

ANÁLISE DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

LUCIANE DE LOIOLA RODRIGUES

ADVOGADA, FORMADA EM DEZEMBRO DE 2014 E PÓS GRADUANDA PELO COGEAE (COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO) AMBOS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO.

Resumo: O presente artigo versa sobre a análise da estabilização dos efeitos da tutela provisória antecipada em caráter antecedente em face da Fazenda Pública. Faremos um estudo breve das tutelas provisórias – em gênero, com destaque às suas principais características e classificações, para posteriormente adentrarmos à inovação trazida pelo Código de Processo Civil/2015 com relação à estabilização da tutela antecedente, passando pela análise de sua natureza jurídica, hipóteses de cabimento e não cabimento, valoração de princípios constitucionais e a eventual possibilidade de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa principalmente se considerarmos o instituto da estabilização da tutela, culminando na possibilidade de aplicação do novo instituto em face da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil – Tutelas Antecipadas – Tutela Antecipada de Urgência em Caráter Antecedente Fazenda Pública

Abstract: The current paper analyses the effects and the possibility of application of interim protection provided in anticipation in cases involving the Public Treasury. In order to perform this analysis a brief study of interim protection measures will be presented, by highlighting its main classifications (genres) and characteristics, and by studying the tutelage consigned in the new Civil Procedure Code of 2015, specifically regarding its anticipated mode, which will be examined in its nature, fitting hypothesis, conformity to constitutional principles and the possibility of the violation of the due process of law, specially the right to contradictory and a full defense when considering the institute of the anticipated interim protection stabilization.

Keywords: Civil Procedure Code of 2015– interim protection – interim protection provided in anticipation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tutela Provisória. 2.1. Tutela Provisória E Tutela Definitiva. 2.2. Características Da Tutela Provisória. 2.3. Da Classificação Da Tutela Provisória. 2.3.1. Da Tutela Provisória De Urgência. 2.3.1.1. Da Tutela Provisória De Urgência Cautelar. 2.3.1.2. Da Tutela Provisória De Urgência Antecipada. 2.3.1.3. Da Tutela Provisória De Urgência Antecipada Em Caráter Antecedente. 2.3.2. Da Tutela Provisória De Evidência. 3. Da Estabilização Da Tutela Provisória De Urgência Antecipada Em Caráter Antecedente. 3.1. Do Cabimento, Finalidade E Requisitos Para A Concessão Da Tutela Antecipada Antecedente. 3.2. Do Descabimento Da Tutela Provisória De Urgência Antecipada Em Caráter Antecedente E Da Sua Estabilização. 3.3. Da Natureza Jurídica Da Estabilização Da Tutela Provisória De Urgência Antecipada Em Caráter Antecedente. 4. Das Tutelas Provisórias E Os Riscos De Eventual Ofensa Aos Princípios Constitucionais Do Contraditório E Ampla Defesa. 4.1 Da Estabilização Da Tutela Provisória Antecipada Em Caráter Antecedente E Os Riscos De Eventual Ofensa Aos Princípios Constitucionais Do Contraditório E Ampla Defesa. 5. Da Estabilização Da Tutela Antecipada Contra A Fazenda Pública. 5.1 Da Omissão Legal Da Estabilização Da Tutela Antecedente Em Face Da Fazenda Pública. 5.2 Do Cabimento Da Estabilização Da Tutela De Urgência Antecipada Em Caráter Antecedente Em Face Da Fazenda Pública. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui um histórico de morosidade judicial em razão de diversos fatores, como a cultura de judicialização de conflitos que culmina no grande volume de ações judiciais, bem como o devido processo legal, sob pena de cerceamento de defesa, para o atingimento de decisão em cognição exauriente, o que em certos casos leva-se meses ou anos.

Diante de tal situação e com a evolução da lide processual, houve a necessidade de adequação de mecanismos, sob certa “mitigação” de princípios processuais, a satisfazer a efetivação de provimentos processuais urgentes, sobretudo se considerarmos a morosidade do Poder Judiciário para prolação de decisão definitiva, o que pode, em certos casos, inviabilizar o próprio direito tutelado.

Assim o Poder Legislativo e Judiciário se convergeram para a criação de tutelas provisórias que visam assegurar e antecipar a satisfação do direito tutelado, reduzindo eventuais conflitos com base em juízos prévios não exaurientes em casos que os requisitos legais são preenchidos devidamente.

O Código de Processo Civil/2015 (CPC) trouxe a “estabilização da tutela antecipada antecedente” como inovação, instituto que tem por objetivo atribuir ao réu o ônus do exaurimento da cognição, na medida em que não sendo interposto o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I, CPC)¹ em face da decisão de concessão de tutela antecipada antecedente, serão estabilizados os efeitos da tutela, sendo tal estabilização somente afastada, nessa hipótese, por ação própria a fim de reformar ou invalidar a tutela concedida, no prazo decadencial de dois anos iniciados a partir da ciência da decisão de extinção do processo.

Desta forma, entendemos que a estabilização da tutela, é uma das formas de materialização do princípio da duração razoável do processo², bem como uma das formas de abreviação da cognição, sem esbarrar no julgamento antecipado de mérito.

Esta inovação trouxe também discussão na doutrina e jurisprudência sobre sua aplicabilidade, bem como sobre a possibilidade de aplicação em face da Fazenda Pública, principalmente no que toca a omissão do legislador sobre o tema, prerrogativas e princípios conferidos à Administração Pública.

2. TUTELA PROVISÓRIA

O CPC traz em seu Livro V, Título II, Capítulos II e III artigos dedicados especialmente à estabilização da tutela provisória. Entretanto, para melhor entendermos no que consiste a inovação da estabilização da tutela, é necessário uma breve análise das características da tutela provisória.

2.1. TUTELA PROVISÓRIA E TUTELA DEFINITIVA

O Poder Judiciário Brasileiro enfrenta como um de seus maiores problemas a morosidade no alcance da satisfação do mérito, seja pelo alto número de demandas nos Tribunais, seja pela necessidade do respeito ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, que por muitas vezes somente “atrasa” o desenrolar processual.

