

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Débora Cezar Souza Leite

Estabilização da Tutela Provisória Requerida em Caráter Antecedente

Especialização em Direito Processual Civil

Professor Orientador: Cassio Scarpinella Bueno

São Paulo 2016

Há escolas que são gaiolas e há escolas que são asas.

Escolas que são gaiolas existem para que os pássaros desaprendam a arte do voo. Pássaros engaiolados são pássaros sob controle. Engaiolados, o seu dono pode levá-los para onde quiser. Pássaros engaiolados sempre têm um dono. Deixaram de ser pássaros. Porque a essência dos pássaros é o voo.

Escolas que são asas não amam pássaros engaiolados. O que elas amam são pássaros em voo. Existem para dar aos pássaros coragem para voar. Ensinar o voo, isso elas não podem fazer, porque o voo já nasce dentro dos pássaros. O voo não pode ser ensinado. Só pode ser encorajado.

Rubem Alves

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico este trabalho

Aos espíritos amigos que me acompanham, aconselham e cuidam em todos os momentos dessa incrível jornada da vida.

Ao meu orientador, Cassio Scarpinella Bueno, pelas excelentes aulas/palestras ministradas neste consagrado curso de especialização, bem como por toda atenção e conhecimento depositado durante a orientação para conclusão desta monografia.

A Dra. Vitória Chammass Varela Alves, que apesar de ter chegado no fim deste projeto me deu muito apoio, conhecimento, aprendizado. Demonstrou uma garra e coragem que me influenciou de uma maneira incrível, me inspirou a ser melhor no que eu faço no dia a dia.

Aos meus pais que sempre se orgulham de cada conquista.

A todos meus amigos que entenderam a minha ausência e me apoiaram de alguma forma para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, bem como seus impactos no judiciário brasileiro.

Aborda-se a introdução do instituto da tutela antecipada no código de processo civil de 1973 até a atual redação do novo código de processo civil e, ainda, os impactos referentes a criação da estabilização evitando a continuidade do processo até prolação de sentença e formação da coisa julgada.

São também abordadas questões controversas na doutrina sobre como será aplicado o texto legal a cada caso concreto, dado a grande inovação incorporada ao nosso ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Código de Processo Civil. Coisa Julgada. Tutela Antecipada. Estabilização.

ABSTRACT

This paper analyzes the possibility of injunctive relief stabilization requested in previous character as well their impact on the brazilian judiciary.

Handle the introduction of the advance protection institute in brazilian civil procedure code of 1973 to the current wording of the new civil procedure code and also the impacts regarding the creation of the stabilization avoiding the continuity of the process until delivery of judgment and training of judge subject

They are also addressed controversial issues in the doctrine on how will apply the legal text to each case, given the great innovation incorporated into our legal system.

Keywords: Brazilian Civil Procedure Code. Judge Subject. Injunctive Relief. Stabilization.

SUMÁRIO

Introdução	1 a 2
Capítulo 1. Tutela Antecipada	3
1.1 Origem	3 a 4
1.2 Código de Processo Civil – Evolução da Tutela Antecipada	4
1.2.1 Código Buzaid - – Lei n° 5.869 de 11 de Janeiro de 1973	4 a 5
1.2.2 Poder Geral de Cautela	5 a 6
1.2.3 Reforma Processual Lei n° 8.952/94 – Introdução art. 273	6 a 8
1.2.4 Lei n° 13.105/15 – Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente	8 a 12
Capítulo 2. Coisa Julgada	13 a 14
2.1 Coisa Julgada Material	14
2.1.1 Conceito	14 a 15
2.2 Coisa Julgada Formal	15
2.2.1 Conceito	15
2.3 Direito Brasileiro	15
2.3.1 Pós Independência	15 a 16
2.3.2 Pós República	16 a 17
2.3.3 Código de Processo Civil de 1973	17 a 19
2.3.4 Código de Processo Civil de 2015	19 a 20
Capítulo 3. Coisa Julgada em Cognição Sumária – Violação Constitucional?.....	21
3.1 Cognição Jurisdicional	21 a 23
3.2 Impossibilidade da Coisa Julgada em Cognição Sumária	23 a 25
3.3 Violação Constitucional	25 a 26
Capítulo 4. Método de Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente – Análise dos Artigos 303 e 304 do NCPC	27
4.1. Art.303 do Novo Código de Processo Civil	27 a 28
4.1.2. Requisitos essenciais da petição simplificada	28 a 33
4.2. Art. 304 do Novo Código de Processo Civil	33 a 34
4.2.1. Estabilização da tutela antecipada antecedente	34 a 36
4.3. Questões da estabilização da tutela antecipada antecedente	36

4.3.1. Aditar ou não aditar a inicial simplificada?	36 a 38
4.3.2. Concessão da tutela de ofício?	38 a 39
4.3.3. Ônus da prova	40 a 41
4.3.4. Condenação de verbas sucumbenciais	41 a 42
4.4. Necessidade agravar da decisão que concedeu a tutela?	42 a 44
4.5. Realidade do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	44 a 48
Conclusão	49 a 50
Bibliografia	51 a 53

INTRODUÇÃO

Como forma de organização da sociedade o Estado tomou para si o poder de resolução de conflitos através da intervenção de um terceiro imparcial, ou seja, instituiu o Juiz de Direito entre os indivíduos da sociedade e lhe entregou instrumentos legais para a resolução dos conflitos da sociedade.

Entretanto em vários casos a necessidade da resolução do litígio é de extrema urgência, não podendo aguardar dias, meses ou anos para que o Estado, através do Poder Judiciário, julgue a sua demanda, sob o risco neste interim perecer o objeto a ser tutelado.

Neste escopo, em 1974 entrou em vigor o Código de Processo Civil, chamado de Código Buzaid, inovando com a inserção no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela cautelar. Tal instituto consistia em tratar de maneira célere certas demandas, porém veio acompanhado de uma carga muito grande de burocracia tornando o ideal de celeridade distante da realidade.

Com o passar dos anos e evolução da sociedade, as previsões do Código Buzaid foram mostrando-se morosas e sem atender prontamente os indivíduos que buscavam a tutela jurisdicional para solução de seus conflitos - obrigação do Estado já que retirou dos indivíduos a possibilidade de resolução de conflitos por meio da autotutela -, ficando cada vez mais evidente a necessidade de uma reforma.

Entretanto, em meio a discussões sobre possível reforma, sobreveio em 1988 a Constituição Federal, sem chocar-se com o Código Buzaid a nova Carta Magna, apenas deixando mais forte a necessidade de um processo cada vez mais efetivo, a pressão aumentava para a reforma processual civil acontecer.

No dia 13 de dezembro de 1994, foi sancionada a reforma que introduziu o dispositivo 273 ao Código de Processo Civil, entrando em vigor sessenta dias após a sua publicação. Os responsáveis por esta mudança, ainda dentro da sétima fase de evolução do Código de Processo Civil, foram dois Ministros do Supremo Tribunal Federal – Athos Gusmão Carneiro e Sálvio Figueiredo Teixeira.

A Lei trouxe a inclusão do art. 273 prevendo a possibilidade das tutelas antecipatórias que consiste na técnica de obter sumariamente o que se desejava quando se buscou a tutela jurisdicional. Não se trata de medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor no ato da

busca. A decisão que o Juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a resolução definitiva.¹

A breve redação do art. 273 trouxe infundáveis debates sobre sua natureza, conceito e aplicação. Passou a não ser tão efetivo quanto deveria ser, pois havia grande confusão entre as hipóteses de cabimento da tutela cautelar ou antecipatória, o que levava a diversos pedidos errôneos e por consequência nada céleres.

Foi quando em 2002 houve nova reforma processual (Lei 10.444/02) inserindo o §7º e dando a possibilidade do Juiz converter a tutela cautelar em antecipatória quando verificado os requisitos mínimos, criou-se neste momento a fungibilidade das tutelas garantindo maior efetividade na tutela jurisdicional atingindo de forma mais certa o objetivo da reforma em 1994.

Ainda, com a Emenda Constitucional 45 em 2004, garantiu-se através da Constituição Federal o direito, a todos, da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Insculpindo por fim, o objetivo da reforma de 1994 que visou não apenas um código estruturado, mas que se conceda de forme ágil, célere e efetiva a prestação jurisdicional a todos, sem quaisquer distinções.

Com todas as reformas e mudanças no Código de Processo Civil, ele tornou-se uma verdadeira colcha de retalhos e, ainda, sem a tão sonhada celeridade na prática do dia a dia. Havia melhorado significativamente desde a sua inserção no ordenamento jurídico, mas era necessário mais.

Foi quando se iniciou os estudos e comissões para uma nova redação ao Código de Processo Civil, sendo finalmente sancionada em março de 2015 e entrando em vigor em março de 2016.

Dentre diversas mudanças, a mais significativa para este trabalho foi a inclusão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a grane inovação de sua estabilidade quando não impugnada, via recurso próprio, pela parte contrária.

Este instituto tem o condão de aprimorar a celeridade processual atendendo, especialmente, aquelas demandas urgentes. Porém, mal entrou em vigor e já traz infundáveis questões para debate, entre elas, comparações e aceitações de ser a mais “nova coisa julgada”, desnecessidade de manejar recurso próprio, questões de prazos e inviabilidades da rotina de um cartório judicial, entre tantas outras questões que passarão a ser esmiuçadas.

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. p.141/142.

CAPÍTULO 1. TUTELA ANTECIPADA

Dito há tempos por Humberto Theodoro Júnior:

“De longa data, vem o Direito Processual se esforçando para criar mecanismos capazes de harmonizar essas forças antagônicas², o que se tenta por meio de mecanismos extraordinários de aceleração do procedimento, para adequá-lo às necessidades da solução da crise que o litígio implanta na esfera do direito material.”

Sob a sábia colocação acima, passa-se a delimitar o tema do presente trabalho, iniciando-se com o estudo da Tutela Antecipada desde sua origem, direito comparado e atual.

1.1 ORIGEM

Têm-se os primeiros contornos da tutela antecipada no Direito Romano, através do chamado “*interdictum*”, efetivamente emanado pelo “*pretor*” – detentor do poder de império para a solução dos litígios –, sendo responsável por dirimir certas controvérsias, ordenando ou proibindo alguma coisa.³

Apesar de serem escassas as fontes de pesquisa acredita-se que os “interditos romanos” possuem suas bases nas *legis actiones*, extraem-se tais informações da lei das XII tábuas e pelas Institutas de Gaio.⁴

Nas palavras de Biscardi: “surgiram não apenas para tutelar situações não amparadas pelo *ius civile*: foram introduzidas no sistema processual romano como uma forma de ‘tutela de urgência’, ou seja, uma forma processual fora da ordem de juízo,

2 Refere-se o autor a: (i) prestação jurisdicional célere e (ii) nenhuma solução de litígio há ser imposta sem que se obedeça a outros mandamentos decorrentes da própria garantia do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), THEODORO, Humberto Jr. Revista de Processo, Repro 157, p. 130. São Paulo, 2008.

