

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES – UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**TUTELAS PROVISÓRIAS:
ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA
REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SEUS ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

TAMIRES CRISTINA JACINTO DE LIMA

**CARUARU
2017**

TAMIRES CRISTINA JACINTO DE LIMA

**TUTELAS PROVISÓRIAS:
ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA
REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SEUS ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à ASCES – UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/_____.

Presidente: Prof. Dr. Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

Primeiro Avaliador: Prof. Ademário Tavares

Segundo Avaliador: Prof.^a Roberta Cruz

DEDICATÓRIA

A minha mãe, a quem tanto admiro, por sua coragem e esforço, tendo sempre o fito de me proporcionar melhores oportunidades, sempre acreditando no meu potencial, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ser o alicerce em minha vida e por me proporcionar força e coragem para seguir em frente, mesmo com os obstáculos da caminhada.

Ao orientador, Luiz Gustavo Simões Valença de Melo, pela compreensão, confiança e presteza no auxílio das atividades, com quem partilhei as primeiras ideias sobre o tema, bem como por acreditar na realização do presente trabalho.

Aos meus pais, Maria Cristina Jacinto Manso de Lima e José Teotônio de Lima, pelo amor, apoio e investimento em mim depositados, mesmo quando eu me encontrava desacreditada.

A minha irmã, Taniere Cristine Jacinto de Lima, pelo incentivo e estímulo na realização não apenas deste trabalho, mas de todo o trajeto acadêmico.

A minha avó, Creuza Jacinto Cordeiro, e ao meu tio, Valério Jacinto Manso, por serem presentes em minha vida e por acreditarem no meu sucesso.

Por fim, aos meus amigos, pela compreensão nos momentos de ausência e pelas palavras de encorajamento.

*“Fazer a justiça esperar é uma
injustiça.”*

(Jean de La Bruyère)

RESUMO

É notória a necessidade do Estado em priorizar a celeridade processual, bem como a efetivação justa da tutela jurisdicional como método de solução de conflitos. Partindo desse pressuposto, percebeu-se a necessidade da criação de medidas cabíveis que visassem a eficácia imediata dos direitos pleiteados com premência, surgindo, então, as tutelas de urgência, consideradas até hoje um avanço para o direito processual civil. O Código de Processo Civil vigente prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente. Tal medida foi baseada no direito italiano e no direito francês, objetivando a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória, fundada em cognição sumária. Este trabalho tem como objetivo geral analisar as alterações do Código de Processo Civil no que tange às tutelas provisórias e a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, verificando se serão capazes de tornar o processo civil mais eficaz. Como objetivos específicos busca-se investigar as mudanças apresentadas no atual Código de Processo Civil; analisar benefícios e malefícios decorrentes das alterações, bem como se a possível imutabilidade da eficácia antecipada é um mecanismo eficiente para o direito processual civil. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, a partir da análise do instituto da estabilização da tutela como medida eficiente para o processo civil. Como resultado, percebeu-se que em situações específicas, será mais vantajoso para as partes deixar que a tutela antecipada se estabilize, cooperando, assim, para a redução de demandas que superlotam o Judiciário e satisfazendo os direitos de autor e réu. Conclui-se que as tutelas provisórias são métodos eficazes para a obtenção célere do direito pleiteado, desde que cumpridos os seus requisitos legais, uma vez que evita o trâmite processual de ações desnecessárias, não deixando autor e réu de terem seus direitos salvaguardados.

Palavras-chave: Cognição sumária. Tutelas provisórias. Tutelas de urgência. Estabilização. Processo Civil.

ABSTRACT

The State's need to prioritize procedural speed, as well as the just implementation of judicial protection as a method of conflict resolution, is well-known. On the basis of this assumption, it was necessary to create measures that would allow the immediate effectiveness of the rights demanded with urgency, and then emerged the urgency orders, considered to date an advance to civil procedural law. The Code of Civil Procedure in force provides for the stabilization of the effects of the antecedent advance protection. This measure was based on Italian law and French law, aiming at limiting the process, through the application of provisional protection based on summary cognition. This work has as general objective to analyze the amendments of the Code of Civil Procedure with regard to provisional guardianships and the possibility of stabilization of the guardianship anticipated, verifying if they will be able to make the civil process more effective. Specific objectives are to investigate the changes presented in the current Civil Procedure Code; Analyze the benefits and harms arising from the changes as well as whether the possible immutability of anticipated effectiveness is an efficient mechanism for civil procedural law. The hypothetical-deductive method will be used, from the analysis of the institute of stabilization of guardianship as an efficient measure for the civil process. As a result, it has been realized that in specific situations, it will be more advantageous for the parties to allow early guardianship to stabilize, thereby cooperating to reduce demands that overwhelm the judiciary and satisfy copyright and defendant rights. It is concluded that provisional tutelages are effective methods for expeditiously obtaining the right pleaded, provided that they comply with their legal requirements, since it avoids the procedural process of unnecessary actions, leaving no author and defendant to have their rights safeguarded.

Keywords: Summary cognition. Temporary guardianships. Emergency care. Stabilization. Civil lawsuit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DAS ESPÉCIES DE TUTELA	11
1.1 As técnicas processuais de cognição exauriente e de cognição sumária	11
1.2 Extinção do processo cautelar como figura autônoma e a unificação de seus requisitos para simplificação do processo	14
1.3 Distinção entre tutelas cautelar (não-satisfativa) e antecipada (satisfativa).....	20
2. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/15.....	26
2.1 Noções gerais	266
2.2 Pressupostos	288
2.2.1 Pressupostos da tutela de urgência.....	300
2.2.2 Pressupostos da tutela de evidência	344
2.3 Cabimento	39
2.4 Momento de concessão	433
3. TUTELA ANTECIPADA: AUTONOMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO	47
3.1 Compatibilização da tutela antecipada com as principais garantias constitucionais	477
3.1.1 Irreversibilidade da tutela antecipada e o princípio da proporcionalidade.....	511
3.2 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente	544
3.2.1 Em que consiste a estabilização?	544
3.2.2 Procedimento	555
3.2.3 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a ação monitória	59
3.2.4 Aspectos controvertidos.....	61
3.2.5 Utilização da técnica antecipatória	688
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

É cediço que há muito o Poder Judiciário vem utilizando técnicas com o intuito de dar celeridade aos processos e viabilizar decisões justas e efetivas, combatendo a morosidade e equilibrando rapidez e eficiência, sendo ambos instrumentos necessários para garantia de entrega da prestação da tutela jurisdicional, mediante o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho tem por escopo estudar as tutelas provisórias no Código de Processo Civil vigente e sua repercussão na efetividade processual no que tange à estabilização dos efeitos da tutela.

A escolha do tema abordado justifica-se em virtude da atual crise no Judiciário brasileiro devido a sua morosidade, analisando-se se o instituto da estabilização será uma técnica capaz de amenizar esse problema. Ademais, atentando-se para amplas discussões sobre o tema e suas implicações para o direito processual civil.

Para elaboração deste trabalho utilizou-se como fonte de pesquisa, a doutrina, a fim de apresentar definições sobre as tutelas de urgência, bem como esclarecer o procedimento da estabilização da tutela antecipada, mediante obras de doutrinadores que tratam de tal instituto, sendo a legislação fonte crucial, no intuito de traçar os caminhos e nortear este trabalho.

Quanto à abordagem do problema, explorou-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, ou seja, o método de conjecturas e refutações, uma vez que o tema originou-se primeiramente do fato e, em seguida, discutiu-se a teoria, implicando na hipótese do trabalho em questão. Fez-se o uso do procedimento histórico, haja vista o presente trabalho estudar dois institutos de diferentes épocas, o Código de Processo Civil de 1973 e o atual estatuto processual de 2015, analisando as alterações quanto às tutelas de urgência, bem como o procedimento de estabilização da tutela previsto no CPC vigente, e suas eventuais implicações.

Diante disso, o trabalho foi dividido em três capítulos para o seu melhor desenvolvimento lógico e compreensivo.

O primeiro capítulo faz uma abordagem geral sobre as espécies de tutela, bem como da sua importância para o direito processual civil, principalmente no que diz respeito à equiparação dos pressupostos legais de concessão da tutela de

urgência e extinção do processo cautelar como figura autônoma. Traz, ainda, uma distinção necessária entre as tutelas antecipada (satisfativa) e cautelar (conservativa/não satisfativa), discorrendo sobre a importância do princípio da celeridade e das técnicas processuais de cognição.

O segundo capítulo destina-se ao esclarecimento dos pressupostos das tutelas provisórias de urgência e de evidência, elencando hipóteses de cabimento e o momento de concessão de ambas, de modo a esclarecer questões distintas e semelhantes entre elas.

Por fim, o terceiro e último capítulo, trata de termos conceituais e procedimentais quanto à estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, bem como da sua compatibilização com os princípios constitucionais, desenvolvendo, ainda, discussões sobre os aspectos controvertidos e suas implicações para o estatuto processual civil.

Faz-se necessário o contínuo estudo do tema proposto, bem como o seu esclarecimento ante a imprescindibilidade em se averiguar as mudanças do Código de Processo Civil vigente, especificamente no que tange às tutelas provisórias e à técnica de estabilização, devido à constante busca por celeridade processual de forma efetiva nas decisões judiciais.

1. DAS ESPÉCIES DE TUTELA

1.1 As técnicas processuais de cognição exauriente e de cognição sumária

O direito de ação surge com o monopólio da jurisdição, ou seja, com o Estado. Através desse direito pode-se exigir o exercício da atividade jurisdicional, isto é, pede-se ao Estado que exerça sua função pelo Poder Judiciário no caso concreto, no intuito de intermediar o conflito a partir da aplicação da lei. Contudo, o exercício do direito de ação implica na relação triangular processual (juiz, autor e réu), fator este que interfere na eficácia imediata da decisão, devido aos recursos interpostos, morosidade do Judiciário e aspectos formais do processo.

Nesse diapasão, o trâmite processual comum resultava em danos permanentes para o requerente, uma vez que o direito que deveria ser reconhecido de forma imediata ocorria tardiamente, provocando, assim, injustiças. É função do Estado solucionar os conflitos sociais em prazo razoável, primordialmente, nessas situações, não podendo este ignorar a situação fática pleiteada em juízo ou ser o responsável pela não efetivação do direito reivindicado, em virtude de seu formalismo processual.

O Direito Processual Civil deve se moldar de acordo com o que se faz necessário à prestação jurisdicional da tutela e pelo que é demonstrado diante das peculiaridades do direito material pleiteado em juízo, ou seja, deve haver a necessidade de adequação da tutela jurisdicional ao processo e direito postulados.

A priori, a tutela jurisdicional poderá ser diferenciada quando o amparo estatal for outorgado em momento anterior à cognição exauriente. Nessa perspectiva surgiu a utilização da cognição como técnica processual, cuja finalidade é a realização do corolário da tutela jurisdicional, ou seja, a decisão proferida. Assim, a necessidade do fato pode gerar a utilização da cognição exauriente, tendo em vista a pretensão da tutela definitiva, ou da cognição sumária, com base em uma tutela provisória.

Segundo Alexandre Freitas Câmara: “cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas

produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.”¹

De maneira mais específica, a cognição implica na resolução de questões de fato e de direito deduzidas no processo pelo magistrado e pode ser vista em dois planos: horizontal, o qual trata de extensão/plenitude e vertical, abordando a sua profundidade como técnica processual.

No plano horizontal, a cognição abrange pressupostos processuais, condições da ação, mérito da causa e, para alguns autores, exclusão das condições da ação e distinção de pressuposto dos supostos processuais, podendo ser plena ou limitada, conforme sua extensão. Já o plano vertical, diz respeito ao grau de profundidade, relaciona o conjunto probatório existente nos autos com o conhecimento do caso concreto, classificando-se em cognição exauriente, quando utilizados todos os trâmites processuais, e em sumária, quando estes restarem incompletos.

Em suma, esclarece Kazuo Watanabe:

De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada “de uma área toda de questões”, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade.²

A cognição sumária trata-se de uma cognição parcial, isto é, superficial, visto que é incompleta e provisória, não definitiva, é o caso das tutelas de urgência.

A tutela definitiva baseada em cognição exauriente é uma situação fática e ocorre quando a tutela provisória permanece nos seus efeitos após a prolação da sentença, quando ambas as partes do processo foram ouvidas, já se manifestaram, sendo o caso, por exemplo, em que a sentença já foi proferida, ensejando, portanto, a formação de coisa julgada. No mesmo sentido esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela é exauriente quando é prestada mediante um procedimento em que ambas as partes foram ouvidas – ou, pelo menos, tiveram a oportunidade de ser ouvidas – e em que a decisão se encontra fundada em um quadro

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009, p. 263.

² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 Ed. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 128-129.

probatório tão completo quanto admitido pela natureza do procedimento. As sentenças que julgam procedente ou improcedente são exemplos clássicos de decisões fundadas em cognição exauriente (arts. 485 e ss.). A tutela fundada em *cognição exauriente* é uma *tutela definitiva* e é *idônea* à formação da coisa julgada.³

A tutela fundada em cognição exauriente permite uma vasta produção de provas, a fim de chegar a uma solução definitiva pelo magistrado, esgota toda a atividade de cognição até haver o julgamento da lide.

Já a tutela provisória, fundada em cognição sumária, ocorre quando apenas uma das partes se manifestou, não havendo ainda o contraditório, é incompleta, sem todos os trâmites processuais. Por esta razão, não gera coisa julgada, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela é sumária quando é prestada mediante um procedimento em que apenas uma das partes teve a oportunidade de se manifestar ou em que o material probatório recolhido ainda é passível de enriquecimento ao longo do procedimento ou ainda de outro procedimento. A tutela sumária, assim, é caracterizada pela incompletude material da causa (*“materielle Unvollständigkeit der cause cognitio”*). Exemplos de tutelas que podem ser prestadas mediante a técnica da cognição sumária são as tutelas de urgência e de evidência (arts. 300 e 311). A tutela fundada em *cognição sumária* é uma *tutela provisória* e é *inidônea* à formação da coisa julgada.⁴

A tutela baseada em cognição sumária não traz uma vasta investigação probatória, em vez disso aborda apenas o juízo de probabilidade, devido à urgência do pedido e à impossibilidade de o magistrado obter convicção do direito alegado. As decisões judiciais fundadas nessa cognição não podem ser completamente seguras por não haver certeza da existência do direito, porém tal existência pode ser comprovada ou não posteriormente em cognição exauriente e o autor não pode ser prejudicado pela incerteza do magistrado quanto à existência do seu direito.

Sobre as formas de cognição, Kazuo Watanabe explica:

É através do *procedimento*, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2, pp. 47-48.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.⁵

A cognição utilizada deverá estar de acordo com o procedimento adotado, isto é, deve haver uma relação processual entre o procedimento e a cognição, a fim de garantir o direito pleiteado e sua efetividade.

No que tange à cognição sumária, Fredie Didier Júnior ensina:

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões *provisórias*. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela antecipada cautelar, em que há cognição sumária de direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material.⁶

O procedimento de cognição sumária ocorre devido ao estado de urgência que a ação requer e ao perigo de dano que a demora acarretaria se seguidos todos os requisitos necessários, isto é, uma cognição completa, exauriente. Destarte, com base na cognição sumária, surgiram as tutelas provisórias.

1.2 Extinção do processo cautelar como figura autônoma e a unificação de seus requisitos para simplificação do processo

Dentre as diversas modificações advindas da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o atual Código de Processo Civil (CPC/15), destaca-se a extinção do processo cautelar como figura autônoma e suas respectivas cautelares nominadas.

Na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o revogado Código de Processo Civil (CPC/73) havia tal previsão, a qual se tratava de um processo vinculado ao processo principal, cujo fim era apenas salvaguardar um bem tratado na demanda principal. Quando instaurado em momento anterior à ação central recebia o nome de antecedente ou preparatório e quando instaurado no decorrer do processo principal era intitulado de incidental. Assim esclarece Rodolfo Kronenberg Hartmann:

⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 Ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 143.

⁶ DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1, p. 447.