Frente a tal situação houve um movimento no qual o Poder Judiciário se viu na necessidade de garantir mecanismos que conferissem certa celeridade diante da necessidade de urgência do provimento jurisdicional, sob pena de prejuízos ou perecimento à satisfação do direito postulado pela parte no aguardo da decisão definitiva de mérito.

¹ CPC. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

2 CF. Art. 5º. [...]

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

Nessa seara, vemos que o instituto da tutela provisória visa a preservação da efetividade da decisão jurisdicional em fase de cognição sumária, ate que se prolate nova decisão em face de cognição exauriente, solucionando definitivamente o mérito da demanda.

Ocorre que a inovação processual permite que a estabilização da tutela não mais se sujeite à confirmação por meio de decisão de mérito, assim a tutela “provisória é aquela decisão que tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte”³.

Obviamente há que se guardar uma identidade entre o pedido de tutela provisória com o de tutela definitiva, pois não se pode tutelar em caráter provisório um pedido de natureza divergente do pedido definitivo. Ademais, vale mencionar que a tutela provisória não faz coisa julgada, em que pese possa se tornar estabilizada, já a definitiva se opera a coisa julgada depois do devido processo legal.

2.2. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória objetiva a celeridade processual, desde que respeitados os requisitos legais a fim de se conceder o pedido, bem como se evitar prejuízos frente à satisfação do direito em razão da morosidade para obtenção da tutela definitiva.

O jurista Fredie Didier Jr. entende a sumariedade da cognição da tutela provisória como sendo a decisão que “se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade”⁴.

Como não há grau de estabilidade, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência da análise do mérito da demanda podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo⁵, por não ser prolatada após o aperfeiçoamento integral da cognição de mérito.

2.3. DA CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória, conforme Livro V do CPC, é o gênero do qual a tutela provisória de urgência e de evidência são as espécies.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 728.

⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 582.

⁵ Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Ainda a tutela provisória de urgência pode ser subdividida em cautelar ou antecipada e ser concedida em caráter antecedente ou incidental, conforme parágrafo único do art. 294 do CPC⁶.

A tutela provisória de urgência que a visa garantir/assegurar o direito contido no pedido principal possui natureza cautelar. Já a tutela provisória de urgência antecipada visa a antecipação dos efeitos da decisão de mérito e possui natureza antecipada, podendo elas serem concedidas anteriormente a cognição do pedido principal, neste caso em caráter antecedente ou quando no curso do processo, em caráter incidental.

2.3.1. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

O art. 300 do CPC⁷ é claro ao estabelecer que os requisitos para concessão da tutela de urgência são (i) a probabilidade do direito e (ii) o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo a concessão ser *inaudita altera pars* ou após contraditório e dividindo-se em cautelar ou antecipada.

Nesse sentido temos

“quanto maior o “periculum” demonstrado, menos “fumus” se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional.”⁸

2.3.1.1. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR

A tutela provisória de urgência cautelar assegura, em cognição sumária, o necessário para a satisfação do direito subjetivo material que será analisado em sede de cognição exauriente, tendo o objeto de tal tutela a ele vinculado, assim, ela “serve para conservar a tutela do direito para a sua eventual e futura satisfação. A tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, porque está preordenada à sua conservação”⁹

Assim a tutela definitiva não exige a prévia concessão da tutela provisória de urgência cautelar, ou seja, o indeferimento ou deferimento da cautelar não tem implicação

6 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental

7 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 498

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 728 e 729.

processual sobre o julgamento da tutela definitiva¹⁰, posto que pode ser revista a qualquer tempo¹¹.

Para Luiz Fux a tutela provisória de urgência cautelar é um “provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que a justiça se preste com efetividade”¹²

Observe-se que diante de sua natureza cautelar não há que se falar em estabilização da tutela, uma vez que será reanalisada quando da apreciação do mérito.

2.3.1.2. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

Já a tutela provisória de urgência antecipada possui natureza satisfativa, ou seja, guarda correspondência lógica e material com o direito perseguido na tutela definitiva, no pedido da parte. A tutela antecipada visa à satisfação, parcial ou total, do pedido em fase de cognição sumária, é em outras palavras o atingimento da fruição do pedido principal da demanda. Assim entende a Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier:

A relação que existe entre a tutela antecipada e a tutela final – ou, dita de outro modo, entre a tutela provisória e a tutela final – é de identidade total ou parcial. Trata-se de uma relação de natureza processual: provisório e definitivo são qualificativos do provimento judicial. Vale dizer: do ato processual. Inexiste uma relação de instrumentalidade entre a técnica antecipatória e a tutela final ou entre a tutela provisória e a tutela definitiva. Isso porque a tutela que é prestada de forma provisória é exatamente a mesma, no todo ou em parte, que pode ser prestada de forma definitiva: a tutela provisória não tem uma natureza diversa daquela que será prestada de forma definitiva.¹³

O operador do Direito utiliza da tutela antecipada quando não há condições de enfrentar o decurso do tempo para o exaurimento cognitivo para atingimento do pedido principal, sob pena de perecimento ou prejudicialidade do direito subjetivo material.

2.3.1.3. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Finalmente chegamos à análise de um ponto importante do presente trabalho, que consiste em uma das inovações processuais trazidas pelo CPC, qual seja, a tutela antecipada em caráter antecedente e sua estabilização.

¹⁰ Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

¹¹ Cf. Nota 5.

¹² FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 728.

Muitas vezes frente aos problemas de ordem urgente enfrentados pela parte, não é possível a elaboração da inicial com o preenchimento de todos os requisitos do art. 319 do CPC.

Sendo assim e presente a urgência do provimento jurisdicional, pode a parte, em caráter de exceção, indicar somente o pedido de tutela antecipada acompanhada de breve exposição sumária do processo, delimitando apenas o direito pleiteado e o perigo do dano à utilidade do provimento diante da eventual morosidade do Poder Judiciário. Assim, se concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, teremos o *dies a quo* para que a parte promova o aditamento da inicial, sob pena de extinção do processo sem análise de mérito, conforme art. 303, § 1º, I e § 2º do CPC.¹⁴

Entretanto, caso não sejam verificados elementos capazes de convencimento do Juiz para a concessão da tutela, este determinará que a parte emende a inicial, sob pena de indeferimento e conseqüente extinção do feito.