3 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A origem romana da tutela antecipada. São Paulo: Ltr, 2001, p. 31.

4 TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO Luiz Carlos. Lições de História do Processo Civil Romano. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p.43.

como já afirmamos, voltando a acelerar a solução dos litígios e assegurar uma tutela rápida dos mais variados interesses, com base na cognição sumária do magistrado.”⁵

Brevemente dito sobre a origem da tutela antecipada, passa-se ao estudo da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico.

1.2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EVOLUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

“O tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.”

Carnelutti

1.2.1 Código Buzaid – Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973

Consagrando a sétima fase de evolução⁶ do Código de Processo Civil, efetivamente o Código de 1973 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974 e ficou conhecido como o Código Buzaid⁷, vigendo até meados de 2016.

O Código de Buzaid apresentou-se muito bem estruturado em total consonância com as melhoras doutrinas e legislações alienígenas. Entretanto, demonstrou grande nível de burocracia e não se preocupando muito com a efetividade do Código.

Nas palavras de Fernando Rubin:

“O Código Buzaid, efetivamente vigendo no Brasil desde 1974, restou dividido, em termos de esquema para tutela dos direitos, em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar. A relativa autonomia dos títulos é evidente, cabendo destaque central ao processo de conhecimento, já que a execução e a própria medida cautelar mantêm vinculação direta com o resultado esperado daquele – tudo repercutindo na ordem lógica e cronológica seguida pelo Código. E dentro do processo de conhecimento, embora previsto o rito comum sumário, destaca-se o rito comum ordinário, especialmente projetado para prolação de sentença de mérito pelo Estado-juiz

5 BISCARDI, Arnaldo. La protezione interdittale nel processo romano, Padova.p.119.

6DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. ed.1. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p.34.

7 Alfredo Buzaid foi advogado, professor, magistrado, jurista, Ministro da Justiça no governo de Emílio Garrastazu Médici e Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado por João Figueiredo.

após cognição plena e exauriente – ultrapassadas, na sequencia, a fase postulatória, saneadora e instrutória”⁸

Com o passar dos anos e evolução da sociedade, as previsões do Código Buzaid foram mostrando-se morosas e sem atender prontamente os indivíduos que buscavam a tutela jurisdicional para solução de seus conflitos - obrigação do Estado já que retirou dos indivíduos a possibilidade de resolução de conflitos por meio da autotutela -, ficando cada vez mais evidente a necessidade de uma reforma.

Entretanto, em meio a discussões sobre possível reforma, sobreveio em 1988 a Constituição Federal, sem chocar-se com o Código Buzaid a nova Carta Magna, apenas deixou mais forte a necessidade de um processo cada vez mais efetivo, a pressão aumentava para a reforma processual civil acontecer.

1.2.2 Poder Geral de Cautela

Apesar do Código Buzaid prever em seu art. 798 o poder geral de cautela, instituto que nas palavras de Alexandre Freitas Câmara:

“O poder geral de cautela é, portanto, um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Trata-se de poder que deve ser exercido de forma subsidiária, pois que se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção aquelas situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica”⁹.

Entretanto, apesar de garantir situações não previstas pelo Legislador e garantir a efetividade da tutela jurisdicional, o poder geral de cautela possui limites, pois não pode ser confundido com discricionariedade do Estado-Juiz, certo que este pode e deve agir

8 RUBIN, Fernando. O Código Buzaid (CPC/1973) e o Código reformado (CPC/1994-2010). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18695>>. Acesso em: 2 set. 2016.

9 Câmara, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil – Volume III. ed.16. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p.47.

dentro da legalidade para garantir o bom direito em situações que o Legislador não previu quando da elaboração do Código, mas existem requisitos a serem observados antes de utilizar-se do disposto no art. 798, a saber:

- (i) Não pode haver previsão em Lei de medida cautelar típica adequada ao caso concreto;
- (ii) Necessidade da medida cautelar;
- (iii) Deve haver o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*; e
- (iv) É vedado, no tocante ao poder geral de cautela, conceder tutela jurisdicional satisfativa.

O poder geral de cautela só incide na hipótese de tutela cautelar, sendo que esta é espécie de tutela jurisdicional não satisfativa¹⁰, o que diferencia-se da tutela antecipatória.

Desta forma, resta evidente o motivo que ensejou a inclusão do art. 273 na reforma que ocorreu em 1994¹¹. Foi o momento de criar medida de efetividade que fosse além das possibilidades do poder geral de cautela, pois apesar de sua existência não contemplava a efetividade necessária naquele cenário do país nos anos 90 dada as suas limitações.

1.2.3 Reforma Processual Lei n° 8.952/94 – Introdução art. 273

No dia 13 de dezembro de 1994, foi sancionada a reforma que introduziu o dispositivo 273 ao Código de Processo Civil, entrando em vigor sessentas dias após a sua publicação. Os responsáveis por esta mudança, ainda dentro da sétima fase de evolução do Código de Processo Cível, foram de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal – Athos Gusmão Carneiro e Sálvio Figueiredo Teixeira.

A Lei trouxe a inclusão do art. 273 prevendo a possibilidade das tutelas antecipatórias que consiste na técnica de obter sumariamente o que se desejava quando se buscou a tutela jurisdicional. Não se trata de medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor no ato da

10 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Volume III. ed.16. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 52.

11 O assunto será explorado no tópico seguinte.

busca. A decisão que o Juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a resolução definitiva.¹²

A art. 273 distingue-se do Livro III – Do Processo Cautelar(arts. 706 e ss), pois no primeiro caso a antecipação da tutela é de fato a própria antecipação dos efeitos da sentença, pois não se evita o perecimento do direito e sim entrega-se a tutela ao indivíduo que a busca em análise de cognição sumária¹³. Por sua vez, o procedimento cautelar apenas resguardava direito a ser entregue quando de detida análise do mérito de forma exauriente¹⁴, ou seja, apenas na sentença.

Justamente pelo seu caráter de provisoriedade, já que pode ser revogada a qualquer momento (art.273, §4º), deve ser utilizada com moderação e prudência pelos Magistrados, sempre se atentando para não conceder algo além do que poderá ser confirmado ou modificado na sentença.

Para concessão da tutela antecipada, o art. 273 menciona no final da sua redação que: “[...] *existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação [...]*”, para Cândido Rangel Dinamarco é impossível que haja prova inequívoca – seria necessário para tanto, uma robusta apreciação de provas – , já que se trata de análise perfunctória dos fatos e provas apresentadas no momento inicial da demanda. Ainda, quanto a verossimilhança diz que seria apenas mera crença de que os fatos narrados pelo autor prosperam.

Conclui então Dinamarco que aproximando as duas locuções contidas no caput do art. 273, pode-se entender que a redação caminha para o manto da *probabilidade*, em suas palavras:

“Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. p.141/142.

13 A cognição sumária, como a própria nomenclatura diz, é aquela cognição restrita que limita a possibilidade de apuração profunda dos fatos pelo Magistrado, assim como limita o debate pelas partes. Verifica-se um exame perfunctório da matéria entregue ao Magistrado, motivo pelo qual, normalmente, a decisão judicial não teria autoridade para formação da coisa julgada material. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização), p. 120.

14 A cognição exauriente entende-se pela plenitude dos atos, ou seja, há investigação pelo Juiz, debates pelas partes, o fato é totalmente explorado. O aprofundamento na causa, diferentemente da cognição sumária, caminha para maior acerto em relação à resolução do mérito, desdobrando-se na imutabilidade da coisa julgada com o advento da sentença. Idem.

sobre o espirito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável”¹⁵.

Com a inclusão do art. 273 esperava-se uma maior efetividade ao processo civil e melhoria na prestação jurisdicional, mas não somente isso, houve também a necessidade de sua criação pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da “ação cautelar inominada”¹⁶.

A breve redação do art. 273 trouxe infundáveis debates sobre sua natureza, conceito e aplicação. Passou a não ser tão efetivo quando deveria ser, pois havia grande confusão entre as hipóteses de cabimento da tutela cautelar ou antecipatória, o que levava a diversos pedidos errôneos e por consequência nada céleres.

Foi quando em 2002 houve nova reforma processual (Lei 10.444/02) inserindo o §7º e dando a possibilidade do Juiz converter a tutela cautelar em antecipatória quando verificado os requisitos mínimos, criou-se neste momento a fungibilidade das tutelas garantindo maior efetividade na tutela jurisdicional atingindo de forma mais certa o objetivo da reforma em 1994.

Ainda, com a Emenda Constitucional 45 em 2004, garantiu-se através da Constituição Federal o direito, a todos, da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Insculpindo por fim, o objetivo da reforma de 1994 que visou não apenas um código estruturado, mas que se conceda de forme ágil, célere e efetiva a prestação jurisdicional a todos, sem quaisquer distinções.

1.2.4 Reforma Processual Lei nº 13.105/15 – Do Procedimento da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente

Apesar de todos os esforços, mudanças e avanços no Código de Processo Civil a sociedade muda constantemente e suas necessidades também, cabendo ao direito sempre adequar-se, inovando e atendendo aos indivíduos de forma satisfatória.

Consagrou-se, portanto, a sétima fase de evolução do Código de Processo Civil, no momento em que onze juristas reuniram-se em Comissões para estudo e reflexão

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. p.145.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. ed. 9. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p.130/131.

sobre a nova redação do Código de Processo Civil – sendo o Presidente da Comissão de juristas designada pelo Senado Federal o atual Ministro Luiz Fux –, deixando para traz o Código Buzaid., sancionado o Novo Código de Processo Civil em 16 de março de 2015, vigendo a partir de 18 de março de 2016.

O novo código trouxe diversas mudanças e antes mesmo de começar a vigor causou grande furor em toda a comunidade jurídica. Dentre todas as suas novidades, ressalta-se a tutela antecipada em caráter antecedente, por ser justamente o tema central do presente trabalho.