O “processo cautelar” se classifica em “preparatório” ou “incidental”, dependendo tão somente do momento em que tiver sido deflagrado. Será, portanto, “preparatório”, quando for ajuizado antes do processo principal, o que irá gerar certas consequências como especificidades para a confecção de petição inicial

(...)

Por outro lado, as cautelares “incidentais” são aquelas apresentadas por petição inicial, dando margem a um novo processo, mas que são propostas depois de já ter sido intentado o processo principal.⁷

As cautelares também podiam ser nominadas ou inominadas, classificavam-se como cautelares nominadas aquelas que estavam previstas expressamente no CPC/73, como por exemplo, as cautelares de arresto, sequestro, caução, busca e apreensão; já as cautelares inominadas tratavam-se daquelas que não se encontravam explícitas no estatuto processual civil, eram concedidas apenas com base no poder geral de cautela do magistrado. Claramente explica Rodolfo Kronenberg Hartmann:

Existe também outra classificação do “processo cautelar”, em “típico/nominado” ou “atípico/inominado” que, a rigor, se referem ao “procedimento cautelar”. É que, quando se tratar de rito previsto em lei, como o caso da busca e apreensão ou atentado, costuma-se falar em cautelar “típica” ou “nominada”. As outras, “atípicas/inominadas” já são aquelas que não têm regramento próprio no CPC e que decorrem de uma extensão do poder geral de cautela do magistrado, seguindo o procedimento cautelar comum previsto entre o art. 800 e o art. 811.⁸

Rodolfo Kronenberg Hartmann⁹ impõe as características do processo cautelar: a) acessoriedade, b) instrumentalidade, c) preventividade, d) autonomia, e) fungibilidade e f) provisoriedade.

a) *Acessoriedade*: o processo principal e o cautelar estavam inteiramente vinculados, o segundo só existia em decorrência do primeiro, ficando em apenso aos autos principais, sendo ele de cognição ou execução, possuindo ambos os processos o mesmo juízo competente para julgar.

b) *Instrumentalidade*: o processo cautelar era também instrumental, ou seja, era ferramenta utilizada para proteção do resultado útil da ação principal, a qual buscava resguardar a tutela do direito material.

⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, pp. 675; 676.

⁸ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 676.

⁹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, pp. 676 – 678.

c) *Preventividade*: está incorporada ao processo cautelar, vez que visa distanciar a possibilidade de ineficácia do bem jurídico tutelado no processo principal, a fim de que este ocorra em todos os seus trâmites sem quaisquer riscos de inutilidade ou prejudicialidade no procedimento.

d) *Autonomia*: apesar de estar vinculado ao processo principal, era completamente independente deste, sendo tratado de maneira diversa, autuado autonomamente e podendo ter resultado distinto da ação principal.

e) *Fungibilidade*: o magistrado poderia conceder uma medida cautelar diversa da que foi requerida pelo autor, se entendesse ser esta mais adequada ao caso, com base no seu poder geral de cautela, previsto no art. 798 CPC/73. Por exemplo, se a parte ajuizasse uma Cautelar de Sequestro e o juiz entendesse tratar de Cautelar de Arresto, concederia a segunda, substituindo pela medida mais adequada, no intuito de não indeferir o pedido para proteger o processo principal.

f) *Provisoriedade*: alguns autores acreditam tratar de temporariedade, não de provisoriedade, visto que não será substituída por nenhuma decisão de mesma natureza, sendo extinta após sua eficácia. De qualquer forma, insta salientar que, independentemente de a ação cautelar ser provisória ou temporária, não seria suscetível de gerar coisa julgada material.

Apesar de extinto o processo cautelar, ainda é possível perceber algumas destas características presentes no CPC/15, nas tutelas de urgência cautelares.

O processo cautelar assemelhava-se ao processo de conhecimento pela possibilidade de iniciar-se mediante petição inicial e pela produção de provas, contudo distinguia-se deste em virtude de sua pretensão ser apenas de natureza cautelar, ou seja, não satisfativa, conforme elucida Rodolfo Kronenberg Hartmann:

O processo cautelar, por seu turno, em um primeiro momento, guarda enormes semelhanças com o processo de conhecimento, pois também decorre da iniciativa do interessado que irá afirmar um ato em sua petição inicial. O demandado, por seu turno, terá oportunidade de resposta e haverá dilação probatória tendente a obter o convencimento do juiz. A diferença, no entanto, é que a tutela pretendida pelo autor no processo cautelar não poderá ser satisfativa, ou seja, a mesma terá natureza cautelar.¹⁰

No que tange ao procedimento do processo cautelar, iniciava-se normalmente, mediante petição inicial. O magistrado observava a peça vestibular

¹⁰ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 673.

com os seus requisitos legais para concessão da medida liminar, quais fossem, *fumus boni iuris e periculum in mora*, bem como as indicações previstas no art. 801, CPC/73, em cognição sumária, analisava a possibilidade de concessão da medida.

Na ausência de qualquer dos requisitos legais, o juiz determinava a emenda da exordial no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento em sentença, desafiável por recurso de apelação.

Presentes todos os requisitos legais da petição inicial e do pedido liminar, o magistrado concederia a cautelar pretendida pelo autor ou designaria audiência de justificação prévia, caso houvesse a necessidade de oitiva de testemunhas. Sendo a cautelar concedida em caráter liminar ou após a justificação prévia, o juiz poderia determinar uma contracautela baseada em caução real ou fidejussória, a fim de assegurar o ressarcimento dos danos que o requerente pudesse eventualmente causar ao requerido, conforme art. 804 CPC/73.

Após a concessão da medida, a parte contrária teria o prazo de 05 dias para apresentar contestação, contados a partir da juntada do mandado de citação aos autos, devidamente cumprido; ou do mandado de execução da medida cautelar, quando esta fosse concedida em caráter liminar ou após justificação prévia, de acordo com o art. 802 CPC/73.

Vale ressaltar que quando a medida cautelar era concedida mediante procedimento antecedente, o autor desta deveria instaurar o processo principal no prazo decadencial de 30 dias, contados a partir da efetivação da medida concedida. Salienta-se também que com a concessão da cautelar iniciava-se o prazo de 30 dias para sua execução, sob pena de ter cessada a eficácia da medida cautelar, conforme art. 808, II, CPC/73.

Com a alteração do CPC/73 dada pela Lei nº 10.144, de 07 de maio de 2002, incluiu-se o §7º do art. 273, o qual passou a observar-se que: “art. 273, §7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Nesse diapasão, clarifica Rodolfo Kronenberg Hartmann:

realmente se percebe que apenas foi permitida a concessão da antecipação dos efeitos da tutela cautelar no processo de conhecimento e não o oposto, ou seja, a concessão dos efeitos da tutela satisfativa no bojo de um processo cautelar. Com efeito, se assim fosse possível, o processo cautelar estaria tendo finalidade satisfativa e, por esta razão, acabaria igualado ao

processo de conhecimento, o que denotaria a sua completa inutilidade em permanecer ao lado dos demais processos. Sob este prisma, a justificativa para se manter o processo cautelar é, justamente, atestar que o mesmo tem uma finalidade rigorosamente diferente do processo de conhecimento.¹¹

Não seria possível a antecipação dos efeitos na tutela no processo cautelar, visto que tal ocorrência implicaria na conversão deste em um processo de conhecimento, diante da ausência de sua natureza acautelatória e prevalência da finalidade satisfativa, sendo esta a única distinção entre ambos.

Ainda deslinda o mesmo autor sobre a instauração do processo cautelar após a inclusão do art. 273, §7º:

As vantagens de requerer no próprio processo de conhecimento são inúmeras como, por exemplo, desnecessidade de duas atuações distintas, de duas petições iniciais, de dois recolhimentos de custas, de duas citações, dentre outras mais que culminam por contribuir sobremaneira para a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva.¹²

Partindo desse pressuposto, não fazia sentido a existência do processo cautelar, uma vez que seu objeto poderia ser requerido no próprio processo de conhecimento, mediante uma tutela cautelar. A partir desta percepção, o legislador reconheceu a desnecessidade da ação cautelar e, com a vigência do CPC/15, passou a incluí-la nas tutelas de urgência, extinguindo sua autonomia e unificando seus requisitos, ocorrendo a modificação apenas do procedimento, sem que houvesse perda do objeto tutelado, a fim de suceder a simplificação do processo.

Luiz Guilherme Marinoni explica:

É no plano do direito natural que existe *direito à satisfação* do direito e *direito à sua cautela*. O fato de o legislador civil mencionar ou não essas categorias é absolutamente irrelevante para a sua respectiva existência. Isso quer dizer que *subsiste o direito à tutela* cautelar sob a égide do Novo Código – o que desapareceu apenas foi o *processo cautelar conceitualmente autônomo* para a sua prestação (nosso Código, aliás, faz várias alusões à tutela cautelar, inclusive às tutelas cautelares nominadas, v.g., arts. 154, I, 301, 495, §1º), o que o legislador processual civil tem o dever de mencionar e conformar, porém, são as *técnicas processuais* adequadas para efetiva e tempestiva proteção dos direitos.¹³

No mesmo sentido esclarece Adriano Soares da Costa:

¹¹ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 675.

¹² HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 674.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

O CPC-15 suprimiu o livro destinado ao processo cautelar, pondo fim à existência de “ações” cautelares nascidas de pretensões pré-processuais. Nesses casos, as medidas tomadas endoprocessualmente em defesa do andamento regular do processo, ou mesmo para assegurar que ele venha a ter utilidade ao final, nascem elas do exercício da *pretensão processual*, não mais por meio de “ação”, mas por simples provocação nos autos.

(...)

Há uma só ação processual, contendo a ação cautelar e a ação satisfativa posterior, aquela embutida no procedimento desta, como uma fase antecedente.¹⁴

Assim, o legislador optou pela propositura da medida cautelar por provocação nos próprios autos da ação principal, não sendo mais tratada de forma separada, visto que está inteiramente ligada à situação de perigo do direito demandado na pretensão principal. Em suma, permanece o direito material, contudo não será mais pleiteado como processo autônomo, e sim como medida endoprocessual, adotando-se o procedimento da tutela de urgência não-satisfativa e com as mesmas características do processo cautelar.

No que tange ao “poder geral de cautela”, previsto no art. 798, do CPC/73, que tratava da possibilidade de concessão de medida cautelar dada de ofício pelo juiz, foi extinto pelo Código vigente, de acordo com Adriano Soares da Costa:

já não podemos mais falar em poder geral de cautela, porém devemos usar a expressão mais adequada ao que já se passava em nosso ordenamento jurídico e, agora, está positivada no novo Código de Processo Civil: *poder geral de tutela de urgência*, que não pode ser exercido de ofício, mas sempre mediante requerimento da parte interessada, com a demonstração da existência dos pressupostos comuns às cautelares e às satisfativas: o perigo de dano e a proteção da utilidade do processo.¹⁵

Assim, o legislador passou a utilizar o termo “poder geral de tutela de urgência”, não mais permitindo sua concessão de ofício, apenas mediante requerimento da parte interessada, desde que demonstrado o perigo de dano e a proteção da utilidade do processo, resultando, a extinção do processo cautelar, na simplificação processual.

¹⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 31; 38.

¹⁵ COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 38.

Em síntese, restou evidenciado que o processo cautelar transformou-se em tutela cautelar, a qual faz parte, juntamente da tutela antecipada, das tutelas provisórias.

1.3 Distinção entre tutelas cautelar (conservativa) e antecipada (satisfativa)

As tutelas classificam-se distintamente de acordo com a perspectiva utilizada. Inicialmente, dividem-se em duas categorias: tutelas materiais e tutelas processuais. As primeiras conforme o objetivo pleiteado pelo requerente, com base no direito material; por exemplo, tutelas declaratórias, constitutivas, condenatórias, ressarcitórias e inibitórias. Já as segundas de acordo com a aptidão de coordenação do processo pelo magistrado, isto é, de acordo com seus aspectos processuais, é o caso das tutelas antecipada, específica e de evidência.

Assim, no plano do direito processual, ocorre a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional, isto é, pleitear, ao Estado, meios de efetivação de um direito subjetivo. A tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, exercida através do Poder Judiciário, e só pode ser concedida quando houver direito material lesado ou ameaçado, é uma espécie de tutela de direito e se encontra ao lado das tutelas legislativa e administrativa.

O direito à tutela jurisdicional é o direito a um subsídio do Estado, um amparo estatal, serve para que este empregue as normas dos procedimentos judiciais mediante órgãos jurisdicionais, a fim de efetivar o direito material afetado e reconhecido mediante as demais tutelas jurídicas.

A ausência de aplicação do procedimento adequado acarretaria em omissão do Estado quanto à aplicação do direito fundamental à tutela jurisdicional, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni: “a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.”¹⁶

A tutela de urgência é um método procedimental criado para tornar mais célere a efetivação de um direito, uma vez que a utilização do procedimento comum implicaria na perda desse direito, bem como na ineficácia deste e do procedimento.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004, p. 189. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

Tais medidas liminares são instrumento eficaz e com rápida solução para a lide pleiteada, mediante efeito prático provisório.

Conforme esclarece Rodolfo Kronenberg Hartmann:

O processo sempre padeceu do mal da morosidade, ora justificável ou não, o que de certa forma postergava uma prestação jurisdicional eficiente. Para se combater esta situação, foram criados mecanismos que permitiam ao magistrado já antecipar, logo no início ou no meio do processo, os efeitos práticos pretendidos pelo autor e que usualmente somente seriam gerados após a prolação da sentença.¹⁷

O autor não pode ser penalizado pela demora do processo; por este motivo, faz-se necessário o uso de medidas de urgência. Tais medidas eram denominadas, no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), de tutela antecipada e tutela cautelar. Entretanto, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), estas passaram a ser tratadas por alguns autores por tutelas provisórias satisfativa e conservativa ou não-satisfativa, respectivamente.

Esta última tem caráter preventivo, visa proteger o pedido principal, para que não seja prejudicado pelo decurso do tempo, possuindo natureza apenas acautelatória, assecuratória definitiva.

Fredie Didier Júnior conceitua:

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar.¹⁸

Entende-se, então, que a tutela cautelar serve para proteger o direito pleiteado na demanda principal, tratando-se de pedido diferente do que se requer no mérito da ação. O direito à cautela é o direito de postular a referida medida de urgência, enquanto o direito acautelado é aquele salvaguardado pela tutela cautelar. Trata-se de medida de urgência temporária, uma vez que, após concluída a finalidade que a originou, deixa de produzir efeitos ou pode ser extinta em virtude da satisfação do pedido principal.

¹⁷ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 101.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2, p. 576.

Ao analisar a tutela não-satisfativa requerida, o magistrado analisa e averigua os fatos apenas superficialmente, priorizando a preservação do direito pleiteado no pedido principal, e só verificando tais fatos profundamente com o decorrer do processo.

Dentre outras distinções, Fredie Didier Júnior. aponta a temporariedade:

A tutela cautelar é, ainda, temporária, por ter sua eficácia limitada no tempo. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva - isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado.¹⁹

Ao contrário da tutela satisfativa que pode tornar-se definitiva, a cautelar se encerra quando não há mais a imprescindibilidade de se proteger um direito enquanto este não estiver mais em perigo, por esta razão trata-se de tutela temporária, visto que sua própria função já é definitiva, limitada no tempo.

A tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente é instaurada mediante petição inicial e deve conter os pressupostos clássicos do art. 319 CPC/15, indicação da lide, seu fundamento, exposição sumária do direito, bem como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, nos moldes do art. 305 do mesmo código.

Após receber a exordial, o magistrado poderá indeferi-la, na ausência de qualquer dos seus requisitos legais, ou determinar que o autor a emende, no prazo de 15 dias; ou apenas deferir o pedido. Caso a tutela não seja concedida, haverá a possibilidade de o autor formular o pedido principal.

A concessão da medida cautelar poderá ser feita apenas a partir da análise da peça vestibular ou por meio de justificção prévia, quando houver necessidade, determinando a citação pessoal do réu ou através de seu advogado para apresentar contestação no prazo de 05 dias. Não havendo contestação, decretar-se-á a revelia e os atos alegados pelo autor presumir-se-ão verdadeiros, devendo o juiz decidir definitivamente sobre o pedido cautelar no prazo de 05 dias. Havendo contestação, o magistrado prosseguirá o feito pelo rito comum.