Não há na legislação previsão específica para defesa do réu em caso de concessão de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, por isso aplica-se a regra do art. 1.015, I,¹⁵ sendo o recurso de agravo de instrumento o meio correto para combater tal decisão. Ademais, vale mencionar que neste caso o prazo para apresentação de contestação dar-se-á a partir do aditamento da inicial.

Caso o réu não maneje o recurso de agravo de instrumento, a tutela provisória se tornará estável, assim ensina Humberto Theodoro Junior

A principal justificação para o procedimento detalhado pelos arts. 303 e 304 para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é a preparação para uma possível estabilização da medida provisória, capaz de abreviar a solução da controvérsia, evitando, assim, a continuidade do processo até a composição definitiva de mérito (art. 304). O procedimento sumário, *in casu*, é franqueado ao autor, na esperança de que o demandado, diante do quadro em que a liminar foi requerida e executada, não se animará a resisti-la. Daí a previsão de estabilização da medida, sem instauração do processo principal e sem formação de coisa julgada.¹⁶

14 Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 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;

[...]

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

¹⁵ CF. Nota 1.

¹⁶ THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 656 e 657.

Caso o réu não interponha recurso contra a decisão em caráter antecedente e mesmo que a parte autora não adite a inicial, resultando na extinção sem julgamento de mérito, a tutela antecipada tem seus efeitos mantidos em razão da estabilização. Tais efeitos somente poderão ser reapreciados com distribuição de ação própria, podendo ser ajuizada por qualquer das partes no prazo decadencial de dois anos, iniciados a partir da ciência da decisão que extinguiu o feito.¹⁷

2.3.2. DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

E, por fim, referente à tutela provisória de evidência, verificamos que quanto ao pedido não há a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado do processo, há apenas a demonstração contundente pela parte do pedido frente à documentação acostada. O Legislador condicionou a concessão desta modalidade aos requisitos do art. 311 do CPC¹⁸, que são em resumo: (i) insuficiência de defesa; (ii) precedentes judiciais; (iii) ordem de entrega decorrente de contrato e (iv) insuficiência de contra prova. O Legislador pretendeu garantir celeridade à concessão da tutela provisória de evidência, evitando assim o decurso de tempo frente a manifestações e provas protelatórias pelo réu. Nesse caso, “pode a urgência fazer-se presente, mas ela não será, necessariamente, decisiva para a concessão da liminar”¹⁹, sendo necessário o preenchimento dos requisitos legais.

3. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Adentraremos a um ponto importante do presente trabalho com a análise desta inovação do CPC/2015, qual seja, estabilização da tutela provisória de urgência

¹⁷ 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.

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

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

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

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

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

¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: RT, 2015, p. 493.

antecipada em caráter antecedente, em outros termos, a estabilização da tutela, que trata-se de um instituto *sui generis* e embora provisório, pode conferir à lide caráter definitivo, podendo ser revisto apenas por meio de ação própria no prazo decadencial de dois anos, caso o réu não maneje o recurso de gravado de instrumento contra a referida decisão.

Formulado o pedido de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, deverá o Juiz deferir ou não o pedido, deferindo o aditamento ou a emenda da inicial, sob pena de extinção.

A doutrina diverge quanto aos termos utilizados pelo Legislador, quais sejam aditamento e emenda, uma vez que aqui não estamos tratando de “correção da inicial” – art. 321, mas sim complementação da inicial, tendo em vista o objetivo da concessão da tutela provisória em caráter antecedente, como se pode aferir nas lições da Prof^ª Teresa Arruda Alvim Wambier

O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3.º). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 2.º). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 335). Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6.º). O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 321: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 303, § 1.º, I.²⁰

Com relação às formas de defesa contra a estabilização, o Legislador não esclareceu com riqueza de detalhes como elas se darão, contudo, tendo em vista a previsão do art. 1.015, I do CPC²¹ do agravo de instrumento em face de tutelas provisórias, a não interposição deste recurso em face da decisão que concedeu a tutela implica na estabilização da decisão e consequente extinção do feito. Já a contestação terá seu prazo operado apenas após o aditamento da inicial com designação de audiência ou manifestação pela não realização da composição – art. 335, I e II do CPC²².

Existe uma peculiaridade não solucionada pelo Legislador com relação ao não aditamento da inicial, uma vez que, conforme texto legal, é dever do autor realizar o

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 739

²¹ CF. Nota 1.

²² Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I ;

aditamento, sob pena de extinção. Ocorre que a lei não trata do caso em que o autor permanece inerte, não apresentando o aditamento, o que a princípio nos traz a ideia de que os efeitos da tutela não se perpetuariam, na medida em que o processo do instituto não foi concluído.

Contudo, realizando uma análise concatenada do instituto e do CPC, entendemos que a estabilização da tutela será operada independentemente do aditamento pelo autor, na medida em que é ônus do réu a interposição de agravo de instrumento para tentar cessar os efeitos da tutela. Para Bernardo Silva de Lima "A intenção era deixar que as próprias partes decidissem sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição".²³

Neste caso, o autor terá alcançado seu objetivo que consiste na concessão da tutela antecedente por meio de cognição sumária, isso porque o art. 304 do CPC²⁴ é claro ao determinar que na hipótese de não interposição de agravo de instrumento contra decisão de concessão de tutela antecedente, haverá estabilização da tutela e extinção do feito. Assim, acompanhamos a parte da doutrina que entende que a estabilização da decisão de tutela depende da ação/omissão do réu, na medida em que o próprio instituto permite a extinção do feito após a concessão do pedido, tendo em vista que o prosseguimento da ação com vistas ao atingimento do exaurimento da cognição perderia a razão de ser do instituto.

A corroborar com o entendimento acima, o próprio Legislador deixou de prever a cessação da eficácia da tutela antecedente, como fez expressamente com relação à cessação da tutela cautelar antecedente – art. 309, I do CPC²⁵.