Antes de qualquer outra análise necessário ressaltar que o atual Código, nas palavras de Dinamarco, resolveu por bifurcar as tutelas de urgência entre as cautelares e as antecipadas. São cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao concreto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e jutos; e são antecipações de tutela aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litigio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo, e as segundas às pessoas.¹⁷

Assim o Livro V dispõe sobre a tutela provisória; enquanto o Título II disciplina sobre tutela de urgência, especificamente, o Capítulo II traz o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Por sua vez, o Capítulo III disciplina sobre o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Nota-se pela forma que o Novo Código de Processo Civil dispôs os institutos, em capítulos separados, sua nítida convicção de que as tutelas aqui mencionadas merecem – e ganharam – tratamento distintos, até mesmo por conta da finalidade de cada uma dentro do universo jurídico.

Dispõe o art. 303:

“Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. ed. 1. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p.27.

realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E, ainda, o art. 304:

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

§ 1o No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2o Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3o A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.

§ 4o Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5o O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1o.

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

Esses são os dois artigos que regem a nova tutela antecipada, mais uma vez o Legislador tenta dar maior eficácia a tutela jurisdicional, atendendo de forma célere na resolução de conflitos.

Desta vez, o Legislador levou o direito brasileiro muito próximo ao direito francês ao incluir em nossa legislação pátria a possibilidade da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, pois como se depreende do caput, art. 304, a tutela quando requerida nos moldes do art. 303 – e não impugnada pela parte contrária – torna-se estável, sendo impossível questioná-la após o transcorrer de dois anos, tornando-se imutável.

Revela-se espécie de xeque mate do Legislador em tentar dar, finalmente, maior efetividade aos institutos que constam no Código. Entretanto, os profissionais da área ainda não estão convencidos que o Legislador conseguiu prover dessa eficácia.

Em tese o instituto é realmente muito célere e de extrema importância, porém no dia a dia de um judiciário abarrotado, não se sabe o quando poderá ajudar ou atrapalhar. Ademais, antes mesmo de sua vigência já haviam dezenas de críticas sobre sua suposta inconstitucionalidade, pouca eficácia, conflito com a coisa julgada e outras questões mais administrativas como questão de prazos e expedição de intimação/citação em cartórios espalhados por todo o Brasil que ainda sequer conseguiram adaptar-se a uma nova era digital, quem dirá a uma nova legislação¹⁸.

18 O tema será devidamente tratado nos capítulos 3 e 4 do presente trabalho.

CAPÍTULO 2. COISA JULGADA

Para iniciar o capítulo sobre coisa julgada, considerando que jamais houve denominador comum sobre o conceito de coisa julgada, cita-se as certeiras palavras de Barbosa Moreira:

“Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto perseguido. Como esperar que se harmonizem as vozes, antes de ter-se a certeza de que todas se referem a uma única e definida realidade?”¹⁹

Independente da ausência de um conceito uniforme na Doutrina, não há discussões sobre a proteção da Coisa Julgada pela Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]”

“Art. 60. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

Constata-se que a coisa julgada está acobertada pelo manto da cláusula pétrea, evitando assim eventual supressão do ordenamento jurídico.

Feita essa necessária introdução sobre a “força” da coisa julgada em nosso Ordenamento Pátrio. Esclarece-se que este capítulo não esgotará, nem tão pouco analisará de maneira minuciosa o instituto da coisa julgada. Não há tamanha pretensão, apenas abordará de forma superficial os contornos em linhas gerais da coisa julgada e

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a Coisa Julgada. Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. pag 133.

sua evolução histórica como forma de complementar o ponto central deste trabalho: a estabilização da tutela provisória, pois tal tema não conseguiu evitar comparações com a coisa julgada, melhor esclarecida nos capítulos seguintes.

Assim, como já dito por Luiz Rodrigues Wambier: *“Se algo se pode dizer genericamente a respeito da coisa julgada é que se trata de um instituto ligado ao fim do processo e à imutabilidade daquilo que tenha sido decidido.”*²⁰

Portanto, passam-se às duas espécies de coisa julgada reconhecida pela doutrina.

2.1 COISA JULGADA MATERIAL

2.1.1 Conceito

A coisa julgada é aquela que demanda maior análise em todos os seus aspectos, pois sempre que se questiona se tal decisão fez coisa julgada, implicitamente questiona-se sobre a coisa julgada material.

De fato é aquela que possui como desfecho uma sentença/acórdão de mérito, momento que surge a imutabilidade do decidido na lide não se limitando somente àquele processo mas transbordando para qualquer outro que viria a ser distribuído, vejamos as palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“[...] A coisa julgada material, de sua vez, é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada de fora do processo, isto é, enquanto característica da imutabilidade da sentença do ponto de vista exterior, não podendo a mesma ser atacada por qualquer meio, inclusive extraprocessual”.²¹

Resta claro que o instituto da coisa julgada material remete-se à segurança jurídica, pois é clara a vontade do legislador em garantir que uma questão de mérito seja decidida uma única vez, com exceção de ser revista nas hipóteses legais, mas como regra torna-se definitiva.

A segurança é objetivo buscado sempre pelo homem, não sendo diferente no ramo do direito, sendo uma das principais preocupações do legislador e tema de

20 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. ed.11ª. Ed. Revista dos Tribunais, p.596.

21 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum Ordinário e Sumário. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. pp. 387/400.

diversos debates. Garantir que uma decisão será estável e confiável faz com que o direito tenha credibilidade perante os conflitos de ordem social.

2.2 COISA JULGADA FORMAL

2.2.1 Conceito

Por sua vez a coisa julgada formal é aquela que ocorre no final de qualquer processo, pois não há necessidade de ocorrer uma sentença de mérito. Assim, toda sentença é apta a fazer coisa julgada formal, mas nem toda sentença é apta a fazer coisa julgada material.”²²

A coisa julgada formal não mais poderá ser objeto de discussão dentro daquela mesma lide, diferentemente da coisa julgada material que além de não poder ser discutida dentro daquele mesmo processo, não poderá ser igualmente discutida em nenhum outro.

Vejamos certa afirmação de Cassio Scarpinella Bueno:

*“[...] denomina-se coisa julgada formal aquela sentença não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela desempenhada pela preclusão [...]”.*²³

2.3 DIREITO BRASILEIRO

2.3.1 Pós Independência

Mesmo deixando de ser colônia de Portugal, o processo civil brasileiro continuou sendo regido pelas Ordenações e demais Leis Portuguesas – Lei Imperial de 20.10.1983.

Segundo Celso Neves: “as primeiras regras legislativas a respeito da coisa julgada aparecem no regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850”, que regulou o processo comercial, mas que era observado no processo das causas cíveis em geral,

22 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais, p.597.

23 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum, Ordinário e Sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 387; 400-2.

conforme Decreto n. 763, de 9 de setembro de 1890. Esse regulamento tratava da coisa julgada no § 4º de seu artigo 74, ao tratar das exceções. Todavia no art. 185, incluía a coisa julgada entre as presunções legais absolutas, prevalente mesmo que “haja prova em contrário”²⁴”

O Regulamento 737 também m trazia novidades, no seu art. 680 previa o rol de causas de nulidade da sentença, por sua vez, o art. 681 elencava as formas de impugnação a sentença nula, trazia ainda outra novidade: a ação autônoma, chamada de “rescisória”.

Nas palavras de Talamini:

*“Vale dizer: levando adiante tendência de que há muito se notava, a ‘nulidade’ perdia definitivamente seu sentido original, romano, de nada jurídico, para se transformar em invalidade. A sentença havia de ser desconstituída, rescindida, e não apenas declarada nula.”*²⁵

2.3.2 Pós República

Com o advento da República, grande parte das regras contidas no Regulamento 737 incidiram sobre o processo civil, por força do decreto 763, de 16.09.1890.

Ressalta-se que foi neste momento da história que uma Constituição atribuiu aos Estados a competência para legislar sobre processo. Aqui vale mencionar que aqueles Estados que não editaram códigos próprios, permaneceram aplicando o Regulamento 737.

Exatamente neste mesmo período o Código Civil de 1916, vigente para toda a República, transformou a sentença “nenhuma” em sentença inválida, estabelecendo prazo específico para a rescisória, a saber, de cinco anos (art. 178, § 10, VIII).

Com a Constituição Federal de 1934, retirou-se a competência dos Estados legislarem sobre matéria processual, atribuindo-se a competência à União, em fórmula muito parecida com a atual redação do texto Constitucional/88.

24 NEVES, Celso. Coisa Julgada Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.213.

25 TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e Sua Revisão. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 271, nota de rodapé 162.

Sobreveio o Código de Processo Civil de 1939 (anteprojeto de Pedro Baptista Martins), entrando em vigor em 1940, definido como um código moderno, que avançava nas questões processuais, nas palavras de Talamini:

*“Em capítulo dedicado à ‘eficácia da sentença’, foram traçadas as balizas fundamentais sobre coisa julgada. O art. 287 tratava dos limites objetivos da coisa julgada – restringindo, ainda que de modo não de todo claro, essa autoridade ao decisum. O art. 288 excluía o âmbito da coisa julgada as decisões interlocutórias em qualquer processo e as sentenças proferidas em jurisdição voluntária e em processos preventivos e preparatórios. O art. 289 continha basicamente a regra que hoje está no art. 471, caput e incisos”.*²⁶

Ressalta-se a grande influência de Liebman para produção deste Código de Processo Civil, deixando ensinamentos à Alfredo Buzaid que, juntamente com Cândido Rangel Dinamarco, somado ao passar dos anos e necessidade de atualizações, surge o Código de Processo Civil de 1973.

2.3.3 Código de Processo Civil de 1973

Merece atenção especial o instituto da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973. Tal instituto passou a ser regulado pelo art. 467 do referido Código:

“Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Há limites para reconhecer a coisa julgada, no Código de Processo Civil de 1973, são: (i) Limites objetivos da coisa julgada e (ii) Limites subjetivos da coisa julgada.

