

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Philippe Silveira Carneiro da Cunha

A SEGUNDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE:

A imutabilidade da medida antecipada

Rio de Janeiro

2017

Philippe Silveira Carneiro da Cunha

A SEGUNDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE:

A imutabilidade da medida antecipada

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Ricardo Cruz
Fontes

Rio de Janeiro

2017

Philippe Silveira Carneiro da Cunha

A SEGUNDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE:

A imutabilidade da medida antecipada

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como
requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em direito.

Aprovado em _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. André Ricardo Cruz Fontes

Examinador 2

Examinador 3

RESUMO

O propósito deste trabalho monográfico é esclarecer os fundamentos da estabilização da tutela de urgência antecipada concedida em caráter antecedente, com previsão no art. 304, §3º do NCPC, mormente no que tange a segunda estabilização qualificada alcançada com o fim do prazo para ajuizamento da ação revisional de que trata o §5º do art. 304 do NCPC.

Palavras-chave: Tutela de Urgência Antecedente. Técnica Monitória. Estabilização. Imutabilidade.

ABSTRACT

This undergraduate dissertation aims to clarify the bases of the injunction technique of provisional measure, predicted by the art. 304, §3º of the NCPC, especially regarding its second and more qualified stabilization reached by the end of the period for proposing the main procedure to revise the self-standing provisional measure predicted in art. 304, §5º, of the NCPC.

Keywords: Interim order. Injunction technique. Self-standing provisional measures. Immutability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	TUTELA JURISDICIONAL E COGNIÇÃO	11
2.1	Juízo da veracidade, juízo da verossimilhança	11
2.2	O conceito de coisa julgada	14
2.3	Tutela ordinária	17
2.4	Tutela provisória	19
3	SITEMATIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC	22
3.1	Tutela da evidência	22
3.2	Tutela da urgência	23
3.2.1	Visão unitária da tutela de urgência	24
3.2.2	Tutela de urgência cautelar	25
4	TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA	27
4.1	Requisitos para concessão da tutela	27
4.2	Instrumentalidade atenuada	28
4.3	Consequências da decisão sobre a tutela de urgência satisfativa	30
4.4	Aspectos da defesa do requerido	31
4.4.1	Contraditório eventual ou diferido	32
4.4.2	Interposição de recurso	34
4.4.3	Contestação	36

4.5	Ajuizamento da ação de cognição exauriente	37
5	ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA URGENTE	38
5.1	Direito comparado.....	38
5.1.1	Francês	38
5.1.2	Italiano.....	40
5.1.3	Português.....	41
5.2	Estabilização da medida urgente no NCPC	42
5.3	Condições de cabimento da estabilização	43
5.4	O Aspecto monitorio da estabilização	44
6	IMUTABILIDADE DA EFICÁCIA ANTECIPADA.....	49
7	CONCLUSÃO	54
8	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende analisar o conceito de estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista no art. 304 do CPC/2015, mormente em relação ao §5º do mesmo artigo, que atribui às partes o prazo de dois anos para ajuizamento da ação revisional que rediscutirá o mérito da medida antecipatória, que, após o transcurso *in albis* sem o ajuizamento da ação, implica na segunda estabilização da tutela, quando, então, a medida antecipada não mais poderá ser revista, modificada ou revogada. Ademais, o §6º do mesmo artigo, determina, expressamente, que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada.

Pretende-se, desse modo, oferecer uma reflexão analítica a respeito dos diversos entendimentos doutrinários em relação ao fenômeno da segunda estabilização da tutela antecipada antecedente, de modo a conciliar o conceito de estabilização com a ausência de formação de coisa julgada depois do transcurso do prazo para ajuizamento da ação revisional.

Como regra, a antecipação da tutela é uma técnica processual de tutela provisória adotada em sede de cognição sumária para preservar uma pretensão principal que ainda será objeto de da tutela ordinária de cognição exauriente. Assim, a primeira vista, há um aparente contrassenso do Novo Código de Processo Civil ao estabilizar aquilo cuja função precípua reside no *caráter provisório* dos seus provimentos.

A hipótese norteadora do deste trabalho é que a técnica da estabilização é, na verdade, uma variante genérica da tutela monitoria. A técnica de tutela monitoria foi inaugurada em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.079/95, que havia alterado o CPC/73, introduzindo a ação monitora, que, com a recente reforma do estatuto processual, foi mantida pelo NCPC no art. 700 e seguintes.

Porém, a tutela monitoria genérica, diferente da específica, não tem previsão legal para formar título executivo judicial. Pelo contrário, conforme dispõe o §6º do art. 304 do NCPC “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, porém, embora não forme coisa julgada, tal tutela seria capaz de alcançar uma situação de

estabilidade qualificada após o transcurso do prazo para ajuizamento da ação revisional.

A Relevância deste trabalho reside, então, na identificação do papel desempenhado pela estabilização qualificada da tutela antecipada. Principalmente no que tange a sua proposta de trazer maior celeridade e eficácia no atendimento das necessidades dos jurisdicionados que necessitem de provimentos práticos imediatos, sem incorrer na necessária dilação temporal que é própria da cognição exauriente.

Quanto ao aspecto metodológico, esta pesquisa considerou a doutrina publicada através de periódicos especializados em processo civil, bem como em manuais de processo civil, artigos e capítulos de livro.

Os capítulos que seguem tecem um panorama de breves considerações sobre os métodos de cognição, as técnicas de tutela provisórias no NCPC, até à tutela de urgência antecipada satisfativa, cujo fenômeno da estabilização será submetido a exame em profundidade, realizando diálogo com as mais relevantes produções acadêmicas sobre a matéria.

O segundo capítulo apresenta as duas modalidades de cognição do Novo Código de Processo Civil: a cognição sumária e a cognição exauriente. Busca-se, inicialmente, definir nessa primeira parte os objetivos a que se pautam atender, e as características das tutelas provisórias e da tutela ordinária.

O terceiro capítulo traça uma visão panorâmica sobre a sistematização da tutela provisória no Novo Código, compreendendo as tutelas da urgência e tutela da evidência. Além, é claro, dos requisitos autorizadores à concessão de cada uma dessas espécies de tutela.

O quarto capítulo trata especificamente da tutela de urgência satisfativa, que, como já adiantado, é a única contemplada pelo fenômeno da estabilização. Assim, apresentam-se os aspectos da instrumentalidade da tutela antecipada, as possíveis defesas do requerido e as consequências de sua desídia, bem como o prosseguimento da ação e até a sua derradeira extinção.

O quinto capítulo cuida da estabilização da medida antecipada. Analisam-se as diferentes técnicas de tutela antecipada da urgência nos sistemas processuais europeus, como o *référé* francês, o *provvedimenti d'urgenza* italiano, e a *inversão do contencioso* português.

Além disso, também serão abordados os diferentes níveis de estabilidade dos provimentos provisórios, para, ao fim, localizar aonde se enquadra a segunda estabilização da tutela antecipada antecedente.

O sexto capítulo enfrenta propriamente a segunda estabilização da tutela antecipada antecedente, apontando suas características e principais consequências no mundo jurídico.

Por fim, já em tom de conclusão, o sétimo capítulo trará o apanhado de todas as considerações levantadas ao longo do trabalho, consolidando o debate travado a cerca da segunda estabilização da tutela antecipada antecedente.

É desta forma que será desenvolvida a discussão do tema posto a debate nesta obra, com a expectativa de que, ao final, teremos uma compreensão adequada da segunda estabilização da tutela antecipada antecedente.

2 TUTELA JURISDICIONAL E COGNIÇÃO

Inicialmente, cumpre tecer breves comentários conceituais acerca da prestação jurisdicional do Estado, bem como os métodos de cognição envolvidos na elaboração dos provimentos estatais.

A tutela jurisdicional é construída a partir do modelo constitucional de processo civil, que, segundo Alexandre Câmara, é o instrumento pelo qual a Democracia é exercida em um Estado Democrático de Direito¹. O processo civil compreende duas funções: a tutela de conhecimento e a tutela de execução, ambas de com ímpeto definitivo.

Há, porém, um terceiro gênero de processo que visa adequar a prestação jurisdicional à dimensão temporal, cobrindo possíveis prejuízos e riscos que a demora do provimento definitivo poderia causar.

Esse terceiro gênero é a tutela provisória, que, como o próprio nome indica, é um gênero de tutela cujos provimentos visam trazer prontidão à prestação jurisdicional, estabelecendo um sincretismo entre conhecimento sumário e execução provisória, porém, sem o aspecto da definitividade que é próprio da tutela ordinária.

2.1 Juízo da veracidade, juízo da verossimilhança

O conceito de juízo da veracidade consagra a noção de conhecimento fundado na certeza dos fatos, demandando ampla investigação probatória para a formação do convencimento do magistrado que irá prolatar a sentença de mérito que resolverá definitivamente a lide, encerrando definitivamente o processo de conhecimento. Assim, após a preclusão das vias recursais, a sentença alcançará estabilidade na forma da coisa julgada material.

Em assim sendo, a coisa julgada pode ser percebida como o substrato da sentença de mérito do processo de conhecimento. É que após o esgotamento da cognição, o juízo será com base na certeza do direito material (*juízo da veracidade*), que decorreu do amplo debate e produção de provas em contraditório, sendo,

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

portanto, apto a alcançar a definitividade e indiscutibilidade que são atributos próprios da sentença de mérito.

Contudo, embora essa resposta definitiva traga ampla segurança jurídica à situação de direito material, nem sempre ela será contemporânea à urgência do direito material, que poderá até mesmo perecer antes da sentença de mérito, que terá que aguardar as dilações devidas da análise perfunctória de todas as alegações e provas produzidas em contraditório.

Por via de consequência, as demandas de caráter urgente, fundadas em juízo de verossimilhança, não buscam atender os aspectos que levam a formação da segurança jurídica, como a definitividade e indiscutibilidade, mas sim uma tutela imediata e efetiva, ainda que provisória, mas suficientemente capaz de evitar o perecimento do bem da vida pretendido até o julgamento final do mérito.

Alexandre Câmara leciona que o NCPC, no dispositivo do art. 4, determina que a solução da causa deve ser obtida em tempo razoável, devendo o processo sincrético ser célere não somente no conhecimento do direito material, mas na satisfação do mesmo quando da fase executiva. Confira:

Há uma nítida opção do sistema pela construção de um sistema destinado a permitir a produção do resultado do processo sem dilações indevidas. Vale descartar, porém, que se todos tem direito a um processo sem dilações *indevidas*, daí se extrai que ninguém tem direito a um processo sem dilações *devidas*. Em outros termos, o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer processo. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo. O amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. A fixação de prazos razoáveis para a prática de atos relevantes para defesa dos interesses em juízo, como a contestação e os recursos, faz com que o processo demore algum tempo. Mas estas são dilações *devidas*, compatíveis com as garantias constitucionais do processo².

Desse modo, se o juízo da veracidade exige as dilações devidas para formação de certeza e definitividade sobre o direito material, é o juízo da verossimilhança que predicado no conhecimento superficial dos fatos e na aparência

² CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6.

da verdade, que se afigura como capaz de responder com prontidão que algumas situações de fato de caráter urgente demandam.

O juízo da verossimilhança é, assim, um juízo antecipado em relação ao mérito da causa, sem o condão de produzir resultados definitivos, mas que se encontra legitimado na necessidade da entrega da tutela jurisdicional a aquele que demonstre a evidência do direito, senão, ao menos, a aparência do direito e o risco de dano inerente do seu não atendimento, de modo a evitar a perda do resultado útil do processo até o provimento final da cognição exauriente.