Fredie Didier Júnior interpreta:

¹⁹ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2, p. 577.

Concedida em caráter antecedente, a tutela provisória cautelar terá de ser efetivada no prazo de trinta dias, sob pena de não mais poder sê-lo, operando-se a cessação da sua eficácia, na forma do art. 309, II, CPC. Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente *busque* a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que se falar em cessação da sua eficácia. Decorrido esse prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não mais deseja a medida cautelar.²⁰

O autor só poderá ter a eficácia cessada quando der motivo, fazendo ou deixando de fazer algo, não podendo responder pela negligência de outros.

Com a concessão da tutela de urgência cautelar, o autor deverá prestar caução real ou fidejussória, com a ressalva em casos de hipossuficiência, e terá o prazo de 30 dias para efetivá-la, sob pena de perda de sua eficácia. Depois de efetivada, o autor formulará, no prazo também de 30 dias, contados da data de efetivação da tutela cautelar, o pedido principal da tutela definitiva, aditando a causa de pedir, nos mesmos autos e sem novas custas processuais.

Insta salientar que a cessação da eficácia da tutela de urgência cautelar ocorre se o autor não deduzir o pedido principal em 30 dias; se a tutela não for efetivada no prazo de 30 dias; se o magistrado julgar improcedente o pedido principal ou se o processo for extinto sem resolução do mérito. Nestas situações verifica-se a vedação da renovação do pedido, isto é, cessada a eficácia, a renovação apenas é permitida sob novo fundamento.

Enquanto que na tutela antecedente a petição se limita ao pedido cautelar, devendo o autor formular o pedido definitivo apenas posteriormente, em aditamento; na tutela incidental, o autor poderá formular o pedido cautelar e o definitivo simultaneamente, entretanto se o pedido definitivo já tiver sido elaborado, a petição limitar-se-á apenas ao pedido cautelar, em forma de petição simples.

Em contrapartida, a tutela provisória satisfativa (antecipada) antecipa os efeitos do pedido requerido no mérito da ação, concedendo ao autor o direito que seria conferido apenas mediante sentença. A tutela antecipada serve para demonstrar que a tutela jurisdicional pode ocorrer de modo que o autor tenha ou não um provimento final favorável, visto que possui caráter provisório.

²⁰ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2, p. 627.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Gabriela Expósito Tenório Miranda fazem sua definição:

Já a dita tutela antecipada (técnica antecipatória, mais tecnicamente) é técnica procedimental que, em virtude de variadas situações, possibilita um pronunciamento por parte do Estado-Juiz em momento diverso do ordinariamente estabelecido, sem a necessidade, acima de tudo, de certificação do direito a ser realizado.²¹

Assim, a tutela antecipada está inteiramente ligada à execução provisória, visto que descrevem técnica e resultado. Nesta situação, ocorre a antecipação de alguns efeitos jurídicos, que caberiam somente mediante sentença, no processo ainda em curso, fora do paradigma do procedimento comum. Obviamente, os efeitos que se antecipam serão sempre limitados, servindo apenas para que o direito pleiteado não seja prejudicado.

A execução provisória, a qual se refere a tutela antecipada, utiliza tal termo devido à possibilidade de modificação, bem como da utilização de situações concretas de aplicação da lei com a possibilidade de incluir os efeitos da decisão de maneira mutável.

A tutela antecipada não pode tratar de pedido distinto do estabelecido na petição inicial, isto é, um novo pedido, pois está absolutamente relacionada ao pedido definitivo, devendo o autor requerê-la em petição própria em momento anterior ao ajuizamento da demanda principal ou na própria petição inicial, pois o oposto resultaria em mudança na causa de pedir, o que não é permitido pelo Estatuto Processual Civil, conforme o art. 329.²² vigente

O deferimento da tutela não vincula a decisão para o mérito da ação, ou seja, a decisão de concessão da tutela não implica no deferimento do pedido feito na exordial, podendo o juiz decidir pela procedência do pedido da tutela inicialmente pleiteado e, após todos os trâmites processuais, em sentença, entender por sua improcedência.

Nesse sentido explica Humberto Theodoro Júnior:

²¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. **Da tutela provisória**: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 74.

²² CPC, artigo 329, I: “O autor poderá: I. **até a citação**, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; (...)”. (Grifo nosso)

A autonomia do processo mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo muito bem a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na principal, ou vice-versa. A ação cautelar é de tal sorte, acolhida ou rejeitada por seus próprios fundamentos e não em razão do mérito da ação principal.

(...)

A ação cautelar, é certo, não atinge nem soluciona o mérito da causa principal. Mas no âmbito exclusivo da tutela preventiva ela contém uma pretensão de segurança, traduzido num pedido de medida concreta para eliminar o perigo de dano. Assim, esse pedido, em sentido lato, constitui o *mérito da ação cautelar*, que nada tem a ver com o mérito da ação principal.²³

Quanto ao objeto da ação cautelar e sua autonomia com relação ao processo principal de que trata o autor supramencionado, aplica-se da mesma forma à tutela cautelar em decorrência da tutela satisfativa, vez que aquela possui autonomia e mérito próprios com relação a esta, ou seja, a tutela cautelar será concedida ou não com base em fundamentos específicos de tal medida, não em virtude ou dependência do pedido principal.

Apesar de as diferenças entre as tutelas antecipada e cautelar serem perceptíveis, às vezes ocorre dificuldade em distingui-las ao utilizá-las no processo, não podendo o magistrado penalizar o autor por aplicar a medida liminar incorretamente, devendo o juiz basear-se no *princípio da fungibilidade*, isto é, conceder a tutela empregada de forma errônea como se fosse correta e, posteriormente, mandar que a parte corrija a medida proposta.

Enfim, mesmo com suas distinções e peculiaridades, as tutelas antecipada e cautelar tratam-se de medidas de urgência utilizadas para que o direito do autor não seja prejudicado pelo procedimento aplicado ao processo. As supramencionadas tutelas fazem parte das tutelas de urgência e estas, juntamente da tutela de evidência, constituem as tutelas provisórias, as quais serão abordadas de maneira mais aprofundada no próximo capítulo.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 22 Ed. São Paulo: Liv e Ed. Universitária de Direito, 2005, pp. 56; 59.

2. DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/15

2.1 Noções gerais

A principal finalidade das tutelas provisórias é amenizar os prejuízos acarretados pelo tempo do processo e garantir a efetividade da jurisdição, de modo que ocorra um equilíbrio entre as partes ao suportarem sua demora. Nesse sentido explica Fredie Didier Júnior:

Em situação de *urgência*, o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. Este é um dos males do processo. (...) A principal *finalidade* da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo*.²⁴

Assim, as tutelas provisórias ocorrem como forma de proporcionar a eficácia imediata da pretensão do autor, para que este não tenha seu direito violado devido ao tempo decorrente dos trâmites processuais.

De acordo com o mesmo autor, as características das tutelas provisórias são: precariedade, sumariedade na cognição e ausência de coisa julgada.²⁵

A precariedade estabelece que os efeitos da tutela se prolongam com o decorrer do processo, exceto quando houver decisão judicial estabelecendo o oposto, revogando ou modificando a tutela a qualquer momento, em caso de variação do estado de fato de direito ou, ainda, do estado de prova.

A sumariedade na cognição ocorre em virtude da decisão feita mediante análise perfunctória, na qual o magistrado decide com base no juízo de probabilidade. A última característica é consequência das duas primeiras, uma vez que, por ser a tutela provisória precária e fundada em cognição sumária, não pode gerar coisa julgada.

Humberto Theodoro Júnior classifica a sumariedade como substancial e processual:

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 581.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 582.

A *sumariedade substancial* tem como objetivo simplificar o rito, mas sem abdicar da finalidade de compor o mérito definitivamente. É o que ocorre, por exemplo, em procedimentos especiais como o mandado de segurança, a ação de busca e apreensão, as ações nos juizados especiais. Embora sumário, o processo não foge da composição exauriente do litígio.

A *sumariedade processual* visa à simplificação do procedimento apenas para atender a uma emergência do caso concreto, sem a pretensão de dar uma solução definitiva ao litígio. A diferença entre essas sumariedades reside na coisa julgada. Enquanto na sumariedade substancial tem-se a formação da coisa julgada, uma vez que a solução de litígio se dá de maneira satisfativa e exauriente; na sumariedade processual a solução é interinal, precária, destinada a durar apenas enquanto se aguarda a futura solução definitiva da lide.²⁶

É notória que a sumariedade que trata as tutelas provisórias é a processual, apesar da simplificação do procedimento prevista na substancial, pois, ainda assim, não ocorre a solução definitiva para o litígio apenas provisoriamente, não produzindo, portanto, coisa julgada.

As tutelas provisórias podem respaldar-se em “urgência” ou em “evidência”, conforme o art. 294, CPC/15, embora esta diferenciação já estivesse prevista implicitamente no CPC/73.

Para Fredie Didier Júnior, essas tutelas devem ser estudadas em três dimensões que se integralizam: 1) o quê pode ser tutelado provisoriamente; 2) por que se pode conceder tutela provisória; 3) o modo como ela é pleiteada.²⁷

Inicialmente é necessário observar a tutela a partir do seu conteúdo, percebendo se ela é satisfativa ou cautelar. Em seguida, analisam-se os pressupostos que concedem a tutela provisória verificando se sua natureza é de urgência ou de evidência. Por fim, constata-se a forma como esta será pleiteada, se de modo antecedente ou incidental.

Como consequências do regime de tutelas provisórias, incluindo urgência e evidência, Humberto Theodoro Júnior estabelece seus traços em comum:

- (i) a medida será prontamente executada nos próprios autos, (art. 297, parágrafo único);
- (ii) a lei não condicionou à prestação de caução, de maneira sistemática, mas ao juiz caberá impô-la se as circunstâncias aconselharem tal medida (art. 300, §1º);

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1, p. 617.

²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 583.

(iii) a execução da tutela, por ser provisória, corre por conta e risco da parte que a promove, a qual responderá pelos prejuízos injustos dela resultantes, devendo a indenização ser liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível (art. 302 e parágrafo único).²⁸

No primeiro item, com a extinção do processo cautelar, não existe mais a interposição de ação com autos em apenso, apenas dentro dos próprios autos, ainda que se tratando de medida assecuratória. A efetivação da tutela deverá ser realizada de acordo com a execução provisória.

No segundo item, o autor trata da prestação de caução como forma a ser aplicável tanto na tutela de urgência quanto na de evidência, contudo a caução aplicada ocorre apenas nas situações de urgência, uma vez que estão inseridas no capítulo I, título II, do CPC/15, servindo para proteger o direito à segurança jurídica, de acordo com o caso concreto. Em situações de direito desde logo provado, como na tutela de evidência, não há necessidade de caução.

O terceiro e último item também trata, de maneira bem clara, somente da tutela de urgência, havendo um equívoco do autor ao versar como tutela provisória. Priorizou-se aqui o princípio da economia processual, posto que a indenização será liquidada nos mesmos autos que concederam a tutela de urgência, sempre que possível, isto é, poderá ocorrer de modo excepcional em autos apartados, a depender do caso concreto, quando não houver possibilidade de inseri-la nos mesmos autos.

2.2 Pressupostos

As tutelas de urgência podem ser cautelares ou satisfativas e fundam-se nos requisitos da probabilidade do direito (conhecida como *fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), já a tutela de evidência funda-se no abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e na prova documental.

A tutela provisória será concedida e produzirá eficácia, porém deve haver a possibilidade de modificação ou revogação da medida (art. 296, “*caput*”²⁹, CPC/15),

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1, p. 618.

²⁹ Art. 296, “*caput*”, CPC/15: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer momento, ser revogada ou modificada.”

a qual deverá ocorrer mediante justificativa expressa do magistrado (art. 298³⁰, CPC/15). Para isso, deve ocorrer alteração nos fatos, em momento posterior ao deferimento da tutela ou quando houver novas provas acostadas aos autos, as quais invalidem os elementos que levaram à concessão da tutela pelo juiz.

Fredie Didier Júnior exemplifica:

Seria o caso, por exemplo, em que o autor pede, de forma provisória, a retirada do seu nome de serviço de proteção ao crédito, afirmando e provando que pagou a dívida que tinha com o réu. O juiz concede a tutela provisória liminar, mas o réu, ao contestar, prova que o pagamento demonstrado referiu-se a outra dívida e não àquela que ensejara a negativação. Imperiosa, nesse caso, a revogação da medida.³¹

Verifica-se, portanto, que seria inconsistente a permanência da tutela provisória, vez que o fato novo apresentado pelo réu na contestação esclarece e invalida a alegação e documentação apresentada pelo autor. Sendo assim, a qualquer momento, a partir do conhecimento do novo fato, o magistrado poderá modificar ou revogar sua própria decisão.

No mesmo sentido elucida Luiz Guilherme Marinoni:

O juiz, quando decide com base em cognição sumária, não declara a existência ou a inexistência de um direito; o juízo sumário é de mera probabilidade. O juiz, quando afirma que um direito é provável, aceita, implicitamente, a possibilidade de que o direito, que foi reconhecido como provável, possa não ser declarado existente ao final do processo de conhecimento (ou vice-versa). Isto porque o desenvolvimento do contraditório, com a produção de novas provas, pode fazer com que o julgador chegue a uma conclusão diversa a respeito do direito valorado sumariamente. Por essa razão é que o significado de “novas circunstâncias” abarca novas provas, quebrando o princípio de que uma nova decisão só se justifica diante de novos fatos.³²

Percebe-se, então, que a decisão proferida em cognição sumária, mediante tutela provisória, não vincula o juiz para reproduzi-la novamente em cognição exauriente, por meio de tutela definitiva. Isso ocorre tendo em vista o fundamento de probabilidade do juízo sumário, não sendo possível constatar a certeza do direito, bem como por ter um lastro probatório reduzido e ausência de contraditório. Assim,

³⁰ Art. 298, CPC/15: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.”

³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 599.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

após todo o trâmite processual, com produção de novas provas, fatos e argumentos, o juiz poderá decidir de maneira diversa da anteriormente proferida, mas agora em tutela definitiva.

2.2.1 Pressupostos da tutela de urgência

Para concessão da tutela de urgência faz-se necessário, preliminarmente, uma análise observando sua verossimilhança, ou seja, uma probabilidade de que os fatos trazidos na inicial pelo autor reputam-se verdadeiros.

O art. 273, *caput*, do CPC/73 utilizava o termo “prova inequívoca”, entretanto essa expressão remete ao entendimento da exigência de certeza, requisito não elementar para a concessão da medida liminar.

Assim, melhor esclarecem Frederico Augusto Leopoldino Koehler e Gabriela Expósito Tenório Miranda:

A prova inequívoca é sem dúvida, uma exigência mais rigorosa do que a simples verossimilhança e, portanto, não essencial para ela. Para o emprego da antecipação dos efeitos da tutela, afirma-se categoricamente, basta a verossimilhança preponderante, afora outros pressupostos contingenciais, como o perigo da demora. (...) A verossimilhança pode ser vista como um ponto médio na escala de probabilidade de algo, ou se pode relacionar a verossimilhança com a cognição e afirmar que é um grau de aproximação da verdade.³³

A verossimilhança apenas aparenta ser verdadeiro o fato alegado. O magistrado julga sumariamente com base nas alegações do autor e nas provas contundentes, diferente das inequívocas, pois não há certeza. Se estiver convencido dos argumentos e fatos trazidos ao processo, não pode o juiz abster-se de julgar por não ter alcançado a verdade absoluta. A “certeza” somente será advinda da decisão proferida mediante sentença de mérito, neste caso, em cognição exauriente. A partir desses argumentos o legislador entendeu ser inadequado o uso do termo “prova inequívoca” e aboliu a referida expressão.

Misael Montenegro Filho aprofunda:

³³ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. **Da tutela provisória:** um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 78.

Nenhuma prova é inequívoca, o que nos faz concluir que o legislador foi infeliz no emprego da expressão contida no *caput* do art. 273. Mesmo um teste de DNA, que reconhece a paternidade num grau de probabilidade superior a 99% (noventa e nove por cento), não pode ser visto como *prova inequívoca*. (...)

A prova produzida pelo autor – geralmente documental – deve conferir ao magistrado um alto grau de probabilidade de que o direito pende em seu favor, de que as alegações articuladas pelo promovente possivelmente são verdadeiras.³⁴

Aduz ainda Luiz Fux:

O juiz, não obstante seja um incessante pesquisador da verdade, não pode superar por meios próprios certos índices de certeza que não se alcançam nalguns setores do conhecimento humano, por deficiência de meios técnicos de comprovação absoluta, como v.g.; a prova da paternidade que até bem pouco tempo era relativa e reclamava outros elementos de secundação. Assim, a legitimação do provimento urgente em prol do direito evidente é algo que se situa entre o "valor limite da certeza" e no piso da "verossimilhança preponderante".³⁵

No mesmo sentido é o entendimento de Marcus Vinícius Rios Gonçalves: “A lei estabelece que o juiz faça um exame não da certeza do direito, mas da plausibilidade de sua existência, trazida pelos elementos que constam nos autos”.³⁶

Não existe a prova inequívoca em medidas de urgência, todas as decisões fundamentam-se na probabilidade. Ocorre uma diferenciação na proporção do grau de probabilidade, fazendo o direito ser mais ou menos provável e facilitando a decisão de concessão da tutela, inexistindo, portanto, certeza absoluta, por ser esta inalcançável nestas situações.

A tutela de urgência fundamenta-se nos pressupostos gerais: *fumus boni iuris e periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* faz uso da probabilidade, indício da existência do direito pleiteado. Requer apenas a verossimilhança das alegações, devendo haver, no mínimo, uma verdade provável.

Assim prescreve Humberto Theodoro Júnior:

³⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 3, p. 25.

³⁵ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acessado em: 08 de outubro de 2016.

³⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 354.

Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela no processo. (...) Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumárias.³⁷

O objetivo aqui é convencer o juiz do direito fático com um grau razoável de certeza, carecendo de um maior amparo jurídico realizado mediante provas complementares produzidas ao longo do processo. Demanda somente uma exigência de probabilidade de veracidade das alegações, trata-se de algo superficial por este motivo é uma decisão realizada em cognição sumária.

O outro requisito comum à tutela de urgência é o *periculum in mora*, o qual engloba, entre outros, o perigo do dano e o risco ao resultado útil do processo. O primeiro condiciona uma necessidade momentânea, necessitando de uma concessão de liminar; enquanto o segundo aproveita eventuais ocorrências no curso do processo, dispondo de medida incidental. A morosidade do processo não deve causar prejuízo para as partes, quem deve arcar com a demora é somente o judiciário.

Conforme preconiza Fredie Didier Júnior:

O que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) *concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) *atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) *grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.³⁸

É necessário que o dano seja iminente e de caráter crítico, não importando apenas a possibilidade de uma futura e distante ocorrência. Sem o requerimento da tutela provisória, o direito efetivo da parte corre um grande risco de não ser executado, trata-se de dano irreparável ou de difícil reparação. Sendo o primeiro com sequelas irremediáveis e o segundo em que a possível reparação do dano implicaria em sérias consequências, inclusive na impossibilidade ou obtenção de um

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1, p. 624.

³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 610.

ressarcimento prejudicado à parte, ante a complexidade ou fragilidade do caso concreto.

No CPC/73 a tutela cautelar visava à prevenção e cessação do dano, enquanto a tutela antecipatória abordava o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O CPC/15 unificou esses três pressupostos que tratam de risco, incorporando-os na tutela de urgência.

Humberto Theodoro Júnior conclui:

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objetos de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. Pretende-se combater os riscos de injustiça ou de dano derivados da espera pela finalização do curso normal do processo.³⁹

Para caracterizar a ocorrência do dano, não basta apenas a verossimilhança das alegações, faz-se necessária sua comprovação mediante documentos e dados concretos capazes de demonstrar a situação fática que enseja a situação de perigo ao direito ou resultado do processo.

Ademais, houve um equívoco do legislador na utilização do termo “perigo de dano”, pois existem situações em que é possível a concessão da tutela, sem que haja dano. Assim, acrescenta Luiz Guilherme Marinoni:

A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar). Andou mal nas duas tentativas. Em primeiro lugar, porque o direito não merece tutela tão somente diante do dano. O próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC). Daí que falar apenas em perigo de dano é recair na proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das Reformas, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (“receio de ineficácia do provimento final”).⁴⁰

Enquanto o *periculum in mora* na tutela antecipada abrange o direito material, tratando de perigo na demora para concessão do direito pleiteado; o

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1, p. 624 – 625.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 382 – 383.

periculum in mora na tutela cautelar abrange risco à efetividade do processo, ataca o direito processual, correndo o risco de tornar-se infrutuoso ou inútil, diante da demora em seu trâmite.

Igual é o entendimento de Fredie Didier Júnior ao se referir às tutelas inibitória e reintegratória:

A tutela provisória, nesses dois casos, não é uma tutela contra o dano, mas uma tutela contra o ilícito, a ser praticado ou já praticado. Cabe à parte demonstrar o risco de que o ilícito ocorra, independentemente de isso gerar um dano, ou o risco que a demora representa para o “resultado útil do processo” (art. 300, CPC). Nesses dois casos, é irrelevante a demonstração de culpa ou de dano – a demonstração deve restringir-se à probabilidade de um cometimento do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC).⁴¹

Tanto a tutela inibitória quanto a reintegratória são contrárias à prática do ilícito. A primeira visa impedir a efetivação ou permanência de um ato oposto ao direito, já a segunda tem por fito remover um ilícito anteriormente praticado. Em ambos os casos não é possível falar em dano, posto que este é consequência do ilícito iminente ou consumado.

Assim, a tutela de urgência será concedida quando a demora no processo for capaz de prejudicar o direito pleiteado, podendo incorrer na consumação ou permanência de um ilícito, ou no dano irreparável ou de difícil reparação. Sob este prisma, forçoso é o convencimento de que os vocábulos utilizados no “caput” do art. 300, do CPC/15, “perigo de dano” e “resultado útil do processo” devem ser interpretados como ramificações do termo “perigo na demora”.

2.2.2 Pressupostos da tutela de evidência

A tutela de evidência não exige a urgência ou perigo, baseia-se nas alegações apontadas no processo e na possibilidade de adoção da pretensão do bem jurídico tutelado, ocorrem mediante o abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou provas documentais.

Trata-se de uma técnica processual, decursivo de um fato evidente, o qual tem como consectário jurídico a prestação de uma tutela jurisdicional. A tutela de

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 611.

evidência não é um instrumento recente para o Código de Processo Civil, vez que, apesar de não ser utilizada essa nomenclatura anteriormente, era possível percebê-la em alguns procedimentos do CPC/73.

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo preleciona:

A situação de evidência reclama uma proteção diferenciada, afastando-se a aplicação do procedimento ordinário, vez que há de se introduzir no processo uma logicidade cidadã, de continuidade da vida cotidiana com exercício natural dos direitos proclamados no ordenamento, sem que o processo sirva apenas de obstáculo a este.⁴²

Não há motivo para procrastinar a efetivação do direito daquele que o pleiteia quando há a existência e evidência da pretensão, pois esta só será alcançada de modo adequado e justo quando for célere. A probabilidade aqui apontada inclina-se para uma certeza quase absoluta, ante a presença de provas documentais acostadas aos autos.

O objetivo da tutela de evidência é desencorajar a relutância do réu, devendo este colaborar com a pretensão inicial, por sua maior vantagem, ou optar por uma tentativa de acordo quando a medida for cabível.

Os pressupostos da tutela de evidência, previstos no art. 311, do CPC/15, são quatro, vejamos detalhadamente:

I. Tutela de evidência por abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório

Este dispositivo encontrava-se no art. 273, II, do CPC/73, o qual usava expressamente o vocábulo “réu”. Entretanto, o atual CPC/15 não traz especificação se para autor ou réu, entendendo-se, assim, que será aplicável a qualquer destes quando praticar a mencionada conduta. Considerar-se-á a conduta como abusiva ou protelatória somente quando estas provocarem risco ao andamento processual célere.

Faz-se necessário distinguir os termos “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”. O primeiro subsume as demasias cometidas em qualquer manifestação e só ocorre após a defesa do réu, por exemplo, apresentar

⁴² MELO, Luiz Gustavo Simões Valença de. **A tutela de evidência no novo código de processo civil**; um instrumento de efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo. In: *Cidadania e Direitos Humanos*, Caruaru, vol. 1, nº 1, jul./dez. 2015, p. 131.

contestação genérica, superficial, não abordando os conteúdos necessários. Já o segundo abarca maiores situações, incluindo comportamentos da parte durante o processo e pode ocorrer antes do réu apresentar defesa, como por exemplo, ao criar graves empecilhos para ser citado.

Fredie Didier Júnior aborda ainda sobre a possibilidade de litisconsórcio na aplicação do art. 311, I, do CPC/15. Nesta situação, em se tratando de litisconsórcio passivo simples (quando a decisão afeta apenas um dos litisconsorte), o inciso recairá apenas sobre o litisconsorte que praticou a conduta abusiva ou protelatória, pois os atos praticados por um deles não responsabiliza o outro. Porém, em caso de litisconsorte unitário (quando a decisão recai sobre todos os litisconsortes), o inciso incidirá sobre ambos, vez que defendem o mesmo objeto e não há como aplicar a “punição” somente para um deles, não sendo, portanto, uma consequência justa para o litisconsorte que não praticou o ato.⁴³

Sobre este inciso, elucida o mesmo autor: “Trata-se de tutela de evidência punitiva que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular o andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes.”⁴⁴

Em sentido contrário é o entendimento de Lúcio Grassi de Gouveia, Antônio Carlos F. de Souza Júnior e Luciana Dubeux Beltrão Alves:

A contestação destituída de seriedade dá ensejo à tutela provisória da evidência. Esta, diferentemente da litigância de má-fé, não tem natureza punitiva, de sanção processual, mas apenas de técnica utilizada para alcançar a eficiência da tutela jurisdicional do direito evidente, transferindo-se para o réu que apresentou defesa destituída de seriedade o ônus do tempo técnico do processo de conhecimento. Tanto é que não basta o abuso do direito de defesa (ou outra situação prevista do procedimento manifestamente protelatório) para que se possa conceder a tutela do direito, numa avaliação realizada num juízo sumário, necessárias a verossimilhança das alegações e a probabilidade do acolhimento da pretensão.⁴⁵

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 637.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 633.

⁴⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de; ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. **Breves considerações sobre a tutela de evidência do CPC/15**. In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 441.

Se a tutela de evidência fosse punitiva, bastaria somente a presença do dolo na conduta da parte, que esta agisse com má-fé. Contudo é crucial a demonstração de prova documental para fins de comprovação das alegações do bem jurídico tutelado em juízo. Pode-se falar em defesa inconsistente, a partir dos atos praticados pela parte.

II. Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório

A tutela de evidência será concedida quando for documentada e fundamentada em discussão de direito, em julgamentos robustecidos em tribunais superiores, devendo ser garantida quando a parte possuir documento e encontrar-se em situação semelhante à aplicada em precedentes obrigatórios, já reconhecidos anteriormente em outras situações fáticas.

Apesar de o dispositivo do estatuto processual civil ser bem específico com os termos “tese firmada em julgamento de casos repetitivos” e “súmula vinculante”, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados (ENAM), em seu Enunciado nº 30, entendeu que:

É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.⁴⁶

Assim, conceder-se-á a tutela quando houver prova documental e tese afixada em súmula vinculante ou não vinculante, em incidente de resolução de demandas repetitivas, em jurisprudência dos tribunais superiores (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais), havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁶ BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Enunciado nº 30. **Enunciado.** Brasília: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acessado em: 17 de outubro de 2016.

III. Tutela de evidência documentada em contrato de depósito

O legislador extirpou o procedimento especial para o contrato de depósito, mas não extinguiu a ação de depósito em si, passando-se a utilizar o procedimento comum para sua efetivação. A liminar será concedida quando comprovada documentalmente a natureza e existência do contrato, documento escrito. Após a probabilidade do direito alegado com a devida comprovação, o juiz determinará a entrega da coisa.

Insta salientar que somente autoriza-se, em medida liminar, quando tratar de tutela específica de obrigação, não sendo cabível em casos de tutela genérica ou quando se pleiteia o equivalente em dinheiro, pois a tutela de evidência possibilita somente o pedido reivindicatório do bem jurídico tutelado, não abrangendo pedido de condenação para prestação pecuniária.⁴⁷

IV. Tutela de evidência fundada na ausência de contraprova documental suficiente

Refere-se à situação não prevista no CPC/73, a qual estabelece a possibilidade de obtenção da medida liminar pelo autor, quando este demonstrar na exordial documentos comprobatórios suficientes para satisfazer sua pretensão, impossibilitando o réu de produzir quaisquer provas capazes de gerar dúvida razoável para o magistrado.

Luiz Gustavo Simões Valença de Melo leciona:

Deveras, a tutela deve ser imediatamente prestada ou negada quando houver evidência da existência ou alta do direito pretendido, vez que não é razoável alongar indevidamente um processo quando, de pronto ou em seu curso, ficar constatada a razão ou sua ausência em relação ao demandante.⁴⁸

Se o autor já demonstrou inicialmente, mediante prova documentada, seu direito e a outra parte não foi capaz de contra-argumentar ou acostar aos autos

⁴⁷ DIDIER JÚNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 641.

⁴⁸ MELO, Luiz Gustavo Simões Valença de. **A tutela de evidência no novo código de processo civil: um instrumento de efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo**. In: *Cidadania e Direitos Humanos*, Caruaru, vol. 1, nº 1, jul./dez. 2015, p. 137.

documentos capazes de provocar incertezas para o juiz, não há motivo para que o autor suporte o ônus do tempo até obter sua efetivação apenas após o decurso do processo.

A tutela de evidência poderá ser concedida em caráter liminar nas hipóteses de precedente obrigatório e contrato de depósito, pois o juiz pressupõe que, diante da grande probabilidade de vitória da parte requerente, o requerido não irá se manifestar ou apresentará defesa inconsistente. Trata-se de uma exceção à regra do princípio do contraditório, o qual deverá ser respeitado nas demais hipóteses do supramencionado artigo. Ainda acerca da tutela de evidência deslinda Luiz Fux:

A tutela da evidência, ora proposta, é mais ampla e alcança todos os níveis de satisfatividade, processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.⁴⁹

Por conseguinte, a medida liminar abordada de modo geral traz a evidência de um direito devidamente fundamentado e com robustas provas documentais, não havendo necessidade de postergação para concessão do bem jurídico tutelado, mesmo que provisoriamente, inclusive visando à economia processual.

Aguardar todo o trâmite do processo até a concessão da medida em cognição exauriente implicaria em custas e, principalmente, em um descaso com aquele que inicialmente já demonstrou a titularidade do seu direito.

2.3 Cabimento

A tutela provisória de urgência pode ser requerida tanto em caráter antecedente quanto em caráter incidental, já a tutela de evidência só poderá ser pleiteada em caráter incidental.

A tutela provisória antecedente fomenta o processo inicialmente para requerer a tutela definitiva posteriormente. É a situação de urgência que permite ao autor realizar o pedido de tutela provisória antecedente, visto que se pleiteia uma

⁴⁹ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acessado em: 17 de outubro de 2016.

antecipação da tutela definitiva. Por ser requerida na peça vestibular, não pode o réu requerê-la, cabendo somente ao autor.

De acordo com Fredie Didier Júnior:

A tutela provisória antecedente foi concebida para aqueles casos em que a situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente.⁵⁰

Trata-se de uma medida de urgência com efeitos antecipáveis, para que o autor não tenha seu direito prejudicado em virtude da morosidade do judiciário. O autor formulará o pedido provisório expondo a causa de pedir e indicando o pedido que almeja na tutela definitiva, este só sendo aperfeiçoado subsequentemente.

A tutela de evidência não pode ser requerida de forma antecedente, somente de modo incidental, pois não há urgência em seu pedido, não havendo, portanto, necessidade de antecipar os efeitos da tutela definitiva.

A tutela provisória incidental é requerida no curso do processo, para agilizar seus efeitos, já tendo o autor pedido a tutela definitiva na petição inicial e independentemente do pagamento de custas, conforme o art. 295, do CPC/15. Ademais, o pedido feito incidentalmente não obedece à preclusão temporal, tendo em vista a possibilidade de ser levantado em qualquer momento.

O requerimento da tutela provisória incidental pode ser levantado na inicial, em petição simples, oralmente (nos casos de audiência ou em sessão de julgamento no tribunal), ou na petição recursal.⁵¹

Para Luiz Guilherme Marinoni: “A competência, no entanto, não varia – o juízo competente para conhecer o pedido de “tutela provisória” é o juízo competente para prestar tutela jurisdicional ao direito de forma definitiva.”⁵² Assim, a tutela provisória antecedente deverá ser encaminhada ao juízo ou tribunal de mesma competência originária para analisar o pedido principal. Já a tutela provisória

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 586.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 585.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208.

incidental será destinada ao juízo ou órgão do tribunal que se encontra dirigindo o processo, bem como que possua competência para analisar o mérito da demanda.

Ainda estabelece Luiz Guilherme Marinoni: “Quanto às medidas incidentais, o requerimento da tutela satisfativa antecipada poderá, indistintamente, partir de qualquer dos sujeitos do processo principal em curso”⁵³. Tanto autor quanto réu tem legitimidade para pleitear tutela provisória, visto que ambos têm direito à tutela jurisdicional, desde que preenchidos os seus requisitos legais. O réu poderá fazê-la na reconvenção, ao formular pedido contraposto ou em caso de ação dúplice.

Fredie Didier Júnior ainda explica:

O CPC-73 falava em requerimento da “parte”, sem indicar qual delas. E nesse mesmo dispositivo mencionava “pedido inicial”. No CPC-2015, não há semelhante previsão. A tutela provisória pode ser requerida por qualquer das partes ou por terceiro interveniente. Mas no caso de tutela provisória de urgência, requerida em caráter antecedente, em que se fala em requerimento na “petição inicial” (art. 303, §1º, I e 305, CPC), a legitimidade fica restrita à figura do autor. (...)

Agora, para a tutela provisória requerida em caráter incidente, de urgência ou de evidência, não há qualquer restrição à legitimidade para requerê-la. Pode ser o autor, o réu ou terceiro interveniente.⁵⁴

O substituto processual e o Ministério Público também têm legitimidade para requerer a tutela provisória, visto que o substituto processual já representa a parte legalmente no processo, defendendo os direitos de outrem, sendo o requerimento da tutela apenas uma consequência dos atos que a parte pode praticar na demanda; o Ministério Público, por sua vez, fica limitado a atuar pleiteando tutela provisória somente quando atuar como parte no processo ou quando for assistente de incapaz, não sendo possível quando sua atribuição for de fiscal da lei.

Além de no procedimento comum, a tutela provisória é cabível nos procedimentos especiais e nos Juizados Especiais Cíveis.

Nos procedimentos especiais conceder-se-á a tutela provisória com o cumprimento dos requisitos específicos de cada procedimento e distintos das normas gerais da tutela provisória. Só sendo utilizadas estas na ausência dos pressupostos próprios do procedimento específico.

Fredie Didier Júnior exemplifica:

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 663.

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 588.

Um bom exemplo de tutela provisória em jurisdição voluntária é a nomeação de um curador provisório para o interditando, no procedimento de interdição ou em um procedimento de remoção de curador – promove-se, com isso, antecipação provisória dos efeitos práticos do provimento constitutivo ou meramente tutelar (art. 749, parágrafo único, e 762, CPC).⁵⁵

Observa-se que o autor tem seu pedido concedido provisoriamente mediante cognição sumária, no intuito de adiantar os efeitos práticos da decisão e devido à simplicidade do procedimento, vez que se trata de jurisdição voluntária. Seria ilógico a não aplicação da tutela provisória nestes procedimentos. Portanto, nada obsta que o autor tenha, neste caso, seu direito efetivado antecipadamente, desde que demonstrada a probabilidade do seu direito e preenchido seus pressupostos legais, sejam esses gerais ou específicos.

Os Juizados Especiais Cíveis, regidos pela Lei nº 9.099/95, foram instituídos visando, primordialmente, a celeridade processual. Em decorrência disto, inicialmente houve grandes óbices quanto à aplicação da tutela provisória nesses órgãos, vez que a ideia principal é desburocratizar o procedimento, reduzindo os seus atos e permitindo ao Estado a prestação da tutela jurisdicional de modo mais célere.

Misael Montenegro Filho leciona:

Diante do silêncio da lei, inclinamo-nos para defender a aplicação do parágrafo único do art. 272⁵⁶, textualizando que, na hipótese de o procedimento específico não prever a prática de atos, as normas do CPC são aplicadas subsidiariamente. Mantendo este raciocínio, concluímos ser possível a interposição do recurso de agravo de instrumento e o deferimento da tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis, cujas causas são regidas pela Lei nº 9.099/95 que criou um microsistema em paralelo ao Código de Procedimentos.⁵⁷

Não há previsão expressa da tutela provisória nem da possibilidade de interposição do recurso agravo de instrumento na supramencionada lei. Entendia-se que deveria ser aplicado o princípio da especialidade não permitindo, portanto a

⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 591.

⁵⁶ Art. 272, parágrafo único, CPC/73: “O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.” Atualmente previsto no art. 318, parágrafo único, CPC/15: “O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.”

⁵⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 3, p. 36-37.

aplicação subsidiária do CPC e, conseqüentemente, a concessão da tutela provisória. Ademais, quando era possível a aplicação do CPC de forma subsidiária, a lei previa expressamente em seu texto, não sendo o caso da Lei nº 9.099/95.

Em decorrência disso deu-se origem ao Enunciado nº 06 do Colégio Recursal de Pernambuco:

Nos Juizados Especiais não são admitidas medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela, por falta de expressa previsão da lei especial e por contrariar a sua sistemática processual. De verificar que a Lei n.º 9.099/95 prestigia a concentração dos atos processuais, observando o princípio da celeridade. A remessa do feito ao juiz para qualquer decisão interlocutória, precedendo a sessão de conciliação, implica na desvirtuação do rito especial, sumaríssimo, em contradição com o próprio sistema.⁵⁸

A preocupação principal foi que a possibilidade de concessão da tutela provisória provocasse um congestionamento nos Juizados Especiais, tornando-o tão moroso quanto as ações no procedimento comum e ameaçado de ineficácia.

Todavia, posteriormente, diverso foi o entendimento previsto no Enunciado nº 26 do Fórum Nacional de Juizados Especiais: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis. (nova redação – XXIV Encontro – Florianópolis/SC).”⁵⁹ Tal interpretação se deu tendo em vista a necessidade de concessão da tutela jurisdicional em um curto espaço de tempo, posto que o ajuizamento de uma ação mediante procedimento comum nem sempre é capaz de conceder a tutela de direito em tempo hábil, ficando a parte prejudicada.

2.4 Momento de concessão

As tutelas provisórias podem ser concedidas liminarmente, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão; na sentença, sendo cabível apelação ou em grau recursal, podendo ser combatida com agravo interno, isto é, em qualquer fase do processo. Entretanto, especificamente a tutela provisória antecedente só poderá ser requerida liminarmente, mediante petição inicial, em virtude de sua urgência ocorrer antes de qualquer outro ato processual.

⁵⁸ BRASIL. Colégio Recursal de Pernambuco. Enunciado nº 06. **Enunciado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3293/a-antecipacao-de-tutela-nos-juizados-especiais>>. Acessado em: 30 de outubro de 2016.

⁵⁹ BRASIL. Fórum Nacional de Juizados Especiais. Enunciado nº 26. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acessado em: 30 de outubro de 2016.

A decisão que concede a tutela provisória não se sujeita a Recurso Extraordinário ou Recurso Especial, porquanto para isso deveria haver o reexame de prova e isso é inadmissível em ambos os recursos. Não se pode discutir o fato em RE ou Resp, mas apenas questões de direito.

É importante frisar que existe uma diferença entre os termos “antecedente”, “liminar” e “incidental”. O primeiro ocorre quando a petição inicial é limitada ao pedido liminar, antes do pedido principal, normalmente devido à urgência. O segundo trata de decisões que devem ocorrer quando ainda não se formou o contraditório. O terceiro, por fim, poderá ser pleiteado concomitantemente com o pedido principal ou após a sua formulação, mediante petição simples no decorrer do processo.

Adroaldo Furtado Fabrício esclarece o conceito de liminar:

Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provocação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação.⁶⁰

A decisão liminar é aquela concedida no início do processo, antes do contraditório. O fato de o autor requerer a tutela liminarmente não implica dizer que esta será concedida do mesmo modo, vez que o juiz poderá designar justificção prévia para ouvir a parte autora e formar seu melhor convencimento.

A tutela provisória poderá ser concedida liminarmente na tutela de urgência, em virtude do seu caráter iminente, ou na tutela de evidência, porém, neste último caso, aplicar-se-á apenas no que tange às hipóteses previstas no art. 311, II e III.⁶¹

Fredie Didier Júnior especifica:

⁶⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In: Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães. MOREIRA, José Carlos Barbosa (coordenador geral). Rio de Janeiro: Forense: 1999, p. 25.

⁶¹ Art. 311, CPC/15: “II. as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III. se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

A tutela provisória de *evidência* (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são casos em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência *in limine litis* em favor do demandante.⁶²

O legislador entendeu que nessas situações específicas da tutela de evidência a probabilidade de o réu apresentar uma defesa capaz de inverter a fundamentação apresentada pelo autor é mínima, em virtude das provas documentais apresentadas na inicial, permitindo, assim, a concessão da tutela em caráter liminar.

Quanto às hipóteses previstas no art. 311, I e IV⁶³, não há que se falar em concessão da medida em caráter liminar, vez que o próprio texto expressa que o réu já apresentou sua defesa, só podendo ser decidida em caráter incidental.

Ademais o parágrafo único do mesmo art. dispõe expressamente que o juiz só poderá conceder a liminar nas hipóteses dos incisos II e III.

Outra possibilidade de concessão da tutela provisória é na sentença, neste caso, a tutela não será exequível mediante cognição sumária, mas sim por cognição exauriente, visto que já houve todo o trâmite processual, estando o processo em sua última fase.

Fredie Didier Júnior faz uma distinção fundamental:

Mas é necessário distinguir duas situações: i) em sendo caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo – que, em regra, impedem a execução provisória -, a concessão da tutela provisória no bojo da sentença terá por consequência retirá-la do estado de ineficácia e autorizar o cumprimento provisório; ii) em sendo caso, tão somente, de apelação sem efeito suspensivo – e não sendo caso de reexame necessário -, a execução provisória já está automaticamente autorizada, sendo pouco útil a concessão da tutela provisória.⁶⁴

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 593.

⁶³ Art. 311, CPC/15: I. ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; 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,

⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 595.

Assim, verifica-se que a tutela concedida nessa fase do processo serve somente para efetivar desde logo a tutela pleiteada, retirando o efeito suspensivo da apelação.

Por fim, a tutela provisória poderá ser concedida, ainda, em grau recursal. Nestas situações o processo não mais se encontra em 1º grau, visto que a sentença já foi prolatada, devendo, então, ser destinado ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Sabendo-se que o magistrado já realizou os atos processuais de primeira instância, em fase de conhecimento, estando impossibilitado de praticar quaisquer outros atos após a publicação da sentença, a parte deverá enviar o requerimento, mediante petição simples. Esta será encaminhada: i) ao tribunal, no período entre a interposição do recurso e sua distribuição; ou ii) ao relator, quando o recurso já tiver sido distribuído. Caso a tutela seja concedida pelo tribunal, produzirá sua eficácia imediatamente.⁶⁵

Assim, a tutela provisória não pode ser concedida somente em caráter liminar, sendo permitido seu requerimento e deferimento também em outras fases do processo. Após sua concessão, havendo desinteresse das partes na continuidade do processo, a tutela poderá se estabilizar, tal fenômeno será melhor estudado no capítulo a seguir.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 595.

3. TUTELA ANTECIPADA: AUTONOMIZAÇÃO E ESTABILIZAÇÃO

3.1 Compatibilização da tutela antecipada com as principais garantias constitucionais

Muitos acreditam que a tutela diferenciada realizada em cognição sumária é uma exceção ao rito comum do processo, vez que não garante efetivamente o princípio da segurança jurídica, para dar lugar à razoável duração do processo, Contudo o que ocorre é um equilíbrio entre os princípios processuais constitucionais para que a parte tenha seu direito garantido de forma mais célere.

Alguns autores acreditam que para que a sumarização ocorra sem ferir os princípios processuais constitucionais deverá vir expressa em lei, porém isso implicaria na solução do conflito de maneira abstrata, sendo fundamental a flexibilização de decisão do juiz, ante o caso concreto.

O princípio primordial para o Estado Democrático de Direito é o princípio da isonomia, vez que estabelece a igualdade entre as partes no âmbito processual. Este princípio encontra-se inteiramente associado ao princípio da proporcionalidade. André Ramos Tavares clarifica: “o critério da proporcionalidade está relacionado ao aspecto material do conceito de isonomia, como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais.”⁶⁶ Ambos os princípios buscam a efetivação e proteção dos direitos fundamentais, asseguram igualdade entre as partes durante a relação processual, não admitindo privilégios de um em detrimento de outro.

Por ser realizado sem a manifestação do réu, o processo de cognição sumária provoca a sensação de que o princípio da isonomia foi desrespeitado, visto que não há uma análise profunda da matéria pelo juiz e o autor pode ter seu direito concedido antes da manifestação da parte requerida em uma tutela provisória. Todavia, a mesma técnica de antecipação de tutela pode favorecer o réu, quando o juiz negar liminarmente a pretensão do autor, julgando seu pedido improcedente. Neste último caso, o réu nem saberá da existência do processo, posto que ainda não houve citação, sendo, portanto, favorecido liminarmente.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 769.

Na primeira situação o réu poderá se manifestar posteriormente, podendo o juiz, se for o caso, revogar ou modificar a tutela concedida em caráter liminar. Na segunda suposição, o autor economizará tempo e dinheiro, não precisando levar adiante uma ação fadada ao insucesso.

O princípio do devido processo legal assegura condições essenciais para o desenvolvimento regular do processo, uma consequência do princípio da isonomia. É fundamental permitir às partes a produção de provas, alegação dos fatos e manifestação do direito, para, então, buscar respostas e soluções para o conflito.

Luiz Fux conceitua: “O princípio do devido processo legal tem como um de seus fundamentos a consagração de um processo "justo", assim considerado aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados submetidos à apreciação judicial.”⁶⁷ As partes podem utilizar-se dos meios jurídicos para provarem suas alegações. O processo transcorre de acordo com a previsão legal, ou seja, o magistrado deve seguir o procedimento, conforme previsto em lei.

André Ramos Tavares afirma que: “o devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes.”⁶⁸ Quaisquer das partes envolvidas no processo poderá usufruir dos intermédios do direito, a fim de comprovar suas argumentações.

Vale ressaltar que o devido processo legal não implica dizer, necessariamente, demora processual, mas que o processo deve seguir todas as suas fases. Marcelo José Magalhães Bonício aborda o conteúdo:

normalmente, a postura do juiz que exige um grau muito elevado de certeza para julgar esconde uma tendência burocrática e comodista que deve ser evitada a todo custo. Devem prevalecer, no espírito do juiz, a relativização do ônus da prova e a redução de seu peso, ou seja, que o juiz aja como a pessoa comum ao formar sua convicção, concluindo pela existência do fato quando a sua consciência tiver por bem mais provável a existência do que a inexistência, sem chegar a extremos de exigência.⁶⁹

⁶⁷ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/894>>. Acessado em: 05 de novembro de 2016.

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 734.

⁶⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83.

O magistrado deve atuar de modo a formar seu convencimento durante o processo, porém formulando e requerendo somente as exigências necessárias até o momento de proferir sua decisão, sempre com a cooperação das partes. Dessa forma, haverá a sumarização do procedimento sem haver violação ao princípio do devido processo legal.

As técnicas de cognição sumária não violam o supracitado princípio, visto que seu objeto será aprofundado em momento subsequente, no curso do processo.

O princípio do contraditório consiste na forma igualitária das partes se manifestarem nos autos. Ambas as partes interagem no processo, produzindo provas e tentando influenciar o juiz em suas alegações. Já a ampla defesa trata-se da permissão que as partes possuem para utilizar todos os meios de prova e recursos autorizados por lei.

Contudo, no que tange à antecipação da tutela, o contraditório é postecipado, devido à urgência que a ação requer, só ocorrendo após a análise do magistrado que irá conceder ou negar a medida liminar. Assim explica Fredie Didier Júnior:

É bom que ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para o momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade).⁷⁰

A alteração do momento do contraditório visa à celeridade processual e eficácia imediata do direito, baseando-se na cognição sumária, limitada, satisfazendo-se o juiz com a probabilidade de êxito do requerente, não sendo necessária uma cognição exauriente. Não é possível falar em violação do contraditório, pois ocorre somente sua postergação por tratar-se de técnica processual de cognição sumária. Irrazoável seria prejudicar um direito com alto grau de probabilidade em face de formalismos exacerbados.

O princípio da razoável duração do processo busca evitar que o processo se prolongue ao ponto da garantia jurisdicional não ter mais efetividade. Não é razoável quando, por exemplo, aquele que reivindicou o direito não pode mais obtê-

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 594.

lo devido ao longo tempo de duração do processo, isto é, qualquer prejuízo o torna irrazoável.

De acordo com Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes:

As técnicas processuais de urgência, somadas às demais garantias constitucionais, integram a garantia do devido processo legal constitucional e, portanto, devem ser sopesadas a fim de que possa prevalecer aquela que protege o maior valor no caso concreto. O tempo necessário ao desenvolvimento completo do devido processo constitucional não pode ser empecilho para a tutela jurisdicional urgente, que visa garantir a utilidade da sentença justamente frente àquele.⁷¹

O princípio da razoável duração do processo está interligado com o princípio do devido processo legal, vez que este último só ocorre de forma justa se realizado em tempo hábil. Dele também decorre a eficiência, princípio previsto no art. 37, “*caput*”⁷², da Constituição Federal, aplicado no direito administrativo, bem como implantado no Poder Judiciário para obtenção de um melhor desempenho em suas atividades.

O princípio da celeridade, também derivado do princípio da razoável duração do processo, reconhece que o processo requer um tempo mínimo para que seja julgado de forma justa e tenha todos os princípios respeitados. Todavia, não admite a morosidade do judiciário em questões completamente desnecessárias.

Ressalte-se, ainda, a segurança jurídica como requisito fundamental para o processo, por tratar-se do caminho processual percorrido sem riscos. Nesse sentido, cristalina é a lição de Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes:

concretiza-se a segurança jurídica no processo com o desenvolvimento do contraditório, possibilitando ampla participação dos demandantes na demonstração de suas pretensões e num contexto de informação e reação, em que as partes e o juiz promoverão um constante diálogo, com o fim de preparar o provimento final, possibilitando o controle da atividade jurisdicional por parte dos interessados.⁷³

⁷¹ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil**. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p. 115. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/PG%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de novembro de 2016.

⁷² Art. 37, “*caput*”, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**”. (Grifo nosso).

⁷³ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil**. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p.

Verifica-se, então, que a segurança jurídica se consolida conforme o processo vai se formando por cognição exauriente, se distanciando, portanto, das decisões proferidas em caráter liminar, fundadas em cognição sumária.

Ocorre que, apesar da ampla relação entre todos os princípios aqui abordados, constata-se a necessidade de aplicação do critério da proporcionalidade de uns em detrimento de outros.

Dessa forma, é mister perceber que o Direito Processual Civil está inteiramente ligado aos princípios constitucionais, no intuito de criar condições para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e efetiva.

3.1.1 Irreversibilidade da tutela antecipada e o princípio da proporcionalidade

A tutela de urgência antecipada, em regra, só poderá ser concedida quando houver a possibilidade de reversibilidade da decisão, conforme art. 300, §3^o⁷⁴, do CPC/15, devido à preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como meio de proteger a segurança jurídica do demandado. Trata-se da possibilidade de reversibilidade fática, isto é, de permitir que a decisão volte ao seu *status quo ante* mediante revogação da tutela anteriormente deferida. Entretanto, nem sempre será possível retornar à circunstância inicial.

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez traz um exemplo claro dessa exceção:

A natureza reversível da tutela de urgência antecipada está consagrada no §3^o do art. 300, segundo o qual esta não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. No entanto, situações que requerem a concessão da tutela de urgência, em que pese a irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, v.g., na hipótese de emissão de tutela específica urgente, determinando que seja realizado um transplante de órgão, operação esta que o plano de saúde se recusava a custear.⁷⁵

121. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Pg%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de novembro de 2016.

⁷⁴ Art. 300, §3^o, CPC/15: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

⁷⁵ HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil**. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p. 133. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Pg%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de novembro de 2016.

No exemplo acima, observa-se o conflito entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Diante disso, caberá ao juiz valorar cada um, averiguando suas implicações no processo.

Não é justo para o requerente que pleiteia o transplante de órgão esperar todo o trâmite processual, para, somente em sentença, obter a tutela definitiva. Constata-se que os prejuízos para a segurança jurídica são menores, ante os danos causados ao autor no caso de indeferimento da tutela.

Nesse mesmo sentido, com relação a exemplo semelhante, mencionado em sua obra, Misael Montenegro Filho explica:

Temos dois bens jurídicos a preservar: de um lado, o bem jurídico *vida*, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, *interesse meramente patrimonial*, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material se a medida for posteriormente revogada (...). Argumentos não faltam para subsidiar a tese de que a eventual irreversibilidade da tutela antecipada pode ser eliminada ou minimizada através da imposição de prestação da caução, em valor igual ao resultado econômico da medida judicial, providenciando-se a intimação do autor para que ofereça caução real ou fidejussória, como condição para o deferimento ou a manutenção dos efeitos da tutela antecipada já deferida. Além disso, havendo alteração no panorama posteriormente, embora não seja mais possível a reversão da medida (desfazer a cirurgia, no exemplo apresentado), a questão é resolvida na conversão da obrigação em perdas e danos, devendo o autor pagar ao réu o valor correspondente ao benefício que usufruiu em face da decisão que lhe foi anteriormente favorável.⁷⁶

O principal bem jurídico protegido pelo Estado Democrático de Direito é a vida. Diante disso, não seria cabível negar a tutela antecipada, posto que o bem jurídico vida prevalece sobre o bem patrimonial, ainda que a medida seja irreversível.

Tendo em vista a impossibilidade de reversibilidade da decisão no exemplo anteriormente mencionado, o magistrado deverá exigir caução e conceder a tutela. Faz-se razoável, portanto, um equilíbrio entre os princípios diante do caso concreto, pois, às vezes, a decisão que concede a tutela poderá ser irreversível. Caso o juiz não tenha exigido caução real ou fidejussória antes de sua concessão, deverá o autor pagar ao réu a quantia correspondente pelos serviços prestados, em forma de indenização, e pelos prejuízos que a parte demandada tenha sofrido com a execução da medida.

⁷⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3, pp. 32-33.

Ademais, percebe-se aqui a aplicação do princípio da proporcionalidade, visto que apesar de tratar-se de medida irreversível, pode haver a concessão da tutela de urgência antecipada, em virtude do caráter emergencial presente no caso concreto. Não conceder a tutela com a justificativa de que esta é fundada em cognição sumária e pode acarretar um dano para a outra parte, bem como por ser analisado apenas o grau de probabilidade do direito seria incoerente, tendo em vista o direito à tutela jurisdicional que o autor possui e que “o juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social.”⁷⁷

Sobre esse equilíbrio entre as medidas, Marcus Vinícius Rios Gonçalves esclarece o que se deve fazer:

Quando o juiz concede a medida, ele o faz em caráter provisório, ciente de que a decisão poderá ser alterada ao final. Por isso, ao fazê-lo, deve medir as consequências negativas que resultarão do deferimento da antecipação, e as que decorrerão do indeferimento. Ou seja, deve sopesar as consequências que advirão de uma coisa ou outra. Se verificar que as consequências da concessão serão muito mais gravosas que as decorrentes do indeferimento, o juiz negará a medida. Do contrário, ele a concederá.⁷⁸

No mesmo sentido é o entendimento de Daniel Assumpção Amorim Neves:

Situação mais delicada para o juiz ocorre quando a não concessão de tutela antecipada pode gerar um sacrifício irreversível ao pretense direito daquele que requer a tutela de urgência e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao réu. Claro, tudo conversível em perdas e danos, mas ainda assim o direito de alguma das partes terá de ser sacrificado. (...) É uma situação-limite, que podemos chamar de “irreversibilidade de mão dupla”, ou como prefere a doutrina, “recíproca irreversibilidade”, na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da *razoabilidade*. Em lição de autorizado processualista, devem-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra que sem ele sofrerá uma lesão irreparável. Nesse caso, ainda com mais razão, será interessante na hipótese de concessão da tutela antecipada a determinação de caução ao autor.⁷⁹

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

⁷⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355.

⁷⁹ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 856 - 857.

É crucial fazer um balanceamento analisando as medidas e as consequências da concessão ou da negação da tutela. O magistrado examina os aspectos positivos e negativos de cada ponto para, só então, decidir liminarmente. Aqui consiste o princípio da proporcionalidade, haja vista o equilíbrio das medidas e análise de ambas para empregar a melhor delas.

As técnicas processuais devem ser empregadas de forma útil àqueles que demandam o direito, pois de nada adiantaria um processo em que fossem respeitados rigorosamente todos os trâmites processuais, mas não garantisse uma decisão justa em tempo necessário.

3.2 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

3.2.1 Em que consiste a estabilização?

A técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente foi baseada no direito italiano, nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*”, bem como no direito francês, pelo instituto do “*référé provision*”, o qual objetiva a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória. Este último possui como principais características: autonomia do procedimento de urgência, provisoriedade da decisão e ausência de coisa julgada.

Estabilizar é fazer com que uma decisão proferida em cognição sumária, em juízo de probabilidade, gere efeitos de forma imutável, ainda que não tenha transitado em julgado, visto que o trânsito em julgado ocorre em cognição exauriente, gerando, portanto, coisa julgada e, conseqüentemente, a imutabilidade da decisão.

A estabilização diferencia-se do julgamento antecipado da lide, porque nesta o procedimento é abreviado, tendo em vista a inércia do réu em se defender já aquela ocorre porque o réu manteve-se inerte em recorrer da decisão antecipada. Nada obsta que o réu apresente defesa, mas permanece inerte quanto ao pedido de estabilização.

Ademais, o julgamento antecipado da lide ocorre com base em cognição exauriente, quando não há matéria de fato a ser provada, tratando de questões de mérito somente de direito.

Eduardo José da Fonseca Costa conceitua: “Estabilizar outra coisa não significa senão irrevogabilidade e imodificabilidade desse elemento [elemento sentencial mandamental ou executivo antecipado]. Estabilizar é imunizar contra revogação ou modificação. Enfim, estabilizar é imutabilizar.”⁸⁰

A impossibilidade de revogação e modificação a que o autor se refere é a alteração da decisão que concedeu a tutela dentro do mesmo procedimento, só sendo possível mediante ação autônoma.

Uma tutela antecipada, em princípio, não deveria durar para sempre, pois decorre de uma decisão proferida em caráter liminar, porém deve-se lembrar o conceito de provisoriedade, isto é, trocar uma decisão pela outra, troca-se a decisão provisória, que terá eficácia e efeitos, por uma decisão definitiva que a substitua.

A estabilização foge a essa regra, porque não haverá a troca de decisões, quando estabilizada, a decisão torna-se imutável.

Essa técnica somente poderá ser aplicada em tutela de urgência, antecipada e antecedente. Não é aplicada na tutela de evidência, posto que esta não possui caráter emergencial, podendo o autor aguardar os trâmites processuais. Não se aplica a tutela cautelar devido a sua incompatibilidade com a técnica. Por fim, não será utilizada em caráter incidental, haja vista inicia-se mediante peça vestibular, em momento anterior ao pedido principal.

3.2.2 Procedimento

O procedimento inicia-se mediante petição inicial com requerimento de tutela antecipada antecedente e pedido expresso de estabilização, bem como deverá o autor informar os demais requisitos necessários à estabilização, tais como: exposição dos fatos e da lide, probabilidade do direito, perigo da demora, causa de pedir, pedido e valor da causa.

Se a medida liminar for negada por falta de elementos, o autor será intimado para emendar a inicial, acostando novos documentos, argumentação e confirmação do que se requer em tutela definitiva, no prazo de 5 dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

⁸⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 304**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (organizadores). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 428 – 429.

Sendo ela concedida, intimar-se-á o réu para efetuar seu cumprimento ou interpor o respectivo recurso, caso não deseje a técnica de estabilização.

O recurso cabível será o agravo de instrumento, vez que combate decisão interlocutória proferida pelo magistrado. Entretanto, há divergências na doutrina quanto ao meio de impugnação utilizado.

Assim, se o réu apresentar o meio de impugnação, já não se permitirá o uso da técnica, não ficando esta imutável. Deve-se, portanto, dar continuidade ao procedimento em cognição exauriente para apreciação da tutela definitiva.

Também não haverá estabilização quando o litisconsorte passivo simples ou assistente simples apresentar meio de impugnação, com argumentos capazes de beneficiar o réu que permaneceu inerte.⁸¹

Isto é, havendo impugnação, por quaisquer destes, da decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente, esta não ficará estável, devendo o autor aditar a petição inicial, no prazo de 15 dias, contados após o término do prazo da impugnação, a fim de converter o procedimento provisório em definitivo. Caso o demandante não realize o aditamento ou este seja feito de modo intempestivo, o processo será extinto sem análise de mérito.

Realizando o aditamento, o réu será intimado, junto do autor, para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Contraído o acordo pelas partes, haverá sua homologação e o processo será extinto com julgamento de mérito. Caso não haja autocomposição do litígio, o réu terá o prazo de 15 dias para oferecer contestação e os demais atos processuais seguirão pelo rito comum, até que haja sentença com resolução de mérito.

Por outro lado, se, após a concessão da tutela antecipada e citação do réu para seu cumprimento, este não interpuser meio de impugnação, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente ficará estável. Esta estabilidade implica em extinção do processo. O legislador não esclarece o tipo de extinção, porém entende-se que ocorrerá sem resolução de mérito, pois a pretensão foi satisfeita em caráter liminar, trata-se de uma decisão terminativa, mas que continua a gerar efeitos pela sua estabilização, conforme demonstra Eduardo José da Fonseca Costa:

⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. P. 622.

Isso ocorre porque a estabilização da tutela antecipada faz um corte, interrompendo o complemento da cognição. Logo, a sentença que alude o §1º do art. 304 só terá uma função: dissolver a relação processual civil pendente, tendo em vista que a relação jurídica material controvertida já foi resolvida interinamente pela decisão antecipatória estabilizada. Nesse sentido, a sentença será terminativa, sem qualquer carga eficaz de mérito. Não será de todo oca, porém: declarará a estabilização.⁸²

Com a extinção do processo, a medida permanece estável durante o período de 2 anos, entretanto sem fazer coisa julgada. Dentro desse prazo, qualquer das partes poderá propor ação autônoma, não sendo possível o requerimento no mesmo procedimento, objetivando revisar, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada. A competência funcional/absoluta para analisar a ação proposta será do mesmo juízo que concedeu a liminar.⁸³

Na estabilização não há cognição exauriente, não há juízo de certeza, a decisão será imutável até que uma das partes venha questioná-la em ação autônoma. Esta ação não possui nome específico e possui natureza jurídica constitutiva, visto que modifica ou desconstitui a estabilização da tutela.

Com o término do prazo de estabilização as partes perdem o direito de reanalisar a decisão que concedeu a tutela, ficando esta imutável.

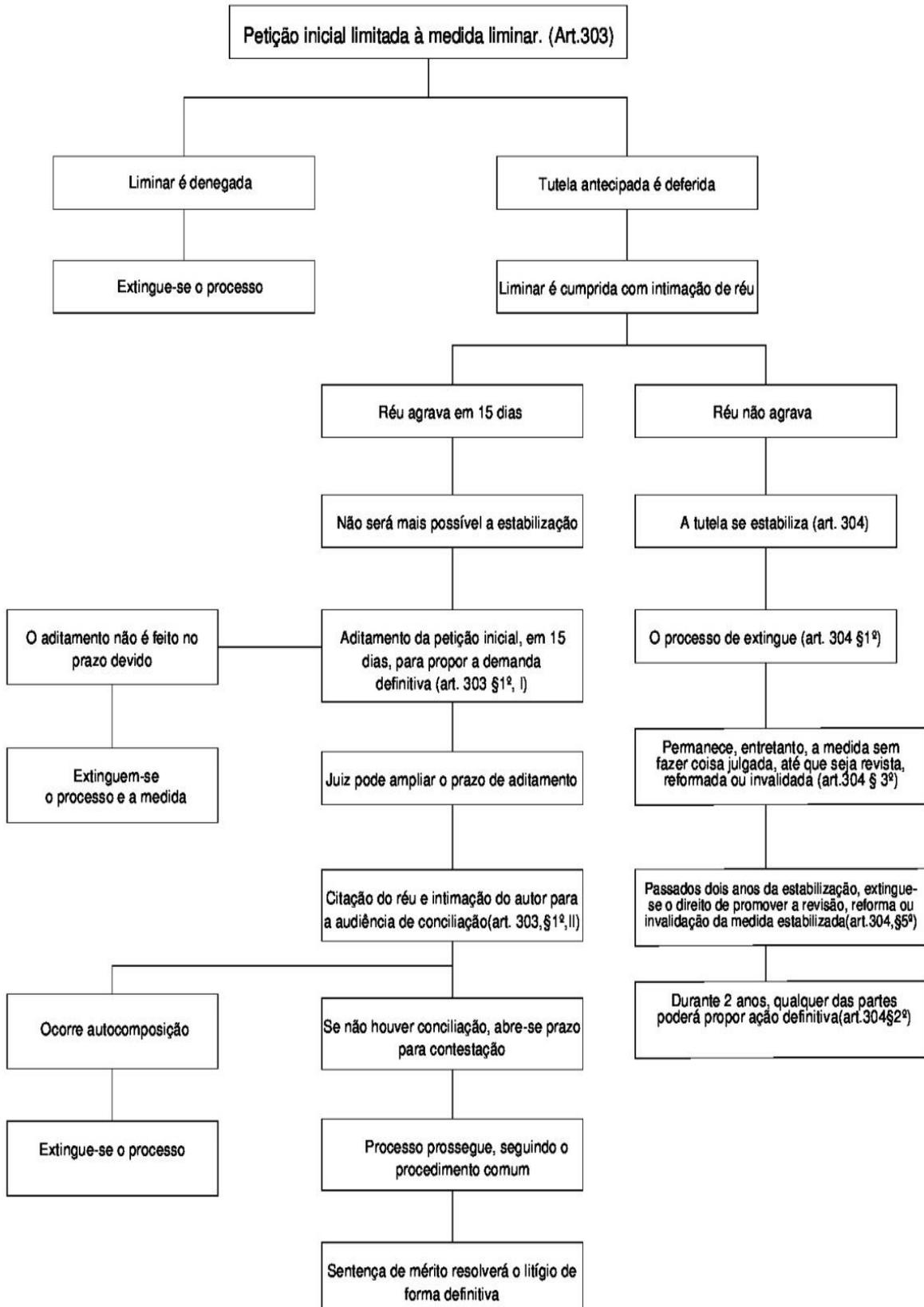
Por fim, para melhor ilustrar o procedimento aqui abordado, Humberto Theodoro Júnior faz uma fluxograma⁸⁴:

⁸² COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 304**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 428 – 429.

⁸³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 625.

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1, p. 679

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, TENDENTE A ESTABILIZAR-SE
(Art.303 E 304)



3.2.3 Estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a ação monitória

O legislador previu a chamada técnica monitória na estabilização da tutela. No procedimento padrão o processo parte da cognição para a execução, observa-se quem tem razão no processo para depois executar, é o caso, por exemplo, da ação de cobrança, primeiro conhece o devedor e o valor da dívida para depois proferir a sentença e executá-la. A técnica monitória inverte essa lógica, parte-se do pressuposto de que a situação fática narrada pelo autor, na inicial, é verdadeira, que ele tem razão. Se o réu não concordar, deverá ele tomar a iniciativa do contraditório e discutir a questão.

Essa técnica é utilizada tanto na ação monitória quanto na estabilização, em ambas utiliza-se o juízo de cognição sumária e o contraditório é eventual. Ocorre uma mistura entre cognição e execução. Inicialmente o juiz exerce juízo de cognição sumária, verifica o direito do autor comprovado na inicial e ordena que o réu cumpra.

Na ação monitória o autor possui um documento que atesta a relação obrigacional, mas o documento não é título executivo. A referida ação é um instrumento por meio do qual o credor com crédito provado por documento escrito, sem eficácia executiva, requer, em juízo, a expedição de mandado de cumprimento da obrigação para a satisfação do seu direito. O objetivo é obter o título executivo judicial de maneira mais rápida que no procedimento comum, ou seja, agilizar sua formação.

Ocorre quando o juiz percebe o direito do autor como evidente e autoriza a expedição do pagamento, entrega da coisa ou para execução de obrigação de fazer ou não fazer, dando o prazo de 15 dias para que o réu cumpra. Caso a parte requerida discorde da decisão judicial, poderá opor embargos à ação monitória nos próprios autos e no mesmo prazo. Os embargos têm natureza de defesa e, se recebidos, converte a ação para o rito comum. Caso não haja interposição de embargos nem realização da obrigação, será cabível ação rescisória, isto é, gerar-se-á coisa julgada.

Assim, notam-se algumas semelhanças entre a ação monitória e a técnica de estabilização, isso ocorre em virtude de ambas utilizarem-se da técnica monitória. Entretanto, apresentam algumas diferenças necessárias para que não provoque dúvidas.

A ação monitória pressupõe que o autor, com prova escrita sem eficácia de título executivo, tem razão. Possui como efeito positivo para o autor, a expedição de mandado de pagamento, entrega da coisa ou obrigação de fazer ou não fazer. Discordando o réu da decisão, tomará a iniciativa do contraditório e realizar-se-á o início da cognição exauriente via embargos no prazo de 15 dias. Desta ação caberá ação rescisória, na forma do art. 701, §§ 2º e 3º, CPC/15⁸⁵, vez que é apta a produzir coisa julgada.

A estabilização da tutela, por sua vez, pressupõe que o autor, mediante concessão de tutela antecipada antecedente a seu favor e sem impugnação do réu, tem razão. Como efeito positivo desses pressupostos, ocorre a estabilização. Se o réu não mais quiser o uso da técnica, deverá discutir o assunto, mediante ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação, no prazo de 2 anos. A ação rescisória, neste caso, é incabível, pois não produz coisa julgada. Após estabilizada, a tutela continua sendo provisória e sumária, mesmo que possa ser revista em ação específica.

Note-se que na primeira o instrumento de prova exigido é a prova escrita, possui como efeito o mandado de cumprimento, o prazo para interposição do recurso é de 15 dias e cabe ação rescisória. Já na segunda hipótese, não há qualquer instrumento de prova especificado pelo legislador, como efeito positivo ocorre a estabilização, e o prazo para reavaliá-la é de 2 anos, não sendo possível ajuizar ação rescisória.

Especificamente sobre a distinção da formação de coisa julgada, Fredie Didier elucida:

Esta é, inclusive, uma diferença para o regime da ação monitória. Lá, a inércia do réu transforma, por ficção legislativa, a decisão provisória em definitiva, automaticamente. Por isso, a decisão passa a ter aptidão para a coisa julgada e, conseqüentemente, ser objeto de ação rescisória (art. 701, §3º, CPC). O regime da ação monitória é muito mais rigoroso – o que se justifica, pois ela pressupõe prova escrita da obrigação.⁸⁶

⁸⁵ Art. 701, CPC/15: “§2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial. §3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no *caput* quando ocorrer a hipótese do §2º.”

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2, p. 626.

Na ação monitória há a prova escrita que ateste relação obrigacional como requisito indispensável, sendo permitida a complementação com demais tipos de prova, entretanto a escrita é de caráter obrigatório, sendo, portanto, uma ação mais rigorosa em caráter probatório que a simples estabilização e, por esse motivo, é acobertada pela coisa julgada material.

Eduardo Talamini explica que a tutela monitória “busca oferecer uma especial utilidade ao jurisdicionado – a rápida viabilização de resultados práticos”.⁸⁷ Na mesma linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni conceitua tutela provisória como um “incentivo que o legislador viabiliza para sumarizar formal e materialmente o processo.”⁸⁸

Diante das definições das duas técnicas, percebe-se que, apesar de possuir algumas diferenças, a estabilização da tutela foi baseada na técnica monitória, vez que em ambas ocorre a sumarização processual para obtenção da satisfação jurisdicional.

3.2.4 Aspectos controvertidos

Uma das principais discussões na doutrina ocorre quanto ao meio de impugnação capaz de inviabilizar a técnica da estabilização. Elpídio Donizetti entende que o legislador tratou do recurso com uma interpretação restrita, de modo que seria incabível outro meio de impugnação, sendo permitido somente o agravo de instrumento:

A mens legislatoris é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar.

(...) o CPC/15 poderia ter inserido disposição mais genérica, de modo a permitir a estabilização da medida apenas na hipótese de o réu não se insurgir contra a decisão, seja por meio de petição simples ou por meio de contestação. Ocorre que essa não foi a vontade do legislador.⁸⁹

⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro.** In: Revista de Processo, Jul. 2012, vol. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 21.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 214.

⁸⁹ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 496.

O autor acredita que se a parte não interpuser o agravo de instrumento, a decisão se estabiliza, sendo insuficiente uma simples contestação, bem como se o legislador entendesse tratar de qualquer meio de impugnação, teria deixado de forma expressa no artigo.

Em contrapartida, diversa é a interpretação de Fredie Didier Júnior:

Embora o art. 304 do CPC fale apenas em não interposição do recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe a parte para recorrer).

(...)

Se, no prazo do recurso, o réu não o interpõe, mas resolve *antecipar* o protocolo de sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada.

Em suma, a eventual *apresentação de defesa* no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização.⁹⁰

De maneira antagônica, entende o segundo autor. Este, por sua vez, acredita que qualquer meio de impugnação feito pelo réu será capaz de impedir a estabilização, vez que seu posicionamento foi dado em argumentação exposta na medida apresentada.

Ora, não pode o réu ser prejudicado quando interpôs meio de impugnação, o qual demonstrava expressamente sua insatisfação com a tutela estabilizada. A terminologia “recurso”, utilizada pelo legislador, deve ser interpretada em sentido amplo, não restrito, ou seja, a tutela só produzirá efeitos de estabilização quando o requerido não interpuser qualquer outro meio de impugnação (ex.: agravo de instrumento, contestação, petição simples) capaz de deixar evidente sua decisão contrária à estabilização.

Fredie Didier Júnior esclarece, ainda, outro ponto importante, a estabilização só será possível se o réu tiver sido citado por via real, não sendo válida a citação/intimação por hora certa ou por edital e, estando ele preso ou sendo incapaz

⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. pp. 621; 622.

e não possuindo representante legal, deverá ser nomeado curador especial para suprir sua defesa processual, bem como impugnar a técnica de estabilização.⁹¹

Diante das circunstâncias da estabilização, alguns autores acreditam não haver interesse para o réu em não impugnar a decisão, porém Fredie Didier Júnior esclarece que se o réu permanecer inerte haverá a diminuição nas custas do processo, ou seja, mantendo-se silente, não pagará as custas processuais e pagará somente 5% dos honorários advocatícios de sucumbência, não os 15% aplicados em regra.⁹²

Outro aspecto controvertido importante que a doutrina aborda é quanto à fungibilidade das tutelas de urgência, haja vista a possibilidade de conceder uma tutela pleiteada de forma errônea, como se estivesse correta e mandar que o autor adite-a, conforme leciona Heitor Vitor Mendonça Sica:

Ao limitarem o cabimento dessa técnica à tutela provisória satisfativa (...), os arts. 303 e 304 trarão à tona discussões teóricas que há mais de dez anos se tornaram despiciendas. Afinal, haverá autores que pedirão tutelas provisórias de urgência em caráter antecedente e autônomo, invocando os arts. 303 e 304 sob o entendimento de que a providência é satisfativa e haverá juízes que entenderão o contrário e se negarão a estabilizar a decisão concessiva sob o fundamento de que a providência é meramente cautelar.⁹³

O autor entende que a técnica da estabilização provocará infundadas dúvidas quanto à distinção prática das tutelas satisfativa e conservativa, as quais já foram sanadas há muito, bem como a técnica deveria simplificar essa dicotomia processual, não dificultar ainda mais os problemas que já possuíam solução adequada.

Sobre o assunto, o enunciado nº 502 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece: “(art. 305, parágrafo único) Caso o juiz entenda que o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente tenha natureza cautelar, observará o disposto no art. 305 e seguintes. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de

⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. P. 622.

⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. pp. 617 – 618.

⁹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Dez problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 360.

evidência)”.⁹⁴ Assim, diante de situações capazes de gerar dúvidas quanto ao tipo de tutela cabível, deverá o autor apontar o máximo de argumentos, no intuito de convencer o juiz que a tutela apresentada está correta.

Após estabilizada a tutela antecipada, as partes terão o prazo de 2 anos para propor ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação. Contudo, o legislador não esclareceu se se trata de prazo prescricional ou decadencial. É importante distinguir as duas coisas.

A prescrição da ação surge quando sua pretensão não é capaz de satisfazer, isto é, cobra-se algo, mas não se obtém o retorno esperado, é a perda da pretensão de exigir uma determinada atitude de aluém. Seu prazo começa com a violação de um direito, a partir daí o indivíduo que teve esse direito violado tem um prazo para ajuizar uma ação e obter uma resposta do Judiciário, contudo o indivíduo permanece inerte durante todo esse prazo, ocorrendo a prescrição. O direito, nessa situação, permanece existente, entretanto não poderá mais ser objeto de ação judicial.

Em contrapartida, a decadência é a perda de um direito que não foi exercido dentro do prazo legal pelo seu titular. É um instituto de direito público, não admite renúncia e pode ser conhecido por qualquer grau de jurisdição e a qualquer momento. Trata-se da perda de um direito potestativo, ou seja, a perda do titular do direito em produzir efeitos mediante uma manifestação de vontade, por isso não pode ser violado, sendo extinto pelo próprio titular. Na decadência os efeitos decorrem da ausência de manifestação de vontade do seu titular. Enquanto na prescrição o juiz pode conhecer de ofício, ele deverá fazê-lo na decadência.

Eduardo Talamini explica que o prazo previsto na estabilização “Trata-se de prazo decadencial, pois limita temporalmente o exercício de um direito potestativo (o direito de desconstituir a tutela que se estabilizou).”⁹⁵

No mesmo sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

A faculdade de rediscutir o direito material efetivado na tutela estabilizada, entretanto, não pode perdurar eternamente. Eis a razão pela qual o art. 304, §5º, estabelece o **prazo decadencial** de dois anos, contado da ciência da

⁹⁴ BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 502. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>> Acessado em: 14 de novembro de 2016.

⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Ainda a estabilização da tutela antecipada**. 1º de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>> Acessado em: 14 de novembro de 2016.

decisão que extinguiu o processo. Se a ação não for ajuizada nesse prazo, tem-se a estabilização definitiva da decisão sumária. Em face do caráter decadencial, não se dá a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a ação para rediscutir o direito em litígio. Essa estabilização definitiva gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada. (Grifo nosso).

O decurso do prazo decorreu da inércia e falta de interesse das partes, perdendo ambas, então, o direito de pleitear a ação fora do prazo legal. Não se pode falar em prazo prescricional, vez que não se admite a suspensão ou interrupção do prazo.

Outro ponto que tem causado dúvidas é quanto à cumulação de pedido posterior. Por exemplo, em caso de urgência o autor ajuíza somente o pedido liminar, pleiteando realização de cirurgia, deixando para requerer danos morais posteriormente, em pedido definitivo. Ocorre que, havendo a estabilização, o processo se extingue. Em tese, não seria possível o pedido definitivo de danos morais.

Entretanto, como o principal foco do CPC/15 é a celeridade, não seria cabível deixar a tutela antecipada estabilizar-se e depois ingressar o mesmo autor com nova ação, pleiteando agora danos morais. Neste caso, mesmo que não haja previsão expressa no estatuto processual civil, deverá o magistrado receber o pedido definitivo, visando à celeridade processual.

O último aspecto refere-se ao tema mais controvertido da doutrina, o instituto da coisa julgada.

A coisa julgada formal ocorre quando a sentença não pode ser alterada no interior do mesmo processo, contudo pode ser discutida em outra ação a ser ajuizada depois. É o caso, por exemplo, da desistência ou renúncia da parte para interpor recurso, ou da prolação de sentença terminativa, tais atos geram coisa julgada formal.

Já a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser alterada em nenhum outro processo, é o mais alto grau de imutabilidade da decisão. Assim, entende-se que coisa julgada material engloba a coisa julgada formal, uma vez que se o objeto da ação não poderá mais ser discutido em nenhum outro processo, obviamente não poderá ser discutido especificamente naquele em que foi originado.

Este instituto serve para dar segurança jurídica às decisões judiciais, evitando que os conflitos se perpetuem no tempo.

A doutrina converge ao entender que durante a estabilização não há coisa julgada. Contudo, diverge quando se trata do período estabelecido após o decurso do prazo de 2 anos para reanalisar a decisão, dividindo-se em duas correntes.

A primeira delas entende, conforme Luiz Eduardo Ribeiro Mourão:

Assim, esgotado o prazo para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 304 do novo CPC, concretiza-se a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (artigo 337, parágrafo 1º e 4º do novo CPC), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do novo CPC). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada.⁹⁶

No mesmo sentido leciona Bruno Garcia Redondo:

Se, dentro de 02 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado o debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina *coisa julgada material* o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento do mérito.⁹⁷

Os autores, baseados no conceito do art. 502, do CPC/15⁹⁸, entendem que após os dois anos, a decisão será acobertada pela coisa julgada material, vez que ficará imutável e indiscutível, não sendo possível sua reanálise. Assim, ao criar o dispositivo previsto no art. 304, §6º, do CPC/15, ao expressando que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, o legislador referiu-se ao período de estabilização, durante o prazo de dois anos, não após esse tempo. Do mesmo entendimento compartilham Leonardo Greco e Daniel Mitidiero.

Dicotômica é a interpretação da segunda corrente, senão vejamos a abordagem de Fredie Didier Júnior:

⁹⁶ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada**. 06 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>

⁹⁷ REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: DIDIER JR. Fredie. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297.

⁹⁸ Art. 502, CPC/15: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o *conteúdo* da decisão, não sobre seus efeitos; é o *conteúdo*, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. (...) Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304.⁹⁹

O entendimento de Eduardo José da Fonseca Costa se coaduna com o do supracitado autor:

Afinal, o entendimento mais adequado parece ser o de que, mesmo após os dois anos, não haverá a formação da coisa julgada material. Além da dicção expressa do art. 304, §6º, é preciso perceber que o próprio procedimento não foi construído para a produção da coisa julgada. O seu objetivo não é este, mas tão somente o de satisfação fática da parte. Afinal, se o objetivo da parte é o de obter a coisa julgada material, tem-se o procedimento comum para tanto. Impor a formação da coisa julgada material no procedimento de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar à força a estabilização, criada pelo CPC/2015.¹⁰⁰

Esta segunda corrente entende que a técnica de estabilização não produzirá coisa julgada material, continuando apenas estabilizada, mesmo após os dois anos, os efeitos da decisão tornam-se estáveis, mas não o seu conteúdo. Diferentemente de como acontece na coisa julgada, na estabilização não tem o reconhecimento judicial do direito do demandante. Por não haver coisa julgada, não se admite a utilização da ação rescisória. A estabilização traz uma nova técnica, com pressupostos e características inerentes a ela.

É imprescindível fazer uma distinção entre estabilização da tutela e a coisa julgada. A primeira ocorre com base em uma tutela provisória, fundada em cognição sumária, recai sobre os efeitos da decisão, não gera efeitos positivos, durante o período de estabilização será reavaliada por decisão autônoma de revisão, reforma ou invalidação, sendo esta de competência do juízo que concedeu a estabilização. Já a segunda ocorre mediante tutela definitiva, fundada em cognição exauriente,

⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. pp. 625 – 626.

¹⁰⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas**. 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acessado em: 15 de novembro de 2016.

recai sobre o conteúdo da decisão, gera efeitos positivos para o autor, é combatida pela ação rescisória, esta de competência originária do tribunal.

Para melhor visualização do conteúdo abordado, elaborou-se um quadro:

ESTABILIZAÇÃO	COISA JULGADA MATERIAL
Tutela provisória	Tutela definitiva
Cognição sumária	Cognição exauriente
Recai sobre os efeitos da decisão	Recai sobre o conteúdo da decisão
Durante a estabilização a decisão será reavaliada por ação autônoma	Combatida pela Ação Rescisória
Competência do juízo que estabilizou	Competência originária do Tribunal

A ação rescisória, com rol taxativo, prevista no art. 966, do CPC/2015, serve exatamente para impugnar a sentença transitada em julgado, possui caráter desconstitutivo, tendo em vista o desfazimento dessa decisão.

Percebe-se, finalmente, que a estabilização da tutela antecipada antecedente terá efeitos práticos de coisa julgada material. Todavia, não será acobertada por esta em virtude de suas distinções, primordialmente, por não ocorrer com base em cognição exauriente.

3.2.5 Utilização da técnica antecipatória

A técnica de estabilização também poderá ocorrer mediante acordo entre as partes, derivado de negócio jurídico, como o contrato, por exemplo. Assim demonstra Fredie Didier Júnior:

As partes podem inserir em sede de contrato social cláusula no sentido de que eventuais medidas antecipatórias antecedentes em causas oriundas dos termos daquele contrato, se concedidas, poderão: i) estabilizar-se independentemente de requerimento expresso do autor na petição inicial nesse sentido; ii) admitindo-se que, diante da revelia e inércia total do réu, o autor tenha preservado o direito de pedir o prosseguimento do processo para obtenção de uma decisão com cognição exauriente e com força de coisa julgada.¹⁰¹

¹⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. p. 624.

Percebe-se, então, que a estabilização é possível mediante acordo, quando autor e réu entram em um consenso, e mediante contrato, o qual deverá constar cláusula prevendo a possibilidade de uso da técnica antecipatória. Nesta última hipótese, o autor deverá ajuizar uma ação requerendo a estabilização com base na cláusula contratual. Não é necessário observar todos os pressupostos necessários à estabilização, observa-se somente os requisitos do art. 190¹⁰², CPC/15.

Congruente ao autor foi o entendimento do enunciado nº 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente.”¹⁰³ Se as próprias partes estão de acordo e pleiteando a estabilização, não há motivos para o magistrado criar óbices para sua concessão.

É possível, ainda, a estabilização parcial da tutela, isto é, quando o réu for parcialmente inerte. Tal medida ocorrerá quando a parte demandada não impugnar todos os argumentos trazidos na inicial, entendendo-se, portanto, que o réu opta pela estabilização quanto aos aspectos não impugnados.

Acontecerá, por exemplo, quando o réu ajuíza ação pleiteando a retirada de seu nome de serviço de proteção ao crédito, bem como indenização. O réu retira o nome do requerente do SPC, mas impugna o pedido de indenização, assim haverá uma concordância parcial da estabilização.

Cristalina é a lição de Heitor Vitor Mendonça Sica:

Considerando-se que o sistema projetado amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial do mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente.¹⁰⁴

Não há motivos para indeferir a estabilização total, nem poderá o juiz concedê-la da mesma forma. Ocorre quando o juiz deferir somente parte do pedido

¹⁰² Art. 190, CPC/15: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

¹⁰³ BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado nº 32. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>> Acessado em: 15 de novembro de 2016.

¹⁰⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Dez problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 355.

pleiteado pelo autor, ou, havendo mais de um pedido, o magistrado entender que somente será necessária a antecipação de um deles.

No que tange à utilidade e eficácia da técnica, a doutrina também apresenta divergências. Alguns autores acreditam que o procedimento veio mais para complicar do que para facilitar o processo e outros pensam que o seu uso será capaz de simplificar os atos processuais.

Heitor Vitor Mendonça Sica é adepto da primeira corrente, senão vejamos:

A proposta baseia-se numa suposição de que as partes se contentariam com a tutela sumária estabilizada. Mesmo que houvesse algum levantamento estatístico acerca da frequência de recursos contra decisões antecipatórias da tutela – e não me consta haver – tal dado não serviria para justificar a inclusão dessa técnica em nosso ordenamento. Primeiro, porque é possível alvitrar que a inserção da técnica incentivaria muitos réus a interpor recurso, para evitar as graves consequências hoje não existentes. Segundo, porque não sabemos se as partes se contentarão com uma tutela sumária “estável”, mas não “imutável”.¹⁰⁵

Diante da abordagem do autor, entende-se que os efeitos práticos da técnica implicariam em uma maior dificuldade para as partes, trazendo mais dúvidas e caos do que soluções, bem como corre o risco de a estabilização tornar-se “letra morta” no Estatuto Processual Civil,

De outro ângulo é a visão de Fredie Didier Júnior, o qual aponta alguns exemplos em que a técnica poderá demonstrar sua utilidade:

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno, porque o Ministério da Educação proíbe.¹⁰⁶

No caso apresentado, não há motivos para continuar com o prosseguimento do processo, vez que ambas as partes encontram-se satisfeitas com a decisão. O autor conseguiu a satisfação da medida em caráter liminar e a instituição-ré teve a

¹⁰⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Dez problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 361 – 362.

¹⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. p. 618.

óbice que impedia a matrícula do aluno retirada. Não faz mais sentido, nessa situação, continuar com a continuidade do feito apenas por formalismo processual.

Outro exemplo apontado pelo mesmo autor, que enseja a mesma situação: “Imagine, agora, o caso de um consumidor que vai a juízo pleiteando a retirada de seu nome de um cadastro de proteção ao crédito. Apenas isso. Obteve a liminar. É muito provável que o réu não queira mais discutir o assunto e deixe a decisão estabilizar-se.”¹⁰⁷

Se o único pedido do autor foi a retirada do seu nome de cadastro de proteção ao crédito, não requereu pedido de indenização ou cumulou com qualquer outra coisa, com a concessão da tutela antecipada não haverá mais motivos para optar pela continuidade do processo. Tampouco para o réu haverá interesse, haja vista já ter cumprido sua obrigação no processo.

Para o segundo autor, o uso da técnica poderá apresentar eficácia quando a parte autora obtiver a satisfação do seu direito sumariamente, e não houver mais interesse para ambas as partes em continuar com o processo até que o magistrado prolate a sentença definitiva.

¹⁰⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2. p. 618.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal foco do Código de Processo Civil de 2015 foi o princípio da celeridade processual, vez que é visível a situação hodierna do Poder Judiciário com grande quantidade de demandas, as quais refletem o acesso à justiça adquirido pela população. Acesso este que interfere, por vezes, na entrega da prestação da tutela jurisdicional de maneira eficiente, porém que não pode ser retirado da comunidade, devendo haver um equilíbrio deste com a celeridade processual.

A partir disso, o legislador pensou na técnica de estabilização explorada no decorrer do presente trabalho, como uma forma de unificação dos dois princípios supramencionados.

Diante de todo o exposto, constata-se, pois, que o tema debatido no suceder deste estudo final de curso encontra-se distante de tornar-se um entendimento uníssono entre os doutrinadores.

Por ser uma técnica recentemente instaurada no Brasil não é possível verificar e analisar casos concretos ou decisões judiciais, os quais abordem o tema trabalhado. Todavia, a partir de tudo o que foi apresentado, pode-se perceber que se trata de um instituto que trará celeridade e eficiência para o Poder Judiciário.

Obviamente, como toda técnica nova, no seu início os autores terão algumas dificuldades para requerê-la, sendo necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema, para que haja uma maior utilização e, conseqüentemente, auxílio na redução de demandas processuais.

Se as partes, que são os sujeitos mais interessados com o resultado do processo, não consideram vantajoso o seu prosseguimento, não faz sentido continuar o procedimento, percorrendo todos os seus trâmites, visto que o conflito já foi solucionado e tanto o requerente quanto o requerido estão satisfeitos com a decisão. Deve-se levar em consideração, principalmente, os princípios da celeridade e economia processual.

A continuidade do processo nas situações de possível estabilização só implicaria em custas e superlotação para o Poder Judiciário, duas situações que devem ser evitadas, porém que é comum observar a continuidade dos processos por necessidade burocrática de cumprimento do procedimento até o seu término, ainda que autor e réu já tenham obtido a solução para a lide inicialmente pleiteada.

Destarte, conclui-se que o objeto do tema proposto no presente trabalho, ou seja, a técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, será medida eficaz no combate à morosidade do Poder Judiciário, haja vista o término do processo em momento antecipado.

REFERÊNCIAS

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil**, Diário Oficial da União, Brasília/DF, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil**, Diário Oficial da União, Brasília/DF, 17 de março de 2015.

BRASIL. Colégio Recursal de Pernambuco. Enunciado nº 06. **Enunciado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3293/a-antecipacao-de-tutela-nos-juizados-especiais>>. Acessado em: 30 de outubro de 2016.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. Enunciado nº 30. **Enunciado**. Brasília: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>> Acessado em: 17 de outubro de 2016.

BRASIL. Fórum Nacional de Juizados Especiais. Enunciado nº 26. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acessado em: 30 de outubro de 2016.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 32. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>> Acessado em: 15 de novembro de 2016.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Enunciado nº 502. **Enunciado**. Disponível em: <<http://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>> Acessado em: 14 de novembro de 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: DIDIER JR. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 304**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (organizadores). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas**. 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acessado em: 15 de novembro de 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. 1.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** In: Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães. MOREIRA, José Carlos Barbosa (coordenador geral). Rio de Janeiro: Forense: 1999.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes.** In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/894>>. Acessado em: 08 de outubro de 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte).** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de; ALVES, Luciana Dubeux Beltrão. **Breves considerações sobre a tutela de evidência do CPC/15.** In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador geral), Grandes temas do novo CPC: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso completo de processo civil.** Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil.** In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p. 115. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Pg%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de novembro de 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. **Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência.** In: DIDIER JR. (coordenador geral), Grandes temas do novo CPC: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004, p. 189. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

MELO, Luiz Gustavo Simões Valença de. **A tutela de evidência no novo código de processo civil; um instrumento de efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo**. In: Cidadania e Direitos Humanos, Caruaru, vol. 1, nº 1, jul./dez. 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 3.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada**. 06 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: DIDIER JR. Fredie. (coordenador geral), Grandes temas do novo CPC: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Dez problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In: DIDIER JR. (coordenador geral), Grandes temas do novo CPC: tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Ainda a estabilização da tutela antecipada**. 1º de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047-Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>> Acessado em: 14 de novembro de 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro**. In: Revista de Processo, Jul. 2012, vol. 209. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 769.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 22 Ed. São Paulo: Liv e Ed. Universitária de Direito, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 Ed. Campinas: Bookseller, 2005.