A decisão de tutela antecipada antecedente mesma que estabilizada não faz coisa julgada, contudo, caso seja de opção da parte, esta poderá aditar a inicial com o objetivo de exaurir a cognição e atingir decisão de mérito, esta sim, fará coisa julgada. Importante mencionar que neste caso a decisão de mérito poderá revisar, reformar ou anular a decisão de tutela ora concedida.

Com a inércia da parte autora (não aditamento) e do réu (não interposição de agravo de instrumento) o processo será extinto e a tutela estabilizada, permanecendo assim conservados os efeitos da tutela até que haja ajuizamento de ação própria no prazo

23 LIMA, Bernardo da Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo, dez/2015.vol. 250/2015. p. 167 - 187.

²⁴ Cf. nota 15.

²⁵ Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:
I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

decadencial de dois anos, sem que se verifique a hipótese de coisa julgada, como já explanado.

Outrossim, parte da doutrina, como Theotônio Negrão e outros entendem que “(...) qualquer ato de resistência do réu diante da demanda (p. ex., contestação) ou qualquer ato de insurgência contra a decisão antecipatória (p. ex., reclamação), manifestado no período de recorribilidade desta, barra a estabilização”²⁶, acompanhando tal entendimento temos o Prof^o Cassio Scarpinella Bueno²⁷, que entende que na inércia do réu em agravar a decisão, porém, caso apresente contestação ou manifestação de interesse na conciliação, é também possível o prosseguimento do feito com o objetivo da cognição exauriente

Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto com resolução de mérito (art. 304, § 1.º), projetando a decisão provisória seus efeitos para fora do processo (art. 304, § 3.º). 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 da 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 do 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. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.²⁸

Data máxima venia, não concordamos com tal opinião, porquanto entendemos que a interposição do agravo de instrumento é o mecanismo correto para se evitar a estabilização da tutela, pois (i) não há previsão legal de outro método de defesa e (ii) o prazo para contestação se iniciará apenas após o aditamento da inicial (art. 303, § 1º, I, II e III do CPC). Mister pontuar que não há brecha legal para que a contestação, neste caso, sirva, sob o princípio da fungibilidade das formas, como impugnação à tutela antecipada antecedente. Além disso, na inércia do recurso de agravo de instrumento, somente pode o réu (ou mesmo até o autor se assim desejar) pleitear a modificação da tutela por meio de ajuizamento de ação própria nos termos da legislação sobre o tema.

Neste sentido temos a opinião da Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas:

Não tendo o réu se manifestado pelo exaurimento da cognição, qualquer das partes poderá dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 5.º), propor ação visando a exaurir a cognição – isto é, com o objetivo de aprofundar

26 NEGRÃO, Theotônio. in GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A. e FONSECA, João Francisco N., Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 49ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 374.

27 BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

28 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 741

o debate iniciado com a ação antecipada antecedente (art. 304, § 2.º). Como simples prosseguimento da ação antecedente, o processo oriundo da ação exauriente não implica por si só inversão do ônus da prova: a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da ação antecedente [...]. Ao réu da ação antecedente [...], tocará, em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.²⁹

3.1. DO CABIMENTO, FINALIDADE E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Como já mencionado anteriormente, um dos desafios do Poder Judiciário Brasileiro consiste na morosidade processual, fazendo com o que os juristas procurassem meios alternativos para atingimento da tutela jurisdicional, assim o legislador permitiu uma equalização de princípios processuais para atingimento do objetivo processual, sem o rechaçamento de uns ou predileção de outros princípios que poderiam imprimir maior lentidão no atingimento da cognição exauriente.

Assim, podemos entender que todo pedido que objetiva a decisão de cognição exauriente também pode ser requerido em sede de decisão sumária, desde que preenchidos os requisitos para tal. Com relação à tutela antecipada antecedente, vemos que há na doutrina uma corrente, com a qual concordamos, que entende ser essencial o pedido da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente na inicial, respeitando assim o princípio da inércia do poder judiciário, da adstrição e evitando-se decisão *extra petita*. Nesse sentido

Outra interpretação que, penso, deva ser forçosamente extraída dos arts. 301 e 302 é a de que a técnica de estabilização só poderia se aplicar se o autor assim o pleitear expressamente. Isso porque as técnicas previstas nos arts. 303 e 304 constituem “benefícios” ao autor (como deixa claro o §5º do art. 303) e jamais poderiam ser a ele aplicados contra a sua vontade. O jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para o exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória “estabilizada” apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art. 304, §5º. Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.³⁰

Conclui-se, portanto, que a estabilização da tutela prescinde de: (i) pedido expresso da parte; (ii) deferimento da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente *inaudita altera pars* e (iii) não interposição de agravo de instrumento pelo réu.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 741.

³⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça; Doze Problemas e Onze Soluções da Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada” in: DIDIER JR., Fredie; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.); Grandes temas do novo CPC, v. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 347 e 348.

3.2. DO DESCABIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE E DA SUA ESTABILIZAÇÃO.

Inicialmente com relação ao descabimento do novo instituto jurídico verificamos a não adequação deste procedimento aos juizados especiais estaduais, na medida em que não consta da Lei 9.099/95 a possibilidade de manejo do recurso de agravo de instrumento, ou seja, não haveria a possibilidade do réu se insurgir contra a estabilização da tutela se concedida, portanto, não se pode harmonizar a inovação da tutela antecedente / estabilização da tutela com um procedimento (juizados) que não confere ao réu uma opção de recurso³¹.

Também não é possível a concessão da tutela antecedente quando há a probabilidade de irreversibilidade de decisão que poderá gerar danos à parte contrária, conforme limitação prevista no art. 300, § 3º do CPC³². Tal vedação se dá em razão do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, na medida em que assegura que réu não será demandado ou imposto à situação que inviabilize o retorno ao *status quo* com base em decisão de cognição sumária.

Como já dito, há que se equalizar os princípios processuais sob a luz da proporcionalidade entre os bens tutelados, ocasião em que se admite a eventual mitigação de um princípio pelo sobejamento de outro que deverá ser mais benéfico à parte.

Devemos pensar que a limitação do § 3º do art. 300 do CPC não é absoluta, tendo em vista a harmonização dos princípios, bem como quando o Juiz estiver frente ao perigo de irreversibilidade recíproca, quando a concessão ou indeferimento da tutela antecedente gerará danos irreversíveis à uma das partes, assim poderá aplicar a conversão da tutela em perdas e danos àquele que foi “prejudicado”. Neste sentido:

O § 3º do art. 300 consagra a irreversibilidade do provimento como requisito negativo de concessão da tutela de urgência antecipada (de natureza satisfativa, portanto, e não cautelar), proibindo que a medida seja concedida quando houver perigo de tornar-se irreversível. Tal regra já era prevista no CPC/1973, no art. 273, § 2º. Em razão disso, a par das divergências doutrinárias sobre a natureza dessa irreversibilidade (se ela é fática ou jurídica) e qual seu alcance, a jurisprudência já vem determinando que esse requisito deve ser analisado caso a caso pelo juiz,

31 Apenas a título de curiosidade, em que pese a Lei 9.099/95 não preveja a hipótese de interposição de agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo emitiu o Enunciado Cível de nº 60 permitindo a interposição de tal recurso “No sistema dos Juizados Especiais cabe agravo de instrumento somente contra decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão do recurso inominado”. Entretanto, trata-se de exceção, tendo em vista que para a maioria dos Estados o recurso de agravo não é compatível com os juizados.

³² Art. 300. (...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

mediando-se os interesses postos em juízo, especialmente quando há o perigo de irreversibilidade recíproca. Essa se faz presente quando a concessão da medida causar perigo de irreversibilidade ao réu ao mesmo tempo em que seu indeferimento cause perigo de irreversibilidade ao autor. Nesses casos, adotando-se critérios de proporcionalidade, o juiz deve sopesar as circunstâncias específicas do caso concreto para decidir se concede ou não medida, não devendo significar de forma taxativa que, existindo perigo de irreversibilidade para o réu com o deferimento da medida, a antecipação de tutela não pode ser concedida.³³

3.3. DA NATUREZA JURÍDICA DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Chegamos ao tema polêmico da análise deste trabalho, qual seja, a natureza jurídica da estabilização da tutela. Tendo em vista se tratar de novidade trazida pelo CPC/2015 cuja natureza jurídica ainda é discutida na doutrina.

O instituto jurídico da estabilização da tutela consiste na preservação dos efeitos da decisão proferida em sede de cognição sumária *inaudita altera pars*, conservando assim os seus efeitos até ulterior decisão, seja ela proveniente de agravo de instrumento, seja proveniente de decisão de mérito proferida em ação própria ajuizada após dois anos da ciência da decisão concessiva de tutela.

A discussão acerca da imutabilidade das decisões se refere diretamente ao mérito daquela decisão e não se discute a aplicação dos seus efeitos, como se dá na estabilização da tutela em que há a aplicação dos efeitos da decisão. Nesse sentido:

A decisão judicial que concede tutela satisfativa autônoma é dotada de ultratividade, já que tem estabilidade e continua a produzir efeitos, ainda que não “confirmada” ou “absorvida” por uma sentença fundada em cognição exauriente, na esteira do que, doravante, se vê no tocante à estabilização da tutela antecipada (artigo 304 e parágrafos do CPC/2015). É importante notar, por outro lado, que, como tal decisão não produz coisa julgada (porque fundada em cognição sumária), a ultratividade perdura, apenas, enquanto não for proferida sentença fundada em cognição exauriente, em ação futura ajuizada por uma das partes (artigo 304, § 6.º, CPC/2015). Nesta medida, portanto, é espécie de tutela provisória.³⁴

Há outro vácuo na legislação acerca do tema, tendo em vista que não foi enfrentada a situação na qual após o decurso decadencial de dois anos não há o ajuizamento da ação própria para enfrentamento da tutela antecedente, portanto, entendemos que neste caso os efeitos da tutela se tornam permanentes, podendo-se dizer que agora a tutela ora provisória possui caráter semelhante à tutela definitiva, mesmo não tendo enfrentado cognição

³³ TESSER, André Luiz Bäuml, in: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.) et al, Código de Processo Civil Anotado, AASP e OAB/PR, 2015, p. 536.

³⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al., Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo, Forense, 2015, p. 1763.

exauriente e tampouco seja dotada do manto da coisa julgada, configurando um instituto *sui generis* que nasceu de uma tutela provisória e adquiriu com o decurso do tempo características de uma tutela definitiva, ainda sem alcançar a coisa julgada. Nesse sentido:

O legislador refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada [...], mas seus efeitos não poderão ser afastados de modo nenhum se, depois de dois anos, não for proposta ação tendente ao exaurimento da cognição. [...] Contudo, a questão que fica – apenas aparentemente – em aberto é a seguinte: como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (art. 304, §6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “inafastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível” (art. 502, na medida em que [...] a impossibilidade de revisão do decidido [...] dificilmente pode ser caracterizada de modo diverso da coisa julgada).³⁵

Tendo em vista o vácuo na legislação, a doutrina diverge com relação à possibilidade de reversão da tutela, Artur César de Souza³⁶ entende que após o decurso do prazo bial a tutela se traveste de coisa julgada material, contudo, José Manoel de Arruda Alvim Neto³⁷ Elaine Harzheim Macedo³⁸, Desirê Bauermann³⁹, Cândido Rangel Dinamarco,⁴⁰ entendem que não foi opção do legislador atribuir a característica de coisa julgada material à estabilização da tutela, pois somente as tutelas definitivas, com cognição exauriente possuem condições de decidir o litígio de forma definitiva.

Em que pese não seja aplicado o instituto da coisa julgada material por vedação legal⁴¹, com o decurso do prazo decadencial de dois anos transcorridos *in albis* a estabilização da tutela possui efeito similar de trânsito em julgado, assim entende o jurista Humberto Theodoro Junior

Admitida 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. Assim, apenas

³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 742.

³⁶ SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC. Revista de Processo, vol. 235, São Paulo: RT, /2014, p. 184.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 29

³⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? Revista de Processo, vol. 250, ano 40. São Paulo: RT, 2015, p. 209

³⁹ BAUERMAN, Desirê. As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 224, ano 38. São Paulo: RT, 2013, p. 441;

⁴⁰ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Novo contencioso civil no CPC 2015; 1ª edição em e-book baseada na 1ª edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 18 e19;

⁴¹ CPC, art. 304 (...)

§ 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.

após a estabilização definitiva da decisão sumária é que se iniciaria eventual prazo para o manejo da rescisória.⁴²

A imutabilidade que trata a estabilização da tutela abrange apenas a decisão provisória em si, assim, o art. 304, §5º do CPC⁴³ não abrange o direito subjetivo material que ensejou o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, ou seja, o direito material subjetivo em si é passível de revisão em ação de cognição exauriente mesmo decorrido o prazo bienal. Nesse sentido:

[...] não ter mais o direito de reformar ou invalidar a tutela antecipada não significa não poder mais discutir o direito que foi suposto como provável para se conceder a tutela. Este direito pode ser rediscutido em qualquer processo, desde que não para reformar ou invalidar a tutela antecipada.⁴⁴

A imutabilidade que trata a estabilização da tutela abrange apenas a decisão provisória em si, desta forma o art. 304, §5º do CPC⁴⁵ não abrange o direito subjetivo material do pedido. Sendo assim, o prazo bienal de ajuizamento de ação própria somente diz respeito à ação que visa atacar unicamente a decisão de concessão de tutela, e não o direito subjetivo material, ou seja, o mérito, pois este poderá ser manejado via ação própria até o esaurimento do prazo prescricional ou decadencial do direito.

Desta forma, em caso de ajuizamento de demanda que discuta o direito subjetivo material em si, ou seja, que leve ao esgotamento da cognição exauriente, se for prolatada decisão contrária àquela que concedeu e estabilizou a tutela antecedente, prevalecerá esta última decisão, na medida em que somente esta, por ter caráter de tutela definitiva terá enfrentado o mérito e poderá se valer o manto da coisa julgada.

4. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E OS RISCOS DE EVENTUAL OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

As tutelas provisórias visam antecipar o deferimento de um pedido em sede de cognição sumária em razão da morosidade do Poder Judiciário. Mas, em que pese a necessidade de obtenção de decisão rápida, não se pode desconsiderar a aplicação de princípios constitucionais processuais como o contraditório e ampla defesa⁴⁶.

42 THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 676

43 CPC, art. 304 (...)

§ 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.

44 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Evidência. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 245.

45 CPC, art. 304 (...)

§ 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.

46 CF. Art. 5º 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: (...)

Tais princípios objetivam a garantia do equilíbrio processual na medida em que toda matéria submetida à apreciação jurisdicional deve respeitar os princípios processuais e o devido processo legal, sob pena de imprimir á uma das partes vantagem injusta com relação ao livre convencimento do Juiz⁴⁷.

Nesse sentido temos que a abertura ao contraditório é exigência do *caput* art. 9º do CPC⁴⁸, contudo, os incisos do referido artigo trazem as exceções com relação às tutelas provisórias e procedimento monitório, ou seja, o próprio diploma legal realiza o sopesamento dos princípios processuais, considerando, no caso das tutelas, que a morosidade do exaurimento da cognição poderá impor prejuízo à parte petítória.

Assim, o legislador buscou inserir no texto da lei mecanismos para harmonizar e equalizar a aplicação dos princípios processuais, como o caso das tutelas provisórias, que tem por objetivo preservar o alcance do pedido e a celeridade de sua análise e consentimento, mitigando o desprezo deles, mas sim uma espécie de eventual análise diferida frente à urgência da concessão da medida, seja por meio de agravo de instrumento, seja por meio de ação própria, nos termos da doutrina:

[...] veja-se o caso das decisões proferidas sem que a parte contrária seja previamente ouvida, como pode ocorrer na tutela provisória de urgência – a qual deverá ser concedida quando houver elementos que demonstrem a possibilidade do direito e o perigo de dano ou o risco para o resultado útil do processo (art. 300, §2º). Neste ponto, o legislador optou por sacrificar, parcialmente, o princípio do contraditório para assegurar a utilidade do processo. E a pontual mitigação da norma não impõe sua eliminação, mas somente sua disponibilidade postergada, pois a parte poderá exercê-lo, em seguida, seja através de pedido de reconsideração ou do recurso próprio contra eventual decisão desfavorável.⁴⁹

Ainda nesse sentido:

Tais medidas são provisórias, e poderão ser alvo da insurgência do réu, quando este vier a se manifestar [...]. Não há, no caso, violação à garantia do contraditório, que [...] fica *diferido*, ou seja, adiado para momento posterior.⁵⁰

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 in

47 CPC. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

48 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III ;

III - à decisão prevista no art. 701 .

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 31.

⁵⁰ MEDINA, José Miguel García, Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª Edição e-book baseada na 3ª edição da obra Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 293.

Analisando concatenadamente o Código de Processo Civil entendemos que as tutelas vieram com o intuito de satisfazer um pedido urgente, com fulcro no atingimento do objetivo da lide, bem como do princípio da celeridade processual, sem também desprezar outros princípios que poderão ser manejados à escolha do réu, no caso do agravo de instrumento ou ação própria quando falamos de estabilização de tutela.

Errado está o pensamento de que a concessão de tutelas provisórias ou estabilização da tutela antecedente seria uma forma de extirpar a análise do direito subjetivo material posto ao Poder Judiciário, pois nenhum direito deixará de ser apreciado, exceto nos casos de preclusão, prescrição, decadência ou previsão legal⁵¹.

4.1 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE E OS RISCOS DE EVENTUAL OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

A discussão com relação a ofensa aos princípios processuais também ocorre no caso da tutela antecedente, principalmente quando proferida *inaudita altera pars* e com relação aos efeitos de estabilização da tutela antecedente quando da não interposição de recurso por parte do réu.

Como já estudado no capítulo anterior, entendemos que a estabilização da tutela, como a concessão das tutelas provisórias, não fere os princípios processuais do contraditório e ampla defesa, pois elas asseguram a manutenção de outros princípios para assegurar a medida ora concedida, permitindo ainda o enfrentamento da cognição por meio de agravo de instrumento ou por meio de ação própria.