Não por outro motivo Eliane Harzheim Macedo considera o juízo de verossimilhança como uma atividade jurisdicional de segunda grandeza, um prejuízo ou juízo antecipado, visto que é incapaz de alcançar a certeza e definitividade que somente o juízo da veracidade seria capaz de alcançar. Confira:

O juízo de verossimilhança está profundamente comprometido com a ideia do prejuízo de matriz hermenêutica, cuja emanção, segundo Gadamer, compreende uma redução de suas possibilidades, na medida em que pode ser valorado positiva ou negativamente, resultando a opção entre dois (no mínimo) caminhos possíveis ou, juridicamente falando, razoáveis, afastada a ideia de que possa se caracterizar como juízo 'falso'. Nesse sentido, 'prejuízo' significa um juízo que se forma antes da convalidação definitiva de todos os momentos objetivamente determinantes, ou, em sede de processo, uma decisão emanada antes da sentença definitiva. (...) relegando o juízo de verossimilhança e a sua carga de 'prejuízos' (juízo prévio, juízo antecipado) a uma posição de segunda grandeza, senão obscurecido pelo brilho ofuscante da certeza, da segurança jurídica, da definitividade produzida pela coisa julgada e que passou a ser atributo das sentenças finais³.

Conforme se observa, a dicotomia existente entre juízo da veracidade e juízo da verossimilhança demonstra que ambos podem ser complementares na prestação da tutela jurisdicional, na medida em que buscam atender finalidades distintas.

O primeiro, como atividade principal da jurisdição, volta-se para tutela definitiva sobre o direito do caso concreto. Já o segundo, como atividade subsidiária de caráter provisório, tem por finalidade tutelar a aparência do direito revistada de necessidade urgente, que não poderia aguardar o julgamento final da lide sem a tutela provisória do direito.

³ MACEDO, Eliane Harzheim. Juízo de verossimilhança versus tradição da ordinariedade do processo. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Uberlândia, 2012.

Para melhor compreensão de como ambos os juízos funcionam, impende analisar as tutelas adotadas no exame da causa, que variam conforme a necessidade de profundidade da análise, podendo ser classificadas como tutela definitiva de *cognição exauriente* (juízo da veracidade), e tutela provisória de *cognição sumária* (juízo de verossimilhança), que serão tratadas nos tópicos a seguir.

2.2 O conceito de coisa julgada

Como cediço, o processo é um procedimento que se desenvolve em etapas sucessivas com vista à resolução definitiva do conflito de direito material posto sub judice. Disso decorre que a marcha processual é unidirecional, ou seja, voltada sempre para o provimento final. Com a superação das etapas do processo, opera-se a preclusão, sendo vedada a prática de atos cuja etapa já tenha sido vencida, prosseguindo a marcha processual até a derradeira decisão sobre o mérito da causa, que, ordinariamente (mas não exclusivamente) se dá na forma de sentença de mérito.

A coisa julgada é, então, a qualidade que assume a decisão judicial quando a marcha processual não comportar mais prosseguimento em relação à discussão do seu mérito, ou seja, quando não mais for possível impugna-la por meio de recursos, ocorrerá o trânsito em julgado, conforme a inteligência do art. 502 do CPC. Assim leciona Alexandre Câmara:

A passagem da decisão da situação original (em que era recorrível) para esta nova situação (de irrecurribilidade) é chamada de *trânsito em julgado*. (...) Dá-se o trânsito em julgado da decisão, então, quando precluem os recursos. Pode-se, pois, dizer que o trânsito em julgado é o efeito da preclusão dos recursos (ou por terem sido todos usados, ou por ter decorrido o prazo sem que o recurso admissível tivesse sido interposto)⁴.

A impossibilidade de impugnação da decisão de mérito faz com que a decisão que tenha alcançado a qualidade de coisa julgada torne-se indiscutível e imutável em seus efeitos, lhe conferido, assim, um alto grau de estabilidade e segurança jurídica. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior:

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 303.

Enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de “uma situação jurídica”. Os efeitos próprios da sentença só ocorrerão, de forma plena e definitiva no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos. Ocorrerá, então, o trânsito em julgado, tornando o decisório imutável e indiscutível (...) Quando os arts. 502 e 503 do novo Código estabelecem o conceito legal e a extensão do fenômeno da coisa julgada, e se referem a ela como uma qualidade da *decisão de mérito*, e não apenas da sentença, reconhecem a possibilidade da *res iudicata* recair sobre qualquer ato decisório, que solucione “total ou parcialmente o mérito”⁵.

A imutabilidade alcançada pela coisa julgada é tão estável que tem matiz de garantia fundamental (art. 5º, XXXVI). Imutabilidade, portanto, é a definitividade do provimento estatal alcançada no dispositivo da decisão, tem função negativa, proibindo as partes de buscarem a sua alteração em nova ação judicial.

Embora exista correlação lógica entre imutabilidade e indiscutibilidade, como veremos nesta obra, a distinção entre ambas é de suma importância.

A indiscutibilidade da decisão transitada em julgado decorre da função positiva ou normativa da coisa julgada, é a presunção de veracidade absoluta do provimento “que fez lei entre as partes”, o que obsta qualquer rediscussão.

Assim, é possível uma situação em que se tenha a função negativa da coisa julgada, ou seja, a imutabilidade desacompanhada da noção de veracidade absoluta do provimento, o que não impediria a rediscussão de mérito, mas apenas a alteração de eventual eficácia acobertada pela imutabilidade. Para melhor compreensão, impende a análise da distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

Coisa julgada formal é a qualidade da sentença terminativa que não pode ser recorrida, de modo a obstar que apenas o prosseguimento em definitivo do processo. A coisa julgada formal, contudo, não impede que sanada a situação que levou a extinção do processo, o mérito volte a ser rediscutido em novo processo. Com efeito, a coisa julgada formal tem eficácia endoprocessual, (dentro do processo), operando de forma a impedir qualquer mudança no resultado alcançado no processo.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 1.087.

. Coisa julgada material, por via de consequência, ocorre quando houver extinção do processo com decisão sobre a procedência ou não do pedido, resolvendo a lide. A coisa julgada material traz em si a coisa julgada formal, pelo menos no que tange o aspecto de que a atividade estatal cessou dentro daquele processo. Mas também produz efeito exoprocessual (para fora do processo), impedindo a rediscussão do mérito em futuros processos. Com efeito, a coisa julgada material é tanto imutável, quanto indiscutível.

Há, porém, um nível de estabilidade superior à coisa julgada material. Ainda que se alcance a coisa julgada, a decisão de mérito transitada em julgado poderá ser objeto de ação rescisória (art. 966 do CPC), pelo prazo de 2 anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Findo o prazo para ajuizamento de ação rescisória, aí, não haverá mais hipótese alguma de modificação da decisão transitada em julgado, fazendo, assim, a *coisa soberanamente julgada*, impassível de qualquer alteração, ainda que a decisão tenha se apoiado em legislação julgada inconstitucional, nesse sentido José Miguel Garcia Medina cita importante julgado da lavra do Ministro Decano do STF:

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento do referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa *soberanamente julgada*, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc*, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (*RTJ* 87/758; *RTJ* 164/506-509; *RTJ* 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. (STF, RE 594.350, j. 25.05.2019m Rel. Min. Celso de Mello)⁶.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 530.

2.3 Tutela ordinária

Para realização da tutela ordinária, ou definitiva, é imprescindível que a cognição seja de forma exauriente, explorando todas as alegações de defesa das partes sobre o direito material controvertido, formando, assim, um *juízo de veracidade*. Para tanto, é necessário a realização prévia do contraditório efetivo antes da entrega do bem da vida almejado, permitindo ao órgão jurisdicional formular um provimento definitivo com base em alto grau de probabilidade de acerto do direito material na *sentença de mérito*.

(...) a tutela principal corresponde ao provimento que compõe o conflito de direito material, de modo exauriente e definitivo. Isto pode acontecer mediante provimento de acerto ou definição, ou por meio de atividade executiva, que incida sobre o plano fático, para pôr as coisas em estado coincidente com o direito reconhecido à parte cuja situação de vantagem já se encontra juridicamente certificada. Nesse sentido, fala-se em *tutela de conhecimento* e em *tutela de execução*⁷.

Conforme leciona Theodoro Júnior, a sentença de mérito é um ato de inteligência do juízo que exaure o primeiro grau de jurisdição, resultando de um silogismo cuja premissa maior é a *lei*, sendo a premissa menor os *fatos*, e, por fim, a *conclusão*, a jurisdicional sentença de mérito, que é a declaração de acolhimento ou rejeição dos pedidos formulados na petição inicial⁸.

Assim, proferida a sentença de mérito, encerra-se em caráter definitivo a etapa cognitiva do primeiro grau de jurisdição, permitindo o prosseguimento do processo sincrético para a fase de satisfação do direito material declarado, a execução.

Contudo, embora a Sentença tenha aptidão para formação de coisa julgada material, esta não ocorrerá enquanto a sentença ainda puder ser objeto de interposição recursal. Qualquer cumprimento de sentença que ocorra antes do trânsito em julgado será provisório (Livro III, Título II, Capítulo II do CPC - *do cumprimento provisório da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa*).

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 595.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. pp. 1037/1038

Todavia, ocorrendo a preclusão das vias impugnativas da sentença, estar-se-á diante de uma decisão de caráter definitivo sobre o mérito da causa, tornada imutável e indiscutível em sua eficácia, sendo este grau de estabilidade do provimento jurisdicional denominado de coisa julgada material, visto que resolveu definitivamente a crise de direito material posta à julgamento.

A coisa julgada material, embora seja um alto grau de estabilização da tutela jurisdicional, ainda não é o plenamente definitivo ou indiscutível. Em que pese à sentença ter passado em julgado, esta ainda poderá ser atacada pela via de ação rescisória do art. 966 do CPC⁹, quando for verificado, dentro do prazo decadencial de dois anos, conforme art. 975 do CPC¹⁰, (i) prevaricação, concussão ou corrupção do magistrado; (ii) se a sentença tiver sido prolatada por magistrado impedido ou absolutamente incompetente, (iii) se resultar de dolo da parte vencedora, simulação ou colusão entre as partes para fraudar a lei, (iv) ofender a coisa julgada, (v) violar norma jurídica, (vi) for fundada em prova falsa, (vii) quando, em caso de improcedência transitada em julgado, o autor obtiver prova capaz de assegurar pronunciamento favorável, (viii) quando a sentença for fundada em erro de fato, verificável do exame dos autos.

Ainda que tenha um escopo restrito para discussão, voltado apenas para garantia do acerto da decisão jurisdicional, a ação rescisória tem o condão apenas de evitar que um *decisum* eivado de nulidade alcance a definitividade. Porém, em não havendo nulidades, não haverá cabimento para a excepcional ação rescisória.

Assim, somente com o fim do prazo decadencial para propositura da ação rescisória, ou, sendo esta proposta, somente com o seu desprovimento transitando em julgado, é que a sentença de mérito terá alcançada o mais alto grau de estabilidade, que se revestirá, então, da autoridade da *coisa soberanamente julgada*, o mais alto nível de segurança jurídica, sendo impassível de qualquer rediscussão ou modificação da sua eficácia¹¹.

⁹ Art. 966 do CPC: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:”

¹⁰ Art. 975 do CPC: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

¹¹ Cf. art. 5º XXXVI

Destarte, a tutela definitiva, conforme exposto, tem por finalidade a resolução definitiva do mérito, visando encerrar qualquer discussão sobre a relação de direito material, cuja eficácia, por sua vez, tende adquirir autoridade de coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível.

