser atendidos os pressupostos presentes nas quatro hipóteses dispostas no artigo 311 da lei processual”.

Para Leonardo Greco¹⁰⁹ a diferenciação das tutelas se evidencia da seguinte forma:

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 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

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 699

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 633

¹⁰⁸ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 77 - 78. 2016.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. *A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2015*. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Baril 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

que acontece, por exemplo, com a liminar possessória ou com a liminar de alimentos provisórios.

Outra característica que às difere, é a possibilidade da tutela provisória de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, ser requerida em caráter antecedente, a teor dos Capítulos II e III do Título II, enquanto a tutela de evidência só poderá ser postulada em caráter incidental.

A este respeito comentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹⁰ que “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”. Assim, destarte, é inexorável concluir que a tutela provisória de evidência não é passível de estabilização.

Outra diferença evidente entre as tutelas de urgência e evidência são as hipóteses de concessão liminar da medida. Isto, porque, a concessão da liminar na tutela de evidência está limitada às hipóteses previstas no parágrafo único, do artigo 311 do Código de 2015, enquanto na tutela de urgência não há situações especificadas para a sua concessão, a teor do artigo 300, §2º do diploma processual.

Ademais, sustenta Natália Cançado Scarpelli¹¹¹ que “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 fungibilidade, presente no parágrafo único do artigo 305, ainda que, para esta hipótese, em uma interpretação extensiva”.

2.4.2 Do procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente

O procedimento para requerimento antecedente da tutela de urgência de natureza cautelar encontra-se previsto no Capítulo III do Título II, respectivamente nos artigos 305 a

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585

¹¹¹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 80 - 81. 2016.

310 do Código de 2015, e se presta a “conservar bens, pessoas ou provas, que possam sofrer alguma lesão ou perigo de lesão em razão da longa duração da marcha processual”¹¹².

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹¹³:

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 objeto é: i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

Para tanto, o artigo 305 prevê a necessidade de a parte, na petição inicial, indicar a lide e seu fundamento, expondo sumariamente o direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco de resultado útil do processo (art. 305).

A indicação da lide e o seu fundamento se prestam a “demonstrar a viabilidade da ação de mérito”¹¹⁴, enquanto a exposição sumária é “a forma de evidenciar o interesse processual, representado pelo direito de ação, com um mínimo de viabilidade jurídica”¹¹⁵. Assim, sustenta Humberto Theodoro Júnior¹¹⁶ que:

Trata-se da demonstração do *fumus boni iuris*. Há que demonstrar que o *interesse* do autor envolvido na lide é relevante, porque, pelo menos em princípio, aparenta conter um “bom direito”, e que merece ser resguardado através de um instrumento hábil até que a solução definitiva do litígio seja alcançada.

Não obstante a demonstração da viabilidade jurídica do pedido principal, deve a parte demonstrar cumulativamente que “por algum fato, existe o ‘receio de lesão’ ao interesse que legitima o exercício da ação”¹¹⁷.

Para Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁸, a exposição sumária não se trata de um resumo do direito acautelado, mas uma exposição tão bem fundamentada que se possa convencer sumariamente o magistrado da probabilidade do direito e do perigo de dano:

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 660

¹¹³ 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

¹¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 660

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Ibidem

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 254.

A petição em que é requerida a tutela cautelar antecedente deve indicar o litígio principal e a causa de pedir que deve sustentar o pedido de tutela principal. Também deve demonstrar a probabilidade do direito que se pretende assegurar e igualmente apresentar detidamente o perigo de dano. Perceba-se que não se trata de uma exposição “sumária” ou resumida do direito cautelando, mas de uma exposição que, embora deva convencer o julgador da *probabilidade* do direito, deve ser tão bem fundamentada e adequada quanto qualquer exposição que pretenda convencer o juiz.

É importante lembrar que a petição inicial também deve atender aos requisitos do artigo 319, do Código de 2015, sob pena de inépcia (art. 330, §1º, inc. I a IV). Outro ponto considerável é que a o valor atribuído à causa, pois a parte deve levar “em conta o interesse econômico em jogo no pleito principal. Como medida acessória, não pode ter o valor superior ao da demanda principal”¹¹⁹.

Atendidos os requisitos do artigo 305 e 319 do Código de 2015, o juiz, ao receber a petição inicial, poderá observar o procedimento previsto no artigo 303, caso o pedido formulado tenha natureza satisfativa, utilizando-se do parágrafo único do artigo 305, do diploma processual.

Sobre este instituto, comenta Humberto Theodoro Júnior que “essa disposição é, na verdade, a manutenção da fungibilidade entre as tutelas de urgência conservativas e satisfativas, regra que, aliás, já constava no art. 273, §7º, de 1973”¹²⁰.

Para a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²¹, o legislador estava ciente das dificuldades de interpretação e diferenciação das técnicas:

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 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 recebe-la, desde que segundo 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.

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 661

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 629

Uma vez preenchidos os requisitos e verificada a natureza da medida buscada, deverá o juiz: “a) julgar o requerimento *liminar* da tutela cautelar, se assim formulado, ou mediante justificação prévia, se necessário; b) ordenar o *cumprimento* da medida (se deferida); bem como c) determinar a *citação do réu*, para, no prazo de cinco dias, caso queira, contestar o pedido e especificar as provas que pretende produzir”¹²², nos moldes do artigo 306, do Código de 2015.

Na defesa a que faz menção o artigo 306 do Código de 2015, poderá o réu “alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido da medida cautelar e especificando as provas que pretende produzir. Não sendo contestado o pedido, o réu será considerado revel¹²³, presumindo-se aceitos os fatos narrados pelo autor como ocorridos, devendo o juiz decidir o pedido cautelar em cinco dias, independentemente de audiência (arts. 306 e 307)”¹²⁴. Caso haja apresentação de contestação, a tramitação do processo observará as regras do procedimento comum (art. 307, parágrafo único).

A respeito das matérias de defesa, ensina a doutrina Luiz Guilherme Marinoni¹²⁵ que:

Na contestação o réu pode deduzir defesa de mérito e defesa processual. A defesa processual pode articular qualquer preliminar que, respeitante à ação ou ao processo, possa obstaculizar a apreciação do mérito cautelar. A defesa de mérito diz respeito à probabilidade do direito e ao perigo de dano. Assim, pode negar os fatos constitutivos do direito dito provável, deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito, bem como ainda negar os fatos que representam o afirmando perigo de dano. A defesa de mérito não precisa convencer o juiz de que o direito não existe, uma vez que se situa na dimensão da probabilidade.

Concedido o pedido e efetivada a tutela cautelar¹²⁶, deverá a parte autora, no prazo de 30 (trinta) dias¹²⁷, formular nos próprios autos o seu pedido principal, independentemente

¹²² Ibidem

¹²³ “A existência da revelia deriva da caracterização do estado de inação quanto ao oferecimento da contestação. É uma situação processual da qual decorrem efeitos – de ordem material e processual –, sendo a presunção de veracidade das alegações de fato apenas um deles. Só é possível saber se a revelia ensejará completa ou parcial de seus efeitos mediante a avaliação das várias circunstâncias que em torno dela orbitam” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 258-259)

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 662-663

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 257

¹²⁶ “Uma vez obtida e efetivada a tutela cautelar, não pode a parte manter-se inerte, eternizando, a seu bel-prazer, a medida de urgência que lhe foi deferida em caráter antecedente. Por isso, marca-lhe a lei um prazo dentro do qual o juízo de mérito terá de ser instaurado. Esse prazo, de acordo com o art. 308, é de trinta dias, e tem caráter

do adiantamento de novas custas processuais (artigo 308), “momento em que é autorizado a realizar o aditamento da causa de pedir (artigo 308, §2º). 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 incidental e não antecedente”¹²⁸.

Na hipótese de indeferimento da medida cautelar antecipatória, nada obsta com que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição¹²⁹ (artigo 310).

Ao apresentar o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem a necessidade de nova citação (artigo 308, §3º), mas, caso não haja composição, o prazo para apresentação da contestação à lide principal observará a forma do artigo 335, do Código de 2015 (artigo 308, §4º). Após, o feito seguir-se-á nos moldes do procedimento comum “até que seja proferida sentença, a qual julgará o pedido de tutela cautelar em definitivo, confirmando-a, modificando-a ou revogando-a – 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 definitiva”¹³⁰.

Por fim, nos termos do artigo 309 do Código de 2015, a eficácia da tutela antecedente concedida será cessada nas hipóteses em que: (i) o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; (ii) não for efetivada a tutela cautelar no prazo de 30 (trinta) dias;

de *fatal* ou *peremptório*, o que quer dizer que se mostra improrrogável” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 665)

¹²⁷ “O prazo do art. 308 é, outrossim, contado não da decisão que defere a medida, mas datada de sua *efetivação*, conforme faz claro o citado dispositivo legal” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 665)

¹²⁸ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016. p. 95-96

¹²⁹ “O art. 310 do Código de Processo Civil, quando dá ao juiz o poder de reconhecer a decadência ou a prescrição em sede de tutela cautelar, permite que matéria que diz respeito à “tutela principal” tenha o seu julgamento deslocado. De forma excepcional, admite-se que o mérito da ação principal seja definido quando do julgamento do pedido de tutela cautelar. Isso, como é óbvio, quando o juiz tem convicção que lhe seria suficiente para declarar a prescrição ou a decadência caso estivesse diante do pedido principal. Ou melhor: o juiz pode declarar a prescrição ou a decadência, ao tratar da tutela cautelar, quando tem convicção de certeza e não quando tem apenas convicção de probabilidade, caso em que, quando muito, poderia “declarar” a *probabilidade* da prescrição ou da decadência”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 261-262)

¹³⁰ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016. p. 96

(iii) o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extingui-lo sem a resolução do mérito (artigo 309, inc. I a III), sendo vedado a parte renovar o pedido cautelar, salvo sob novo fundamento (artigo 309, parágrafo único).

3. DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

3.1 Noções gerais

O procedimento para o requerimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente se encontra previsto no Capítulo II do Livro V, e se presta, dentro da perspectiva da urgência e da satisfação provisória de um direito¹³¹, para que a parte possa formular um pedido antecipadamente à apresentação da petição inicial, quando “o direito se mostra na iminência de decair ou perecer se não for tutelado de plano, razão pela qual merece imediata proteção judicial”¹³².

Para a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹³³:

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, pode-se a tutela definitiva

Mas o procedimento não se justifica apenas pela urgência da medida, como também para uma possível estabilização da tutela, abreviando a satisfação do direito material sem a necessidade de instauração do procedimento comum, conforme sustenta Humberto Theodoro Júnior¹³⁴:

A principal justificação para o procedimento detalhado pelos arts. 303 e 304 para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é a preparação para uma possível estabilização da medida provisória, capaz de abreviar a solução da controvérsia, evitando, assim, a continuidade do processo até a composição definitiva de mérito (art. 304). O procedimento sumário, *in casu*, é franqueado ao autor, na esperança de que o demandado, diante do quadro em que a liminar foi requerida e executada, não se animará a resisti-la. Daí a previsão da estabilização da medida, sem instauração do processo principal e sem formação de coisa julgada.

¹³¹ “A tutela de urgência é *satisfativa* quando, para evitar ou fazer cessar o perigo de dano, confere, provisoriamente, ao autor a garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Seu objeto, portanto, se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal. São efeitos da futura acolhida esperada desse pedido que a tutela satisfativa de urgência pode deferir provisoriamente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 669)

¹³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 670

¹³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafaela Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586

¹³⁴ Ibidem

Mas adverte Luiz Guilherme Marinoni¹³⁵ que a técnica deve ser utilizada apenas em casos de urgência excepcional, pois sua utilização pode acarretar diversas complicações procedimentais:

A admissão desta técnica de tutela pressupõe uma situação de urgência incompatível com a demora inerente à elaboração da petição inicial da ação. Não se trata, portanto, de mera urgência “contemporânea à propositura da ação”. Na verdade, a urgência deve ser contemporânea a todo e qualquer requerimento de tutela cautelar ou antecipada, tanto antecedente quanto incidente. Não se pede tutela cautelar ou antecipada para uma urgência futura, mas para evitar um dano ou ilícito futuro. O *perigo* de dano ou ilícito e, portanto, a urgência, deve ser sempre presente e contemporâneo. Esse esclarecimento é importante para que não exista abuso no requerimento de tutela antecipada na forma antecedente, na medida em que essa técnica de tutela traz várias complicações procedimentais – que podem prejudicar a efetividade da distribuição da justiça -. A tutela antecipada só deve ser utilizada na forma antecedente quando a urgência for excepcional, ou seja, *capaz de impedir a apresentação dos documentos necessários ao pedido de tutela final, bem como o adequado desenvolvimento dos argumentos da causa de pedir*.

É importante destacar que sob a exigência do Código de 1973 não existia previsão legal acerca do pedido de tutela antecipada antecedente ou preparatória, mas apenas para os procedimentos de natureza cautelar, na forma dos artigos 796 a 889¹³⁶ do Código 1973.

Dada a ausência de previsão legal para as tutelas de natureza satisfativa, não era incomum a utilização do procedimento cautelar preparatório para a efetivação de medidas satisfativas, tal qual era a cautelar de “sustação de protesto cambial”, conforme expõe Cândido Rangel Dinamarco¹³⁷:

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, considerando 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 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,

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 228

¹³⁶ 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.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 73-74

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 corra a direitos, constitui imperativo da garantia constitucional do acesso à justiça (Const., art. 5º, 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. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, portador de severa recomendação de uma tutela jurisdicional “dentro do prazo razoável”.

Para Nathalia Cançado Scarpelli, a “inovação é justificável não somente por suprir uma deficiência do sistema anterior, mas também por possibilitar que as tutelas igualmente designadas como “Tutelas Provisória de Urgência” recebam o mesmo tratamento, permitindo a cada uma delas um procedimento próprio para pedidos de caráter antecedente”¹³⁸.

Neste diapasão são os ensinamentos de Antônio de Moura Cavalcanti Neto¹³⁹:

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.

Sobre a tutela antecipada antecedente, comentou Cassio Scarpinella Bueno¹⁴⁰ que o instituto poderia ser alçado até entre os procedimentos especiais do Código de 2015, dada a especialidade do procedimento:

O que o art. 303 faz é criar um 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

¹³⁸ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 99. 2016.

¹³⁹ CAVALCANTI NETO, Antônio 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

¹⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 258

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*.

A legitimação neste procedimento está restrita à figura do Autor da ação principal, pois a essência da técnica implica na antecipação, em todo ou parte, de seu mérito final, cuja parte previamente se identifica na petição inicial da medida provisória como autora da demanda judicial¹⁴¹.

No que se refere à natureza dos provimentos jurisdicionais que comportam o procedimento, sustenta Humberto Theodor Júnior¹⁴² que todos podem ter sua eficácia e utilidade assegurados por meios das medidas sumárias e provisórias:

Todos os processos, e não apenas os de tutelas condenatória ou executiva, dão oportunidade para aplicação emergencial da tutela provisória satisfativa. A tutela jurisdicional, no processo de conhecimento, se cumpre basicamente por meio dos provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos, que se atingem após a sentença de mérito transitar em julgado, e todos eles podem ter sua eficácia e utilidade asseguradas por meio de medidas sumárias e provisórias.

Destarte, poderá o Autor, diante de um quadro emergencial contemporâneo e sem a necessária conjuntura para elaboração da petição inicial (art. 319 e 320) com o pedido de tutela final, postular em caráter antecedente a tutela antecipada cujo procedimento doravante será exposto.

3.2 Procedimento

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente deve observar o mecanismo do artigo 303, *caput* do Código de 2015, pelo qual havendo “urgência contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e a

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 671

¹⁴² *Ibidem*

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”.

Em melhores palavras, ao “requerer a tutela antecipada de forma antecedente, o autor deve esclarecer que está assim agindo em vista de *excepcional* urgência que não lhe permite desde logo apresentar os documentos e os argumentos imprescindíveis à adequada propositura da ação voltada ao alcance da tutela – final – do direito”¹⁴³.

Para a doutrina de Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁴:

(...) o autor poderá ingressar em juízo limitando-se ao requerimento da tutela provisória satisfativa e procedendo apenas à indicação do pedido de tutela final, que posteriormente poderá formular por emenda, se for o caso. Não será formulado o pedido principal, isto é, aquele que seria o objeto do processo definitivo. Da inicial, constará, também, a exposição sumária da lide, do direito a que se busca realizar do *periculum in mora*. É evidente que, por se tratar de procedimento antecedente, a petição deverá indicar o juiz competente, as partes com sua qualificação, as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (NCPC, art. 319), bem como o valor da causa, que deverá levar em consideração o pedido de tutela final (art. 303, §4º). Caberá ao autor indicar, ainda, que, diante da demonstração dos requisitos do art. 303, *caput*, pretende valer-se dos benefícios da tutela provisória satisfativa (art. 303, §5º).

Sob a ótica de Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁵:

O art. 303 deixa claro que, na petição inicial, o autor pode se limitar a requerer a tutela antecipada e indicar o 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”. Significa que, quando o autor requer tutela antecipada na forma antecedente, deve indicar o litígio, o direito que será afirmado e o pedido que formulará para obter a tutela final que pretende antecipadamente. O autor deve indicar a espécie de sentença e a tutela de direito que pretende ao final. Assim, por exemplo, sentença mandamental (ordem sob pena de multa) e tutela inibitória ou sentença condenatória e tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia. Aliás, isso é imprescindível para que se possa saber se a tutela pode ser antecipada e em que limite.

O valor atribuído à causa deve corresponder ao valor do pedido de tutela final (art. 303, §4º), cuja base de cálculo será o benefício econômico almejado. No entanto, adverte Humberto Theodor Júnior que “a medida urgente pode ter uma dimensão menor já que é

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 228

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 680

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 229

possível pretender antecipação de efeitos apenas parciais do julgamento final de mérito. Sendo assim, o valor da causa a ser atribuído ao pedido de tutela satisfativa antecedente poderá ser até igual ao pedido principal, mas não deverá ultrapassá-lo e, eventualmente, poderá ser menor”¹⁴⁶.

Não obstante ao recolhimento das custas processuais com base no valor atribuído à causa, deve o Autor, com fundamento no §5º do artigo 303 do Código de 2015, indicar que “pretende valer-se do benefício previsto no caput”, renunciando ao procedimento comum, conforme ensinam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁴⁷:

A declaração expressa do autor (§5º) de que pretende se valor 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, 1º) sem a apreciação do seu conteúdo, dispensando a realização de instrução probatória e de uma sentença de mérito.

Sobre o §5º do artigo 303 do Código de 2015, comenta Cassio Scapinella Bueno¹⁴⁸ que o benefício deve ser interpretado de duas formas:

A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com o menor rigor formal tolerado pelo 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.

Ao receber a petição inicial, o magistrado poderá deferir liminarmente o pedido¹⁴⁹; designar a realização de audiência de justificativa prévia (art. 300, §2)¹⁵⁰; indeferir a petição inicial com base no artigo 330, do Código de 2015¹⁵¹; intimar o autor para emendar a petição inicial, caso verifique que não há elementos suficientes para a concessão da tutela

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 681

¹⁴⁷ 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

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scapinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259

¹⁴⁹ Ibidem

¹⁵⁰ 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)

¹⁵¹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 99. 2016.

antecipada (art. 303, §6º)¹⁵² e, por fim; julgar liminarmente improcedente o pedido, com base no artigo 332, do Código de 2015¹⁵³.

Na hipótese de intimação para emenda¹⁵⁴ da petição inicial, deverá o autor fazê-la no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento e, por conseguinte, a extinção do processo sem a resolução do mérito. Assim, “não haverá, como é claro, lugar para transformar o procedimento sumário em procedimento especial”¹⁵⁵.

Deferida a tutela de urgência, surgem duas situações processuais para as partes do processo (art. 303, §1º e 304, *caput*), cuja doutrina têm se dividido quanto ao momento processual adequado para o aditamento da petição inicial pelo autor, como explica Humberto Theodoro Júnior¹⁵⁶:

Ocorrendo o deferimento da liminar antecipatória, duas faculdades processuais se abrem para as partes: (i) o requerido terá oportunidade de interpor agravo de instrumento em quinze dias a contar da ciência da liminar (NCPC, art. 1.003, §2º e 1.015, II), e se não o fizer, a medida antecipatória se estabilizará (art. 304, *caput*); (ii) o requerente, por sua vez, terá o prazo de quinze dias (ou o prazo maior que o juiz houver por bem designar) para aditar a petição inicial, a fim de que seja confirmado o pedido de tutela final, e assim possibilitar a transformação da demanda provisória em demanda principal (art. 303, 1º, I). Tudo se passará no bojo dos autos do pleito de tutela provisória, sem acréscimo de custas (art. 303, §3º). Se não houver o aditamento, diz a lei que, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, 2º). A concomitância dos dois prazos (de aditamento e de recurso) que a lei aparentemente prevê oferece uma dificuldade de interpretação, já que as consequências de ambos devem ser sucessivas e prejudiciais entre si. Com efeito, é bom lembrar que, se intimado da liminar, o réu não houver interposto recurso, o provimento provisório já terá se estabilizado (art. 304, *caput*). Nesse caso, não se poderá cogitar de aditamento da inicial, já que a sua função seria de dar sequência ao processo no tocante à busca da solução final da pretensão de mérito. Exigir, nessa altura, do autor a tomada de providência somente compatível com a não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu. Diante deste aparente impasse procedimental, a

¹⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 681

¹⁵³ 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

¹⁵⁴ “Não haveria motivo para o legislador utilizar a expressão “aditamento” no caso de tutela concedida e a palavra “emenda” na hipótese de tutela negada. Ora, a negação da tutela antecipada nada tem a ver com o defeito da petição em que foi requerida. Como é evidente, se a petição inicial permitiu ao juiz formar convicção para não conceder a tutela antecipada obviamente não há como vê-la como inepta nem como suscetível a ser emendada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 231)

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 681

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 682-683

regra do inciso I, do §1º do art. 303, deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer, prazo esse que no sistema da tutela antecipatória deve funcionar como uma oportunidade legal para ser apurada a sua aquiescência ou não do pedido do autor. Assim, os dois prazos em análise (o de aditamento e o de recurso) só podem ser aplicados sucessivamente e nunca simultaneamente.

Nesta mesma linha de ideias é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁷:

No caso em que a tutela antecipada é concedida *e não se estabiliza* (art. 304, CPC), o autor tem o ônus de aditar a petição inicial sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, 2º, CPC) e, assim, cessação da eficácia da tutela. Frise-se que o aditamento só é necessário quando a tutela antecipada não se estabiliza, ou seja, quando o réu interpõe agravo de instrumento quando intimado da efetivação da tutela antecipada. É certo que uma leitura apressada do §1º do art. 303 poderia levar à conclusão de que o autor deve aditar a petição inicial depois de intimado da concessão da tutela antecipada. Porém, está implícito nas normas dos artigos 303 e 304 *que não há motivo para aditamento quando a tutela antecipada se estabiliza*. A fluência do prazo para o aditamento, como é pouco mais do que evidente, deve aguardar intimação a respeito da interposição de agravo de instrumento pelo demandado.

Em sentido oposto, sustentam Olavo de Oliveira Neto, Elias marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁵⁸ que o aditamento da petição inicial deverá ocorrer tão logo seja deferida a medida antecipatória, fazendo uma interpretação literal do dispositivo:

(...) 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 quando 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.

Nesta divergência doutrinária, concordamos com a interpretação de que o aditamento apenas deve ser realizado após o decurso do prazo recursal conferido ao réu, ou seja, sucessivamente a fim de garantir a estabilização da tutela sem a necessidade de instauração de procedimento comum.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 229-230

¹⁵⁸ 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

Em uma situação prática, imaginemos que a tutela antecipada tenha sido deferida em procedimento antecedente com a determinação de citação e intimação do acionado para eventual insurgência recursal (art. 303, inc. II). Neste panorama, caso o prazo para o aditamento flua logo após a concessão da tutela e o ato formal de cientificarão demore semanas ou até meses, o aditamento da petição inicial no prazo do art. 303, inc. I do Código de 2015 implicará em conduta antagônica à estabilização da decisão, impossibilitando, por consequência, a extinção do feito na forma do art. 304, §1º do Diploma Processual – na hipótese de não haver interesse recursal do acionado -.

Muito embora a leitura do artigo 303 do Código de 2015 conduza ao entendimento de que tão logo seja deferida a tutela o autor deverá aditar a petição inicial, os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil devem ser interpretados de maneira sistemática, de forma que a sua execução prática não produza efeitos antagônicos entre si.

É bem verdade que um dos princípios que norteiam o Código 2015 é justamente o da razoável duração do processo, incluída a atividade satisfativa (art. 4º, CPC). Mas não podemos perder de vista que é justamente a estabilização da tutela que pode proporcionar rigorosamente a tutela jurisdicional de forma tempestiva, respectivamente porque a tutela concedida e não resistida eventualmente propiciará a satisfação do direito material em tempo razoável - mesmo com a morosidade da citação e intimação do réu -.

Parece-nos que esta linha de entendimento é mais coerente do que a situação em que, ao aditar a petição inicial logo após a concessão da tutela e não haja interposição de recurso contra o decisório, o autor poderia desistir da ação previamente à apresentação de contestação¹⁵⁹. Neste raciocínio, não haveria razão de existir o §1º, do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Na hipótese de haver a interposição de agravo contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, abre-se o prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior que o juiz fixar para que a petição inicial seja aditada¹⁶⁰, na forma do §1º, inciso I do artigo 303 do Código de 2015, caso

¹⁵⁹ Artigo 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VIII – homologar a desistência da ação;

§4ª. Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação;

§5º. A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença;

¹⁶⁰ “O prazo para o aditamento, a princípio, é de quinze dias, mas o juiz pode fixar outro maior, conforme o art. 303, §1ª, I, *n fine*, do Código de Processo Civil. Isso só é possível, como é obvio, quando há justificativa de que o prazo de quinze dias é insuficiente em virtude de alguma particularidade do caso concreto. O aditamento, como não poderia ser diferente, deve ser feito nos mesmo autos e sem incidências de novas custas processuais (art. 303, §3ª, CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 230)

contrário a tutela se estabilizará e o processo será extinto, com base no artigo 304, §1º do Diploma Processual¹⁶¹, efeito este que será aprofundado em capítulo próprio.

Ao aditar a petição inicial, o Autor poderá complementar a sua argumentação, juntando novos documentos e, ao final, confirmar o pedido de tutela final. No entanto, também há divergência doutrinária a respeito da possibilidade de modificação (ampliação ou redução) do pedido de tutela final.

A este respeito, sustenta Luiz Guilherme Marinoni¹⁶² que não há possibilidade de formulação de outra tutela de direito, assim como em relação à extensão quantitativa postulada anteriormente:

O autor pode aditar a petição inicial apresentando novos fundamentos para a obtenção da tutela final indicada, bem como juntando documentos. Como o autor deve apenas confirmar o pedido de tutela final, não há possibilidade de formulação de pedido de outra tutela de direito – tutela inibitória no lugar de tutela ressarcitória. Nem mesmo poderá ser pedida tutela de menor ou maior extensão quantitativa do que a tutela final *indicada* e deferida antecipadamente. Caso a tutela final tenha sido antecipada em parte, poderá o autor – se desejar – restringir o pedido de tutela final.

Neste mesmo sentido é a doutrina de Bruno Garcia Redondo¹⁶³:

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 do requerimento de tutela antecedente? Viu-se que a lei exige que a petição do 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.

Em sentido oposto é a doutrina de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁶⁴, ao sustentarem a possibilidade de ampliação de pedidos não formulados na petição simplificada de tutela antecedente:

¹⁶¹ “A interpretação sistemática, portanto, é a de que o prazo para aditar a inicial somente fluirá depois de ocorrido o fato condicionante, que é a interposição de recurso do réu contra a liminar. Sem o recurso do réu, não há aditamento algum a ser feito pelo autor: o processo se extinguiu *ex lege* (art. 304, §1º).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 682)

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 230

¹⁶³ 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

(...) 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, 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.

Nesta divergência doutrinária, à luz de uma interpretação sistemática dos artigos 303, §1º, inc. I e 304. §1º do Código de 2015, concordamos com a interpretação de que não há espaço para ampliação ou cumulação de pedidos, pois, neste particular, não haveria razão para que o processo fosse extinto mediante a estabilização dos efeitos da tutela antecipada¹⁶⁵.

Aditada a petição inicial, o procedimento se converterá em principal, momento em que será determinada a citação do Réu, bem como a sua intimação da designação de audiência de conciliação e mediação¹⁶⁶, nos moldes do inciso II, do 1º do artigo 303, do Código de 2015.

Não havendo composição entre as partes, inicia-se o prazo para a apresentação de contestação na forma do artigo 335 do Código de Processo Civil, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁷:

Diante do aditamento da petição inicial, deve ser feita a citação do demandado e a sua intimação para audiência de conciliação ou de mediação, consoante o art. 334 do Código de Processo Civil. Inexistindo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 (art. 303, §1º, II e III, CPC). A partir daí o procedimento prossegue normalmente, como se a ação houvesse sido regularmente proposta e a tutela antecipada requerida na petição inicial.