O primeiro limite repousa na questão do que efetivamente ganhará a força de coisa julgada dentro da decisão, sentença. Para o presente trabalho é importante destacar

²⁶ Destaca-se que o autor mencionava o Código de Processo Civil de 1973, pois se trava do atual no ano de 2005, edição do Livro.

as palavras de João de Castro Mendes, quando levanta a polêmica sobre a extensão da coisa julgada:

*“Os argumentos a favor da extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão são cinco: a necessidade de certeza e paz social; economia processual; harmonia dos julgados; impossibilidade da distinção entre os fundamentos e decisão; dificuldade e arbítrio na distinção entre fundamentos e decisão.”*²⁷

Ainda, nas palavras de João de Castro Mendes, afirmando a possibilidade da coisa julgada na sentença:

“Queremos significar a orientação segundo a qual só deve revestir força de caso julgado a solução da questão central do processo, para cujo esclarecimento convirjam todos os esforços, que seja no processo o tema primário, absoluto, de investigação; não as soluções de questões que no processo só interessam relativamente, como simples meio de esclarecimento daquela”.²⁸

Levanta-se mais um argumento sobre a coisa julgada, desta vez sob o ensinamento de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão²⁹:

“A coisa julgada tem como principal finalidade a preservação de um valor jurídico, a saber, a segurança jurídica. A esse valor contrapõe-se outro não menos importante, qual seja, a justiça da decisão. A busca de equilíbrio entre esses dois valores norteia a história do direito, e um outro prevalece determinado momento histórico por razões contingenciais.”

27 MENDES, João de Castro. Limites Objectivos do Caso Julgado em processo civil. Lisboa. ed. Ática, 1968, p.82.

28 Guarda-se os argumentos levantados sobre a expansão da coisa julgada na visão do Mestre João de Castro Mendes ao capítulo oportuno.

29 MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa Julgada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 233.

Passa-se à análise dos efeitos subjetivos da coisa julgada, em suma define quem será o destinatário final da eficácia jurígena produzida pela decisão jurisdicional transitado em julgado.³⁰ Os limites subjetivos da coisa julgada debruçam-se sobre a questão de que só haverá coisa julgada entre as partes que compõe o processo sem prejudicar quaisquer terceiros estranhos à demanda.

Entretanto, há exceção quanto ao alcance da coisa julgada sob terceiros: (i) *Ultra partes*, é aquela que recai não somente sobre as partes da demanda mas também a determinados terceiros. Ex: art.42, §3º, CPC/73; (ii) *Erga Omnes*, é aquela que recai sobre quaisquer indivíduos, participando ou não da demanda. Ex: São as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Além dos limites da coisa julgada, há os seus efeitos que dividem-se em: (i) Negativo e (ii) Positivo.

O primeiro vincula a impossibilidade da discussão da mesma questão em nova demanda, como questão central, pois há que se respeitar a força da coisa julgada e imutabilidade que a acompanha.

Em contrapartida há o efeito positivo, qual seja, é aquele que permite a discussão da coisa julgada, não de maneira central na demanda, mas de forma incidental, porém não poderá colidir a decisão anterior que fez coisa julgada com efeito negativo.

2.3.4 Código de Processo Civil de 2015

Na redação do Novo Código de Processo Civil, ocorreu alteração na redação do antigo art. 467, passando-se a seguinte redação (art. 502):

“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“O art. 502 conserva a iniciativa do art. 467 do CPC atual de conceituar a coisa julgada. Ao fazê-lo, contudo, abandona a palavra “eficácia” em prol de “autoridade”, o que aproxima,

30 PESSOA, Higor Rezende. Coisa Julgada Civil: Conceito, espécies e funções. Conteúdo Jurídico. Publicação 12.2013.

na perspectiva teórica, o conceito legal às lições de Liebman sobre o instituto. Também cabe destacar o emprego da palavra “decisão de mérito” no lugar de “sentença”, o que é absolutamente consentâneo com o sistema do novo CPC, que admite decisões interlocutórias de mérito.³¹”

O art. 505 replica a redação do antigo art. 467, vedando ao juiz decidir novamente questões anteriormente já decididas.

Inova com ao alterar a redação do antigo art. 472, no Novo Código de Processo Civil equivale ao art. 506:

“Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

“Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

Mais uma vez, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“O novo CPC, acolhendo iniciativa do Projeto da Câmara, inovou substancialmente ao prever que a coisa julgada, que se forma entre as partes, não pode prejudicar terceiros. Trata-se de proposta que consagra, mesmo nos ‘processos individuais’, o transporte in utilibus da coisa julgada.³²”

Existem tantas outras questões e vertentes doutrinárias que poderiam ainda ser levantadas e debatidas por tantas laudas fossem necessárias, mas acredita-se que a breve explanação sobre a origem, conceito, limites e efeitos da coisa julgada servem – somada a uma breve análise dos principais dispositivos do Código de 1973 e 2015 – de norte para compreensão do tema central do presente trabalho.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p.333.

32 BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado.p.337.São Paulo, Saraiva, 2015.

CAPÍTULO 3. COISA JULGADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA – VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL?

3.1 Cognição Jurisdicional

Entra tantas discussões sobre o novo Código de Processo Civil, uma das mais fervorosas é justamente: incidência ou não da coisa julgada em cognição sumária.

Como norte deve-se observar, primeiramente, o conceito de cognição jurisdicional para entender sobre as demais questões, nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

“Assim, por ‘cognição jurisdicional’ deve ser entendido o estudo sobre as diversas formas pelas quais o legislador pode autorizar que o juiz conheça, no sentido de apreciar, dos conflitos de interesse para ele apresentados para solução.”³³

Assim, para aperfeiçoar-se a prestação jurisdicional dividiu-se em análises de *quantidade* e *qualidade* das informações que chegam ao conhecimento do juiz para formação da sua cognição.

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição jurisdicional é dividida entre: (i) plano horizontal; e (ii) plano vertical. No plano horizontal a cognição jurisdicional pode ser parcial ou plena, consoante haja, ou não, limitação aos tipos de pretensão ou de defesa a serem levadas e/ou apreciadas pelo magistrado.³⁴

No plano vertical, há subdivisão entre: (i) superficial; (ii) sumária e (iii) exauriente.

Superficial e Sumária: Prevista para as situações em que o magistrado não possui tempo hábil – considerando a urgência e efetividade da prestação da tutela jurisdicional – para formar seu convencimento, deixando de ouvir o réu, testemunhas ou requerer diligências. Por essas características, a cognição superficial está para as liminares, assim como a cognição sumária está para “sentenças cautelares”.

Exauriente: o exato oposto das cognições superficial e sumária, pois nesta cognição o magistrado possuiu todo o tempo – respeitando a razoável duração do

33 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil. ed. 8ª. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p.316.

34 BUENO, p.317.

processo – para formar sua convicção, ouvindo as partes, testemunhas, analisar provas, requerer perícia, diligências etc.

Apesar do respeitado ensinamento de Watanabe a doutrina deixou de lado a distinção entre cognição superficial e sumária, para adotar apenas a distinção entre sumária e exauriente. A justificativa consiste, de forma básica, no tempo e possibilidade que o magistrado teve para análise e formação de cognição sobre determinado processo.

Apesar do caráter célere da cognição sumária com ausência, até mesmo, de momento processual para oitiva da parte contrária, não há qualquer mácula a nenhum princípio constitucional.

Sobre o tema leciona Cassio Scarpinella Bueno:

“O que há, muito pelo contrário, é autorização constitucional para que o legislador ‘crie’ condições diferenciadas para que lesões e ameaças a direito sejam efetivamente apreciadas pelo Poder Judiciário. A cognição sumária é uma legítima autorização dada pelo legislador ao juiz, forte na aplicação do modelo constitucional do processo, aqui com preponderância do princípio da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, robustecido pelo inciso LXXVII, acrescentado pela Emenda Constitucional n.45/2004), para que o juiz decida o mais rapidamente possível e, por isto mesmo, sem que tenha condições temporais de refletir exaustivamente sobre a questão que lhe é dada para resolver.”³⁵

Ademais, se as partes litigantes ficam satisfeitas com a decisão obtida em cognição sumária, não há motivos para forçá-las a prosseguir com a demanda, para obter decisão lastreada em cognição exauriente.

Por outro lado, se não estiverem satisfeitas com a decisão e entenderem ser necessário maior aprofundamento na questão que levaram ao conhecimento do juiz, há o processo clássico, mais moroso e hábil a analisar todas as provas, questões, ouvir todos os envolvidos – prezando, neste caso por princípios como o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros.

Portanto, essa previsão de possibilidade de continuar o processo caso entendam as partes necessário, afasta sem sombra de dúvida eventual inconstitucionalidade das decisões lastreadas unicamente na cognição sumária.

35 BUENO, p.320.

Ainda, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

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

3.2. Impossibilidade da Coisa Julgada em Cognição Sumária

No capítulo dois foi abordada a coisa julgada, mencionando que quando empregada a expressão “coisa julgada”, há consenso na doutrina tratar-se na verdade de coisa julgada material e não formal.

De forma muito clara e objetiva, é possível afirmar que não existe a formação de coisa julgada em cognição sumária – merece ressalva, quando falamos na hipótese de incidência da estabilização da tutela antecipada e enfrentamento desse instituto como capaz de produzir coisa julgada.

O primeiro ponto a ser considerado é o texto de Lei, pois a redação do art. 502 do Novo Código de Processo Civil:

*“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a **decisão de mérito** não mais sujeita a recurso.”*

Prevalece na doutrina, em especial Cassio Scarpinella Bueno, afirmando que o Novo Código de Processo Civil apesar de alterar a menção de *sentenças* para *decisões*, a doutrina não deixa de reconhecer que somente decisões de mérito com cognição exauriente são aptas a transitarem em julgado.³⁶

O segundo ponto é justamente o tópico 3.1, *supra*, não há como comportar dentro da cognição sumária todos os elementos necessários para a produção de sentença de mérito, lastreada em cognição sumária apta a produzir coisa julgada.

As decisões de mérito fundadas em cognição sumária são completamente perfunctórias, de probabilidade, não podendo, portanto, ser equiparada a profundidade de uma sentença lastreada em cognição exauriente com possibilidade de transitar em julgado e produzir a coisa julgada.

Vê-se a estabilização da tutela antecipada revestida de “*certa segurança jurídica*”, dado que após dois anos sem nenhuma das partes questioná-la ela torna-se insuscetível de questionamento, porém nota-se que em nenhum momento o legislador utilizou-se das mesmas características aplicadas à coisa julgada, quais sejam: (i) imutável e (ii) indiscutível.

O porquê não o fez já que se torna estável e insuscetível de alteração após dois anos? Justamente, para não igualar institutos distintos entre si. A coisa julgada possui dignidade processual superior, pois é lastreada em cognição exauriente, foi criada para garantir a estabilidade das relações processuais para *fora* do processo, sendo impossível propor nova demanda sobre as mesmas circunstâncias, questionável dentro de um prazo de dois anos, através de ação rescisória.