2.4 Tutela provisória

Diferentemente da tutela definitiva, a tutela provisória é fundada na análise superficial do direito material, sendo aplicável somente aos casos que demandem urgência na entrega do provimento estatal, para que produzam resultados práticos imediatos com o objetivo de evitar os riscos de dano inerentes à demora do julgamento da tutela definitiva.

Nesse sentido, é a definição de tutela provisória segundo Alexandre Câmara:

Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Pode fundar-se em *urgência* ou em *evidência* (daí por que se falar em *tutela de urgência* e em *tutela da evidência*)¹².

Igualmente, é curial a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem, as tutelas provisórias são “prestáveis eventualmente em *complemento* e *aprimoramento eficaz* da tutela principal.”¹³

Como bem observa Heitor Vitor Mendonça Sica, as tutelas são *provisórias* porque não substituem o juízo de cognição exauriente da tutela principal, que, ao final do processo, pode confirmar, modificar, ou, simplesmente, revogar a medida¹⁴.

Igualmente, impende reconhecer que essas medidas são precárias, visto que podem ser desconstituídas durante o próprio curso do processo caso haja alteração nas condições fáticas autorizadoras desses instrumentos processuais.

A respeito do tema, Igor Raatz e Natascha Anchieta defendem que o aspecto provisório não é da medida, em si, mas da decisão que decreta a medida, confira:

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 596.

¹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar. 2015. p. 85.

(...) Para o código, a tutela provisória tem caráter eminentemente normativo. Significa dizer que a expressão tutela provisória não diz respeito necessariamente aos possíveis efeitos fáticos porventura causados pela decisão jurisdicional. Provisório, para o Novo CPC, é o ato jurisdicional. Daí que a provisoriedade deverá ser pensada como característica do provimento jurisdicional, que poderá ser revogado, modificado ou confirmado por uma decisão posterior, esta, sim, definitiva. O provimento provisório constitui uma versão não definitiva do provimento final¹⁵.

Érico Andrade e Dierle Nunes, por seu turno, lecionam que a tutela provisória, em nome da celeridade, possui distinções notáveis em relação a cognição exauriente, quais sejam: (i) a postecipação do contraditório, porquanto o juiz pode decidir pelo provimento liminarmente sem a oitiva do requerido; (ii) a aptidão da tutela provisória para produzir efeitos práticos de caráter urgente, sem a resolução definitiva da lide, que deverá ser o objeto próprio da tutela definitiva¹⁶.

Desse modo, o que importa para a concessão da tutela provisória é a urgência em que seja atendida uma situação de fato, ou a evidência de um direito, sem, com isso, produzir resultados definitivos, visto que a resolução definitiva da controvérsia material depende exclusivamente do juízo de veracidade da cognição exauriente.

O Novo Código de Processo Civil, contudo, inaugura em nosso ordenamento jurídico um novo nível de estabilidade das decisões judiciais, que é próprio das tutelas provisórias de urgência satisfativa concedida em caráter antecedente, que, como será exposto, uma vez atendidos certos requisitos, a tutela provisória alcança relativa estabilidade, produzido efeitos meios após a extinção do processo, naquilo, que a doutrina convencionou chamar de *ultratividade da tutela provisória*.

A nova noção de estabilização desafia o entendimento experimentado na vigência do código de processo revogado, no qual o fenômeno mais próximo do conceito era a técnica utilizada na ação monitória, em que o provimento judicial fundado na evidência (*máxima probabilidade do direito*), quando não impugnado

¹⁵ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência como espécie de tutela provisória no novo código de processo civil. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 15, p. 268-298. Rio de Janeiro: jun / 2015. p. 273.

¹⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

pelo réu, poderia alcançar a mesma dignidade processual (*rectius* estabilidade) da sentença de mérito transitada em julgado.

Ao que tudo indica, o novo código parece conferir certo grau de estabilidade ao provimento da tutela antecipada de urgência satisfativa, que, terá um capítulo próprio voltado a sua exposição em profundidade.

3 SITEMATIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC

A sistemática da tutela provisória do NCPC compreendida entre os artigos 294 ao 311, visa eliminar os formalismos do último estatuto processual, que praticamente inviabilizavam a concessão da tutela provisória, e corrigir os as ineficácias experimentadas na vigência do código anterior.

O que se observa com o NCPC é que a tutela provisória deixou de ser uma classe de processo “dependente” de um processo principal, passando a ser um incidente em alguns casos, inclusive com a possibilidade de ser autônomo em relação à demanda principal.

O NCPC regula as tutelas provisórias (tutela da urgência e tutela da evidência) de modo harmônico. Ambas as modalidades de tutelas provisórias são concedidas em sede de cognição sumária, tendo a principal característica de provisoriedade (ausência de caráter definitivo), podendo ser a qualquer tempo revogada e ter a decisão que a concedeu ou não recorrida através de agravo pela hipótese do art. 1.015, I, do CPC.

3.1 Tutela da evidência

A tutela da evidência, com previsão no art. 311 do CPC, é a modalidade de tutela provisória que mediante comprovação satisfatória da liquidez e certeza do direito material do requerente, antecipa provisoriamente o provimento pretendido ao final do processo. É, por exemplo, o caso da ação monitória e do mandado de segurança.

Cumprе notar que o objetivo da tutela da evidência é trazer celeridade à prestação jurisdicional com base na probabilidade do direito, o que ocorre através de um juízo de cognição sumária, por meio de decisão interlocutória, sendo, portanto, provisória, visto que ainda há a possibilidade de reversão da probabilidade desse direito durante o desenrolar do contraditório até o julgamento final do mérito.

Na tutela da evidência a parte requerente apresenta prova insofismável do seu direito, o que é capaz de conferir certeza e liquidez à sua pretensão, de modo que a tutela da evidência não se volta à tutela do risco de dano (*periculum in mora*).

Pelo contrário, as hipóteses da tutela da evidência são preponderantemente de caráter satisfativo, visando prestigiar a parte que comprove ter direito líquido e certo, ou seja, a *máxima probabilidade do direito* (*fumus boni iuris* “*extremado*”), prestigiando, assim, aquele goza de situação mais favorável no litígio para que tenha o provimento pretendido antecipadamente, ainda que de maneira provisória¹⁷.

A tutela da evidência pode ser concedida tanto em caráter liminar, hipótese em que será *inaudita altera pars* (parágrafo único, art. 311 do CPC), como em caráter incidental, quando já estiver no curso do processo (art. 311, I e IV do CPC).

Todavia, Humberto Theodoro Júnior leciona que a tutela da evidência não se confunde com julgamento antecipado do mérito, visto que este último é sempre definitivo e resolve o conflito de direito material, enquanto que a tutela da evidência será sempre provisória. Antecipa-se, assim, o efeito executivo da pretensão, e não o julgamento do mérito¹⁸.

3.2 Tutela da urgência

A tutela da urgência, com previsão nos arts. 300 a 310 do CPC é a modalidade de tutela provisória voltada à proteção do resultado útil do processo e perigo de morosidade na prestação da tutela definitiva.

A tutela da urgência, dependendo do tipo de requerimento pode ser de natureza *cautelar* ou *satisfativa* e, em relação ao momento do requerimento, a tutela de urgência pode ser classificada como *antecedente* ou *incidental*.

A tutela será cautelar quando se buscar proteger uma situação de fato, sem com isso antecipar o provimento final do mérito, não havendo, portanto, a satisfação da pretensão de direito material.

Depreende-se, então, que a tutela de urgência cautelar desempenha função instrumental em relação ao processo principal, visto que o seu objeto é garantir a frutuosidade do direito material discutido no processo ao final do julgamento do mérito.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 678.

Por outro lado, quando o requerente da medida busca a satisfação imediata da pretensão de direito material, com a pronta entrega do bem da vida pretendido, este, então, não será o caso de tutela cautelar, mas de tutela de urgência satisfativa.

Quanto a classificação da tutela de urgência em razão do tempo, caso seja requerida no curso de um processo já instaurado, será considerada incidental, porque recai sobre a demanda já posta *sub judice*.

De outro modo, a tutela de urgência será antecedente quando anteceder a propositura da demanda principal, ou for contemporânea à propositura da petição inicial. Nesse caso, o código faculta a parte em apresentar uma petição inicial sucinta, apenas com o pedido de antecipação da tutela e a indicação do pedido final, que poderá ser aditado em momento posterior com novas alegações de fato e de direito.

3.2.1 Visão unitária da tutela de urgência

No estatuto processual revogado a tutela cautelar e a tutela antecipada eram medidas que, não obstante serem ambas tutelas da urgência, apresentavam procedimentos distintos, o que causava uma série de problemas de ordem prática em ordem de fungibilidade entre as medidas, tanto que Eduardo Talamini, ao comentar as mudanças do projeto do NCPC, relembra a dificuldade que era conseguir a tutela de urgência no CPC anterior:

a intransigente (e artificial) defesa da diferenciação entre as duas vias conduziu muitas vezes a resultados absurdos, com a denegação de medidas urgentes indispensáveis pela tão só circunstância de não haver sido pleiteada pela via reputada adequada. Pior, não foram poucos os casos em que um primeiro juiz indeferiu a medida cautelar por reputar adequada a tutela antecipada e depois, quando proposta a ação comum contendo o pedido de antecipação de tutela, um segundo juiz tornou a rejeitar o pleito de providência urgente, por reputar cabível a medida cautelar (!)¹⁹.

Humberto Theodoro Júnior comenta que a busca por uma solução para contornar esse problema formal entre as duas vias da tutela da urgência chegou a ser buscada ainda sob a vigência do CPC/73:

¹⁹ 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. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 209.p. 15

No direito nacional, a marcha para unificação das tutelas de urgência teve início com a reforma do CPC de 1973, operada pela Lei 10.444/2002, ao implantar o critério da fungibilidade entre medida antecipatória e medida cautelar (art. 273, §7º, do CPC anterior). Observamos, naquela ocasião, que a regulamentação separada da tutela antecipatória não teria vindo para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo, seja ao direito material, se tornasse irremediável e, por conseguinte, se transformasse em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório de suas subespécies²⁰.

Com efeito, a conciliação e unificação entre a tutela de urgência cautelar e tutela de urgência satisfativa no NCPC se dá através uniformidade procedimental adotada em relação ao *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, constada a presença desses requisitos, não haverá óbice formal para a concessão da tutela.

A seguir, veremos que as duas variantes da tutela da urgência foram disciplinadas no NCPC com relativa unicidade, rompendo o formalismo havido no código revogado.

3.2.2 Tutela de urgência cautelar

Embora haja considerável debate se a tutela de urgência cautelar funciona como um instrumento para segurança do direito material ou do processo, fato é que a sua principal característica consiste na preservação do processo.

Com previsão legal no art. 305 e seguintes do CPC, a tutela cautelar não satisfaz de imediato o direito material, na verdade, por se tratar de cognição sumária fundada na verossimilhança das alegações, não há, ainda, grande probabilidade do direito material, apenas uma dúvida razoável de que, em que havendo a

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 602-603.

possibilidade do direito, este deve ser protegido. Nesse sentido, verificada a verossimilhança do risco ao resultado útil do processo, ou, do direito material que se pretende ao final, estará o juízo autorizado a decretar as medidas necessárias para evitar o perecimento da situação cautelanda.

Nota-se, portanto, que tutela de urgência cautelar não visa antecipar o resultado útil do processo, mas protegê-lo da duração anormal da tutela definitiva, que, por vezes, se afigura em descompasso com a situação de direito material, demandando intervenção estatal para evitar eventual perecimento.