¹⁶⁴ 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

¹⁶⁵ “Em suma, a falta de recurso do requerido funciona como prejudicial da possibilidade de aditamento da inicial pelo requerente. Extinto o processo dessa maneira, só por ação apartada poderá ser discutida a solução definitiva (principal) da lide existente entre as partes, seja para cassar, manter ou confirmar a medida provisória estabilizada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 683)

¹⁶⁶ “A citação do réu, na sistemática dos arts. 303 e 304, está prevista para ocorrer depois que o procedimento já se converteu em principal, por força do aditamento da petição inicial. A designação de audiência de conciliação de que cogita o art. 303, 1ª, II, também, só tem cabimento depois da mesma emenda da inicial, por se tratar de diligência própria do processo principal, que não chegou a se abrir em virtude da extinção do procedimento antecipatório antes da eventualidade de sua transformação em causa definitiva.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 683)

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 230

Destarte, uma vez deferida a tutela antecipada antecedente com a interposição de agravo de instrumento pelo acionado e o subsequente aditamento da petição inicial pelo autor, o processo seguirá pelo procedimento comum, cujas etapas de saneamento, instrução e julgamento seguirão normalmente até o deslinde definitivo do feito.

3.3 Possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar e antecipada requeridas em caráter antecedente

Uma das questões relevantes em que o legislador foi omissos é a respeito da possibilidade de fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar antecedentes, uma vez que o artigo 305 do Código de 2015 apenas se pronuncia a respeito da possibilidade de fungibilidade da cautelar em antecipada e não o inverso.

Diante da ausência de previsão legal expressa, grande parte da doutrina tem se posicionado no sentido de ser possível a aplicação da fungibilidade nas duas direções quando se trata do gênero “tutelas de urgência”, conforme lecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶⁸:

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 a 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 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 mais adequado por força de lei.

Este também é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁹:

De qualquer forma, o legislador quis premiar o autor que equivocadamente requer a tutela antecipada sob o rótulo de cautelar, dando-lhe a oportunidade de ver os trilhos do procedimento pertinente à tutela *substancialmente* pleiteada utilizados pelo juiz. Porém, se isto está escrito na lei, certamente

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 254

não há motivo para não admitir o inverso, ou seja, a possibilidade de o juiz entender que o pedido de tutela equivocadamente batizada pelo autor de antecipada seja processado mediante o procedimento e sob as técnicas processuais idealizados para a tutelar cautelar.

No entanto, em que pese a possibilidade de aplicação da fungibilidade entre as tutelas requeridas em caráter antecedente, tal modificação (progressiva ou regressiva) pode acarretar problemas para as partes, conforme explica Nathalia Cançado Scarpelli¹⁷⁰:

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 a tutela cautelar antecedente, vindo o juiz a entender que, na realidade, o requerimento verse sobre a 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 reforma das decisões que aplicaram o princípio da fungibilidade, de modo a alterar novamente as regras procedimentais, e possivelmente, causar um grande imbróglio no processo.

É certo que a modificação pela fungibilidade da medida almejada pode implicar no desagrado de alguma das partes, no entanto, é preciso sempre observar o princípio do contraditório nestas hipóteses, conforme ressalta José Herval Sampaio Júnior¹⁷¹:

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 que diversos artigos, Que o juiz deve anunciar a tese que entende 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 da decisão que não considera acertada e não haver a mudança de plano pelo juiz, pois repita a

¹⁷⁰ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 112. 2016.

¹⁷¹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Tutela cautelar no novo CPC*. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto O. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). *Tutela provisória*. Coleção grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 312-313.

ideia inicial aqui esposada, o autor poderá querer, por exemplo, a antecipação e não o acautelamento, sendo o primeiro na prática mais bem restritivo a parte adversa. Entretanto, quando se pede tutela cautelar e o juiz entende que é o 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 a ser influenciado pelas considerações das partes, isso para o juiz, sempre evitando que este profira decisões surpresas que possam prejudicar qualquer das partes.

Portanto, pode o juiz a depender de sua interpretação e com o fito de proporcionar maior efetividade ao processo, converter a medida antecipatória antecedente em cautelar, cabendo ao prejudicado se insurgir contra a decisão que não lhe agradou na forma do artigo 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

4.1 Noções gerais

A Tutela Antecipada incluída pela Lei nº 8.952/1994 no Código de Processo Civil de 1973, influenciou diretamente na criação de um fenômeno na prestação jurisdicional daquela época, em que o Autor, após ter a sua pretensão deferida antecipadamente, se desinteressava pela continuidade da ação judicial, conforme explica o professor Arruda Alvim¹⁷²:

Há algum tempo, se tem observado que determinadas espécies de tutela de urgência são aptas a assegurar ao interessado, pelo menos na perspectiva fática, o gozo definitivo e irreversível do direito pleiteado. Essa situação sempre preocupou os juristas, pois a solução, em princípio simplesmente provisória do litígio, adquiria estabilidade equiparável àquela que teria a solução final. Esse fenômeno se verificava com frequência nos juízos de primeiro grau, em casos como os de fornecimento de tratamento médico, realização de cirurgias urgentes, determinação de matrícula em instituição de ensino etc. Em tais hipóteses, de um modo geral, o autor se satisfazia com a providência prática concedida provisoriamente, o que levava os magistrados a concluir que a proteção jurisdicional se teria esgotado. E, embora não se pudesse falar, tecnicamente, em ausência de interesse processual – já que a definição do direito, em sede de cognição exauriente ainda poderia ser necessária e útil – os juízes prolatavam sentença terminativa ao argumento de que a medida satisfativa e irreversível ocasionava a perda do objeto. Com isso, de um modo geral, conformavam-se as partes, já que; por um lado, ficava o autor “dispensado” do ônus de prosseguir na fase de conhecimento, para a qual poderia estar desmotivado, e, de outro, facultava-se ao réu, se assim desejasse, a possibilidade de promover uma ação própria, pleiteando, inclusive, a responsabilidade de ser indenizado pelas perdas e danos provenientes do cumprimento da medida indevidamente decretada.

Este fenômeno é bem exemplificado pela doutrina de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira¹⁷³:

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

¹⁷² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 760-761

¹⁷³ 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

completo e não sabiam para o que se prestava. Afinal, na prática, o que significa coisa julgada para um leigo, quando já recebeu tudo aquilo que lhe era devido?

Na busca pela solução deste fenômeno, foram “propostos projetos de lei ao IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), primeiramente, pela professora Ada Pellegrini Grinover (1997) e, posteriormente (2005), por um grupo constituído por esta e pelos professores Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque”¹⁷⁴.

Para Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito¹⁷⁵, a proposta construída pelo grupo de juristas acima mencionados, lançou bases que permitiram a configuração do regime da estabilização no projeto de elaboração do Novo Código de Processo Civil:

A primeira proposta de inserção da estabilização apareceu nas Jornadas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, realizadas em Foz do Iguaçu, entre 04 e 08 de agosto de 2003. Aí foi constituído um grupo de trabalho, composto por Ada Pellegrini Grinover, José dos Santos Bedaque, Luiz Guilherme Marinoni e Kazuo Watanabe, que produziria uma proposta de alteração do art. 273 do CPC vigente, nele inserindo a previsão do procedimento autônomo de antecipação de tutela e, no seu regime, a estabilização. Tal proposta foi transformada no Projeto de Lei 186/2005 do Senado Federal, arquivado com o término da legislatura e não reeleição do seu autor em 2006, o Senador Antero Paes de Barros. Essa proposta previa o deferimento da tutela antecipada incidentalmente ou em procedimento prévio, e, havendo omissão das partes quanto ao prosseguimento do processo ou à propositura da demanda cognitiva, a decisão formaria coisa julgada material. (...) A proposta construída pelo Grupo de Trabalhos nas Jornadas de Foz do Iguaçu lançou bases que permitiram a configuração do regime da estabilização e, assim, os trabalhos da comissão de juristas instituída em 2009, pelo presidente do Senado Federal, José Sarney, mediante edição do Ato n. 379, a fim de elaborar um projeto de Novo Código de Processo Civil (que se tornaria, mas tarde, o Projeto de Lei 166/2010), comissão essa presidida pelo ministro Luiz Fux e que de fato inseriu a estabilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme expõe o professor Arruda Alvim¹⁷⁶, o projeto original do Código de 2015 sofreu algumas modificações até a aprovação de seu texto final:

¹⁷⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. e amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 762

¹⁷⁵ SILVA DE LIMA, Bernardo; EXPÓSITO, Gabriela. *Tutela Provisória: “Porque tudo que é vivo, morre”* Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo, vol. 250, p. 05, São Paulo: RT, Mar/2017. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.09.PDF >. Acesso em: 01/08/2019.

¹⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 763

Nas versões iniciais do Projeto do CPC, ainda no Senado – PLS nº 166/2010 (art. 280) – já não se falava em coisa julgada, mas, tão somente, na estabilização. E, para ocorrer a estabilização, seria necessária a ausência de impugnação (e não, apenas, especificamente, de recurso), pelo réu, da decisão concessiva. Por outro lado, a eficácia da medida (e, pois, a estabilização), perduraria por prazo indeterminado, até que adviesse uma decisão definitiva de mérito. Ainda, essa previsão se aplicava não apenas à tutela antecipatória de urgência, mas também às tutelas cautelares. Na Câmara dos Deputados, houve algumas alterações quanto ao tema. O PL nº 8.046/2010 previu a estabilização como consequência da ausência de interposição, pelo réu, do recurso cabível contra a decisão concessiva da tutela de urgência (antecipada ou cautelar). Estabeleceu, ainda, o prazo de dois anos para a ação revocatória (art. 305), sem nada esclarecer sobre a existência ou não da coisa julgada. Das redações dos Projetos à versão final do CPC/2015, verificaram-se modificações quanto a alguns pontos sensíveis, abaixo elucidadas: a) quanto *ao tipo de contumácia* exigida como pressuposto à estabilização, *i.e.*, se a falta de impugnação, em sentido amplo, seria suficiente para tal ou se há exigência de que a contumácia se referisse, especificamente, ao recurso, devendo ser interpretada na sua literalidade; b) se seria suficiente a previsão da estabilização para a tutela antecipada, sem prejuízo da confusão conceitual que se pudesse verificar, em muitos casos, desta com a tutela cautelar; c) quanto à existência, ou não, da coisa julgada a partir da expiração do prazo para a ação revocatória, a despeito da previsão legal expressa em sentido contrário.

Mas a técnica da estabilização teve origem nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, respectivamente nos institutos do *juridiction des référés*, no direito francês e no *provvedimento d'urgenza*, no direito italiano¹⁷⁷.

No que se refere a *juridiction des référés*, o trabalho de autoria de Pedro Rosa Loureiro Valim¹⁷⁸ descreve de forma sintética o instituto do direito francês:

A *juridiction des référés* é pautada, basicamente, por uma jurisdição calcada em cognição sumária (juízo de aparência, verossimilhança ou probabilidade). Consoante o disposto no artigo 484 do Código Civil francês, trata-se de uma decisão provisória prestada em virtude da demanda de uma das partes processuais, estando a outra presente ou, ao menos, intimada para o comparecimento, em um caso em que a lei confere ao magistrado, que não é o responsável ou competente para o julgamento do processo principal, o poder para ordenar imediatamente as medidas necessárias. Trata-se da aplicação da tutela processual adequada à peculiaridade do direito material. Constata-se que, diversamente do ordenamento jurídico nacional, na França há uma repartição de competência, incumbindo-se ao *juge des référés* a competência para a concessão ou não da tutela antecipatória pleiteada, não se cumulando a este magistrado a competência para o julgamento do processo principal, caso este, ao final, seja de fato instaurado por uma das

¹⁷⁷ LOUREIRO VALIM, Pedro Rosa. *Estabilização da tutela antecipada*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. 16. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Dez/2015 – Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/17132> >. Acesso em: 05/08/2019.

¹⁷⁸ Ibidem

partes, que pretende a submissão a uma cognição exauriente, não se conformando, por conseguinte, com a estabilização da tutela antecipatória prevista no ordenamento francês. Assim como dito anteriormente, busca-se autonomizar a tutela antecipatória, tornando-a, em assim manifestando favoravelmente as partes processuais, independente, não sendo sucedida posteriormente, como regra, por uma fase cognitiva exauriente.

O primeiro contato com o instituto do *juridiction des référés* foi através da professora Ada Pellegrini Grinover, que demonstrou de forma pioneira a efetividade do *référé*, “ao afirmar que, assim também, no *référé* francês, as partes costumam conformar-se com o provimento, sendo que parece que mais de 90% (noventa por cento) dos casos acabam resolvidos sem necessidade do processo ordinário”¹⁷⁹. Portanto, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior¹⁸⁰:

O novo Código trilhou a enriquecedora linha da evolução da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena ou o processo de mérito, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela sumária. Em outras palavras, a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena.

Destarte, a técnica de estabilização da tutela antecipada postulada em caráter antecedente, instituto inspirado na legislação francesa e não presente no sistema processual revogado (CPC/1973), foi introduzido no sistema jurídico brasileiro a fim de promover uma tutela mais tempestiva e efetiva ao jurisdicionado, conforme sustenta Nathalia Scarpelli Cançado Scarpelli¹⁸¹:

A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, técnica inovadora não prevista no sistema processual anterior, 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 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 sucumbência, continuando a decisão antecipatória

¹⁷⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 180

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 689

¹⁸¹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 115-116. 2016.

a produzir efeitos até a sua eventual modificação por decisão de mérito proferida em ação autônoma (...). 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 o trânsito em julgado da decisão.

Neste sentido é a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁸², ao sustentar que os principais objetivos da estabilização são: “i) afastar o perigo da demora com a *tutela de urgência*; e ii) oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu”.

No que diz respeito a diferença entre a eficácia da tutela e a sua estabilidade, conveniente apresentamos a distinção comparativa entre as duas sob a ótica de Heitor Vitor Mendonça Sica¹⁸³:

(...) *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, §1^a. Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medida 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 efetivação da tutela provisória (art. 297, par. ún.).

Ademais, diferentemente da proposta feita pelo grupo de estudos do IBDP em meados de 2005¹⁸⁴, o texto final aprovado do Código de Processo Civil de 2015 não conferiu à decisão antecedente os *status* de coisa julgada material, tal como ocorre nas decisões de cognição exauriente plena¹⁸⁵, questão está que será melhor abordada em subcapítulo próprio.

¹⁸² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11^a ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616-618.

¹⁸³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. 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; 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 236

¹⁸⁴ “Esses projetos atribuíam ao instituto feições diferentes daquelas contidas no art. 304 do CPC/2015. Realçamos, entre elas, a previsão de que, se as partes não propusessem a ação de conhecimento no prazo de sessenta dias após a preclusão da decisão concessiva, a estabilidade da tutela antecipatória adquiriria *status* de coisa julgada, tal como ocorre, atualmente, no direito português.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18^a ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 762-763)

¹⁸⁵ “Essa decisão antecipatória, todavia, não opera a coisa julgada, ou seja, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material, que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos.”

4.2 Pressupostos para a estabilização

A estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente deve observar o disposto no artigo 304¹⁸⁶ do Código de 2015, segundo o qual, concedida a tutela na forma do artigo 303, tornar-se-á estável a decisão que contra o seu teor não for interposto o seu respectivo recurso, sendo extinto o processo na forma do §1º, do mesmo comando legal.

Como se observa do texto do artigo 304, os pressupostos para a estabilização não se encontram gravados na legislação processual de forma explícita, o que levou a doutrina a interpretar sistematicamente do Código de Processo Civil a fim de localizá-los.

O primeiro pressuposto descrito pela doutrina, localiza-se na necessidade de o Autor, no bojo de sua petição inicial, manifestar expressamente sua intenção de se valer do procedimento da tutela antecipada antecedente, conforme determina o §5º, do artigo 303 do Código de Processo Civil¹⁸⁷.

É o que sustentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁸⁸, ao interpretarem o §5º, do art. 303 do Código de 2015:

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, §5, 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 *amálgama*. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), o autor manifestar, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304.

Esta vertente de pensamento sustenta que não seria possível a estabilização da tutela antecipada requerida incidentalmente, mas apenas em caráter antecedente. Daí a

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 690)

¹⁸⁶ Artigo 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

¹⁸⁷ “a) *Indicação expressa do autor no sentido de pretender a estabilização*. O autor, conforme previsto no §5º do art. 303 do CPC/2015, que pretende seja aplicado o benefício da tutela antecipada, deve indicar na petição inicial que dele pretende valer-se. Ao se manifestar pela utilização do mecanismo da estabilização, o autor deixa claro que pretende usufruir da tutela antecipada, caso não haja recurso do réu. Com isso, abre mão, pelo menos naquele procedimento, da cognição exauriente, bem como se submete ao prazo extintivo de dois anos para o ajuizamento desta.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 765.)

¹⁸⁸ 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

necessidade de manifestação inequívoca da pretensão do Autor em se valer do procedimento da tutela antecipada antecedente.

Por outro lado, a linha de pensamento adotada pelos professores Rogério Licastro Torres de Mello, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição e Leonardo Feres da Silva Ribeiro¹⁸⁹, defende a possibilidade de estabilização da tutela deferida incidentalmente:

(...) não se pode perder de vista que o pedido de tutela antecipada antecedente é medida excepcional, justificando-se diante de uma *urgência contemporânea a 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 aquele que confere a maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso da tutela antecipada deferida incidentalmente.

Esta linha vertente doutrinária também é compartilhada por Leonardo Greco¹⁹⁰ e Luiz Guilherme Marinoni¹⁹¹.

¹⁸⁹ 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

¹⁹⁰ “A estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista no artigo 304, também se aplica á 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 9art. 330). Para recorrer da liminar, parece-me que o requerido deve ter sido intimado da liminar e citação da ação, pois, enquanto não citado, não pode lhe ser imposto qualquer ônus processual.” (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.

¹⁹¹ “Ora, não há motivo razoável algum para se entender que apenas a tutela antecipada requerida na forma antecedente pode ser tornar estável. Isso seria afirmar que somente o autor que, diante da situação de urgência, não tem tempo para elaborara adequadamente a petição inicial da ação, pode gozar dos benefícios da inércia do demandado. Entretanto, como os sistemas da tutela provisória e do próprio código repudiam uma interpretação literal no sentido de que somente a tutela antecipada antecedente pode se estabilizar, há como evitar a contradição de uma leitura descuidada poderia provocar. Ao admitir a estabilização da tutela antecipada requerida na forma antecedente, o art. 304 aceitou implicitamente a estabilização da tutela antecipada requerida na petição inicial da ação regularmente proposta. Raciocínio diverso retiraria a coerência da estabilização da tutela ou, pior do que isso, *estimularia o autor a fingir que não possui documentos e oportunidade para desenvolver adequadamente a causa de pedir da ação apenas para requerer a tutela na forma antecedente*. Frise-se que, quando a tutela antecipada é requerida na petição inicial da ação em que se pede a tutela final do direito, a estabilização da tutela somente é possível quando deferida *inaudita altera parte*. Neste caso, sendo o réu intimado da efetivação da tutela e citado para contestar mediante o mesmo mandado, a estabilização dependerá da não interposição de agravo e da não apresentação de contestação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 235)

Nesta divergência doutrinária, concordamos com a interpretação restritiva do artigo 304 do Código de 2015, segundo o qual a decisão antecipatória somente teria o condão de se estabilizar mediante a adoção do procedimento próprio do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Isto, porque, embora aparente ser possível a estabilização da tutela requerida incidentalmente, entendemos que o legislador – após longa discussão e de diversas alterações no texto final do Código de 2015 – optou por limitar a possibilidade de estabilização da decisão antecipatória tão somente nos casos de requerimento antecedente, na forma do artigo 303 do Código de 2015.

Neste prisma, concordamos com as palavras de Nathalia Cançado Scarpelli¹⁹² no sentido de que a distinção promovida pelo legislador “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, inclusive, poderá o Réu concordar”.

O segundo pressuposto diz respeito a concessão ou deferimento da tutela antecipada antecedente, cujo pressuposto consta expressamente no *caput* do artigo 304, do Código de 2015. Sobre o tema, oportuna a transcrição dos ensinamentos do professor Arruda Alvim¹⁹³:

b) *Deferimento de tutela antecipada em caráter antecedente*: A utilidade maior do instituto será, sem dúvidas, nos pedidos prestacionais, de entrega de coisa certa, e de obrigação de fazer ou de não fazer. Por outro lado, também para o réu poderá haver vantagem em não recorrer da decisão que concedeu a tutela provisória, extinguindo o processo, em especial quando forem remotas suas chances de sagrar-se vencedor ao final do procedimento ordinário. Ademais, com a estabilização, o réu evita arcar com custas processuais e honorários advocatícios em patamar mais elevado.

A respeito deste pressuposto, afirmam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹⁴ que as decisões concessivas proferidas por juízo de primeira instância, mesmo após a realização de audiência de justificação prévia (art. 300, §2º, CPC); pelo Tribunal em sede de Agravo de Instrumento contra a decisão denegatória, seja colegiada ou monocrática, e; em processos de competência originária de Tribunal, são passíveis de se

¹⁹² SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 122. 2016.

¹⁹³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 767-768

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 620

tornarem estáveis, ressalvando, apenas, que as decisões proferidas em 2ª grau de jurisdição somente se estabilizarão na hipótese de não implementação do aditamento da petição inicial e formulação do pedido de tutela final.

Neste sentido é a doutrina de Heitor Vitor Mendonça Sica¹⁹⁵:

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 2ª grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1ª 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 petição inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º), 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).

É evidente a existência de incongruência temporal entre o prazo para o aditamento da petição inicial – na hipótese de indeferimento da tutela antecipada -; do prazo para interposição de Agravo de Instrumento (art. 1.003, §5º, CPC), e; do eventual provimento recursal adotado Tribunal competente.

Nesta problemática, parece-nos imprescindível a postulação de efeito ativo ao recurso (art. 995, parágrafo único), objetivando a suspensão da determinação de aditamento da petição inicial e, bem assim, possibilitar a estabilização da tutela caso o recurso seja provido (art. 1.019, inc. I, CPC) e não haja interposição de recurso contra a decisão, colegiada ou monocrática.

Outro ponto relevante sustentado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹⁶, com o qual concordamos, é a possibilidade da decisão que concede parcialmente a tutela antecipada operar sua estabilização:

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. Nesse caso, sobrevivendo a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos apenas desse capítulo do decisório, prosseguindo-se a discussão quanto ao restante.

¹⁹⁵ 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

¹⁹⁶ 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

Portanto, concedida parcialmente a tutela antecipada antecedente sem a insurgência recursal do réu, estabilizar-se-ão os efeitos da decisão em relação a parte do requerimento deferido.

O terceiro pressuposto diz respeito ao chamado pela doutrina de inércia do réu, pressuposto contido no *caput* do artigo 304 do Código de 2015, que condiciona a estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada à ausência de interposição do “respectivo recurso” pelo réu.

Embora este pressuposto tenha sido aceito pela doutrina, surgiram dúvidas sobre se a apresentação de contestação ou qualquer outro meio de impugnação seria suficiente para impedir a estabilização da tutela antecipada, ou, se necessariamente o réu haveria de interpor o recurso cabível para este fim, conforme expõe com excelência Arruda Alvim¹⁹⁷:

Sobre o tema, a doutrina ainda não se posicionou com unidade, havendo duas correntes que têm maior notoriedade. Parte da doutrina compreende que o instrumento hábil a impedir a estabilização é a interposição do recurso cabível (usualmente, o agravo de instrumento). Diante disso, qualquer outra providência não seria suficiente para o prosseguimento da demanda, visto que o CPC/2015, em seu art. 303, estabelece que, havendo a estabilização, o processo deverá ser extinto. Partindo-se deste pressuposto, a apresentação da contestação seria inócua. Diversos são os argumentos que podem ser elencados neste sentido. Como já mencionado, a redação do dispositivo disciplina este momento do procedimento ora estudado é relativamente clara ao prever que apenas a apresentação do “respectivo recurso” em face da decisão antecipatória impede a estabilização e a consequente extinção do processo. Lembremos, outrossim, que, consoante já foi observado na síntese evolutiva do instituto, a redação originária do PLS n. 166/2010 previa a ausência de *impugnação* da medida como pressuposto para à estabilização, o que veio a ser modificado na Câmara dos Deputados (art. 305 do PL n. 8.046/2010. O texto de lei aprovado (art. 304, *caput*, do CPC) seguiu expressamente o entendimento da Câmara, de forma que ampliar o pressuposto da inércia do réu em recorrer da medida geraria grande insegurança jurídica e inviabilizaria o instituto, que já se apresenta extremamente complexo. Por outro lado, importante o destaque de que outra parcela da doutrina compreende que a interpretação do dispositivo não deve ser literal. Dentre os argumentos que são elencados, pode-se destacar o de que o réu, ao apresentar a contestação ou uma mera impugnação, não teria restado inerte, tendo evidenciado a sua oposição ao provimento liminar, o que justificaria o prosseguimento do feito. Diante disso, não seria adequado interpretar literalmente o dispositivo, devendo ser o termo “recurso” lido como “qualquer oposição” ou “impugnação”. Ademais, argumenta-se que o réu, ao apresentar contestação, teria manifestado sua pretensão de obter um julgamento de mérito definitivo, o que impediria a extinção do processo

¹⁹⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 769-770

neste momento inicial, em que não há cognição exauriente. Complementa-se, finalmente, como argumento que se baseia no respeito a celeridade e economia processual. Pontua-se que não seria razoável obrigar a parte, que já manifestou que pretende a solução da lide ao apresentar sua contestação, a dar início a outro processo, pagando custas, movimentando novamente a máquina judiciária, sendo que as questões controvertidas podem ser solucionadas no próprio processo já iniciado.

Dentre os adeptos à corrente ampliativa do *caput* do artigo 304 do Código de 2015, estão Eduardo Scarparo¹⁹⁸, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹⁹, Ravi Peixoto²⁰⁰, Cassio Scarpinella Bueno²⁰¹, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello²⁰², obviamente respeitada a particularidade de cada obra acadêmica.

No que se refere a vertente restritiva ou literal, são adeptos Arruda Alvim²⁰³, Dierle Nunes, Érico Andrade²⁰⁴, Alexandre Freitas Câmara²⁰⁵, Carlos Augusto de Assis²⁰⁶ e Antônio de Moura Cavalcanti Neto²⁰⁷.

¹⁹⁸ 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

¹⁹⁹ 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

²⁰⁰ 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

²⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 262

²⁰² “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 aumentos dos agravos de instrumento nessa situação, pois a parte seria obrigada a lançar mão do recurso se quisesse 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)

²⁰³ “Optamos, nesse ponto, conforme nos manifestamos em obra de nossa autoria, pelo entendimento que privilegia a tomada de posição do legislador e que, dentro do seu espectro de objetivos, alarga a possibilidade de estabilização, permitindo que se conserve sua eficácia enquanto não for desconstituída por ação de cognição plena.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 771)

²⁰⁴ 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 Baril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – vol. 4*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83

²⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 162-163

²⁰⁶ ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cássio Scarpinella; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA,

Nesta divergência doutrinária, parece-nos coerente adotarmos a interpretação restritiva do *caput* do artigo 304, do Código de 2015. Isto porque, ao ampliar os meios obstativos da estabilização, haverá uma redução massiva da possibilidade de aplicação do instituto, principalmente levando em consideração a quantidade de meios de impugnação suscitados pela doutrina.

Não obstante ao fato de que, por uma opção legislativa, houve por bem a Câmara dos Deputados alterar o termo “impugnação” por “respectivo recurso”, através da aprovação do art. 305 do Projeto de Lei nº 8.046/2010. Portanto, “ampliar o pressuposto de inércia do réu em recorrer da medida geraria grande insegurança jurídica e inviabilizaria o instituto, que já se apresenta extremamente complexo”²⁰⁸.

Além disso, concordamos com as palavras de Nathalia Cançado Scapelli²⁰⁹, ao afirmar que “ao prever a 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 impugnação”.

Destarte, deferida a tutela antecipada em 1ª instância, o recurso de Agravo de Instrumento será a medida processual adequada para combater a decisão, bem como obstar a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, na forma do artigo 1.015, inciso I do Código de Processo Civil.

Na hipótese de concessão da tutela antecipada em 2ª instância por decisão monocrática, seja por via recursal ou ação de competência originária do Tribunal, o recurso cabível será o Agravo Interno (art. 1.021, CPC), enquanto na hipótese de concessão por decisão colegiada, os recursos cabíveis serão o Recurso Especial (art. 105, inc. III, CF) e o Recurso Extraordinário (art. 102, inc. III, CF). Ademais, oportuna a transcrição de duas

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

²⁰⁷ CAVALCANTI NETO, Antônio 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

²⁰⁸ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 770

²⁰⁹ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016. p. 132-133.

considerações de autoria de Nathalia Cançado Scapelli²¹⁰, com as quais também concordamos:

Cabe aqui tecermos 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 declaratória e, uma vez inadmitido o recurso, deve-se considerar que este não tenha existido. 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 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 por conta da ausência de pressuposto imprescindível, a existência de concessão de tutela antecipada.

Por fim, parte da doutrina têm reconhecido como quarto pressuposto para a estabilização a ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor, conforme expõem Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello²¹¹:

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, §2º), com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida.

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ 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

Segundo os autores, a ausência de aditamento da petição inicial, somada à inércia do Réu, consistiria em uma dupla inércia ou omissão, o que implicaria na impossibilidade de estabilização da tutela antecipada²¹².

Neste mesmo sentido é o posicionamento de Eduardo José Fonseca da Costa, citado em obra de Ravi Peixoto em trabalho sobre à análise dos remédios processuais aptos a impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente²¹³:

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 a 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.*

Não acolhemos esta linha de ideias. Isto, porque, adotamos neste trabalho a linha de pensamento, segundo o qual, os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil devem ser interpretados de maneira sistemática para que não produzam efeitos antagônicos entre si, de forma que o prazo para o aditamento da petição inicial deve iniciar após o decurso do prazo recursal conferido ao réu, sucessivamente, a fim de garantir a estabilização da tutela sem a necessidade de instauração de procedimento comum.

Averiguados os posicionamentos doutrinários acerca dos pressupostos para a estabilização e fixada nossa linha de pensamento, concluímos que seriam três os requisitos para a tutela antecipada operar sua estabilização: (i) o requerimento da tutela antecipada antecedente; (ii) concessão integral ou parcial da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e, por fim; (iii) a inércia do réu, sem prejuízo da exposição do pressuposto da ausência de aditamento da petição inicial com o qual não adotamos.

²¹² Ibidem

²¹³ 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

4.3 Ação autônoma de revisão da medida antecipatória estabilizada

A tutela antecipada estabilizada preservará os seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em ação autônoma a que faz menção os §§2º e 3º, do artigo 304 do Código de Processo Civil.

A propositura da ação autônoma observará o procedimento comum e será distribuída por prevenção ao juízo que deferiu a tutela provisória estabilizada (art. 304, §4º, CPC), conforme bem descreve Humberto Theodoro Júnior²¹⁴:

A estabilização da tutela provisória não impede que qualquer das partes promova, ulteriormente, a propositura da ação principal de cognição plena, visando revisão, reforma ou invalidação da medida provisória estabilizada (NCPC, art. 304, §2º). Sua tramitação observará o procedimento comum. Dessa demanda advirá, não uma nova regulação provisória do litígio, mas um julgamento definitivo de mérito, que substituirá a tutela provisória até então em vigor (art. 304, §3º). A pretensão em tela será deduzida em juízo como *nova ação*, diretamente voltada a composição definitiva do litígio, mediante cognição plena e exauriente, capaz de revestir-se da autoridade da *coisa julgada material*. Esse novo julgamento poderá *rever, reformar* ou *invalidar* a tutela primitiva, ou seja, poderá confirmá-la, modifica-la ou cassá-la. Em qualquer caso, o juízo que deferiu a tutela provisória estabilizada conservará, por prevenção, a competência para a nova ação (art. 304, §4º, *in fine*). Exigir-se-á, porém, uma nova petição inicial, podendo, qualquer das partes, que tenha tomado a iniciativa do pleito, requerer o desarquivamento dos autos da tutela provisória originária, que serão utilizados para instrução da inicial da nova demanda (art. 304, §4º, primeira parte).

O referido autor ressalta ainda a impossibilidade de manejo da ação rescisória contra a decisão concessiva tutela provisória estabilizada²¹⁵:

Admitida certa equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão, estabilizada, à primeira vista, não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começaria a correr após o trânsito em julgado das decisões. Assim, apenas após a estabilização definitiva da decisão sumária é que se poderia pensar no eventual início do prazo para o manejo da ação rescisória. Na verdade, porém, não cabe cogitar de ação rescisória na espécie, pela simples razão de que por disposição expressa da própria lei a decisão estabilizada não assume a autoridade de coisa julgada, e a rescisória, também por expressa previsão legal, só se presta a deconstituir decisão acobertada pela coisa julgada material (NCPC, art. 966). Logo, após o biênio do art. 304 §5º, qualquer tentativa de discutir em juízo a questão resolvida na decisão estabilizada

²¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 691-692

²¹⁵ *Ibidem*

esbarrará na barreira intransponível, não da *res iuticata*, mas da decadência, como sói acontecer com qualquer direito extinto por ultrapassagem do prazo fatal de exercício.

O prazo para ajuizamento da ação autônoma é de dois anos, contados a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §5º, CPC) e tem natureza decadencial, conforme explicam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Cozzolino de Oliveira²¹⁶:

(...) 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 da ação. Daí a razão pela qual esse prazo é decadencial.

Neste sentido é a doutrina de Humberto Theodoro Júnior²¹⁷:

A faculdade de rediscutir o direito material efetivado na tutela estabilizada, entretanto, não pode perdurar eternamente. Eis a razão pela qual o art. 304, §5º, estabelece o prazo decadencial de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo. Se a ação não for ajuizada nesse prazo, tem-se a estabilização definitiva da decisão sumária. Em face do caráter decadencial, não se dá a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a ação para rediscutir o direito em litúgio. Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada.

Trata-se, portanto, de ação que objetiva desconstituir a tutela provisória estabilizada, cujos requisitos para seu manejo estão previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil²¹⁸, mas, que, eventualmente, também poderia objetivar a responsabilização do beneficiário da tutela pelos danos suportados pelo réu, conforme afirma Cassio Scarpinella Bueno²¹⁹:

Que demanda refere-se o §2º do art. 304? A resposta merece ser a mais ampla possível. Qualquer pretensão do 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

²¹⁶ 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

²¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 692

²¹⁸ SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, p. 154. 2016.

²¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263-264

responsabilizar o beneficiário da tutela provisória antecipada antecedente pelos danos que tenha experimentado.

A legitimação para propositura da ação autônoma é naturalmente do Réu, cujo o seu interesse de agir em revisar, reformar ou invalidar se deflagra diante da estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente²²⁰.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello²²¹, o ajuizamento da ação autônoma reabre a discussão do processo extinto, imputando ao Autor e beneficiário da tutela provisória estabilizada o ônus da prova:

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 distribuição do ônus da 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.

Mas a doutrina também reconhece como possível o Autor da tutela antecipada antecedente se valer da ação autônoma para buscar uma decisão de confirmação da tutela estabilizada, a fim de que a decisão seja acobertada pelos efeitos da coisa julgada material²²².

Conclui-se, destarte, que as partes do procedimento antecipatório antecedente poderão se valer da ação a que faz menção o §2º do artigo 304, tanto para revisar, reformar ou invalidar a decisão provisória estabilizada, como também obter uma decisão de cognição exauriente, apta a produzir os efeitos da coisa julgada material.

4.4 Estabilização e da coisa julgada

²²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 625

²²¹ 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

²²² “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.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, 11ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 624)

A teor do §6º do artigo 304 do Código de 2015, a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não fará coisa julgada material e apenas será afastada por decisão de mérito que revisá-la, reformá-la ou invalidá-la nos autos da ação autônoma a que faz menção o §2º do mesmo dispositivo legal.

Sobre a distinção da natureza jurídica entre a coisa julgada e a estabilização da tutela antecipada comentou Arruda Alvim²²³:

(...) a *estabilidade* do art. 304 do CPC/2015, em verdade, não tem a mesma natureza jurídica da coisa julgada material. Esta é a qualidade de *imutabilidade* que recai sobre o *comando* da decisão judicial de mérito para determinadas situações; aquela é uma preclusão sobre a *eficácia* de um provimento não-meritório extraído de cognição sumária. A estabilização não se confunde com coisa julgada material, esta ostenta os efeitos negativo e positivo. O *efeito negativo* da coisa julgada é diverso e consiste na impossibilidade de, a partir da formação da coisa julgada, propor ação idêntica, que seria aquela que, a rigor, é composta pelos mesmos e idênticos elementos (partes, pedido e causa de pedir) da causa antecedente. Nesse sentido é que se diz que a coisa julgada material é pressuposto processual negativo, cuja existência impede o exame de mérito de processo posterior (art. 485, V, do CPC/2015), que vincule ação idêntica àquela já decidida definitivamente pelo Judiciário. Veja-se, ainda, que a coisa julgada se irradia uma *eficácia preclusiva*, que impede a rediscussão de alegações e argumentos que serviriam a amparar a defesa ou o fundamento da demanda já julgada. Tais argumentos e alegações – deduzidos ou não pelas partes –, não poderão ser suscitados perante o Judiciário com vista a modificar o resultado de mérito alcançado e já revestido da coisa julgada (princípio do deduzido e do dedutível). A chamada eficácia preclusiva da coisa julgada obsta a rediscussão das questões deduzidas também daqueles dedutíveis, por se considerarem preclusas (efeito preclusivo e da c.j.) tais questões. É importante, portanto, ter presente, que a eficácia preclusiva, como o próprio nome diz, é uma modalidade de *preclusão*, decorrente da coisa julgada, mas com ela não se confunde. Observar-se, claramente, que esse fenômeno pressupõe os anteriores (eficácia positiva e negativa da coisa julgada), e não pode, por isso, se ajustar à ideia de estabilização da tutela antecipada. Dessa forma, por mais que se possa, em princípio, verificar similitude entre a estabilização da tutela antecipada e a formação de coisa julgada, temos que esta última somente se forma após a prolação de decisão de mérito proferida mediante cognição exauriente.