Ainda, para não deixar dúvidas sobre a não incidência da coisa julgada nas decisões concedidas em caráter antecedente e, mesmo estabilizado, passado os dois anos, a decisão além de não ser expressamente acobertada pela coisa julgada – previsão expressa no § 6º do art. 304 do Novo Código de Processo Civil – poderá ser discutido mesmo direito material em outra demanda, não podendo ser rejeitada com base na preliminar de coisa julgada.

Deverá ser examinado o direito material e somente ao final, eventualmente se poderá rejeitar a pretensão com base na prescrição ou decadência – art. 487, II do Novo Código de Processo Civil. Ademais, o juiz não poderá extinguir o processo sem

36 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2ª. São Paulo, Ed. Saraiva, 2016, p.400.

resolução do mérito de plano ou sem maiores indagações, mas sim terá de adentrar ao mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório.³⁷

Assim, verifica-se na questão da estabilização definitiva da tutela antecipada, envolve-se o decurso de prazo para discussão ou busca da exigibilidade do direito, no âmbito do próprio direito material, e não na linha do afastamento imediato da discussão com base na coisa julgada.

Por este motivo, mencionou-se neste item *supra* que a estabilização da tutela antecipada possui certa segurança jurídica, pois não guarda em si a mesma dignidade da coisa julgada, verdade tamanha que existe a possibilidade de se propor nova demanda lastreada no mesmo direito material, ainda que passado os dois anos previstos em Lei e, ainda, não sendo possível rejeição lastreada em preliminar de coisa julgada.

3.3. Violação Constitucional

Nos itens *supra*, restou evidente a impossibilidade de formação da coisa julgada em cognição sumária. Além de sua impossibilidade por todos os motivos já expostos, há também violação constitucional.

Se houvesse formação da coisa julgada em cognição sumária, acarretaria violação a norma processual civil e constituição federal:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

37 FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Analisando os dispositivos é fácil perceber que a lei protege os direitos das partes de se manifestarem, exercerem a defesa plena de seus direitos perante terceiro que a postula em juízo.

Assim, todos os preceitos apontados acima são oriundos de cognição exauriente, pois como já explanado no presente trabalho, a cognição sumária é juízo fundado em probabilidade, o juiz não possui tempo hábil para formar sua convicção.

Por outro lado, mesmo na tutela antecipada requerida em caráter antecedente com a possibilidade de estabilização, o legislador resguarda os direitos proporcionando momento processual para, mesmo que já concedida a tutela dado a urgência, a parte contrário manifeste-se nos autos e somente se não o fizer a tutela estabilizará.

Portanto, a coisa julgada não é cabível na decisão que concede a tutela antecipada, se fosse possível violaria preceitos constitucionais; na mão contrária temos a cognição sumária que não viola a constituição por si só, já que o legislador garante que o juiz – no momento processual adequado – dê oportunidade para a parte contrária rebater o pleito requerido e alcançado do autor.

CAPÍTULO 4. MÉTODO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA – ANÁLISE DOS ARTIGOS 303 E 304 DO NCPC

4.1. Art. 303 do Novo Código de Processo Civil

Inovando na redação do antigo Código de Processo Civil, inseriu-se no ordenamento jurídico a possibilidade de se requerer a tutela antecipada de forma antecedente, ou seja, aqui se fala em contemporaneidade, nos exatos termos do art. 303:

“Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação [...]”

Juntamente com esse novo instituto acompanharam novas regras que merecem atenção para sua concessão e, principalmente, uma das maiores inovações na nova redação do Código de Processo Civil: a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Traz o art. 303 em sua redação que se a urgência for contemporânea ao protocolo da petição inicial, o autor poderá limitar-se a requerer a tutela antecipada, mas deve indicar qual será o *pedido final*, a *lide* e o *direito que pretende realizar*, que vai além do perigo de dano ou risco útil do processo.³⁸

Caso concedida a tutela, o autor terá o prazo de 15 (quinze) dias para aditar a inicial complementando os pedidos, juntando novos documentos etc – fala-se aqui em aditar, pois não se sabe se o réu interporá ou não recurso contra a decisão proferida, trata-se de discussão para os próximos itens. Ressalta-se que o aditamento é feito nos mesmos autos, sem necessidade de recolher novas custas processuais.

Em sequência ao aditamento realizado pelo autor, o réu será citado da nova demanda que há contra ele; será intimado para audiência de conciliação ou de mediação nos termos do art. 334. Se não houver acordo na audiência, começara o prazo para contestação nos termos do § 1º, III.³⁹

Neste momento em que o réu é citado ele tem em suas mãos a possibilidade de impossibilitar a estabilização da tutela antecipada, agravando da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente. Seguirá a discussão nos próximos tópicos se

38 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2. São Paulo: Ed: Saraiva,, 2016, p.258.

39 BUENO, p. 259.

apenas o agravo de instrumento – em decisões de 1º grau – tem o condão de afastar a possibilidade de estabilização ou se qualquer outra forma de impugnação por parte do réu obstará a estabilização.

Em contra partida, se a tutela antecipada antecedente não for concedida, o juiz determinará ao autor de acordo com o § 6º que emende a inicial, no prazo de 05 (cinco) por entender que não houveram elementos suficientes para a concessão da tutela requerida. Caso o autor não proceder com a emenda, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito e arquivado na sequencia.

Antes de esmiuçar cada detalhe nos próximos tópicos, ressalta-se que se o autor não aditar a petição inicial em que foi concedida a tutela antecipada antecedente, de acordo com os §§ 2º e 3º, os autos serão extintos sem resolução do mérito.

Derradeiramente, cabe destacar que apesar de ser um instituto novo, há autores que o denominam de forma diversa, por exemplo, Scarpinella⁴⁰ o chama de tutela antecipada antecedente; enquanto Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira o chamam de tutela superantecipada.⁴¹

4.1.2. Requisitos essenciais da petição simplificada

Conforme abordado no tópico anterior a petição inicial que inaugura o pedido de tutela antecipada antecedente possui regramento próprio, assim ela é exceção aos arts. 319 e 320 do Novo Código de Processo Civil, pois pode observar apenas os requisitos previstos no art. 303.

Entende a doutrina⁴² que o legislador considerou, ao incluir essa previsão no texto legal, a urgência que necessita o autor quando busca a proteção jurisdicional. Assim, afastou maiores formalidades da petição, passando a ser chamada de *simplifica* e exigindo apenas seis requisitos, quais sejam:

(i) Indicação do juízo competente para conhecer e decidir a demanda.

Neste ponto há discussões que mesmo o juízo incompetente deverá analisar o pedido de tutela antecipada antecedente, dado que o provimento jurisdicional é urgente

40 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2. São Paulo: Ed: Saraiva, 2016, p. 260.

41 .BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.344.

42 NETO, p. 347/348.

passível de perecimento do direito alegado e apesar de não ser competente, da mesma forma está revestido de jurisdição.

Defende-se, portanto, que o juízo mesmo incompetente analise a concessão ou não da tutela antecipada antecedente e remeta, de ofício, os autos ao juízo competente para seguimento da demanda.

Os autores que aceitam a atuação do juiz incompetente, em casos excepcionais de urgência, são Ovídio Baptista da Silva, Humberto Theodoro Júnior e José Frederico Marques. E, ainda, Olavo de Oliveira Neto, confirma que além de concordar os nobres processualistas, vai mais longe ao entender que não se fala apenas em incompetência relativa, mas mesmo a incompetência absoluta e justifica:

“Isso porque a incompetência absoluta não é um pressuposto de existência, mas sim um pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. Por isso, distribuído o feito para um juiz absolutamente incompetente, embora sem competência ele está investido de jurisdição e, por conseguinte, não deve deixar que o direito pereça”.

(ii) Qualificação das partes.

Narra o art. 319, §§ 1º a 3º que a ausência de qualificação completa das partes, ainda que futura e possivelmente capaz de identifica-los, não será motivo suficiente para indeferimento da petição inicial, vejamos:

“Art. 319. A petição inicial indicará:

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas, Físicas ou Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.”

Desta forma, mais uma vez, a nova redação do Código de Processo Civil preza pela efetividade da prestação jurisdicional, pois não era incomum esbarrar-se com diversos indeferimentos por desconhecer o autor a razão social de uma pessoa jurídica, ou ainda o endereço de sua sede, ocasião que agora fica o juiz impossibilitado de indeferir, de plano, sendo necessária antes diligências com o fim de suprir a deficiência da petição inaugural.

(iii) Declaração expressa ao § 5º, art. 303, NCPC.

O legislador preocupou-se com eventuais alegações de ofensa ao modelo Constitucional do Direito Processual Civil, pois com a dinâmica do rito implica ao autor a renúncia ao prestação jurisdicional ampla, através da cognição exauriente⁴³.

Então como forma de não deixar lacunas e possibilitar a escolha daquele que busca a jurisdição, a redação do § 5º restou assim:

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

Evita-se eventual questionamento do próprio autor quando, e se o caso, ver seu pedido estabilizado apenas com a cognição exauriente, pois com essa previsão do § 5º se ele não pedir expressamente o juiz estará desautorizado de estabilizar a tutela e seguirá para formação do seu convencimento baseado na cognição exauriente.

(iv) Causa de pedir.

Nas palavras de Olavo de Oliveira Neto, existem dois sistemas relativos à petição inicial, que são o sistema da substanciação e o sistema da individuação:

43 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 349.

“Quando ao autor basta narrar o fundamento jurídico da sua pretensão, diz-se que o sistema adotado é o da individualização, também denominado princípio da individualização. Mas se o autor necessita narrar, além do fundamento jurídico da sua pretensão, também os fatos que deram ensejo a esse fundamento, então se diz que o sistema é o da substanciação, ou princípio da substanciação.”⁴⁴”

Ou seja, no caso da petição inicial simplificada fica relativizada a substanciação dado a urgência que assiste ao instituto em questão. Deve constar, de forma clara e concisa, a exposição da lide, do direito que se busca e a situação de perigo sem maiores desdobramentos.

O juiz necessita de algo claro e objetivo para que possa decidir na velocidade em que necessita o autor da demanda, estender-se nesse momento não facilitará a análise e formação da cognição do juiz. Deve-se estender na questão, com todas suas minúcias quando e se admitida a inicial.

Ainda, nas palavras de Moacyr Amaral Santos:

“conforme a teoria da individualização, bastaria que se expusesse na inicial, com fundamento do pedido, a natureza do direito controvertido, o fundamento jurídico geral – direito real, direito pessoal: ‘que sendo senhor...’ ‘que sendo credor...’. Bastaria, pois, indicar a causa próxima (fundamentum actionis proximum). A teoria da substanciação impõe que na fundamentação do pedido se compreendem a causa de pedir próxima e a causa remota (fundamentum actionis remotum) a qual consiste no fato gerador do direito pretendido. Não basta dizer ‘que é credor’, mas é preciso dizer também porque é credor.”⁴⁵”

(v) Formulação do pedido

44 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 349.

45 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. NETO, Olavo de Oliveira. OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 349/350 – citando: SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. vl.2. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.146.

Consiste em apresentar além do pedido da tutela antecipada antecedente o pedido da tutela final. Com a leitura do artigo 303 não fica clara essa necessidade, mas a doutrina vem delineando que se faz necessário, vejamos:

“De acordo com o caput do art. 303, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação’, ou seja, à época do protocolo da petição inicial (art. 312), o autor pode limitar-se a apresentar petição inicial em que requeira a tutela antecipada – conquanto deva indicar o pedido de ‘tutela final’ [...]”⁴⁶”

“O penúltimo requisito da petição simplificada diz respeito à formulação do pedido, que abarca tanto a indicação do pedido da tutela final quanto o pedido da tutela antecipada satisfativa⁴⁷”.

O aditamento da inicial pode remontar, até mesmo, um novo cenário para o pedido final e a princípio ele não parece um requisito lá muito útil para a concessão da tutela antecipada antecedente, porém ele é.

Ressalta-se que o juiz precisa verificar o mínimo de pertinência com a busca final do autor e a busca inicial, algo que sugira e justifique a concessão de uma medida tão excepcional, fundada absurdamente em juízo de probabilidade e cognição sumária, seria muito mais difícil ao juiz se não vislumbra-se o que se almeja ao final, ainda que pedido nos termos do § 5º do art. 303, pois vai que o réu agrave da decisão não é mesmo? Ai será necessário, aditar e seguir com a demanda até a cognição exauriente.

(vi) Valor da causa.

Este requisito é somente para atendimento de texto legal, pois a partir dele fundam-se parâmetros para recolhimento das custas iniciais etc. Há quem diga que o legislador poderia ter evitado a cobrança de custas no ajuizamento da petição simplificada requerendo a concessão da tutela antecipada antecedente, sendo passível

46 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2. São Paulo: Ed: Saraiva, 2016, p.258.

47 NETO, p. 350.

seu recolhimento quando e somente nos casos de aditamento da petição inicial, após o manejo de recurso cabível pela parte contrária.

4.2. Art. 304 do Novo Código de Processo Civil

Vejamos a redação do art. 304:

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

Ou seja, se o réu não interpor recurso da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, restará – dentro dos diversos outros itens a ser considerados – a estabilização.

Entretanto, apesar de aparecer ser simples, não é. A doutrina, em especial Scarpinella, leciona que assim como o autor deve mencionar expressamente que utilizará do § 5º do art. 304; por sua vez, deverá constar nos mandados de citação e intimação ao réu, advertência de que a não interposição de recurso cabível importará na estabilização da tutela concedida em seu desfavor.⁴⁸

Ainda, ronda a questão de qual seria o recurso que consta na expressão “*respectivo recurso*”. Trata-se justamente de regra geral, ou seja, em primeira instância será o agravo de instrumento; em segunda instância, contra decisão monocrática, será agravo interno; e sendo acórdão, será recurso especial e/ou extraordinário, de acordo com cada caso.

Para incidência do art. 304, parte-se do pressuposto que o réu não interpôs o recurso cabível, o que resulta na aplicação do § 1º, ocasião que o processo será extinto e estabilizará a decisão concedida.

Não é de qualquer maneira, conforme exhaustivamente já exposto em outros itens supra, imutável essa decisão de estabilização, pois qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput do art. 304.

48BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2. São Paulo: Ed: Saraiva, 2016, p. 261.

Novamente, tudo aparenta a mais clara e transparente facilidade, porém nem tão simples, por isso abre-se novos itens para melhor discussão de cada detalhe deste artigo e instituto do Novo Código de Processo Civil.

4.2.1. Estabilização da tutela antecipada antecedente

Para a estabilização da tutela são necessários dois “requisitos⁴⁹”:

- (i) A tutela antecedente antecipada tenha sido requerida nos devidos termos do § 5º do art. 304 e tenha sido concedida pelo magistrado (*inaudita altera parte*); e
- (ii) Citado o réu, deixe de interpor o recurso cabível para questionar a decisão concedida.

Ocorrendo, necessariamente, os dois requisitos está configurada a estabilização da decisão concedida que poderá ser revista por qualquer das partes no período de 02 (anos), conforme § 5º.

Conforme já explanado em item supra, apesar da estabilização ser um meio de preservar a decisão e tornar a prestação jurisdicional efetiva, atendimento imediatamente os anseios de quem a busca, essa estabilização nem de longe passa pelo manto da coisa julgada. Tal conceito está explícito no § 6º para evitar desgaste de forças para tentar encaixar, de qualquer maneira, esse instituto na mesma dignidade da coisa julgada, vejamos:

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

Essa eventual decisão que poderá rever, reformar ou invalidar a concessão da tutela antecipada antecedente, não ocorrerá nos mesmos autos. Para revê-la será necessário o ajuizamento de nova ação, pois apesar da estabilização não ser alcançada

49 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. Tutela Provisória no novo CPC. 4. Duração Razoável do Processo e Tutela Antecipada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.92.

pela coisa julgada material ela é alcançada pela coisa julgada formal e não permite questionamentos nos mesmos autos, pois formalmente aquela demanda encerrou-se⁵⁰.

Sobre a questão do prazo ser decadencial de 02 (dois) anos parece que todos concordam, até mesmo pela redação clara no Código de Processo Civil, porém há quem diga que são dois anos por conta do instrumento cabível para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada ser a ação rescisória.

Neste ponto, diferente de tantos outros que ainda tem muito a serem discutidos e observados com o passar dos anos em que o instituto será utilizado no ordenamento jurídico, acredito que não há como falarmos em ação rescisória.

Todo o debate nos capítulos anteriores faz, com toda vênia aos processualistas que entendem em sentido contrário, crer que a estabilidade diverge significativamente da coisa julgada e pelo conceito de ação rescisória, sabe-se que ela é utilizada para quebrar a coisa julgada material, ou seja, aquilo que surge de uma sentença de mérito transitada em julgado.

Veja as palavras de Eduardo Combi e Aline Regina das Neves sobre a possibilidade de ação rescisória:

*“O direito de rever a tutela antecipada se extingue no prazo decadencial de dois anos após a ciência da decisão que extinguiu o processo. Transcorrido prazo mencionado, **resta apenas a ação rescisória para, desde que evidenciada hipótese legal para sua propositura, revisar ou reformar a decisão estabilizada**”.*

“Admita a equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão estabilizada não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começa a correr após o trânsito em julgado das decisões.⁵¹”

Em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno:

50BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Tutela Provisória no novo CPC. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.206.

51 THEODORO, Humberto Júnior. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. ed. 56. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015, p. 670.

“A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais 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.”⁵²

4.3. Questões da estabilização da tutela

4.3.1. Aditar ou não aditar a inicial simplificada?

Parece estranho depois de tudo que foi explanado nos itens anteriores, abrir um item para questionar se deve aditar ou não a inicial simplificada, porém existe uma questão na lei que não refletirá, com certo pessimismo, na prática.

Da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, surge a necessidade de citar o réu, para querendo, apresente recurso cabível. Em contra partida, da mesma decisão será intimado o autor, para querendo, aditar a inicial e seguir com a demanda.

Neste momento que surge a questão problemática, tanto a citação quanto a intimação possuem em Lei o mesmo prazo: 15 (quinze) dias. Sabe-se que a citação demorará muito mais do que uma simples intimação, assim como poderá prever o autor se o réu irá ou não manejar recurso cabível? Qual a segurança que lhe garante, pois passarão os 15 (quinze) dias do seu prazo primeiro e, se após sobrevier recurso do réu?⁵³

Assim, surge o primeiro grande entrave do instituto, muitos afirmam que é melhor aditar sempre, pois não corre o risco de ser surpreendido com o recurso da parte contrária. Há quem diga que sempre deverá constar o pedido final mesmo na petição simplificada, como já dito.

Porém, nem tudo está perdido para o novo instituto da estabilização, vejamos:

52 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed. 2. São Paulo: Ed: Saraiva, 2016, p. 263.

53 MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Publicado pelo blog JOTA em 01.06.2015.

Art. 303. [...] I – o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, **em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.**” (grifamos).

Conta-se nessa ocasião com o tirocínio do magistrado que já, de certa forma, acostumado com a expedição/retorno de citação, rotina de seu cartório que não dificilmente pelo país são abarrotados, poderá com bom senso e organização determinar prazo maior para que assim retorne a citação e eventual manejo de recurso, antes que se despenda tempo, forças e trabalho de todas as partes para seguirem com um processo que não queiram.

Vejamos as palavras de Marcelo Pacheco Machado sobre o tema:

“O prazo para o réu recorrer é de 15 dias, certo? Sim. O problema é que a decisão de tutela antecipada pode ser concedida antes do contraditório, de modo que o réu vai ser citado e, apenas após a citação, terá os 15 dias para agravar. O autor, diferentemente, será simplesmente intimado da decisão (muito provavelmente antes da citação). E quando o for, o prazo de 15 dias que tem para formular o pedido principal terá se esgotado em data muito anterior ao prazo do réu, para recorrer da decisão.

[...] Então, qual a saída? Ora, formule sempre o pedido principal, você não sabe se haverá ou não recurso. Afinal, se o réu recorrer e o autor não tiver formulado o pedido principal, o processo será extinto sem a estabilização da medida (CPC/2015, art. 303, § 2º). Leia-se: você perde!⁵⁴”

Ainda, por outro lado, nas palavras de Scarpinella⁵⁵, a estabilização da tutela, para acontecer, precisa ir além do comportamento comissivo do autor, pois depende da

54 MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. Blog do Jota. Publicado em 01.06.2015.

55 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed.2. São Paulo: Saraiva, 2016.p.262.

omissão do réu também. Independente do prazo, até porque há previsão expressa para dilação deste por iniciativa do Juiz, será necessário que o autor emende a inicial.

Quem saberá qual será a atitude do réu, ainda que com 15, 20, 35 dias após a concessão da tutela e sua citação? E se, ainda assim, ele manejar o recurso cabível contra a concessão? O autor ficará desamparado. Então tornará inócuo o instituto.