Assim, temos que a tutela cautelar não é propriamente provisória, mas temporária. Provisório é o provimento que determina a medida cautelar, enquanto que a medida, em si, é sempre temporária, durando apenas enquanto existir a verossimilhança da situação de risco²¹.

Por via de consequência, a tutela cautelar não tem aptidão para estabilizar-se, vez que nunca seria capaz de manter-se para além da situação de risco, assim, é marcante o seu caráter instrumental em relação ao processo.

Considerando a importância que a tutela de urgência satisfativa guarda para esse trabalho, ela será analisada com mais vagar no próximo capítulo, exclusivamente dedicado ao tópico.

²¹ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência como espécie de tutela provisória no novo código de processo civil. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 15, p. 268-298. Rio de Janeiro: jun / 2015. p. 280.

4 TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

A tutela jurisdicional, por conta da estruturação do processo em etapas, por vezes acaba não sendo capaz de apresentar uma resposta tempestiva à necessidade do direito material. Como vimos, a tutela cautelar visa obstar que o perecimento do direito enquanto o processo estiver *sub judice*. Porém, há situações de direito material em que o risco reside justamente na não satisfação imediata da pretensão.

Em atenção a essa necessidade urgência de satisfação imediata do direito subjetivo do jurisdicionado, a técnica da tutela de urgência satisfativa antecipa a situação de fato pretendida na tutela final, com base na aparência do direito e perigo de dano, mas, sem resolver o mérito, considerando, ainda, a vedação legal de concessão da medida nos casos em que houver o risco de irreversibilidade dos seus efeitos (§3º, do art. 300 do CPC).

É digno de nota que a medida antecipada, caso concedida, e, em momento posterior venha a ser constatado que o autor não tinha o direito que outrora se supunha, resultando na revogação da medida, surgirá para o requerido o direito de reparação de eventuais prejuízos suportados em razão da medida antecipada revogada que lhe havia sido imposta (art. 302 do CPC)²².

A tutela provisória da urgência estará sempre sujeita a reexame pelo juízo de cognição exauriente. O NCPC, contudo, criou a possibilidade de que a medida antecipada continue a produzir efeitos mesmo após a extinção do processo, conforme será demonstrado no capítulo 5.

4.1 Requisitos para concessão da tutela

O novo estatuto processual dispõe quatro requisitos comutativos para concessão da medida provisória urgente que são a rigor, (i) o requerimento da parte

²² JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 16, pp. 391-415. Rio de Janeiro: dez / 2015. p. 398.

interessada; (ii) a probabilidade do direito; (iii) o perigo de dano, e (iv) ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão²³.

Inicialmente, a partir de uma interpretação sistemática, depreende-se que é defeso ao magistrado determinar a tutela provisória de ofício. Assim, impõe-se que o requerimento expresso da parte interessada na antecipação da tutela é um dos requisitos para sua concessão, visto que, em caso de revogação da decisão que concedeu a medida será do requerente o ônus de indenizar os prejuízos suportados pelo requerido em razão da tutela provisória revogada.

Em segundo lugar, é necessário seja demonstrada a mínima probabilidade do direito (*fumus boni iuris*). Não se pretende, aqui, a prova da certeza e liquidez do direito que são próprios da tutela da *evidência*, mas, sim, que a narrativa dos fatos permita ao magistrado, com base em juízo de verossimilhança, verificar a plausibilidade da narrativa feita pelo requerente.

Em terceiro lugar, é necessário que se demonstre o perigo da demora (*periculum in mora*), em que a morosidade no atendimento a uma situação urgente, coloque em risco o direito material *sub judice*, bem como o próprio resultado útil que se espera do processo.

Por fim, a ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão decorre da própria lógica da tutela provisória. Caso as medidas provisórias não fossem reversíveis, ter-se-ia a própria tutela definitiva. Como não se admite a tutela jurisdicional definitiva com base em cognição sumária, é requisito que as medidas requeridas sejam sempre reversíveis.

4.2 Instrumentalidade atenuada

Segundo a lição de Alexandre Câmara, o processo é o instrumento sobre o qual a Democracia é exercida em um Estado Democrático de Direito²⁴. Com efeito, a constituição da república conferiu a dignidade de cláusula pétrea que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV,

²³ JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 16, pp. 391-415. Rio de Janeiro: dez / 2015. p. 398-402.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

CRFB/88). Assim, para que o Estado-Juiz exerça a jurisdição democraticamente, deve sempre fazê-lo segundo ao modelo do processo constitucional.

Se o processo é o instrumento pelo qual o Estado tutela direitos, a medida cautelar é instrumento pelo qual se tutela de garantia do próprio processo. Isso, porque *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (Art. 5º, XXXV, da CRFB), sendo a função precípua da medida cautelar a preservação do resultado útil do processo sempre que houver manifestação de urgência ou perigo de dano ao direito material.

O estatuto processual revogado previa que o processo cautelar “pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”²⁵, assim, mesmo que fosse autuado em autos próprios, o processo cautelar seria sempre dependente do processo dito principal. De certo modo, se o processo principal é o instrumento para tutela de direitos, o processo cautelar é o instrumento para tutela do próprio processo, sendo este o seu caráter acessório, ou, como prefere a doutrina, instrumental.

José Miguel Garcia Medina, ao comentar o NCPC, observa que o Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do código revogado, já havia firmado o entendimento de que as medidas cautelares de caráter satisfativo, em casos excepcionais, dispensavam a propositura da ação principal²⁶.

Tal dispensa, que era a exceção, atenuava a regra de instrumentalidade da medida cautelar em relação à necessidade de propositura de uma ação principal para evitar a perda de eficácia da tutela provisória.

Todavia, diferente do estatuto processual revogado, o NCPC atenua a instrumentalidade da tutela antecipada na medida em que a emenda da inicial com o pedido principal é meramente eventual, afastando, assim, o caráter acessório/instrumental da tutela antecipada satisfativa.

²⁵ Art. 796 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

Feita estas considerações, cumpre analisar os aspectos da decisão que concede a medida, e os possíveis caminhos que o processo pode seguir após a decretação ou não da medida antecipada.

4.3 Consequências da decisão sobre a tutela de urgência satisfativa

A depender da decisão que aprecia o pedido de antecipação da tutela satisfativa, o processo pode seguir dois caminhos distintos. Na primeira hipótese, em sendo deferida a antecipação de tutela, o CPC dispõe que parte autora será intimada a aditar a inicial, apresentando as razões complementares do seu pedido de tutela final (art. 303, §1º, I do CPC).

Caso adite a inicial, o processo seguirá o rito do procedimento comum, havendo a necessidade de citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação, ou, em não sendo o caso de composição amigável, para que apresente a sua contestação ao pedido da inicial (art. 303, §1º, II e III do CPC).

Caso não adite a inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 303, §2º do CPC). Eduardo Costa e coautores lecionam que a sentença de extinção, a *contrario sensu*, não tem efeito cassatório da medida antecipatória. Na verdade, a terminologia adotada pelo NCPC é imprecisa, pois, por conta da técnica de estabilização, a própria decisão que concedeu a medida é replicada na sentença de extinção do processo. Assim, a própria sentença terminativa passa a ter, ainda que de forma implícita, a análise mérito sobre o mérito da causa, ainda que provisória. Confira a esclarecedora lição doutrinária::

(...) a extinção sem resolução (ou, com mais propriedade, sem análise do mérito) tem eficácia cassatória das decisões anteriormente proferidas, algo que não se sustenta, uma vez que a decisão antecipatória da tutela não só resta hígida como (mais) estabilizada. Segundo, pelo fato de que tal tipo de entendimento, no fundo, ignora, (ou, no mínimo, não analisa os pormenores da problemática) o fato de que a decisão antecipatória da tutela é decisão sobre o mérito da causa, que, embora de modo provisório, é analisado. Terceiro, porquanto é a sentença de extinção que passa a regular o problema. Aqui, é imprescindível uma explicação. Em verdade, a sentença de extinção do processo (de análise provisória do mérito), além da eficácia desconstitutiva (finda a litispendência) contém, mesmo que de modo implícito, declaração da ocorrência da estabilização, que se dá, como visto acima, de modo compulsório. Assim, a sentença de extinção incorpora a decisão antecipatória da

tutela, que se estabilizou. A sentença é que passa a ser impugnável, seja por um eventual recurso, seja pelas ações previstas no §2º do art. 304, CPC ²⁷.

Em sentido igual é o entendimento de José Eduardo Carneira Alvim, vejamos:

Embora silente o §1.º do art. 304, a extinção, nesse caso, é equiparada à extinção do processo com resolução de mérito, na medida em que a decisão estabilizada contém um provimento substancial, relativo à pretensão material deduzida nesse processo embrionário, que acaba extinto pela falta de interposição de recurso da decisão; decisão essa que poderia ser enquadrada no inc. I do art. 487, porquanto o juiz, ao deferi-la, “acolhe o pedido liminar formulado na ação”²⁸.

Assim, sendo deferida a medida antecipatória sem a interposição de recurso do réu, e, não tendo o autor aditado a inicial, ocorrerá a extinção do feito com a estabilização da eficácia antecipada na sentença terminativa, como visto, por força de lei.

A segunda hipótese, em não sendo deferida a antecipação de tutela, o §6º do art. 303 do CPC, dispõe que o autor será intimado para emendar a petição inicial no prazo de 5 dias, sob pena de indeferimento da inicial e consequente extinção do processo sem resolução do mérito.

Nesse caso, Heitor Sica nos ensina que o indeferimento da inicial não resultaria em estabilização inversa a favor do réu, pois, da leitura dos arts. 303 e 304 constata-se que os benefícios da estabilização são voltados exclusivamente para o autor, que, no caso de indeferimento da inicial, poderá, a qualquer momento, tentar novamente o mesmo pedido de tutela antecipada²⁹.

4.4 Aspectos da defesa do requerido

O exercício do direito de defesa do requerido, como será demonstrado, será sempre eventual. Essa é a inteligência trazida no NCPC para tutela de urgência

²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 17, pp. 550-578. Rio de Janeiro. dez / 2016. pp. 564/565.

²⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e a sua estabilização no novo Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar. 2015. p. 96.

antecedente ao determinar que a defesa do réu contra a decisão que concede a tutela antecipada se dê pela interposição de recurso com a finalidade de, em primeiro plano, reexaminar a decisão concessiva da medida antecipatória, e, em segundo plano, para impedir a estabilização da tutela, assim, devolvendo ao autor o ônus de prosseguir com o aditamento da inicial para iniciar o contraditório efetivo sobre o pedido principal e, conseqüentemente, a solução definitiva do conflito sobre o direito material.

Nesse sentido, cabem dois esclarecimentos. O primeiro é sobre a noção de contraditório eventual. O segundo é sobre as inversões do ônus em dar prosseguimento ao feito, para levar a discussão da seara da cognição sumária para a cognição exauriente, ou seja, para busca da composição definitiva.

4.4.1 Contraditório eventual ou diferido

Inicialmente, temos que o contraditório efetivo é “*a garantia que tem as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem*”³⁰, sendo essa a regra, visto que é exigência própria do princípio do devido processo legal, caso contrário o provimento estatal seria, para todos os efeitos, passível de nulidade absoluta porquanto inconstitucional.

Se o contraditório efetivo é a regra, o contraditório eventual só pode ser a exceção. Desta feita, o contraditório eventual é próprio das tutelas provisórias. Isso, porque, as tutelas provisórias não demandam uma análise perfunctória sobre o caso concreto, pois, funda-se sempre em cognição sumária.