Por estas razões é que o manejo ação rescisória contra a decisão estabilizada não é cabível, a despeito do decurso do prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação autônoma (art. 304, §2º, CPC) não se confundir o instituto da coisa julgada material²²⁴.

²²³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. ver. Atual. E amplo. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 774-775

²²⁴ “No sistema do Código, coisa julgada material só diz respeito ao julgamento do mérito, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, não transitam em julgado, materialmente, as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da

Neste sentido é o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno²²⁵, ao comentar o art. 304, §5º do Código de Processo Civil:

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.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Feres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello²²⁶ igualmente entendem não haver a configuração da coisa julgada material, mas defendem a possibilidade de ajuizamento de ação própria, mesmo após o decurso do prazo de dois anos, para discutir o “mesmo bem da vida”:

O instituto da coisa julgada é incompatível com a decisão proferida com base na 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 NCPC, a indagação interessante a ser feita é a seguinte: se não há coisa julgada, escoando 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, 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 concordar.

procedência ou improcedência do pedido. Tais decisórias geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes, e por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (art. 486).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.126)

²²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263

²²⁶ 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

Em sentido oposto, sustentam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira²²⁷ a configuração da coisa julgada material após o decurso do prazo a que faz menção o §5º do artigo 304, do Código de Processo Civil:

(...) 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 pode ser revista, excluída essa possibilidade não mais terá a parte possibilidade de modificar, através de outro processo, o que restou decidido quando da estabilização. (...) Portanto, seja lá qual for a denominação que se pretender dar a tal fenômeno, o fato é que se trata de imutabilidade e incontestabilidade da decisão próprios da eficácia operada pela coisa julgada material.

Expostos os posicionamentos doutrinários sobre o tema, parece-nos inexorável concluir que o decurso do prazo bienal para o ajuizamento da ação autônoma não permite que a decisão concessiva produza os efeitos da coisa julgada material, notadamente pela ausência de julgamento de mérito do feito, com o qual, inclusive, o réu concordou.

Quanto à possibilidade de ajuizamento de ação própria após o decurso do prazo decadencial de dois anos, em que pese academicamente seja possível, uma vez que a decisão estabilizada possuiria *status* de coisa julgada formal, não impedindo a rediscussão da lide em outro processo²²⁸, em nossa opinião, o §6º do artigo 304 do Código de 2015 é categórico ao restringir a possibilidade de rediscussão sobre a tutela e seu mérito ao ajuizamento da ação prevista no §2º, do mesmo comando legal.

Desta forma, ultrapassado o prazo de 02 (dois) anos para o ajuizamento da ação prevista no §2º, do artigo 304 do Código de 2015, torna-se impossível a rediscussão sobre àquela tutela estabilizada e do seu mérito, mesmo que não haja a formação da coisa julgada material, bem como nomenclatura processual própria para este efeito.

²²⁷ 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

²²⁸ “A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedado o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada. A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgada deve, também, passar em julgado formalmente.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.124)

CONCLUSÃO

No presente trabalho procuramos demonstrar os comandos processuais que estabelecem o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a técnica de estabilização dos efeitos desta tutela diferenciada, bem como as divergências interpretativas encontradas na doutrinação.

Nesta perspectiva, concluímos que o legislador destinou o livro V especificamente à tutela provisória, subdividindo-o em três capítulos, o primeiro destinado às disposições gerais, o segundo sobre a tutela de urgência e o terceiro para a tutela de evidência. Manteve-se a provisoriedade como característica principal. As tutelas provisórias, de natureza cautelar e antecipada, podem ser postuladas de forma incidental ou antecedente, possuindo procedimento específico disciplinado nos Capítulos II e III do Título II, destinado respectivamente às tutelas de urgência, mas apenas a tutela antecipada requerida em caráter antecedente tem a capacidade de se estabilizar.

Uma vez deferida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, com ou sem a realização de audiência de justificativa prévia (artigo 303, §1º, CPC), observar-se-á prazo para o aditamento da petição inicial após o decurso do prazo para interposição do respectivo recurso pelo Réu (artigo 303, §1º, inc. I e 304, *caput*, CPC), sucessivamente, de forma a viabilizar a estabilização dos efeitos da tutela, sendo o processo extinto sem a resolução do mérito (artigo 304, §1º, CPC). Havendo interposição de recurso, iniciar-se-á o prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior que o juiz fixar para que a petição inicial seja aditada, momento em que será oportunizada a complementação da argumentação – sem a possibilidade ampliação ou cumulação de pedidos –, com a juntada de novos documentos e, ao final, o pedido de tutela final.

Com o deferimento da tutela, o Réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação (artigo 334, *caput*, CPC), bem como será intimado da decisão concessiva da tutela para, querendo, apresentar o seu respectivo recurso. Infrutífera a tentativa de conciliação ou mediação, iniciar-se-á o prazo para apresentação de contestação após a ciência do aditamento da petição inicial pelo Autor (artigo 335, inc. I, CPC).

Na hipótese de o magistrado não vislumbrar os elementos necessários para a concessão da tutela antecipada, o Autor será intimado para emendar a petição inicial, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da petição inicial e a consequente extinção do

processo, sem a resolução do mérito (artigo 303, §6º, CPC). O valor atribuído à causa deve corresponder ao valor do pedido de tutela final, cuja base de cálculo é o benefício econômico almejado.

A fim de proporcionar maior efetividade ao processo, é lícito ao magistrado converter a medida antecipatória antecedente em cautelar e vice-versa, com fundamento no princípio da fungibilidade, a despeito de uma interpretação extensiva do parágrafo único, do artigo 305 do Código de 2015.

A decisão proferida por juízo de primeira instância, mesmo após realização de audiência de justificação prévia ou por Tribunal, seja por decisão colegiada ou monocrática, são passíveis de se tornarem estáveis, mesmo que concedidas de forma parcial.

Para a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, deve a parte observar a existência de três pressupostos: (i) o primeiro diz respeito ao requerimento expresso do benefício previsto no *caput*, do artigo 300 (artigo 300, §5º, CPC); (ii) já o segundo refere-se à concessão propriamente dita da tutela, seja ela parcial ou integral, e; (iii) o último trata-se da inércia do Réu, pelo qual a ausência de interposição do “respectivo recurso” implicará na estabilização dos efeitos da tutela.

Sem prejuízo, parte da doutrina adota como quarto pressuposto para a estabilização a ausência de aditamento da petição inicial pelo Autor, posição esta que não adotamos neste trabalho.

Quanto à inércia do Réu, adotamos a interpretação restritiva ou literal do texto do artigo 304 do Código de Processo Civil, pois, ao nosso ver, ampliar os meios obstativos da estabilização acarretariam uma diminuição da possibilidade de aplicação do instituto. Na hipótese de concessão da tutela antecipada antecedente por decisão de primeiro grau de jurisdição, o Agravo de Instrumento (art. 1.015, parágrafo único, CPC) será o recurso cabível para combater a decisão, enquanto nos casos de concessão pelo Tribunal, os recursos cabíveis serão o de Agravo Interno, contra decisão monocrática do Relator e os Recursos Especial e Extraordinário contra a decisão colegiada.

Estabilizada a tutela antecipada antecedente, o processo será extinto sem a resolução do mérito, com a condenação do Réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados com base no artigo 85 do Código de Processo Civil.

Os efeitos da decisão serão conservados até ulterior decisão de mérito que a revise, reforme ou a invalide, nos autos da ação autônoma a que faz menção o §2º do artigo 304 do Código de 2015, que deverá ser ajuizada no prazo decadencial de 02 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão que extinguiu o processo primitivo.

Ademais, o decurso do prazo de 02 (dois) anos para o ajuizamento da ação autônoma torna impossível a rediscussão sobre àquela tutela estabilizada e de seu mérito, mesmo que não haja formação da coisa julgada material.

É claro que a utilização da técnica de estabilização, sem qualquer temos processual pelas partes, ficará sujeito à solução das questões polêmicas e divergências doutrinárias originadas da interpretação dos dispositivos legais que regem o procedimento, solução está que deve ser realizada pela jurisprudência em sinergia com a doutrina, a fim de criarem mecanismos e soluções à viabilizar a ampla e segura utilização do instituto. Acreditamos que este trabalho de conclusão de curso possa contribuir com esta importante e ambiciosa tarefa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da causa 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. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas*. In: BUENO, Cássio 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.

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

CHOIVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1933.

CAVALCANTI NETO, Antônio 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.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

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.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

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

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

_____. *Da tutela cautelar à tutela antecipatória*. 2012. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/?s=tutela+cautelar> >. Acesso em: 30/04/2019.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. São Paulo: RT, 1992.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo, vol. 197, p. 27-55. São Paulo: RT, jul / 2011.

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.

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.

PAIM, Gustavo Bohrer. *Estabilização da tutela antecipada*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RIBEIRO, Darcio Guimarães. *Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada*. Revista de Processo, vol. 86. São Paulo: RT, Abr – Jun / 1997.

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.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Arresto Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente* (Dissertação em Direito Processual Civil) – PUC. São Paulo, 2016.

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

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Tutela cautelar no novo CPC*. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto O. Campos; PEREIRA, Mateus

Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção grandes Temas do Novo CPC – vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 312-313.

SILVA DE LIMA, Bernardo; EXPÓSITO, Gabriela. *Tutela Provisória: “Porque tudo que é vivo, morre” Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC*. Revista de Processo, vol. 250, p. 05, São Paulo: RT, Mar/2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.09.PDF >. Acesso em: 01/08/2019.

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.

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.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III, 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Tutela antecipada e tutela cautelar*. Revista de Processo, vol. 742, p. 40-56. São Paulo. RT, Ago / 1997.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. *Estabilização da tutela antecipada*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. vol. 16. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em

Direito Processual da UERJ. Dez/2015 – Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/17132> >. Acesso em: 05/08/2019.

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.