Ainda há que se reforçar que o deferimento da tutela provisória por meio de cognição sumária não retira do Poder Judiciário a oportunidade de apreciação do direito subjetivo material em caráter exauriente com vistas ao atingimento da coisa julgada.

Concluimos, portanto, que a concessão das tutelas provisórias, bem como a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente não possuem o condão de violar os princípios processuais do contraditório e ampla defesa, que são, de certa maneira mitigados ou também podemos dizer que diferidos, para a satisfação da urgência do provimento jurisdicional frente ao fato apresentado pela parte.

⁵¹ CF. Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

5. DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Faz necessário esclarecer que podemos entender como Fazenda Pública todos os entes estatais da Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e da Administração Pública Indireta autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas.

Com relação à estabilização da tutela em caráter antecedente o Código de Processo Civil não estabeleceu nenhuma consideração específica face da Fazenda Pública, o que nos traz dúvida com relação à sua aplicação. Entendemos que se não há autorização, também não há vedação, podemos, portanto, entendemos que não há óbice à aplicação do instituto da estabilização da tutela antecipada em face à Fazenda.

5.1 DA OMISSÃO LEGAL DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.

Como já mencionado, o Código de Processo Civil/2015 não disciplinou a questão da estabilização da tutela antecedente em face da Fazenda Pública, portanto, tal aplicação ainda gera dúvidas.

Entretanto, ao não existir autorização expressa, não podemos concluir automaticamente pela proibição, sobretudo, também diante da ausência de vedação legal, ou seja, o legislador foi completamente omissos com relação à tal aplicação.

Assim, se faz necessária análise sistêmica concatenada da lei processual para verificar a possibilidade da aplicação de tal instituto em face da Fazenda.

O Código de Processo Civil traz aplicações para a tutela provisória em face da Fazenda Pública, conforme art. 1.059, com vedações destacadas pelos artigos 1º ao 4º pela Lei 8.437/1992⁵² e art. 7º, §2º da Lei 12.016/2009⁵³. Assim, diante da ausência de proibição, entendemos pela possibilidade da estabilização da tutela antecedente, restando necessário analisar a compatibilidade com as prerrogativas legais dos órgãos da fazenda

⁵² Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

⁵³ § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

pública, dentre eles destacamos a indisponibilidade do interesse público e o reexame necessário.

Temos por indisponibilidade do interesse público a priorização do interesse coletivo em detrimento do interesse do administrador ou da própria administração pública. Assim parte da doutrina entende que a estabilização da tutela é incompatível com a Fazenda Pública em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, fundamentando-se no art. 345, II do Código de Processo Civil⁵⁴ que trata da limitação dos efeitos da revelia sobre direitos indisponíveis, no caso, a estabilização da tutela em face da Fazenda, uma vez que essa defende o interesse público.

Entretanto, data vênua, entendemos que o interesse público é definido pela legislação vigente, ou seja, ele pode ser alterado como inovações legislativas conforme cada situação, localidade e período na história. Desta forma temos um contraponto entre interesse público e interesse do Estado e estes não se confundem, pois o primeiro decorre da lei e o segundo de quem administra o Estado.

Com relação ao reexame necessário, se faz prudente analisar se o reexame necessário é compatível e aplicável com relação a estabilização da tutela antecedente.

O art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil⁵⁵ prevê a aplicação do reexame necessário de sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública, vedando a aplicação de efeitos até confirmada pelo duplo grau de jurisdição.

Temos uma divergência na doutrina com relação a esta situação uma vez que o artigo traz em seu texto a palavra “sentença”, que se refere a decisão após a fase de instrução processual e de cognição exauriente, já a decisão de concessão de tutela é decisão de caráter urgente a fim de se evitar o perecimento ou garantir a aplicação de um direito da parte, em caráter de cognição sumária.

Assim, o reexame necessário é incompatível com a estabilização da tutela, pois esta prevê a análise urgente em cognição sumária, enquanto a sentença para ser submetida ao reexame necessário denota cognição exauriente, fazendo com que a tutela ora concedida perdesse seu objeto se aplicado o reexame necessário.

Porém, temos entendimento divergente na doutrina, que classifica a decisão de estabilização da tutela como decisão com caráter terminativo, exigindo assim a aplicação

54 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: [...]

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

55 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

do reexame necessário, ainda que não decidido integralmente o mérito da demanda. Nesse sentido Marco Antônio Rodrigues:

No entanto, caso se admita a concessão de tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, o pronunciamento que extingue o processo – uma verdadeira sentença, a encerrar tal fase de conhecimento simplificada – deve ser objeto de reexame necessário, considerando a estabilização que gerará, apesar de não ter decidido definitivamente o mérito⁵⁶

Data vênia, não compartilhamos de tais opiniões, na medida em que entendemos ser uma análise extensiva da lei, pois a decisão de concessão de tutela é interlocutória, provisória, de cognição sumária e não resolve o mérito, o direito material subjetivo da lide.

Compartilhamos com a parte da doutrina que entende pela aplicabilidade da estabilização da tutela em face a Fazenda Pública, pois sendo provisória é possível de reversão em ação de cognição exauriente, sendo nesta hipótese prolatada sentença (e não decisão interlocutória) em desfavor da Fazenda Pública, enviado obrigatoriamente ao reexame necessário.

Na possibilidade do decurso do prazo para o ajuizamento da ação de cognição exauriente no prazo bienal pela Fazenda Pública contra a decisão que concedeu a tutela, como já esclarecido, o escoamento deste prazo não inviabiliza a discussão do direito subjetivo material em ação independente, pois não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário esta análise, exceto quando prescrito ou decaído o direito material.

Por fim, conclui-se que, em que pese, o reexame necessário seja incompatível com a urgência da estabilização da tutela, tal situação não impede a estabilização em face da Fazenda Pública, pois o art. 496, I do Código de Processo Civil esclarece que o reexame não é aplicável ao instituto da estabilização.

5.2 DO CABIMENTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.

Como já pontuado, o legislador não fez objeções a aplicação da estabilização a tutela em face da Fazenda Pública, exceto as vedações referentes à tutela provisória do art. 1059 do Código de Processo Civil, entendemos pela inexistência de impedimento na concessão da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente e sua estabilização.

⁵⁶ RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016., p. 110.

Ademais, como tratado, não há conflito entre a indisponibilidade do interesse público e a estabilização da tutela, bem como há incompatibilidade com o instituto do reexame necessário, uma vez que a decisão de concessão de tutela se trata de decisão interlocutória de cognição sumária e o reexame exige decisão de mérito, qual seja, sentença.

Há que se ressaltar que a estabilização da tutela antecedente em face da Fazenda Pública não pode ser concedida se o processo tramitar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pois embora não exista óbice legal específico, a Fazenda não pode figurar no polo ativo de tais demandas, o que prejudicaria o exercício de ações de cognição exauriente que visariam discutir o direito subjetivo material, a fim de se reformar a decisão de concessão de tutela.

6. CONCLUSÃO.

Após a análise do tema, concluímos que a legislação atual não trouxe, de maneira explícita uma forma de sanar todas as dúvidas que circundam o tema das tutelas provisórias, principalmente com relação à tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente.

Com relação à estabilização da tutela, enfrentamos dúvidas como a obrigatoriedade ou não do aditamento da petição inicial após a concessão da medida antecipada, que consta do CPC como medida para se evitar a extinção do feito, como também a não interposição de agravo de instrumento enseja a extinção do feito. Quanto a inércia do aditamento da inicial, o legislador não esclareceu se tal omissão prejudica os efeitos da tutela estabilizada, entendemos que não, conforme esclarecido anteriormente.

Outrossim, a doutrina entende que o legislador pretendeu transferir o ônus da estabilização da tutela para a parte demandada, na medida em que cabe ao réu a interposição de agravo de instrumento que visa, a *prima facie* reanalise dos motivos de concessão de tutela, para que posteriormente o direito subjetivo material seja posto à análise de cognição exauriente com o prosseguimento do feito.

Insta pontuar que, sob o princípio da inércia do poder judiciário, da adstrição para se evitar decisão *extra petita*, deve haver, expressamente, pedido de concessão dos benefícios da estabilização da tutela na exordial.

Outro ponto de debate acerca da estabilização da tutela se encontra na questão que a inércia do réu faz com que decisão, pautada em sede de cognição sumária, ou seja, de caráter provisório, se traveste de efeito definitivo, como se cognição exauriente fosse,

principalmente se decorrido o prazo bienal de ajuizamento de demanda própria, tornando a estabilização da tutela definitiva.

Como já debatido, em que pese o decurso do prazo bienal de ajuizamento de ação própria conceda “caráter de imutabilidade” à tutela, a decisão que a concedeu analisou os fatos trazidos apenas em cognição sumária. Mesmo tendo decorrido o prazo, acompanhamos a parte da doutrina que entende que se ajuizada nova ação com fulcro no combate ao direito material subjetivo que ensejou a concessão da tutela, e não apenas com o intuito de reforma unicamente da decisão que concedeu a tutela, poderá a decisão estabilizada perder este caráter e ser reformada após o exaurimento da cognição nesta nova ação.

Ou seja, o direito subjetivo material não decai em dois anos da estabilização da tutela, decairá apenas de seu próprio prazo de prescrição ou decadência, na medida em que se considerarmos apenas o prazo bienal estaríamos violando o inciso XXXV do art. 5º da CF e excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesões ou ameaças ao direito.

E, a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente não viola nenhum princípio processual, mas sim realiza de maneira harmoniosa um sopesamento, posto que não há no Direito uma hierarquia entre os princípios.

Desta forma, os princípios do contraditório e ampla defesa não são violados, mas sim diferidos ao crivo do réu, pois o Magistrado deverá aplicar também o princípio da proporcionalidade em sua decisão posto que à parte também cabe o princípio da duração razoável do processo e frente a morosidade do Poder Judiciário, podemos verificar o prejuízo ou o perecimento do direito caso não seja concedida a tutela provisória, que, mister frisar, poderá ser revista em cognição exauriente se assim desejar o réu.

Por fim, entendemos que o instituto da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente em face da Fazenda Pública não possui vedação legal para sua aplicação, exceto as do art. 1.059 do Código de Processo Civil. Ademais, também entendemos que o instituto do reexame necessário nos casos de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública não é aplicável diante da urgência que a decisão de estabilização de tutela exige, uma vez que em sendo aplicado a estabilização perderia o objeto, ainda porque o reexame se aplica apenas às sentenças e as decisões de concessão de tutela são de caráter de cognição sumária, ou seja, não exauriente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. Novo contencioso civil no CPC 2015; 1ª edição em e-book baseada na 1ª edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>, com acesso em 14.8.2019.

BRASIL, Constituição Federal, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, com acesso em 14.8.2019.

BAUERMANN, Desirê. As tutelas de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 224, ano 38. São Paulo: RT, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al., Teoria Geral do Processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral, São Paulo, Forense, 2015.

LIMA, Bernardo da Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo, dez/2015.vol. 250/2015.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção? Revista de Processo, vol. 250, ano 40. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Evidência. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia, Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª Edição e-book baseada na 3ª edição da obra Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: RT, 2015

NEGRÃO, Theotônio. in GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A. e FONSECA, João Francisco N., Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 49ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 374.

RODRIGUES, Marco Antônio. A Fazenda Pública no Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016., p. 110.

SICA, Heitor Vitor Mendonça; Doze Problemas e Onze Soluções da Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada” in: DIDIER JR., Fredie; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (Coord.); Grandes temas do novo CPC, v. 6: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC. Revista de Processo, vol. 235, São Paulo: RT, /2014.

TESSER, André Luiz Bäuml, in: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord.) et al, Código de Processo Civil Anotado, AASP e OAB/PR, 2015.

THEODORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. Breves Comentários ao Código de Processo Civil; 1ª Edição em E-book baseada na 1ª Edição impressa; São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 498