Há também que se esclarecer que o contraditório eventual não desafia o princípio do devido processo legal. Isso, porque não há propriamente uma dispensa do contraditório, mas, sim, uma conversão do que é obrigatório (contraditório efetivo) em algo facultativo (contraditório eventual), transferindo à parte o ônus de participar mais ativamente na resolução da controvérsia.

Por exemplo, consideremos a hipótese de o autor vir a ter o seu pedido de tutela satisfativa antecedente deferido pelo juiz em decisão sem a oitiva do requerido. Assim, o contraditório ocorreria postecipadamente, tendo o réu o ônus de

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

recorrer da decisão, para, com isso, transferir ao autor o ônus de aditar a inicial, iniciando o processo de conhecimento com o contraditório efetivo.

Essa experiência já ocorria de certo modo na ação monitória, em que o mandado monitório é deferido com base num juízo de cognição sumária, determinando ao requerido o pagamento da quantia apontada pelo autor ou, em havendo objeção, defender-se com a propositura dos embargos monitórios.

Assim, ação monitória dispõe expressamente que é faculdade do requerido opor-se ao mandado monitório, e, em sendo facultava a sua defesa, tem-se que o contraditório é, na verdade, eventual, e será exercido ou não conforme a vontade do réu.

A noção do contraditório diferido e do contraditório eventual se confundem. Isso porque se o contraditório é eventual, este necessariamente foi diferido. Porém, em sentido inverso, nem todo contraditório diferido será eventual. É, por exemplo, o caso em que se trata de tutela de urgência incidental, em que por conta da urgência, o magistrado poderá proferir uma decisão sem oitiva do réu, que, posteriormente, poderá manifestar-se em satisfação ao contraditório efetivo.

Porém, entende-se que se o requerido se quedar inerte, não se incumbindo do seu ônus de promover o contraditório, sofrerá com as consequências do não exercício dessa faculdade, que, na ação monitória implicaria na conversão do mandado monitório em título executivo judicial passado em julgado.

A mesma noção de contraditório eventual parece ter sido aplicada à tutela antecipada antecedente. Porém, *in casu*, há duas formas de defesa específica. Uma é estritamente processual, o recurso que ataca a estabilização da tutela, e a outra defesa é a própria contestação à inicial aditada.

Como será demonstrado a seguir, ambas defesas prestam para impugnar a medida antecipada, porém, essas são impugnações que ocorrem em momentos distintos, e podem acarretar sérias consequências para o requerido caso se abstenha de se valer delas, vejamos.

4.4.2 Interposição de recurso

A doutrina parece divergir sobre o sentido da palavra “recurso” no *caput* do art. 304 do NCPC. A corrente majoritária entende que o recurso cabível seria o agravo de instrumento com base na hipótese do inciso I, do art. 1.015 do CPC, que trata das decisões proferidas em sede de tutela provisória, como a única alternativa do réu para obstar a estabilização da decisão antecipatória.

Contudo, há corrente doutrinária que entende que a adoção da palavra “recurso” pelo NCPC em sentido lato daria azo a qualquer manifestação do réu um sentido de “impugnação” à medida antecipada, que, antes da extinção do processo, haveria de ser considerada pelo magistrado, que poderia inclusive revogar a medida com base na defesa do réu, conforme defendido por Heitor Sica:

É possível cogitar da situação em que o réu, embora tenha transcorrido *in albis* o prazo para recorrer da decisão concessiva da tutela provisória “estabilizável”, apresentou defesa munida de elementos de convicção relevantes e convincentes, que desmentem a tese do autor tida liminarmente como provável. A questão que se coloca, nesse caso, é se o juiz está obrigado a extinguir o feito e estabilizar a tutela sumária ou se poderia eventualmente revogá-la à luz do aprofundamento da cognição oportunizado pela defesa do réu. (...) o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo *ex vi* do art. 304, §1º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz “de mão atadas” diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário-probatório desenhado pela defesa do réu³¹.

Nesse sentido, qualquer impugnação do requerido haveria de ser considerada pelo órgão jurisdicional antes da estabilização da tutela provisória com a extinção do processo. No entanto, entendemos não ser essa a interpretação mais adequada para a hipótese.

Embora tal interpretação pareça razoável, discordamos por entender que a tutela de urgência satisfativa foi desenhada como um procedimento de contraditório eventual, ocorrendo somente após o aditamento da inicial, sendo essa uma

³¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar. 2015. p. 94/95.

condição necessária para o prosseguimento do feito, quando, aí sim, o réu teria a oportunidade de contestar após a realização da audiência de conciliação (art. 303, §1º, III, do CPC).

Ademais, entendemos que a técnica da estabilização da tutela é um benefício do novo código voltado exclusivamente para o interesse do autor, que, ao ter a medida concedida, haveria de se preocupar apenas em ter que defender a sua decisão favorável no segundo grau de jurisdição com a eventual interposição de recurso pelo requerido. Assim, em não havendo a interposição recursal, opera-se de pronto o efeito da preclusão sobre a decisão interlocutória, havendo previsão expressa do §1º do art. 304, do CPC, que extinção do processo será vinculada, sem previsão de retratação sobre a decisão antecipatória na sentença extintiva.

Assim, como já defendemos anteriormente, a decisão interlocutória cujas vias recursais restaram preclusas seria automaticamente transladada para a sentença de extinção do feito. Com efeito, não caberia ao magistrado avaliar os argumentos do réu que não recorreu da decisão, tal entendimento levaria a tergiversação do próprio conceito de estabilização da decisão antecipatória.

A respeito desse entendimento sustenta José Eduardo Carreira Alvim:

A meu juízo, a determinação legal é *impositiva*, de modo que, se *não for interposto o recurso* contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, ocorre a sua *estabilização*, pelo que qualquer outra providência judicial (contestação, embargos modificativos, agravo interno, reclamação, pedido de reconsideração etc.) deve ser liminarmente rejeitada. Tendo-se, no caso, uma decisão interlocutória, contra essa decisão o recurso expressamente previsto pelo novo Código é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Se, no entanto, a decisão for monocrática do relator no tribunal, o recurso será o agravo interno (arts. 932, II c/c 1.021, *caput*)³².

Por fim, entendemos que a hipótese de ajuizamento da ação revisional, de cognição exauriente, de que trata o §2º, do art. 304 do CPC, garante ao réu pleno exercício do contraditório e a possibilidade de revisão, reforma e/ou anulação da

³² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e a sua estabilização no novo Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

medida antecipatória, não havendo porque considerar a defesa contra a decisão que concede a medida antecipatória, senão na forma do agravo de instrumento.

Assim, entendemos que o recurso de que trata o *caput* do art. 304 do CPC é, inequivocamente, o agravo de instrumento do art. 1.015, I, do CPC. Sendo este o único recurso apto a obstar a estabilização da tutela provisória.

4.4.3 Contestação

A tutela de urgência satisfativa antecedente, diferente da tutela de urgência cautelar, não dispõe de contestação específica como faz o art. 306 do CPC. Como se trata de provimento inicial *inaudita altera pars*, o réu apenas é intimado para cumprir a medida decretada e citado para comparecimento à audiência de conciliação, não sendo, *a priori*, oportunizado o debate sobre a concessão ou não da medida, razão pela qual não há como se cogitar defesa do réu antes da decisão judicial sobre a concessão ou não da medida.

A contestação na tutela satisfativa antecedente, então, ocorre somente após o aditamento da inicial pelo autor e em não havendo composição das partes na audiência de conciliação, começando, assim, o prazo para resposta do réu à inicial aditada pelo autor.

Como se observa, para que o réu possa contestar o feito faz-se necessário o atendimento de duas situações.

Em primeiro lugar, que o réu recorra da decisão que concede a medida satisfativa antecedente, sob pena de extinção do feito sem a resolução do mérito com a consequente estabilização da medida antecipada.

Em segundo lugar, tendo o réu recorrido da decisão, estará satisfeito o requisito do *caput* do art. 304 para impedir a estabilização da tutela. Assim, ainda que o recurso tenha o seu provimento negado pela instância revisora, caso o autor não adite a inicial, o processo será extinto, automaticamente revogando a liminar, porquanto não mais estabilizada em razão da interposição recursal do réu.

Dessa forma, vemos que a contestação no procedimento da tutela de urgência satisfativa antecedente é meramente eventual, pois sempre dependerá do

aditamento da inicial. Uma forma que o réu dispõe para compelir o autor à aditar a inicial é a interposição do recurso de que trata o art. 304, em não o fazendo, corre o risco do feito ser extinto, com a estabilização da medida, pois, como visto, o contraditório nesse caso será eventual.

4.5 Ajuizamento da ação de cognição exauriente

Como vimos o processo somente prosseguirá até a cognição exauriente com o aditamento da inicial pelo autor, caso contrário será extinto. Todavia, há uma segunda hipótese de prosseguimento até a cognição exauriente, que, como observa José Eduardo Carreira Alvim, foi criada com sabor de ação rescisória³³.

O NCPC dispõe tanto para o autor quanto para o réu o direito de rever, reformar ou, mesmo, invalidar a decisão que concede a medida antecipada. Como vimos, a técnica da estabilização permite que a medida continue a produzir efeitos mesmo após a extinção do processo. Em assim sendo, o estatuto processual confere o prazo decadencial de 2 anos, contado a partir da ciência da parte da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §5º do CPC).

Assim, o NCPC, ao atribuir para ambas às partes a capacidade de ajuizamento da ação revisional que irá rediscutir a decisão que concedeu a medida antecipada, na verdade, nada mais faz do que distribuir o ônus de instauração da cognição exauriente.

Com efeito, essa observação é importante, pois, pode ser que a situação decidida em sede de cognição sumária não tenha contemplado toda a pretensão autora, havendo, portanto, a necessidade de rediscussão da medida pela parte do autor. Ou, pode ser que o réu, dando-se insatisfeito com a situação fática da medida antecipada estabilizada, queria impugna-la para obter a melhora da sua situação, assim, a redistribuição do ônus para que ambas as partes possam ajuizar a ação revisional é, senão, salutar.

³³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e a sua estabilização no novo Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

5 ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA URGENTE

Inicialmente, cumpre notar que a doutrina nacional é uníssona ao atribuir as origens da técnica de estabilização da medida urgente ao direito comparado. Com efeito, o legislador teve inspiração direta nos instrumentos processuais que lograram êxito em dinamizar a prestação da tutela jurisdicional nos países do continente europeu.

Assim, afigura-se necessário tecer breves considerações sobre os institutos de direito processual alienígenas, como o *référé* francês, o *provvediment d'urgenza* italiano, e a técnica de *inversão do contencioso*, adotada pelo estatuto processual português na reforma de 2013.

5.1 Direito comparado

5.1.1 Francês

O remédio processual francês para as situações de direito material que demandem a rápida prestação da tutela jurisdicional na forma de tutela provisória da urgência é *ordonnance* proferida no procedimento chamado *référé*, que significa “reportar”, cuja origem, segundo Paula Amorim, remonta ao ano de 1685, quando o tribunal *Châtelet* de Paris teria instituído o *référé* para tutelar os casos que demandassem provimentos de urgência³⁴.

Atualmente, após séculos de evolução, o aspecto mais notável do *référé* é que este funciona como um processo autônomo de cognição sumária, sem que tenha caráter de instrumentalidade em relação ao processo principal. Ou seja, a medida antecipada pelo *référé* não caduca caso não seja intentada a ação principal.