Além da previsão do art. 303, §1º, I, para a possibilidade de dilação de prazo; há previsão geral contida no art. 139, VI, nos seguintes termos:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”

Acredito que um prazo muito superior aos 15 (quinze) dias não alcançara o objetivo da efetividade à tutela do direito que tanto resguarda o Código de Processo Civil.

Parece-me o mais acertado, em consonância aos ensinamentos de Scarpinella, que o Juiz dilate o prazo para que o autor adite a inicial, pois nessa situação o autor poderia observar o comportamento do réu.

Merece destaque também que deverá constar, expressamente, na citação que a ausência do manejo do respectivo recurso, ensejará a estabilização da tutela antecipada antecedente.

4.3.2. Concessão da tutela de ofício?

Ainda na redação do antigo Código de Processo Civil, já havia a discussão se era possível ou não a concessão de tutela de ofício, vejamos a redação que vigorava:

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

Desde a redação antiga há divergências quanto a possibilidade ou não de conceder tutela de ofício. Entretanto, como depreende-se da redação do art. 273 acima, consta expressamente que o juiz somente poderá se manifestar a requerimento da parte, o que afastava cabalmente a posição de ser de ofício, vejamos a doutrina sobre o tema:

“O art. 273, caput, condiciona à iniciativa da parte a antecipação dos efeitos do pedido. De modo absoluto, exclui a iniciativa do próprio órgão judiciário, situando o pleito na área reservada pelo princípio dispositivo (art. 262), à parte⁵⁶”

“Ressalto claro do texto transcrito que a tutela antecipada depende do pedido do autor (ou do réu, na reconvenção), não podendo ser concedida de ofício. O teor literal do artigo citado está em perfeita harmonia com outra regra expressa do Código segundo a qual ‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado requerer, nos casos e formas legais⁵⁷.’”

“É vedado ao juiz conceder ex officio a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do art. 273, caput, do CPC. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode conceder a medida.”

“Segundo dispõe expressamente o art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela depende de ‘requerimento da parte’, vale dizer, está sujeita ao princípio dispositivo, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz⁵⁸”

Contudo, agora a redação é outra, não existe mais a menção “a requerimento das partes” e agora, seria possível na nova redação do Código de Processo Civil?

Ocorreu no Projeto do Senado a menção de que a tutela antecipada poderia ser de ofício, porém não prosperou e não ficou na redação final sancionada. Assim, no

56 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p.22.

57 LOPES, João Batista. Impossibilidade de concessão *ex officio* de tutela antecipada, *Repro*, v.206, p. 337, abr.2012.

58 ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela. ed 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p.117.

momento, há tendências que fazem crer a possibilidade de tutela antecipada em casos excepcionais, vejamos as palavras de Rogerio Licastro Torres de Melo:

“A concessão ex officio de tutelas de urgência de natureza cautelar me parece inquestionável; a polêmica reside na possibilidade, ou não, de concessão ex officio de tutelas de urgência de natureza satisfativa (antecipada). Pessoalmente, defendo a ideia de que, sendo evidente a viabilidade jurídica da pretensão autoral e existindo risco de dano irreparável, está o magistrado autorizado a conceder tutela de urgência satisfativa (antecipada) ainda que a parte não o requeira.”⁵⁹”

Contudo, compartilho da ideia de ser possível a concessão de tutela antecipada satisfativa de ofício, quando fundado receio de dano irreparável, pois em nenhum momento prejudicará a parte contrária de forma perene, haverá a citação/intimação para que se manifeste, maneje recurso cabível e evitar a estabilização. Não há, para mim, violação do contraditório, ampla defesa ou excesso do juiz.

4.3.3. Ônus da prova

Fala-se muito na hipótese de ajuizar medida, no período de dois anos, com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Entretanto, de quem seria o ônus da prova neste caso?

Há quem diga que o próprio legislador poderia ter esclarecido esse ponto esclarecendo no texto legal a quem caberia o ônus, porém não o fez. Ainda, para movimentar os debates, a redação do atual Código de Processo Civil menciona que qualquer das partes poderá demandar⁶⁰.

Pois bem, considerando que o ônus da demanda “original” era do autor, acredita-se que isso deve segui-lo mesmo quando demandado pelo autor. Não parece muito certo transferir esse ônus a parte contrário, no caso ao réu da primeira demanda.

⁵⁹BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Tutela provisória no novo CPC. O juiz e a tutela antecipada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.229/230.

⁶⁰BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. ASSIS, Carlos Augusto de. Tutela provisória no novo CPC. A antecipação de tutela e sua estabilização. Novas perspectivas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.39/40.

Entretanto, a redação do art. 373, § 1º do Novo Código de Processo Civil prevê que:

*“Art. 373. O ônus da prova incumbe:
§1.º Nos casos previstos em lei ou diante da peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, **poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso**, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”*

Resta claro na redação ao artigo que o juiz poderá decidir com quem ficará o ônus da prova. Considerando a missão do Novo Código de Processo Civil em efetividade, cooperação das partes, parece muito sensata a redação do código que atribui o juiz formas de proceder com base, além do caso concreto, com seu tirocínio.

4.3.4. Condenação de verbas sucumbenciais?

Após abordar a questão do ônus da prova, questiona-se: E as sucumbências, de quem serão quando estabilizada a tutela antecipada?

O Novo Código de Processo Civil não faz nenhuma menção em toda sua redação, ficou a cargo da doutrina discutir este ponto e crer que será a decisão dos tribunais.

Inicialmente, ou seja, na decisão que conceder a tutela antecipada antecedente não faz muito sentido atribuir-se a sucumbência a qualquer das partes, simplesmente por não ser o momento, aguardará eventual manejo de recurso por parte do réu.

Com o transcorrer do prazo para manejo de recurso e o réu manter-se inerte, sobrevirá a sentença terminativa confirmando a tutela concedida e cominando em sua estabilização. Portanto, este seria o momento correto em atribuir-se as sucumbências ao réu, vejamos as palavras de Heitor Vitor Mendonça Sica sobre o tema:

“Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a

formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas de sucumbência⁶¹.”

Nas claras palavras, nas quais vejo grande assertiva, não parece razoável de forma alguma o autor arcar com as verbas sucumbenciais, dado que a parte contrária deu ensejo ao manuseio da ação.

4.4. Necessidade de agravar da decisão que concede a tutela?

Conforme já mencionado anteriormente, a redação do art. 304, caput, do Novo Código de Processo Cível prevê a possibilidade da estabilização da tutela provisória, porém ressalva que somente ocorrerá a estabilização se não interposto o respectivo recurso, vejamos a redação novamente:

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

Já mencionado também que dependendo da instância de origem do processo será manejado recurso específico, considerando a decisão de primeiro grau em justiça estadual, caberá agravo de instrumento.

Não há dúvidas sobre qual seria o recurso cabível em cada instância, porém critica-se a redação do novo código de processo civil justamente pela necessidade de interpor recurso para evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Trata-se de afronta ao próprio intuito do novo código que consiste em dar maior efetividade ao judiciário, mas como atribuir maior efetividade se congestionar os Tribunais com recursos?

Com a sistemática literal que o novo código trouxe, nossos Tribunais ficarão abarrotados de agravos, pois apesar da concessão de tutela antecipada antecedente ser um instituto incrível como instrumento de prestação jurisdicional para todos em

61 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Tutela provisória no novo CPC. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 415/416.

contrapartida é muito difícil crer que a parte vencida deixará a tutela simplesmente estabilizar.

Por uma questão, de certa forma, cultural o brasileiro não se satisfaz com o não – bem na verdade, ninguém gosta – e acabarão agravando. Assim, além de seguir a demanda principal com o necessário aditamento da inicial, instrução, sentença; do outro lado haverá um agravo pendente e quando tudo aparentar resolvido com a sentença, haverá a apelação.

Infelizmente ou felizmente esse é o judiciário e a forma que as partes se comportam frente a ele, vejamos o que a doutrina diz sobre o tema:

*“Ao condicionar a apresentação de contestação à interposição de recurso em face da decisão que antecipou a tutela antecedente, provendo, ainda, como consequência a não apresentação de agravo, a extinção do processo e a estabilização da tutela deferida, e condicionando a rediscussão da matéria ao ajuizamento de ação diversa, o que importa custos e pode refletir no ônus da prova, o novo CPC incita o réu ao recurso. **A probabilidade de os Tribunais de Justiça receberem número maior de agravos é considerável e tem de ser ponderada, já que, quanto maior o número de processos, maior o congestionamento do Poder Judiciário** (no caso, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais) e, conseqüentemente, o íterim de duração do processo.⁶²”*

*“Se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo – ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização d audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição de recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. **Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência.**”*

62 BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. CAMBI, Eduardo. NEVES, Aline Regina das. Tutela Provisória no novo CPC. 4. Duração Razoável do Processo e Tutela Antecipada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.93.

*Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.*⁶³”

Ainda, nas palavras de Scarpinella:

*“Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304.*⁶⁴”

Há quem diga que deve ser somente o recurso cabível para evitar a estabilização a tutela, porém a ideia da interposição de recurso é a manifestação expressa do réu contra a decisão proferida contra si. Então porque não aceitar qualquer manifestação como comparecer na audiência de conciliação ou mediação; simples petição apresentada aos autos manifestando-se contrário a decisão; apresentar embargos de declaração.

Parece bastante razoável a interpretação extensiva do caput do art. 304, ainda mais razoável seria a lei prever que qualquer manifestação seria suficiente. A simples petição, por exemplo, parece a forma mais adequada, pois será direcionada ao juízo sem necessidade de acionar instância superior e trata-se de manifestação expressa, contrária, que demarca a insatisfação com a tutela concedida.

Uma simples petição já possui o condão de fazer o processo seguir, respeitando a instrução, ampla defesa, contraditório e sentença – possivelmente com mérito e coisa julgada.

Ainda, há muito que se ponderar e aguardar do novo instituto no dia a dia do nosso judiciário. Porém, espera-se efetividade real e isso, de certa forma, para dar certo está nas mãos de todos os operadores do direito.

4.5. Realidade no Tribunal de Justiça de São Paulo

63 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 834.

64 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed.2. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261/262.

Considerando que a tutela antecipada antecedente é um instituto novo no Código de Processo Civil e, em especial, a sua estabilização, achou-se por bem realizar uma pequena pesquisa junto ao site do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tal pesquisa não tem o condão de concluir nenhum ponto em específico, trata-se de verdadeira especulação por mera curiosidade em saber como um dos Tribunais mais expressivos do país vem lidando com as demandas.

Pois bem.

O Tribunal de Justiça de São Paulo possui 38 Câmaras de Direito Privado e 17 Câmaras de Direito Público, um total de 55 Câmaras passíveis de receberem os agravos de instrumento como forma de não estabilizar a tutela concedida em caráter antecipado antecedente – isso sem contar as Câmaras especializadas em direito empresarial.

A pesquisa contou com os seguintes termos: (i) tutela; (ii) antecipada; (iii) antecedente; (iv) art. 304. Buscou-se desde o dia 18.03.2016 até 09.10.2016, localizando-se exatos 20 acórdãos com o filtro de busca utilizado. Desses 20 acórdãos, apenas 5 abordavam a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente, requerida nos moldes do art. 304 do Novo Código de Processo Civil, vejamos:

1.“Ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária. Concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ISS, na qual **consignada a necessidade de interposição de recurso pela municipalidade para evitar a estabilidade de que trata o art. 304, caput, do CPC/2015. Pretensão à reforma especificamente quanto à estabilização da tutela. Acolhimento.** Decisão que concedeu tutela de urgência de natureza cautelar (suspensão da exigibilidade art. 151 do CTN), caso em que não há que se falar em estabilização da tutela. Decisão reformada em sua parte final. Recurso provido.” Agravo de Instrumento n° 2086995-26.2016.8.26.0000 – 18ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Ricardo Chimenti.

2.“*ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Aplicação do efeito suspensivo Impossibilidade Pedido de não exclusão do nome

da agravada dos órgãos de restrição de crédito **O agravante não trouxe indícios da legalidade do referido contrato, deixando de juntar qualquer documento que comprovasse**
Decisão mantida Recurso não provido*
***ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA - A interposição de agravo de instrumento contra a decisão que conceder a tutela antecipada é hábil a evitar a estabilização Inteligência dos arts. 303,304,994 e 1015, I, do NCPC -**
Decisão mantida Recurso provido.” Agravo de Instrumento n°2125373-51.2016.8.26.0000 – 21ª Câmara de Direito Privado - Des.Rel. Maia da Rocha.

3.“AGRAVO DE INSTRUMENTO Fornecimento gratuito de medicamento **Decisão atacada que deferiu a tutela provisória nos termos do art. 303 do NCPC, determinando a intimação da Fazenda Estadual com a advertência do disposto no artigo 304 do NCPC, de que a ausência de recurso importará na estabilização da decisão Impossibilidade - Hipótese dos autos que não se amolda à concessão de tutela de urgência antecedente, segundo o art. 303 do NCPC -** A tutela requerida não precedeu o pedido principal, eis que postulada na própria petição inicial da ação principal, ocasião em que a autora juntou toda a documentação necessária a comprovar o direito que alega fazer “jus” na inicial - Presentes a demonstração de probabilidade do direito invocado na demanda e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, além da urgência, a tutela provisória deve adequar-se aos termos do disposto no “caput” do artigo 300 do NCPC - Decisão reformada apenas para afastar as hipóteses previstas nos artigos 303 e artigo 304 do NCPC - Recurso provido.” Agravo de Instrumento n° 2105200-06.2016.8.26.0000 – 5ª Câmara de Direito Público – Des.Rel. Maria Laura Tavares.

4.“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE

URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. **ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.** Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. **Inteligência do art. 304 DO CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada.** A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu (“secundum eventus defensionis”). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. PRAZO PARA CUMPRIMENTO E MULTA FIXADA. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prao majorado para 30 dias e multa diária reduzida para R\$ 200,00, limitada a R\$ 60.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” Agravo de Instrumento nº 2129259-58.2016.8.26.0000 – 9ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. José Maria Câmara Júnior.

5.“*TUTELA ANTECIPADA **Estabilização da tutela antecipada - A interposição de agravo de instrumento contra a decisão que conceder a tutela antecipada é hábil a evitar a estabilização** Inteligência dos arts. 303,304,994 e 1015, I, do CPC - Decisão mantida Recurso provido*” Agravo de Instrumento nº 2099850-37.2016.8.26.0000 – 21ª Câmara de Direito Privado – Des.Rel. Maia da Rocha.

Não se sabe quantos agravos de instrumento são registrados por dia/mês perante o Tribunal, mas 20 acórdãos na imensidão de 55 Câmaras é realmente pouco e menos ainda quando constata-se apenas 6 referentes a estabilização – ou não estabilização – da tutela.

Nesses acórdãos é possível constatar que os operadores do direito ainda se confundem quanto ao cabimento de cada tutela, os critérios e como amoldar os fatos à norma. Nota-se, também, que há quem maneja agravo única e exclusivamente para não estabilizar a tutela – caso 5 supra.

Incontroverso que não há como concluir se os poucos agravos localizados significam que o instituto não vem sendo utilizados; se os operadores do direito ainda não o sabem manejá-lo; se está surtindo efeitos na questão da parte ré não manejar recurso. Absolutamente tudo é muito recente para conclusões precipitadas, porém vale o acompanhamento com o passar dos anos para entender melhor o comportamento das partes, operadores do direito e, claro, do Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Tratando-se de um instituto tão novo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a missão de concluir algo fica demasiadamente complicada. Acredito que tendem a ser mais indagações do que propriamente uma certeza sobre algo.

Nem mesmo os grandes doutrinadores ousaram aprofundar-se em grandes conclusões – que seriam por certo precipitadas – seria prepotência demais exaurir e concluir o tema.

O que se pode dizer, com certo grau de conclusão, que não há como a estabilização da tutela requerida em caráter antecedente confundir-se ou ganhar os mesmos contornos da coisa julgada. Quando no início deste trabalho, um ou outro texto levava a possibilidade, mas depois de um estudo aprofundado e isolado do instituto da coisa julgada e traçando paralelos com a tutela antecipada, logo se vê a total incompatibilidade.

A coisa julgada vai além da matéria de direito, o mérito decidido. Trata-se de tantos outros requisitos, o mais claro entre os dois institutos versam justamente quanto a espécie de cognição: sumária para tutela antecipada requerida em caráter antecedente e exauriente para a coisa julgada.

Quanto a efetividade do instituto ainda há muitas dúvidas se assim será. São muitos fatores para que ele dê certo, prospere, pois depende das partes (condutas comissivas e omissivas), depende do Magistrado entender – de uma vez por todas – o seu papel dentro da engrenagem da justiça e passar a colaborar com o processo, tornando-o viável às partes, na medida das possibilidades da economia processual, celeridade, o próprio expediente de seu cartório e jamais esquecer as peculiaridades da comarca em que está – nem sempre o que dá certo em São Paulo dará no Piauí.

Quanto a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, não há dúvidas que a redação do art. 304 do Código de Processo Civil merece entendimento extensivo. Para que vincular as partes em manejo de recurso? Para entupir os Tribunais? Certo que a pesquisa não mostrou grande quantidade de recursos, que por si só, não ensejariam morosidade no sistema judiciário. Porém, quanto tempo o agravo de instrumento pode ficar parado aguardando julgamento. Quem milita na área e acompanha as sessões de julgamento no Tribunal conhece bem a dinâmica das votações e o tamanho da pauta.

O novo Código de Processo Civil traz outra proposta de justiça, de atuação: cooperação das partes. Assim, do mesmo jeito que o Juiz deveria aceitar a faculdade que a Lei lhe concedeu em dilatar prazos – útil no caso de emendar inicial ou intimação/citação do réu – deve aplicar-se de forma extensiva o art. 304 e aceitar como vontade expressa em não deixar estabilizar a tutela e seguir com a demanda, uma petição simples demonstrando inconformismo; comparecimento em audiência dando-se por citado; manejar embargos de declaração etc.

Qualquer manifestação do réu que demonstre insatisfação com a tutela concedida deve ser aceita como forma de inviabilizar a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Pelo menos, como bem disse Scarpinella⁶⁵, por enquanto é o que parece ser o mais correto.

Após alguns meses de pesquisa me convenci que o instituto é tecnicamente válido, não viola – na forma que foi positivado – a coisa julgada ou Constituição Federal, ele vem com a carga de celeridade impressa nele, porém aos meus olhos ainda vejo falhas.

Como esclarecido em algumas linhas acima, nem só de elogios vive o instituto, restringir a estabilização da tutela ao manejo de agravo é a crítica mais severa que faço ao instituto, pois sobra críticas para a questão do lapso temporal entre intimação/citação e necessidade de emenda da inicial.

Assim como nas últimas décadas o processo civil foi reconstruído, adaptado, recriado, acredito fielmente que o instituto encontrará maneiras, caminhos de identificar-se cada vez mais com a nova “missão” deste novíssimo código.

65 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Ciil. ed.2. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p.261/262.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

BISCARDI, Arnaldo. La Protezione Interdittale Nel Processo Romano. Ed. Padova, 1938.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum, Ordinário e Sumário. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil. ed.8ª. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo, Ed. Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. ed.2ª. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella – Coordenador. Tutela Provisória no novo CPC. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. VI. III. ed.16. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. ed.5. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. ed. 1ª. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

FREIRE, Alexandre. BARROS, Lucas Buril de Macedo. PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada, Salvador: Ed. Juspodivim, 2015.

LOPES, João batista. Impossibilidade de Concessão Ex Officio de Tutela Antecipada, *Repro*, v.206, abr/2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, Tutela Antecipa e os Três Pecados Capitais. Publicado pelo blog JOTA em 01.06.2015.

MARINONI, Luiz Guilherm. Antecipação da Tutela. ed.9. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MENDES, João de Castro. Limites objectivos do caso julgado em processo civil. Lisboa: Ática, 1968.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre a Coisa Julgada. Direito Processual Civil (Ensaio e Pareceres). Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1971.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa Julgada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

NEVES, Celso. Coisa Julgada Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

PESSOA, Higor Rezende. Coisa Julgada Civil: Conceito, Espécies e Funções. *Conteúdo Jurídico*. Publicação 12.2013. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,coisa-julgada-civil-conceito-especies-e-funcoes,46366.html>

RUBIN, Fernando. O Código Buzaid (CPC/1973) e o Código reformado (CPC/1994-2010). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2812, 14, mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18695>>.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. VI.2. ed.24. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e Sua Revisão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO, Humberto Júnior. Revista de Processo. Repro, 157. São Paulo, 2008.

THEODORO, Humberto Júnior. Curso de Direito Processual Civil. VI. I. ed. 56. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz. AZEVEDO, Luiz Carlos. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenação). Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDDIER, Fredie. DANTAS, Bruno. Breves Comentários do novo Código de Processo Civil. ed.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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