Portanto, diferente da experiência processual brasileira com o CPC/73, em que a tutela provisória era sempre um acessório do processo principal, estando a este condicionada, de modo que sem o ajuizamento da ação principal, a medida provisória caducava, perdendo os seus efeitos.

³⁴ AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 87.

O *référé*, embora não dependa do ajuizamento da ação principal, não tem o objetivo de substituir a ação de cognição exauriente. Pelo contrário, seu objetito precípua é tutelar a urgência do caso concreto, sendo, portanto, uma tutela fundada em cognição sumária (perigo de dano e probabilidade do direito), tanto que não possui aptidão para alcançar a dignidade da coisa julgada, que somente é alcançada pela ação principal de cognição exauriente, conforme observa Humberto Theodoro JR:

“A autonomia em questão faz com que o juiz do *référé* não seja alguém que delibera no aguardo de uma posterior e necessária intervenção de fundo em outra prestação jurisdicional. Essa ulterior composição do litígio, de caráter definitivo, pode eventualmente acontecer, mas não como necessidade sistemática ou orgânica. Mesmo que os dois procedimentos girem em torno do mesmo litígio, não perseguem o mesmo objeto e, por isso, não pode ser considerado como preliminar do outro.”³⁵

Paula Amorim ressalta que o instituto do *référé* tem peculiaridades como a possibilidade de ultratividade da *ordonnance* (medida antecipada), que, mesmo estando sujeita a possibilidade de ulterior revisão em sede de ação própria, ainda assim gozaria de relativa estabilidade, mantendo sua eficácia mesmo após a extinção do *référé*, o que, contudo, não alcançaria a mesma dignidade da coisa julgada material.

A decisão emanada em sede de *référé* goza de autonomia em relação ao procedimento de mérito de cognição plena e exauriente. É uma decisão pensada para ter caráter provisório, mas que pode se transformar em definitiva, pela inércia das partes. O processo de mérito é eventual, porque é mera faculdade das partes instaurá-lo. A eficácia da medida concedida em sede de *référé* não é subordinada à instauração, dentro de um prazo determinado, do processo de cognição completa, e subsiste mesmo que, depois de instaurado, este seja extinto. A decisão proferida pelo juiz do *référé* tem capacidade de sobreviver por si só no ordenamento jurídico. Assim, a doutrina majoritária diz que ela é provisória em tese, mas pode se transformar em definitiva de fato; ou, ainda, diz-se que ela assume maior estabilidade de efeitos, mas não é apta a produzir os efeitos da coisa julgada³⁶.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁶ AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.90.

5.1.2 Italiano

Antes da reforma de 2005, a tutela antecipada na Itália era, assim como a tutela antecipada brasileira do CPC/73, instrumento de tutela provisória que prestava a preparar e assegurar o futuro provimento de um processo de cognição exauriente.

Todavia, com a reforma de 2005, o CPC italiano inovou, muito na linha do *référé* francês, desvinculando o caráter instrumental da tutela provisória em relação a tutela principal ao alterar o art. 669 do CPC italiano, removendo a disposição que determinava o ajuizamento da ação principal, sob pena de ineficácia da medida provisória. Com isso, a eficácia provisória passou a vigir por tempo indeterminado, de forma estável, porém sem produzir coisa julgada, até que fosse ajuizada a ação de cognição exauriente capaz de rever, alterar e revogar a medida antecipada.

Nesse sentido comenta Paula Amorim:

Em 17 de janeiro de 2003, foi exarado o Decreto Legislativo nº 05, cujo art. 23 se intitulou *provvidenze cautelari ante causam*. Este dispositivo trouxe expressamente a previsão de que a instauração do posterior processo de mérito era mera faculdade das partes, sendo que a providência tomada em sede de cautelar não perderia sua eficácia caso o correspondente juízo de mérito não fosse iniciado. (...) Foi somente com a Lei nº 80, de 14 de maio de 2005, que tal previsão foi inserida no CPC, de forma ampla, situando-se no capítulo que regula, de maneira uniforme, os procedimentos cautelares em geral. Assim, atualmente, na Itália, é regra geral que a instauração do juízo de mérito, ou a sua continuação, quando for medida requerida no curso de uma causa já iniciada, trata-se de mera faculdade das partes, não havendo mais obrigatoriedade de fazê-lo, sob pena de a providência cautelar perder sua eficácia³⁷.

Humberto Theodoro Júnior, ao analisar a evolução da tutela antecipada no direito comparado, sintetizou o *provvediment d'urgenza* italiano da seguinte forma:

O que o código italiano põe à disposição do litigante é uma opção entre duas vias de acerto: uma sumária e célere, mas sem o atributo da coisa julgada; e outra com acerto pleno e exauriente, capaz de alcançar a indiscutibilidade própria da coisa julgada material³⁸.

³⁷ AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.115.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

5.1.3 Português

Após a recente reforma provocada pela Lei nº 41/2013, o Código de Processo Civil português teve o seu art. 369, I, a introdução de um novo instituto de direito processual no bojo das tutelas antecipadas, denominado de *inversão do contencioso*³⁹.

Esse novo instituto processual foi concebido, a exemplo do *référé* e do *provvediment d'urgenza*, para atenuar a instrumentalidade do processo cautelar português, passando a permitir que a decisão proferida em sede de cognição sumária passe a gozar de relativa estabilidade, dispensando a parte autora do ônus da propositura da ação principal, conferido ao processo civil maior economia e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Contudo, a grande inovação do processo português é a possibilidade de se conferir à tutela antecipada genérica a mesma dignidade da tutela da evidência. O CPC português autoriza ao juiz que tiver convicção segura do direito da parte autora, a deferir a providência antecipada, decretando a inversão do contencioso, ou seja, transferindo para o réu o ônus de ajuizar a ação principal para rediscutir a providência antecipada, sob pena de ter a conversão da medida provisória em sentença passada em julgado, formando coisa julgada material.

Nota-se, que o instituto da inversão do contencioso nada mais é do que a técnica monitória já conhecida no Brasil através de institutos como a ação monitória e mandado de segurança. Com efeito, a técnica monitória da inversão do contencioso é uma tutela provisória fundada em cognição sumária, porém, com base na evidência do direito.

Marlene Sofia Costa Torres, em dissertação de mestrado defendida perante a Universidade de Coimbra, sustenta que o instituto da inversão do contencioso não se funda no binômio perigo de dano e aparência do direito, mas na prova contundente do direito, confirmando tratar-se de tutela da evidência, vejamos:

³⁹ Art. 369, I, do CPC^{PT}: “Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

para decretar a inversão do contencioso, não basta uma apreciação sumária – *summaria cognitio* – da existência do direito (esta é o bastante para decretar a providência cautelar – c.f. artigo 365º, nº 1; 388º, nº 2 e 405º, nº 1) em que o juiz contenta-se com a aparência desse mesmo direito – *fumus boni iuris* –, exige-se que o juízo probatório final, do direito que se pretende tutelar, seja o mesmo de uma prova *stricto sensu*. Significa isto que o grau de convicção que o legislador exige é o mesmo que se exige ao julgador numa ação principal, todavia, esse grau deve ser obtido acidentalmente ao longo do procedimento.⁴⁰

Assim, vemos que nos moldes do CPC português, quando o autor apenas comprovar a aparência do direito, terá apenas o benefício da providência antecipada. Contudo, caso o autor tenha êxito em carrear aos autos provas que evidenciem a máxima probabilidade do seu direito, então, estará o juiz autorizado a convolar a tutela da urgência para tutela da evidência, transferindo ao requerido o ônus de impulsionar o processo, sob pena de ter o mérito resolvido em caráter definitivo, da mesma forma como ocorre com a técnica monitória.

Destarte, o instituto da inversão do contencioso é a resposta do legislador português às recentes inovações do direito processual europeu em matéria de antecipação de tutela. Porém, a grande inovação portuguesa foi levar à tutela antecipada a possibilidade de alcançar a mesma dignidade da tutela definitiva, ou seja, sendo capaz de produzir coisa julgada material.

5.2 Estabilização da medida urgente no NCPC

A implementação da técnica de estabilização do provimento de urgência pelo novo estatuto processual é a concretização de longo debate da doutrina brasileira, mormente em relação aos estatutos processuais europeus, notadamente o francês com o *référé*, e o italiano com o *provvediment d'urgenza*, que, como exposto anteriormente, conferem certa estabilidade à medida urgente, permitindo que esta mantenha sua eficácia mesmo após a extinção do processo, sem, com isso, fazer coisa julgada.

No Brasil, a maior precursora do debate pela implementação de medida semelhante ao ordenamento pátrio foi Ada Pellegrini Grinover, que, em 1997

⁴⁰ TORRES, Marlene Sofia Costa. Providências cautelares – novo paradigma: a problemática do regime de inversão do contencioso. 2011. 68 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra. p. 25.

apresentou a sua *Proposta de Alteração do Código de Processo Civil*, na qual sugeria a inclusão de um parágrafo ao art. 273 do CPC/73, para que a tutela de urgência gozasse de estabilidade em caso de inação do réu.

Com efeito, a proposta previa que havendo impugnação do réu, o processo seguiria o seu curso normal até o julgamento definitivo do mérito. Contudo, não sendo impugnada a decisão que concede a medida antecipada, ou, em sendo reputada inadmissível, “o provimento antecipatório converter-se-á em sentença de mérito, sujeita a apelação sem efeito suspensivo, ficando o réu isento de custas e honorários advocatícios se não a interpuser.”⁴¹

A proposta de Ada Pellegrini se aproxima, em muito, da técnica de inversão do contencioso adotada pelo novo código de processo civil português, em que não havendo contestação da parte do requerido, a decisão concessiva do provimento de urgência converte-se em sentença de mérito passada em julgado, resolvendo a lide definitivamente (*vide* item 5.1.3).

Contudo, o legislador brasileiro não seguiu a tendência lusitana, e nem acolheu a aludida proposta de Ada Pellegrini. Na verdade, como bem recorda Heitor Sica, a proposta já havia sido recusada logo no anteprojeto do NCPC, que dispunha expressamente no art. 293 que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”⁴², tendo a redação permanecido inalterada até a promulgação da redação final da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, conforme o §6º do art. 304⁴³.

5.3 Condições de cabimento da estabilização

Como bem observa Jobim e Pozatti, a escolha pela aplicação da técnica de estabilização à tutela provisória de urgência satisfativa concedida em caráter

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de Processo, nº. 86. Vol. 22, abr/jun/ 1997, p. 191-195.

⁴² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Matheus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). Tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴³ §6º do Art. 304 do CPC: A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo.

antecedente é uma opção do autor, que deverá indicar expressamente o seu interesse em que a tutela se estabilize (art. 303, §5º do CPC)⁴⁴.

Contudo, para que a técnica de estabilização seja cabível à hipótese, devem ser atendidas algumas premissas, que são: (i) o pedido expresso do autor para que seja concedido o benefício da estabilização da tutela; (ii) que a medida seja deferida sem prévia oitiva do requerido; e (iii) que o réu não tenha interposto recurso contra a decisão concessiva da medida.

5.4 O Aspecto monitorio da estabilização

No debate acadêmico sobre a natureza jurídica do fenômeno da estabilização, a doutrina converge no sentido de que a técnica da estabilização guarda marcante semelhança com a técnica usada na ação monitoria⁴⁵, em que a decisão que concedida em sede de cognição sumária com base na tutela da evidência torna-se estável quando não impugnada.

A ação monitoria foi introduzida no sistema processual pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, que alterou o CPC/73, tendo sido mantido em vigor com previsão atual nos arts. 700 a 702 do NCPC.

O procedimento monitorio, visa abreviar o longo curso do processo de conhecimento. Por exemplo, a ação monitoria permite ao credor de uma dívida que, embora não seja constituída em título executivo extrajudicial mas que seja comprovada na forma de documento relativo ao crédito, a intentar a ação monitoria para exigir o pagamento da dívida na forma do mandado monitorio, ou seja, um mandado *provisório* para que o devedor pague a dívida, ou, para que ofereça tempestivos embargos monitorios.

Caso o devedor oponha os embargos monitorios tempestivamente, instaurar-se-á o contraditório, passando-se a seguir o rito do procedimento comum (cognição

⁴⁴ JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 16, pp. 391-415. Rio de Janeiro: dez / 2015. p. 404.

⁴⁵ 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. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 209.

exauriente), suspendendo a tutela da ação monitória independente de caução, até o julgamento final do mérito dos embargos.

A segunda possibilidade, a realmente pretendida pela técnica monitória, é quando citado o devedor, este deixa de opor os seus embargos monitórios. Da sua inércia resulta a constituição do mandado monitório no título executivo judicial de que trata o §2º do art. 701 do CPC: “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”.

Com efeito, a proposta monitória visa remediar o perigo da demora e evitar a inutilidade da cobrança da dívida, que, com fundamento na cognição sumária da tutela de evidência (com base em prova documental) determina o pagamento da dívida, transferindo para o devedor o ônus da propositura dos embargos monitórios, instrumento processual capaz de processar a cognição exauriente.

Como bem observa Sidnei Agostinho Beneti, a ação monitória é um quase-milagre da ciência processual, “um instrumento de enorme simplicidade, que não pactua com formalidades desessenciais da satisfação jurisdicional e não se deforma pelos labirintos de procedimentos dispensáveis.”⁴⁶

Como bem observa Humberto Theodoro Júnior, citando Calamandrei:

Só eventualmente é que o procedimento de injunção se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional deduzida em juízo. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa de eventual contraditório (Calamandrei, *El procedimiento*, cit., p.24)⁴⁷.

As características mais marcantes do procedimento monitório são, então, a cognição sumária, a inversão dos ônus de iniciativa do contraditório de caráter preclusivo, a celeridade na obtenção do título executivo judicial quando a pretensão monitória não for resistida.

⁴⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. A nova ação monitória, in: Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, n. 8, São Paulo, 1996. p. 456.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Ação Monitória e a Reforma do Código de Processo Civil, in: Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, n. 8, São Paulo, 1996. p. 446.

Há, contudo, debate doutrinário acerca da formação de coisa julgada material em sede de ação monitória, o que enverada pelo mesmo caminho do debate sobre a *impossibilidade* de formação de coisa julgada em sede de tutela de urgência concedida em caráter antecedente que tenha adquirido a estabilidade qualificada após o decurso do prazo para propositura da ação de revisão.

Por outro lado, é incontroverso que haverá formação de coisa julgada na sentença proferida nos embargos monitórios. A controvérsia existe sobre a hipótese de renúncia do demandado em opor os embargos monitórios, se essa situação levaria a formação de coisa julgada material na ação monitória.

É que a coisa julgada material, tradicionalmente, depende do extenso debate em contraditório, viável apenas em sede de cognição exauriente. Como a decisão proferida na ação monitória para expedição do mandado monitório tem natureza de tutela provisória da evidência, há quem entenda que não haveria formação de coisa julgada material:

O instituto da coisa julgada é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo (art. 5º, LIV, da CF/1988). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas, sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver⁴⁸.

Esposando a mesma linha de raciocínio Alexandre Câmara ao comentar o §6º do Art. 304 do NCPD, defende que a consequência inexorável da decisão proferida em sede de cognição sumária, em que ocorre o fenômeno da estabilização, é não ser capaz de alcançar a imutabilidade e indiscutibilidade própria da coisa julgada material, motivo pelo qual nem mesmo se admitiria ação rescisória⁴⁹.

⁴⁸ 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. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 209. p. 28.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

Porém, há entendimento que considera possível a formação de coisa julgada material da decisão de tutela provisória proferida em sede de cognição sumária, mormente no caso do mandado monitório, justamente por ser capaz de formar título executivo judicial.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior pacifica o debate ao comentar a hipótese de ação rescisória contra a decisão que defere o mandado de pagamento:

Certo, porém, que a coisa julgada não é exclusiva das decisões dos procedimentos de discussão e solução exaurientes, podendo, também, por vontade do legislador, forma-se em procedimentos de cognição sumária. Se, no caso da monitória, a lei é expressa em declarar a possibilidade de formação de título executivo judicial (art. 701, §2º), bem como em prever que esse título é passível de ação rescisória (art. 701, §3º), não tem maior significado discutir-se se acha ou não diante de decisão de mérito e se é adequado o manejo de ação rescisória contra ela. Essas dúvidas ou objeções já foram consideradas e superadas pela regulamentação legal expressa.⁵⁰

Assim, ao dispor expressamente que o mandado monitório constituir-se-á em título executivo judicial, sendo, portanto, passível de execução *definitiva*, entendemos que há, de fato, coisa julgada material em sede de ação monitória.

Porém, esse entendimento não parece se coadunar perfeitamente com a noção de estabilização da tutela provisória de urgência concedida em caráter antecedente, ainda que existam grandes similitudes entre ambos os procedimentos.

Parece que a técnica monitória específica, por depender de robusta prova documental, tem fundamento na tutela da evidência, uma vez que a prova que a instrui é “dotada de *probabilidade máxima*”⁵¹ do direito reclamado pelo requerente.

Por outro lado, a técnica de estabilização da tutela de urgência, que tem abrangência geral, funda-se no perigo de risco da demora da prestação da tutela jurisdicional e a aparência do direito, sendo assim, na verdade, uma técnica monitória genérica⁵².

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II – 50ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 169.

⁵² ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

Nesse aspecto, a técnica de estabilização, embora notadamente semelhante a técnica monitoria específica da ação monitoria, parece trabalhar com uma margem de *probabilidade menor* ou mesmo *mínima* do direito.

Tendo isso em vista, dado o grau de incerteza de cognição tão superficial sobre o conflito de direito material, o legislador entendeu por vedar expressamente a formação da coisa julgada *material* à hipótese, conforme o §6º do art. 304 do CPC, vez que esse procedimento estaria aquém do *juízo de veracidade* que se espera para formação de coisa julgada material.

Embora não goze de aptidão para formar coisa julgada material, a técnica da estabilização, ainda assim, parece ser capaz de conferir relativa estabilidade à tutela urgente de uma situação de fato que, não tendo sido questionada pela ação própria do art. 304, §2º do CPC, parece tornar-se imutável. Mais sobre o assunto no capítulo a seguir.

6 IMUTABILIDADE DA EFICÁCIA ANTECIPADA

No capítulo anterior vimos que muito da evolução do direito processual brasileiro deve-se aos exemplos tidos nos sistemas processuais do continente europeu. O novo estatuto processual, ao atenuar a instrumentalidade das provisões urgentes concedidas em caráter antecedente, em muito se assemelha com a possibilidade de estabilização da tutela antecipada conhecida pelo direito francês e, mais recentemente, pelo direito Italiano.

A ideia de estabilização da tutela antecipada de urgência concedida em caráter antecedente decorre da não interposição do recurso de agravo de instrumento pelo réu contra a decisão interlocutória que concede a medida provisória, entender-se-á, então, que este aquiesceu à medida, e, esta conservará seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito.

Todavia, o Novo Código de Processo Civil incumbe ao requerente o dever de aditar a inicial, aduzindo o pedido principal, sempre sob pena de extinção da ação *sem resolução do mérito*.

Com efeito, não se nega que a sentença que extingue o processo tem o condão de cassar todas as decisões proferidas naquele feito, cessando a produção de todas as eficácias ali determinadas.

Contudo, uma interpretação sistemática do art. 304 do NCPC, notadamente, do seu §3º, permite concluir que somente uma decisão de mérito seria capaz de rever, reformar ou invalidar a eficácia antecipada.

Nesse sentido, leciona Eduardo Costa e coautores, que a extinção do processo não implicaria na cassação da eficácia antecipada, porque, ainda que implicitamente, e por força de lei (art.304, §3º do CPC), a medida antecipatória vem incorporada na sentença de extinção do feito⁵³.

⁵³ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 17, pp. 550-578. Rio de Janeiro. dez / 2016. p. 564.

Inicialmente, temos que o primeiro nível de estabilização da tutela antecipada antecedente é alcançado quando deferida a medida urgente, decorre o prazo recursal sem que o requerido tenha interposto o seu recurso.

Assim, a tutela guardará sua eficácia por tempo indeterminado, até que uma decisão superveniente sobre o mérito seja capaz de desconstituí-la. Tamanha a estabilidade da eficácia, que, mesmo com a extinção do processo se manteria produzido efeitos por conta da sua ultratividade.

Essa eficácia estável, contudo, estará sujeita a reexame pelo prazo de dois anos a contar da data da ciência da extinção do processo, podendo ambas as partes da relação processual nesse ínterim ajuizar a ação revisional que julgará o mérito da medida antecipada, constituindo, assim, a decisão de mérito de que fala o § 3º do art. 304 do CPC, a única capaz de revisar, reformar ou revogar a eficácia antecipada.

Há, porém, uma segunda hipótese. Como se observa da leitura dos dispositivos do art. 304 do CPC, o legislador não apresentou com clareza a situação jurídica da estabilização após o transcurso do prazo para ação revisional de que trata o § 5º do mesmo artigo. Para controverter ainda mais a situação, dispôs no § 6º que não haverá formação de coisa julgada, cabendo à doutrina e aos operadores do direito encontrar a interpretação mais adequada sobre esse instituto de direito processual.

Como visto não se trata de coisa julgada material em sede de cognição sumária. Não porque seria impossível, afinal, vimos que há hipótese no ordenamento jurídico para formação de coisa julgada material em sede de tutela provisória (*vide* item 5.4), mas, no caso, não ocorre por conta de escolha política do Legislador.

Enquanto que a ação monitória é fundada na máxima probabilidade do direito (evidência), havendo segurança suficiente para que o mandado monitório converta-se em título executivo judicial, a tutela de urgência requer, tão somente, a aparência - mínima probabilidade (*fumus*), razão pela qual, seria esse um exame muito mais superficial, a ponto de ter o Legislador entendido não ser adequado conferir a mesma dignidade à ambas as tutelas provisórias para que operassem os feitos da

coisa julgada material, sendo, portanto, expressamente vedado a formação de coisa julgada na tutela da urgência.

Todavia, a estabilização qualificada da tutela de urgência antecipada que surge após o transcurso do prazo de dois anos do § 5º do art. 304 do CPC, após o qual a eficácia antecipada não mais poderá ser revista, reformada, ou invalidada por decisão de mérito, por não formar coisa julgada, não tem poder vinculante de modo a impedir que o poder judiciário volte a conhecer da matéria.

Érico Andrade e Dierle Nunes ensinam que, no caso, ainda que tenha transcorrido *in albis* o prazo do §5º do Art. 304 do CPC, eventual demanda proposta para desconstituir a medida antecipada não seria rejeitada com base na exceção de coisa julgada, mas, sim, com base na decadência do direito de rever, reformar, ou invalidar a medida antecipada⁵⁴.

Todavia, cumpre ressaltar o detalhe de que o §2º do art. 304 é específico ao declarar que a “eficácia antecipada” pode ser revista em ação própria, ou seja, trata-se de ação de cognição exauriente para desconstituir a medida antecipada, e não propriamente julgar a integralidade do direito material controvertido, ainda que o faça de modo indireto.

Não há, portanto, após o decurso do prazo decadencial de dois anos impedimento para rediscussão do mérito do litígio, isso porque, como bem esclarece Heitor Vitor Mendonça Sica, há imutabilidade apenas do dispositivo da decisão que concedeu a medida antecipada, mas não ocorrerá a exceção de coisa julgada⁵⁵.

Fato é que a desídia do réu causou resultou em uma situação que lhe é desfavorável e imutável, mas nem por isso essa situação poderá ser tida por indiscutível como se gozasse de veracidade absoluta, isso até porque nunca chegou a ser submetida a um juízo de cognição exauriente.

⁵⁴ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

⁵⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar. 2015. p. 94.

Nesse sentido, poder-se-ia rediscutir em profundidade o mérito em ação de cognição exauriente, mas a eficácia estabilizada não poderá ser desconstituída em razão disso, pois, como vimos, o direito de desconstituir a medida foi sepultado pelo manto da decadência.

Assim, ainda que em eventual ação após o transcurso do prazo revisional se observe que o direito não era favorável ao requerente da tutela antecipada, é defeso ao magistrado alterar a eficácia estabilizada (vide §5º, do art. 304 do CPC).

Contudo, não há impedimento para que o Juiz, ao julgar o mérito após análise perfunctória do direito material, entenda ser o caso de condenar a parte que havia sido beneficiária da medida antecipada a indenizar a parte requerida que suportou a medida antecipada (agora autora da ação de cognição exauriente) que tenha sido prejudicada (art. 302, I, do CPC).

Nesse sentido Eduardo Costa e coautores ao lecionar sobre a “imutabilidade das eficácias antecipadas”:

(...) fixou-se o entendimento de que as decisões antecipatórias da tutela, prestadas na forma do procedimento antecedente do art. 303 e estabilizadas nos moldes do art. 304, ambos do CPC, caso não sejam alvo de qualquer tipo de impugnação no prazo estabelecido no §4º do último dispositivo legal citado, ganham um grau a mais de estabilidade. O *dictum* nelas existente torna-se indiscutível para fins de revogar, invalidar, reformar ou modificar as eficácias que foram antecipadas. Não há, todavia, óbice à discussão para fins diversos, especialmente os de natureza ressarcitória. A eficácia que exsurge do transcurso *in albis* do mencionado prazo não é propriamente a eficácia de coisa julgada, porquanto esta, pelos seus efeitos positivos e negativos, impeça qualquer tipo de discutibilidade judicial, salvo se houver rescisão do julgado. Trata-se, em termos mais pragmáticos, de uma figura intermediária entre a estabilização do mencionado art. 304 (geradora de coisa julgada formal) e a eficácia extraprocessual de coisa julgada (coisa julgada material). Neste trabalho, como já se fez anteriormente, convencionou-se denominá-la de “imutabilidade das eficácias antecipadas”⁵⁶.

Destarte, a eficácia da tutela de urgência antecipada, ao alcançar a sua estabilização qualificada após o transcurso *in albis* do prazo decadencial de dois anos para instauração da ação revisional, constitui apenas um dos atributos da coisa

⁵⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 17, pp. 550-578. Rio de Janeiro. dez / 2016. p. 574.

ulgada que é a imutabilidade. O segundo atributo, a exceção de coisa julgada, não se forma, como visto, por conta da escolha política do legislador.

Assim, a segunda estabilização da tutela é uma variante genérica da já conhecida técnica monitória. Enquanto a monitória típica é capaz de produzir título executivo judicial, e por via de consequência, coisa julgada material. A estabilização da tutela de urgência não seria capaz de produzir coisa julgada material, *per se*, mas tem a capacidade de tornar o dispositivo da decisão que concedeu a medida antecipatória imutável e exequível em caráter definitivo, sem, com isso, obstar o mérito do conflito de direito material por detrás da medida.

7 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se analisar o conceito de segunda estabilização da tutela antecipada antecedente, que decorre do não ajuizamento da ação revisional para no prazo decadencial de 2 anos, e conciliar essa noção de estabilização com o impedimento de formação de coisa julgada da tutela concedida em caráter de urgência (art. 304, §6º do CPC).

Para tanto, exploramos os conceitos de tutela provisória e tutela ordinária, observando que a primeira é fundada em juízo de verossimilhança, ou seja, cognição sumária baseada na aparência/probabilidade do direito, que permite a uma ação do estado mais tempestiva, inclusive com a postecipação do contraditório, que será eventual, resultando, num todo, em uma tutela mais célere na resposta à situação de direito material, embora sem ser uma solução definitiva ao litígio.

Por outro lado, vimos que a segunda tutela, de caráter ordinário, por fundar-se no juízo da veracidade, próprio da cognição exauriente, demanda contraditório efetivo e conseqüentemente a análise de todos os pontos alegados pelas partes do processo e as provas produzidas.

Depreende-se, inevitavelmente, que haverá certa morosidade na tutela ordinária, porém, com conhecimento exaustivo sobre a controvérsia, compõe o conflito de direito material, e pode alcançar a qualidade de imutável e indiscutível da coisa julgada material.

Contudo, embora seja próprio da tutela ordinária alcançar a coisa julgada, vimos que no bojo das tutelas provisórias a tutela da evidência, quando no âmbito da ação monitória, poderá constituir coisa julgada *material* em sede de cognição sumária. É o que ocorre quando o réu não opõe os embargos monitórios, tornando o mandado monitório em título executivo judicial com eficácia de sentença transitada em julgado.

Apontamos a diferença entre a tutela da urgência e a tutela da evidência. Enquanto a tutela da urgência depende da verossimilhança das alegações e do perigo de dano, a tutela da evidência, por outro lado, depende de prova que permita

ao juízo formar um entendimento mais seguro sobre o direito que será antecipado pela tutela da evidência.

Destarte somente se aplica a tutela da evidência quando as alegações do requerente forem fundadas em (i) prova documental, ou (ii) quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa do réu, que decorre da análise dos atos praticados nos autos pelo réu. Nesse sentido, a tutela da urgência opera com relativa probabilidade do direito, enquanto que a tutela da evidência, por seu turno, opera com a máxima probabilidade do direito.

Com base nos ensinamentos do direito comparado, observamos que aplicação da técnica de estabilização da tutela provisória de urgência foi inaugurada pelo *référé* francês, que funciona como um processo autônomo, sem depender do ajuizamento de uma ação principal, do qual as *ordonnance* (medidas provisórias) produzem efeitos mesmo após a extinção sem resolução do mérito.

O procedimento do *référé* permite que qualquer das partes e a qualquer momento ajuíze uma ação de cognição exauriente capaz de desconstituir a *ordonnance* estabilizada. Isso porque o *référé* não produz coisa julgada. No mesmo sentido seguiu o legislador italiano com o seu *provvediment d'urgenza*.

Por outro lado, também vimos que a solução adotada pelo legislador português no âmbito das tutelas provisórias genéricas, a *inversão do contencioso*, pode produzir coisa julgada material.

Com efeito, o legislador português adotou a técnica monitória *pura* conforme se depreende da leitura do inc. I do art. 369 do CPC português: “o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

Nesse sentido, ao dispensar o requerente do ajuizamento da ação principal, o legislador português atenuou o aspecto instrumental da tutela provisória e postecipou o contraditório, incumbindo ao requerido o ônus de ajuizar a ação principal para discussão do mérito (“a aludida inversão do contencioso”) e, se assim

não proceder, a providência antecipada se tornará a *composição definitiva do litígio*. Ainda que se trate de cognição sumária, há a máxima probabilidade do direito, própria da tutela da evidência, assim como já ocorre no caso da ação monitória.

Por outro lado, vimos que o legislador brasileiro ao introduzir técnica de estabilização da tutela urgente de caráter antecipado, fiou-se no consagrado *référé* francês, assimilando certas características como: (i) atenuação do caráter instrumental da tutela antecipada - rompe com a obrigatoriedade de que a parte autora tenha que ajuizar um processo principal para discussão do mérito sob pena cessamento da eficácia antecipada; (ii) a medida provisória goza de ultratividade em relação ao processo - continua a produzir efeitos mesmo após a extinção sem resolução do mérito; e, por último, (iii) a decisão que decreta a medida provisória, ainda que estável, não alcança a autoridade de coisa julgada.

Desse modo, o legislador brasileiro, diferente do português, adotou a técnica monitória “genérica” aos casos de estabilização da tutela antecipada antecedente. Vez que proibiu expressamente a possibilidade de formação de coisa julgada sobre a decisão que concede a medida provisória. Assim, findo o prazo para propositura da ação revisional capaz de rediscutir a medida, esta adquirirá um dos aspectos que são afeitos a coisa julgada, que é a característica de se tornar imutável. Porém, essa imutabilidade não faz exceção de coisa julgada.

Depreende-se, portanto, que a segunda estabilização da tutela antecipada antecedente resulta da decadência do direito de propor a ação revisional, de modo que apenas o dispositivo que decretou a medida não poderá ser objeto de nova apreciação jurisdicional, não havendo, contudo, óbice para que o mérito de fundo seja devidamente discutido em ação de tutela ordinária.

Apontamos que em eventual ação após o fim do prazo do § 5º, do art. 304 do CPC, é possível que numa análise mais detida sobre o mérito, seja verificado que a verossimilhança do direito não se confirma frente as provas produzidas, de modo que aquele que foi beneficiado pela tutela antecipada estabilizada, possa vir a ser condenado, em juízo de equidade, a reparar os danos suportados por aquele que teve de cumprir a medida provisória indevidamente.

Isso, porém, com a ressalva de que a medida provisória, em si, não poderá ser alterada, ou mesmo revogada, mantendo a sua vigência não obstante do novo entendimento sobre o direito material.

Assim, em tom de conclusão, a técnica monitoria genérica parece trazer maior celeridade para as respostas do Estado nas questões de urgência que demandem soluções rápidas e de caráter prático. A estabilização, em suas gradações não ofende o devido processo legal e nem mesmo contraditório efetivo. Pois, conforme exposto, a tutela somente se torna imutável diante da desídia do réu.

8 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). *Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório*, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4.

BENETI, Sidnei Agostinho. A nova ação monitória, in: Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, n. 8, São Paulo, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e a sua estabilização no novo Código de Processo Civil. Revista de processo. Vol. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 17, pp. 550-578. Rio de Janeiro. dez / 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de Processo, nº. 86. Vol. 22, abr/jun/ 1997, p. 191-195.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – nº 1, 2006, p. 197-223.

JOBIM, Marco Félix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 16, pp. 391-415. Rio de Janeiro: dez / 2015.

MACEDO, Eliane Harzheim. Juízo de verossimilhança versus tradição da ordinariade do processo. In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Uberlândia, 2012.

MACEDO, Eliane Harzheim. Prestação Jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? Revista de Processo, vol. 250, p. 189-215. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez / 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência como espécie de tutela provisória no novo código de processo civil. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 15, p. 268-298. Rio de Janeiro: jun / 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 55, jan/mar. 2015.

TALAMINI, Eduardo. Tutela monitoria: a ação monitória. Lei 9.079/95. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Ação Monitória e a Reforma do Código de Processo Civil, in: Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, n. 8, São Paulo, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II – 50ª ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Marlene Sofia Costa. Providências cautelares – novo paradigma: a problemática do regime de inversão do contencioso. 2011. 68 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra.