

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Betina Santoro Benvegnú

A NATUREZA JURÍDICO-PROCESSUAL DA
ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
SATISFATIVA DE CARÁTER ANTECEDENTE

Casca

2017

Betina Santoro Benvegnú

A NATUREZA JURÍDICO-PROCESSUAL DA
ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
SATISFATIVA DE CARÁTER ANTECEDENTE

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Professora Me. Nadya Regina Gusella Tonial.

Casca

2017

Dedico o presente trabalho aos meus pais, João Alberto e Eufrasia, e ao meu irmão, Fernando, pessoas únicas e batalhadoras, fontes de exemplo e inspiração, sem as quais não seria possível a concretização dessa caminhada.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela iluminação e suporte transmitidos, bem como pela saúde e força que me destinou neste caminho.

Agradeço a toda a minha família, especialmente aos meus pais e ao meu irmão, pela compreensão, dedicação e incentivo que me conferiram em todos os momentos.

Agradeço à professora orientadora Me. Nadya Regina Gusella Tonial pela incansável disponibilidade e ensinamentos dedicados a mim desde o início do curso até a concretização deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos pelo apoio incondicional que me proporcionaram em todos os momentos, pela paciência e pela amizade verdadeira.

Agradeço aos meus colegas de trabalho, tanto os atuais quanto os que já partiram em busca de novos desafios, pela compreensão, incentivo e aprendizagem constante que me proporcionaram.

Agradeço ao meu namorado Guilherme pelo apoio e por compreender a minha constante ausência no transcorrer desta trajetória.

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento pessoal, profissional e acadêmico nesses quase cinco anos de faculdade.

“A fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos.” (Teori Albino Zavascki)

RESUMO

O presente estudo analisa a natureza jurídico-processual da estabilização da decisão proferida em sede de tutela provisória de urgência satisfativa, requerida em caráter antecedente. Para tanto, objetiva-se interpretar a relação entre o tempo e o direito, verificar a regulamentação da tutela provisória instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como compreender a tutela de urgência antecipada de caráter antecedente e a figura da estabilização. O tema revela-se instigante, visto que representa uma inovação legislativa introduzida no sistema processual civil brasileiro que provocou divergência na doutrina quanto ao seu enquadramento. Assim, investiga-se a natureza jurídica da estabilização da decisão da tutela antecipada, após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável, à luz dos princípios da segurança das decisões judiciais e da efetividade processual, os quais asseguram a estabilidade da ordem jurídica e a duração razoável do processo. A fim de averiguar se a estabilização reveste-se ou não da força de coisa julgada material, utilizam-se os métodos de abordagem dialético e hermenêutico. Com isso, constata-se que a estabilização representa uma figura jurídica *sui generis*, ou seja, um instituto processual peculiar com relação aos demais, pois ela atribui efeito imutável apenas nos limites da decisão da tutela de urgência, os quais atingirão somente as partes do processo. Logo, tal decisão não faz coisa julgada material. Ainda, ressalta-se que os estudos doutrinários existentes representam, tão somente, o início de um longo debate, que será reforçado com os precedentes judiciais a respeito do tema. Todavia, ressalta-se que qualquer interpretação sobre o novel instituto da estabilização deve sedimentar-se nas garantias processuais constitucionais, para que o processo proporcione uma solução justa aos jurisdicionados e sirva de instrumento de pacificação social.

Palavras-chave: Coisa julgada. Efetividade da tutela jurisdicional. Estabilização. Segurança jurídica. Tutela provisória de urgência.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O TEMPO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA	10
2.1	O tempo do direito e o processo	10
2.2	A segurança jurídica decorrente da coisa julgada	19
2.3	A tutela jurisdicional efetiva.....	29
3	TUTELA PROVISÓRIA: UMA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA	38
3.1	Cognição sumária	39
3.2	A tutela de evidência.....	46
3.3	A tutela de urgência.....	54
3.3.1	A tutela de urgência de natureza conservativa	57
3.3.2	A tutela de urgência de natureza satisfativa	60
4	A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE.....	62
4.1	A estabilização: evolução histórica e noção.....	63
4.2	Procedimento no Código de Processo Civil de 2015.....	70
4.3	A natureza jurídica da decisão da estabilização	79
5	CONCLUSÃO.....	87
	REFERÊNCIAS	91
	ANEXO A – Projeto de Lei número 186/2005 do Senado Federal	100
	ANEXO B – Rito da estabilização da tutela de urgência antecedente.....	103

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a natureza jurídica da decisão provisória proferida em sede de tutela de urgência de caráter antecedente após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável. Trata-se de inovação legislativa introduzida no sistema processual brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015.

Através do novo instituto jurídico, é possível requerer a concessão da tutela de urgência em caráter antecedente, juntamente com a manifestação de vontade de que esta se torne estável, ocasião na qual a parte autora não promoverá o aditamento da petição inicial. Nessa hipótese, não havendo interposição de recurso pelo réu, a decisão torna-se estável, sendo que o processo será extinto e arquivado.

Ocorre que, embora o dispositivo legal que prevê a estabilização da decisão provisória disponha que esta não terá força de coisa julgada, o mesmo artigo preconiza que é de dois anos o prazo para propositura de ação com o intuito de reformar, invalidar ou modificar a tutela concedida. Assim, questiona-se a natureza jurídica dessa decisão após o decurso do referido prazo de dois anos.

Justifica-se a relevância do tema diante do princípio da segurança jurídica, bem como da celeridade processual, os quais asseguram a estabilidade da ordem jurídica e a duração razoável do processo, visto que a estabilização será aplicada nas decisões que versem sobre tutelas de urgência. Tal fato evidencia a importância da correta interpretação e análise do novo instituto, o qual poderá ser uma alternativa de solução efetiva para casos que necessitam de uma tutela definitiva urgente.

Isso porque, com a perceptível morosidade do Judiciário, um processo de conhecimento pode demorar muito tempo para obter uma sentença definitiva como resposta ao litígio. Já a decisão provisória, por sua vez, pode estabilizar-se diante da não interposição do recurso cabível e tornar-se definitiva após o decurso do período de dois anos.

Ressalta-se, ainda, que a segurança jurídica é um elemento fundamental no Estado Democrático de Direito, bem como que a duração razoável do processo é uma garantia constitucional. Logo, mostra-se importante e atual compreender as consequências da decisão provisória proferida em sede de tutela de urgência após o decurso do prazo de dois anos no qual se manteve estável.

Objetiva-se, desse modo, analisar a regulamentação da tutela provisória instituída pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial a natureza jurídica da tutela de urgência

antecipada, verificando se possui ou não força de coisa julgada, bem como em qual instituto do direito processual civil poderá ser enquadrada. Para tanto, elabora-se uma abordagem jurídica com o pensamento atual da doutrina, para definir a natureza jurídico-processual dessa decisão, após decorridos dois anos de sua estabilização.

A problemática reside na posição adotada pelos doutrinadores quanto à natureza jurídica e, conseqüentemente, efeitos decorrentes. Logo, indaga-se: como pode ser definida a natureza jurídico-processual do instituto da decisão provisória da tutela de urgência, requerida em caráter antecedente, após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável?

Para responder ao problema aventado, utiliza-se o método de procedimento monográfico, que se dedica ao estudo de grupos, profissões e instituições. Nesse sentido, a pesquisa será bibliográfica, utilizando os materiais já publicados relativos à abrangência do tema, analisando pensamentos doutrinários que tragam interpretações acerca do novo instituto da estabilização da decisão provisória.

Com relação ao método de abordagem, utilizam-se o hermenêutico e dialético, uma vez que melhor se ajustam à problemática em questão. O método hermenêutico permite a interpretação dos dispositivos legais previstos no Código de Processo Civil a respeito do assunto. Tal abordagem consiste em descobrir o conhecimento, ou seja, interpretar os textos e os sentidos revelados e ocultos acerca da estabilização da decisão provisória. Já o método dialético caracteriza-se pelo embate entre teses contrárias, em que é analisado o contexto por intermédio de uma interpretação dinâmica e totalizante, em face das contradições existentes e da realidade encontrar-se em permanente transformação.

A fim de facilitar a compreensão sobre os temas a serem abordados, o trabalho fragmenta-se em três capítulos, quais sejam: o tempo e a segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional efetiva; a tutela provisória: uma tutela jurisdicional diferenciada; e, por fim, a estabilização da tutela de urgência antecedente.

Desse modo, em um primeiro momento, estuda-se a relação do tempo com o direito, discorrendo-se acerca de como a instituição do tempo influencia diretamente a ciência do direito. Ainda, destaca-se a necessidade de aplicação dos princípios da segurança jurídica e da efetividade processual, além do conflito existente entre eles, que pode ser dirimido com a aplicação de tutelas provisórias.

No segundo capítulo, aborda-se a tutela provisória no ordenamento processualista civil brasileiro, apontando as principais diferenças entre as codificações de 1973 e de 2015. Busca-se, ainda, fazer uma distinção entre as tutelas de urgência e evidência, bem como da

subdivisão daquela em cautelar e antecipatória, sendo que nesta última espécie está contida a previsão de estabilização da decisão.

Já o terceiro capítulo apresenta a inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.105/2015, que é a estabilização da decisão provisória. Além disso, realiza uma abordagem histórica acerca da evolução do instituto, tanto no Brasil, através de Projeto de Lei apresentado ao Senado Federal em momento anterior, quanto no direito estrangeiro, por meio de outras figuras jurídicas que possuem a mesma finalidade. Após, discute-se a natureza jurídica atribuída à decisão prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil, quando presentes todos os requisitos para sua estabilização e decorrer o prazo de dois anos para manifestação das partes.

Por fim, destaca-se que o presente trabalho não possui o condão de esgotar a matéria pesquisada, considerando que a possibilidade de estabilização da decisão provisória de tutelas urgentes está apenas começando a ser aplicada e debatida, pois é recente a vigência da nova lei processual.

2 O TEMPO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O acesso à justiça representa um direito individual inerente ao regime democrático, previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV¹. Assim, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional rege as relações entre os indivíduos, os quais podem recorrer ao Poder Judiciário para solucionar controvérsias, tanto da esfera pública, quanto da privada.

Em virtude disso, surge o devido processo legal, para assegurar aos litigantes um tratamento uniforme e não arbitrário, devendo o procedimento adotado ser aquele prescrito em lei. A par disso aparece a segurança jurídica para dar certeza e estabilidade às relações processuais, visto que a decisão deve ser revestida de caráter imutável após o transcurso de determinado prazo, a fim de evitar incertezas no mundo jurídico.

Ainda, a prestação jurisdicional, além de ser realizada através da forma legal e de modo a proporcionar segurança aos cidadãos, resguardando a aplicação das garantias constitucionais aplicáveis ao processo, deve ser efetiva, não bastando apenas o acesso formal à justiça.

É imprescindível, portanto, que a tutela prestada pelo Poder Judiciário esteja dotada de efetividade, para que as partes consigam solucionar seu conflito. E esse resultado útil de pacificação social do processo deve ocorrer em um prazo razoável, sob pena de gerar maior injustiça. Com isso, necessário compreender o elemento “tempo”, bem como sua importância na prestação jurisdicional.

2.1 O tempo do direito e o processo

O direito possui relação intrínseca com o tempo. Tanto para a criação das normas jurídicas que regem qualquer espécie de direitos, deveres e/ou procedimentos, quanto para a utilização de mecanismos a fim de buscar sua efetivação por meio do processo, é relevante indagar acerca do vínculo natural existente entre o direito e o tempo.

Assim, considerando as premissas de que o tempo é uma instituição social construída pela sociedade, representada por veridades objetivas, como, por exemplo, o envelhecimento

¹ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “[...] “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

dos seres vivos, bem como de que a atividade fundamental do direito é a colaboração na criação de ligações sociais, fazendo com que a sociedade efetivamente exista, percebe-se que há uma interação lógica entre os dois fenômenos. Essa relação, segundo a lição de Ost, ocorre em quatro momentos: a memória, o perdão, a promessa e o questionamento (2005, p. 09-21).

A memória, que significa ligar o passado, é a primeira maneira do tempo jurídico, através da qual o pretérito e a origem das normas são certificados. O direito, portanto, torna-se membro da sociedade por intermédio de arquivos e documentos, tendo em vista que não se sustenta sem o passado. Assim, por meio da memória, o direito constrói a sociedade e mantém a tradição, surgindo, portanto, a consciência coletiva² (OST, 2005, p. 45-54).

Já o perdão³ possui sentido de desligar o passado, não significando, contudo, esquecer todo o transcorrido. Ao contrário, sugere a seleção do que não recordar, porque é pertinente memorizar apenas o que interessa no presente. Nesse sentido, as ciências jurídicas e sociais são úteis somente em uma sociedade em que haja o perdão, pois este representa a maturidade do direito. É, portanto, o único meio de superar uma ofensa sem esquecê-la e desligar a vingança sem fazer uso da injustiça. Para isso, a proporcionalidade entre a preservação do passado e a aceitação do presente é buscada por vias como o direito (OST, 2005, p. 131-138).

Diferentemente dos outros momentos, a promessa tem como objetivo ligar o futuro, no sentido de tentar construí-lo, na medida em que se relaciona exclusivamente com a realização daqueles que a prometem. Dessa forma, encontra-se vinculada à fidelidade, pois apenas com a confiança poderá ser revertida em laço social. A Constituição, a exemplo, representa uma tentativa de construir a sociedade do futuro, ou seja, o plano de fundo que sofrerá adaptações em conformidade com a realidade social⁴. Assim, o que virá sempre estará sujeito à revisão, porém, é possível olhar para um futuro fundado em uma promessa de colaboração, baseada principalmente na confiança (OST, 2005, p. 192-194).

² Observa-se que a longa duração da pena, por exemplo, possui relação direta com o tempo da memória, pois a condenação representa, entre outras coisas, a lembrança do passado (OST, 2005, p. 120-121).

³ Enquanto que ter memória é possuir consciência de lembrar o que interessa e esquecer o restante, o perdão é “uma seleção do que deve ser esquecido. No caso do Direito, o mecanismo utilizado é o Poder Judiciário, uma maneira moderna de encaminhar a questão da memória/esquecimento” (ROCHA, 2003, p. 315).

⁴ Conforme lecionam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan Morais, “O processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento linear. Com efeito, a sua trajetória, longe de percorrer um histórico que lhe traçasse um perfil uniforme, expressou-se, muitas vezes, de maneira contraditória. Tais contradições permitiram que a teoria jurídico-política propusesse a ocorrência daquilo que se nominou contrapontos, na tentativa de explicitar esta tortuosidade e as dificuldades encontradas. [...] O que se pode retirar de tal formulação é, em primeiro lugar, a ideia de que muito daquilo que fora prometido pelos formuladores do ideário democrático, na perspectiva procedimental, em particular, não foi cumprido ao longo destes dois séculos, caracterizando o que Bobbio chamou de promessas não cumpridas” (2010, p. 113-117).

Por fim, a ideia de questionamento remete a desligar o futuro, representando o momento mais importante da reprodução do tempo no direito, dado que relaciona o tempo e o direito com a memória, o perdão e a promessa. No entanto, o questionamento não rompe com as promessas, eis que não nega o novo, tampouco apaga as memórias, pois, caso o fizesse, aboliria a história. Ao invés disso, confere ao direito a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si mesmo. Para tanto, mostra-se pertinente a participação dos cidadãos em deliberações públicas, a fim de reinventar as instituições democráticas (OST, 2005, p. 385-397).

A tutela provisória, por exemplo, representa aquilo que o direito não é, visto que fere alguns princípios da democracia, que foram instituídos com base em uma ideia de tempo de longa duração, o que não se coaduna com o mundo globalizado. Isso porque, com a globalização, as decisões necessitam ser proferidas de maneira mais rápida, o que torna mais difícil a ideia de questionamento (ROCHA, 2003, p. 316-217).

Dessa maneira, a dialética referente aos quatro momentos em que o tempo do direito desenvolve-se não é absoluta. Este deve ser mensurado sempre no presente, levando em consideração os quatro tempos, que se apresentam de modo simultâneo. Além disso, diante da incerteza da atualidade⁵ e da necessidade de ética, é imprescindível que a medida seja efetuada com responsabilidade (OST, 2005, p. 399).

Com isso, percebe-se a intrínseca relação entre o tempo e o direito, o que repercute na prestação jurisdicional, no meio de composição de litígios que se denomina de processo. Assim, considerando a difícil hipótese de que um ser humano renuncie seu desejo em favor de outro, foram criadas ao longo da história diversas formas de resolução de conflitos. A conciliação e a mediação, por exemplo, são técnicas recepcionadas pela atual legislação de processo civil, sendo que ambas objetivam a autocomposição dos embates pelas partes conflitantes, apenas com o auxílio de um terceiro⁶ (DIDIER JR, 2016, p. 273-275).

No entanto, é evidente que o Estado encarregou-se quase que integralmente pela resolução dos litígios que acometem seus cidadãos. Através do processo, que é um meio

⁵ É necessário, no direito, saber institucionalizar valores, contudo, ao mesmo tempo, ter consciência de que em um futuro próximo pode ser que eles não valham mais nada, visto que “a função do direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. Se o Direito não conseguir estruturar-se, as dificuldades temporais serão cada vez maiores” (ROCHA, 2003, p. 317).

⁶ Desde os tempos remotos, os homens buscam um terceiro alheio ao seu conflito para resolvê-lo, sejam os deuses, por meio da religião, ou os seres humanos, através de outros mecanismos. Embora os cidadãos devam conviver em sociedade, é imprescindível a existência de regras sociais e de conduta que regulem suas relações, pois vontades diferentes podem entrar em discordância, sendo necessário, portanto, uma forma de resolução do confronto (JOBIM, 2016, p. 59-65).

colocado à disposição das partes para que estas procurem uma resposta judicial ao conflito, o ente estatal possibilita que seja recorrido ao Poder Judiciário. Este órgão, por sua vez, solucionará o litígio (MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 158-160).

Conforme explica Mendez que “(...) si el proceso es siempre un problema humano, en su meta, esto es, en el juicio, se potencia al máximo el conflicto de los hombres implicados em el drama, diria mejor, en la trejedia. Las partes exigen el juicio de un tercero [...]” (1979, p. 172)⁷, que represente o Estado, mas esteja inserido na realidade social.

Dessa forma, a finalidade do processo⁸ é a solução das controvérsias entre os interesses dos seres humanos, com a consequente realização dos direitos subjetivos destes, na medida em que o conflito é oriundo da sociedade. A via processual possui a capacidade de satisfazer os direitos subjetivos das partes dentro dos parâmetros sociais (MEDINA, 2016, p. 107-110).

No direito processual civil, duas atividades diferentes podem ser desempenhadas ao longo do processo, sendo elas de conhecimento e de execução. No processo de conhecimento é efetivamente discutido, analisado e julgado todo o debate da lide, tendo como fim uma sentença de mérito. Já na execução, o direito é preexistente, eis que há um título executivo extrajudicial ou judicial nos autos que comprova as alegações, não havendo necessidade de produção de provas e análise do mérito. Nesse sentido, as duas atividades podem ser exercidas de maneira separada ou conjunta, bem como no procedimento comum ou até mesmo em procedimentos diferenciados (MARINONI, 2016, p. 48-50).

Nesse sentido, o processo judicial possui o papel de concretizar uma regulamentação já existente, que é uma norma consumada, denominada de direito material⁹. O Estado, ao solucionar as lides que lhe são apresentadas, encontra-se vinculado a esse direito pré-existente, devendo atuar de forma fiel e em conformidade com as normas ditadas por ele. Portanto, os direitos material e processual devem andar de forma conjunta, este sendo o instrumento daquele (GRECO FILHO, 2013, p. 48-53).

⁷ Tradução livre da autora: “[...] Se o processo é sempre um problema humano, em seu objetivo, isto é, o julgamento, maximiza o conflito dos homens envolvidos no drama, eu diria melhor, na tragédia. As partes exigem o julgamento de um terceiro [...]”

⁸ A palavra processo tem origem no verbo *procedere*, que significa avançar para um objetivo, devendo desenvolver-se de maneira temporal, não só no direito, mas em todas as áreas. Na área jurídica, o uso dessa nomenclatura encontra-se associado ao processo judicial, que se desenvolve através da tutela jurídica estatal (SILVA, 2000, p. 13-14).

⁹ Ainda, o processo é complementado pelo direito material, sendo circular a relação que existe entre eles, haja vista que aquele tutela situações jurídicas substanciais, que correspondem ao direito material, ou, mais precisamente, àquilo que se encontra em discussão na lide. Dessa forma, o poder judiciário, através do processo, efetivamente realiza os projetos desenvolvidos pelo direito material (DIDIER JR., 2016, p. 39-41).

Assim, compreende-se que o direito corresponde à necessidade de disciplinar a convivência em sociedade, sendo este seu sentido material. Já o direito processual procura regulamentar as técnicas para solucionar eventuais conflitos, nas ocasiões em que ocorrerá o descumprimento de uma norma material¹⁰ (DINAMARCO, 2003, p. 39-43).

Além disso, o direito processual pode ser relacionado a diferentes esferas, seja administrativa, trabalhista, civil, penal, entre outras. No entanto, sempre será mencionado como ramo do direito público, tendo em vista que, independentemente da área, a essência da função jurisdicional é a mesma, embora o direito material a ser discutido seja diverso. Logo, a tarefa exercida pelo Estado é realizada através do método definido como processo, que recebe sua denominação conforme o ramo de direito material sobre o qual versa a oposição de interesses (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 03-04).

Contudo, a simples alegação de que o processo é um instrumento não é suficiente para conhecer acerca desse instituto do direito. É necessário compreender os objetivos sociais, políticos e jurídicos do processo, que representam os fins para os quais a ordem jurídica cria um sistema processual (DINAMARCO, 2003, p. 180-192).

Os escopos sociais representam o alcance da paz social e da educação. Com isso, a consciência de que o processo deve atingir os referidos objetivos possibilita que aqueles que operam o processo adquiram melhor entendimento e procurem tomar decisões acertadas à luz dos fins sociais (DINAMARCO, 2003, p. 194-203).

Já os objetivos políticos dizem respeito ao compromisso que a justiça possui perante a política, eis que aquela faz parte desta. Essa relação decorre do poder estatal de tomar decisões imperativas, bem como dos deveres de assegurar a liberdade e garantir às pessoas sua devida participação democrática. Nesse sentido, o processo possui o escopo de ligar o direito às garantias fundamentais, inclusive através de remédios constitucionais como o *habeas corpus*¹¹ (DINAMARCO, 2003, p. 208-209).

¹⁰ Observa-se que “os membros da coletividade têm inúmeros direitos, que lhes são assegurados por lei. As normas de direito material contêm a indicação daqueles que o integrante da comunidade possui. Mas nem sempre esses direitos são respeitados pelos demais membros do grupo. São comuns as violações e o desrespeito ao direito alheio. Aquele que se diz titular do direito substancial pode, então, ir a juízo postular a intervenção do Estado, para que este recomponha o seu direito lesado, fazendo-o valer” (GONÇALVES, 2012, p. 24).

¹¹ A finalidade do *habeas corpus* é “assegurar a liberdade de locomoção em face de coação de qualquer natureza a que o seu titular esteja sujeito. Provenha o ato restritivo de autoridade pública ou até mesmo de um particular, poderá aquele sobre quem incide a coação (o paciente) valer-se do *habeas corpus* para recuperar a plenitude de sua liberdade ou para evitar que ato daquele jaez se consuma” (MEDINA, 2012, p. 223). Encontra-se positivado como garantia fundamental no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal.

Ainda, o processo possui finalidade jurídica, tendo em vista que é o instrumento do direito, bem como que este se trata de uma ciência normativa. No entanto, o objetivo não pode ser exclusivamente jurídico, devendo ser relacionado com as demais finalidades (DINAMARCO, 2003, p. 215-217).

Dessa maneira, o processo simboliza um instrumento que deve buscar constantemente a obtenção de seus objetivos¹² em todas as categorias referidas, a fim de mostrar a efetiva utilidade desse meio, na medida em que,

[...] sem compreender a sua instrumentalidade assim integralmente e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer consequências cientificamente úteis ou aptas a propiciar a melhora do serviço jurisdicional. Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos (DINAMARCO, 2003, p. 182).

No Estado Democrático de Direito, o processo possui papel essencial à concretização da justiça. Ademais, não pode ser efetivado na ausência das disposições constitucionais, ou seja, o processo deve ocorrer sempre à luz das previsões que constam na Lei Maior, pois visa a realização dos objetivos do Estado, entre os quais se destacam a busca por liberdade e igualdade (MARINONI, 1993, p. 02-20).

Com isso, há um vínculo entre constituição e processo que revela uma nova ordem jurídica, denominada de pós-moderna. Superadas as fundamentações sobrenaturais, cabe à Lei Constitucional instituir valores fundamentais, ocasião na qual a justiça necessita de formas procedimentais baseadas na racionalidade. Nesse momento, o processo representa uma opção à exigência da racionalidade, que se trata de uma característica essencial do direito moderno (GUERRA FILHO, 2002, p. 29-31).

Logo, considerando que o processo tem como função tutelar os direitos fundamentais, sua natureza é constitucional, pois busca a garantia daqueles, da mesma forma que as ações constitucionais. Nessa linha, a Constituição Federal contém disposições que guiam as funções estatal e social, com o objetivo de alcançar o bem-estar dos integrantes da sociedade. Na seara processual, destacam-se os princípios do devido processo legal, inafastabilidade da tutela

¹²Diante disso, é indispensável ao operador do direito observar que o processo não existe por si só, mas sim para atingir determinados objetivos, quais sejam as resoluções dos conflitos existentes entre os interesses dos indivíduos e a garantia da paz social. Assim sendo, as formalidades impostas pela lei não são imprescindíveis. Caso estas sejam desrespeitadas por algum motivo, porém, a finalidade do ato processual for alcançada, este não será declarado nulo, haja vista em vista que, tendo o objetivo sido atingido, não há eventuais prejuízos às partes (GONÇALVES, 2012, p. 24).

jurisdicional e efetividade da prestação jurisdicional, entre outros (GUERRA FILHO, 1999, p. 15-21).

O princípio do devido processo legal é a base das garantias¹³ que o Estado Democrático de Direito disciplina em sua Constituição Federal em relação ao processo civil, sendo que dele decorrem os demais princípios processuais constitucionais, os quais são espécies deste gênero. Previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988¹⁴, esse princípio garante que o devido processo legal, de acordo com as garantias constitucionais, ocorra na via judicial, mas também em qualquer processo administrativo. Dessa forma, verifica-se que possui dois sentidos, quais sejam, material e processual¹⁵ (NERY JUNIOR, 1999, p. 30-39).

O direito fundamental ao devido processo legal possui duplo caráter. No caráter objetivo, esse direito representa elemento fundamental objetivo da ordem jurídico-constitucional brasileira, motivo pelo qual uma norma infraconstitucional que o viole não poderá subsistir. Além disso, as disposições processuais devem ser interpretadas de acordo com esse direito fundamental, que vincula inclusive as relações entre particulares. Não obstante, o caráter subjetivo significa que o direito fundamental ao devido processo legal pertence às pessoas, independentemente de eventual exigência por meio de ação judicial (MATTOS, 2009 p. 145-154).

Com isso, constata-se que a atuação do Poder Judiciário não pode ser afastada e é imperativa, com o que surge uma das maiores preocupações no direito: o controle da atividade jurisdicional. Por essa razão, os atos judiciais justificados são apenas aqueles que observarem os limites legais impostos, a fim de garantir os direitos dos cidadãos e limitar a atuação desse

¹³Destaca-se que as garantias existem “em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjugar. [...] A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. [...] A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito a acatamento de direitos que a norma suprema protege” (BONAVIDES, 2013, p. 541-566).

¹⁴Dispõe o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “[...] LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]”

¹⁵O sentido material indica que o devido processo legal incide tanto no direito material quanto nos processos judiciais ou administrativos. A proibição da retroatividade da lei penal é um exemplo de aplicação do devido processo legal inclusive no direito material. Já o controle judicial dos atos praticados pela Administração Pública demonstra a incidência do princípio no âmbito administrativo. O sentido processual, por outro lado, representa um significado mais restrito do devido processo legal, significando garantias propiciadas ao litigante, tais como a ampla defesa, o contraditório, a igualdade de partes, entre outras (NERY JUNIOR, 1999, p. 35-40).

poder. O conjunto de todas essas limitações, por sua vez, é denominado de devido processo legal (LUCON, 2016, p. 325-326).

Desse princípio decorrem inúmeros outros, sendo que todos visam alcançar o devido processo legal¹⁶. Dentre eles, mostram-se mais relevantes ao presente trabalho e merecem atenção especial os princípios do contraditório e à duração razoável do processo, também elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nos incisos LV e LXXVIII¹⁷, respectivamente.

A razoável duração do processo foi introduzida na Lei Maior através da Emenda Constitucional número 45 de 2004 e deve ser compreendida observando cada caso específico, pois não há possibilidade de impor que processos que versem sobre situações complexas, possuam a mesma duração do que aqueles que tratem sobre controvérsias mais simples. Ainda, o princípio sugere a criação de mecanismos que proporcionem melhoria e facilidade para a atividade estatal ao prestar a jurisdição através do processo. Contudo, essa garantia constitucional não autoriza que os demais princípios fundamentais sejam prejudicados (BUENO, 2016, p. 54).

Além da Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 2015 também recepcionou o referido princípio em seu artigo 4º¹⁸, sendo que a principal novidade é a incorporação expressa do processo de execução naquelas atividades abrangidas pela duração razoável. No entanto, por ora, não há algo efetivo e tangível que assegure a realização do princípio em questão (NEVES, 2016, p. 15-16).

Portanto, não basta a redação isolada do princípio, pois isso não garante que os processos sejam finalizados em tempo razoável. É imprescindível a adoção de mecanismos que evitem a longevidade dos processos, o que prejudica tanto as partes quanto o direito em si. Uma técnica atual que auxilia em garantir a aplicação do princípio constitucional em questão é a previsão da obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação no início da ação¹⁹ (MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 40-42).

¹⁶Decorrem do devido processo legal os princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais (NERY JUNIOR, 2004, p. 71-215).

¹⁷Dispõem os incisos LV e LXXVIII do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que: “[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”

¹⁸Artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

¹⁹Artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com

Assim, na lição de Canto, “o direito à duração razoável do processo deve ser visto sob dois ângulos, o primeiro para evitar que este se delongue desnecessariamente, e o segundo para que este dure suficientemente a propiciar a satisfação da tutela pretendida” (RIO GRANDE DO SUL, 2011, p. 05).

Já a garantia fundamental do contraditório abrange tanto a esfera judicial quanto a administrativa. No processo civil, decorre desse princípio a necessidade de dar ciência à parte contrária de todos os atos praticados no processo, bem como conceder a possibilidade de manifestação, o que se aplica inclusive nos procedimentos executórios, e não tão somente à fase de conhecimento, em que pese naquele o contraditório possua menor amplitude (GONÇALVES, 2012, p. 46-49).

A aplicação do princípio do contraditório é exigência para a atuação democrática de um poder. Considerando que democracia é participação, a presença das partes no processo é concretizada através da efetivação dessa garantia constitucional. Desse modo, o contraditório no processo civil pode ser subdividido em duas garantias, quais sejam, participação e possibilidade de influência na decisão (DIDIER JR., p. 81-86).

A fim de dar real efetividade a esse princípio, o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 9º²⁰ e 10º²¹, trouxe disposições que vedam expressamente a possibilidade de proferir decisão contrária à parte sem ter concedido oportunidade para esta manifestar-se. Essa previsão abrange inclusive decisões que versem acerca de matéria de ordem pública, que podem ser decididas de ofício, com exceção das hipóteses elencadas nos incisos no parágrafo único do artigo 9º.

O binômio informação e reação, que representa o direito de ser ouvido, deve ser cumprido até mesmo em questões de ordem pública, a fim de evitar que seja proferida uma decisão que surpreenda a parte. O órgão jurisdicional, portanto, deve manter um diálogo

antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes [...].”

²⁰Artigo 9º do Código de Processo Civil de 2015: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.”

²¹Artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

constante com as partes a fim de concretizar o princípio constitucional do contraditório (MEDINA, 2016, p. 124-125).

Portanto, entende-se que o direito deve evoluir com o passar do tempo, visto que se constitui em uma ciência social, sob pena de não atingir sua finalidade e apartar-se da missão de solucionar os litígios da sociedade, através da tutela jurisdicional. O tempo no direito representa um papel fundamental na criação e na aplicação das normas jurídicas, bem como na realização de sua efetividade na regulação social.

Em especial, o tempo revela-se importante à prestação da tutela jurisdicional, que deve ocorrer à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, como o devido processo legal e a razoável duração do processo. Considerando que o tempo traz a constante mudança da sociedade atual, é imprescindível compreendê-lo no processo civil, a fim de que, simultaneamente com a evolução do direito, a prestação jurisdicional seja efetiva e consiga assegurar a estabilidade e a certeza nas relações das partes, por meio da segurança jurídica, que também é responsável pela pacificação social.

2.2 A segurança jurídica decorrente da coisa julgada

Diante das constantes mutações²² das relações existentes entre as pessoas, decorrentes inclusive do mundo globalizado, o princípio da segurança jurídica representa um direito e garantia individual, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal²³, correspondendo a um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito.

A Constituição, ao determinar que a lei não prejudicará a coisa julgada, optou por favorecer a estabilidade das decisões jurídicas, com a finalidade de evitar intermináveis debates acerca do mesmo problema. Assim, concretizou-se o princípio da segurança jurídica,

²²Em outras palavras, as mutações decorreram do “derretimento dos sólidos, traço permanente da modernidade, que adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro” (ZYGUMUNT, 2001, p. 12.13).

²³Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]”.

estabelecendo uma norma constitucional que protege a figura da coisa julgada, tornando-a parte daquele direito fundamental (MITIDIERO, 2016, p. 668).

Isso porque em poucas oportunidades uma relação jurídica processual ocorre isoladamente, haja vista que um mesmo fato pode originar inúmeras relações e, por consequência, várias demandas similares. Essas, por sua vez, podem estar relacionadas em razão de identidade, diversidade ou analogia, sendo que este último motivo é verificado quando alguns elementos de uma ação são iguais aos de alguma outra. Essa hipótese gera uma situação de incerteza para as partes, tendo em vista que as demandas podem ter tratamentos diferentes (LUCON, 2016, p. 331).

Por conta disso, a segurança jurídica surge com a finalidade de evitar decisões conflitantes ou contraditórias, bem como a atividade jurisdicional sem utilidade em processos que são semelhantes. Nesse sentido, pode ser interpretada como uma norma-princípio que possui poder para adesão de comportamentos auxiliares da criação de um estado de confiança (LUCON, 2016, p. 332).

Dessa garantia individual denominada segurança jurídica decorre o princípio da proteção da confiança, sendo que ambos complementam-se reciprocamente. Esse último representa um instrumento de proteção dos direitos individuais diante daqueles que possuem o poder, e pode ser exemplificado pela situação de confiança da pessoa que exercita sua liberdade confiando na aparência de validade de um ato normativo, relacionando-se, dessa forma, inclusive com a boa-fé²⁴ (DIDIER JR., 2016, 138-142).

Diante dessa premissa, o direito não pode caracterizar-se pela insegurança. Ao contrário, deve primar pela estabilidade e previsibilidade. Esse entendimento revela que os cidadãos necessitam da segurança de seus direitos, não podendo haver instabilidade destes ou dos entendimentos jurisprudenciais acerca dos mesmos. Para tanto, o direito processual civil deve garantir segurança jurídica às partes (MEDINA, 2016, p. 128-131).

²⁴A boa-fé encontra-se prevista inclusive no atual diploma legal de processo civil, em seu artigo 5º, o qual dispõe que: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” Nesse sentido, destaca-se que “a Lei Adjetiva Civil evoluiu, não para extirpar o caráter subjetivo da boa-fé processual, mas para condicionar, em maior grau, a postura dos personagens do processo em prol da confiabilidade, efetividade e lealdade nas relações judiciais. Antes, um ato processual de patente deslealdade poderia não ser imputado como de má-fé, acaso não se comprovasse a intenção lesiva do agente, mas, a partir de 18 de março de 2016, sob a égide do art. 5º do NCPC, na sua perspectiva objetiva, as partes e os auxiliares da Justiça responderão, em casos tais, por má-fé, com eventual anulação dos efeitos do ato e/ou aplicação de multa, quando não se tratar de hipótese de mera advertência pelo Juiz processante.” (NEVES, 2016, p. 58-59).

A fim de efetivar os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, o sistema jurídico apresenta o instituto da coisa julgada: uma qualidade da decisão que torna esta imutável, só podendo ser desfeita por meio de ação autônoma, denominada ação rescisória. Além disso, ocorre em três situações: quando não couber mais nenhum recurso em face da decisão, quando transcorrer *in albis* o prazo para recurso, ou quando todos os recursos já foram interpostos e resolvidos.

A expressão coisa julgada é proveniente da expressão *res iudicata*, oriunda do latim, que retrata o “bem julgado”, sendo que sua imutabilidade pode ser definida como a qualidade imprescindível que acresce aos efeitos do comando que consta na parte decisória da sentença. (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 20-25).

Assim sendo, no momento em que não for mais cabível nenhum recurso, a decisão torna-se imutável, munindo-se da característica de coisa julgada. Esse caráter, por sua vez, decorre da transformação da qualidade dos efeitos da sentença²⁵ (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1088).

Literalmente, entende-se que “coisa” significa objeto, entretanto, a noção jurídica traduz esse vocábulo como uma relação jurídica ou um valor que pode ser objeto do direito. Já a palavra “julgada” encontra-se na função de adjetivo, ou seja, qualifica a matéria que foi objeto de apreciação do Estado-juiz, sendo, portanto, uma qualidade que cria nova situação jurídica que deve ser respeitada (PORTO, 1998, p. 42-45).

Dessa forma, o instituto possui as características de autoridade e eficácia. A primeira caracteriza-se pela capacidade de vinculação que a decisão passa a ter perante todos, bem como estabilidade conferida à determinada relação jurídica posta à apreciação do Judiciário. Já a segunda diz respeito à qualidade de produção de efeitos, ou seja, os resultados e consequências através dos comandos que constam na decisão (PORTO, 1998, p. 45-49).

²⁵Os efeitos da sentença podem ser principais, anexos e secundários. “Os efeitos principais estão previstos na própria sentença considerada como ato jurídico. Mais especificadamente, os efeitos principais advêm diretamente do próprio conteúdo do comando (dispositivo) da sentença. Derivam da definição do destino do processo contida no dispositivo da sentença (resolver ou não o mérito e, nesse segundo caso, acolhendo ou rejeitando o pedido). [...] Efeito anexo é aquele que a própria lei atribui a determinadas espécies de sentença independentemente de ele estar previsto no conteúdo do provimento. O efeito anexo é uma decorrência da sentença considerada como fato jurídico. O ordenamento prevê que, quando existir uma dada espécie de sentença, dela advirá determinado efeito, independentemente do que esteja dito nela. Assim, a produção do efeito anexo independe do pedido da parte e de pronunciamento do juiz. São exemplos de efeitos anexos: a hipoteca judiciária [...] e a eficácia de título executivo civil advinda da sentença condenatória penal. [...] Efeito secundário é aquele que, embora independa de pedido da parte para que seja produzido, precisa estar contemplado na sentença para que se produza. [...] Exemplos: condenação em honorários [...]” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 436-439).

Além do viés constitucional, o instituto também tem previsão infraconstitucional no processo civil, eis que se constitui em um pressuposto processual objetivo²⁶, o qual busca impedir que as leis possuam caráter retroativo, bem como que duas prestações jurisdicionais sejam proporcionadas simultaneamente sobre a mesma situação fática. Dessa forma, nas hipóteses em que for configurada a existência do fenômeno da coisa julgada, o processo será extinto sem análise do mérito (SAMPIETRO, 2016, p. 03).

O Código de Processo Civil disciplina em seu artigo 337, VII, §§ 2º e 4º²⁷ que a coisa julgada acontece no momento em que é reproduzida uma ação idêntica que já possui decisão de mérito transitada em julgado, bem como que, para serem idênticas, as demandas devem possuir as mesmas partes, pedido e causa de pedir.

Ressalta-se que está expressamente autorizado o conhecimento de ofício da existência de coisa julgada²⁸, tendo em vista tratar-se de um instituto processual de ordem pública. Desse modo, pode ser arguida ou decretada *ex officio* independentemente da fase do processo ou do grau de jurisdição.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve na legislação nacional a distinção dos conceitos de coisa julgada formal e material, entendimento este que segue a doutrina latino-americana, na mesma linha que a europeia (CABRAL, 2015, p. 1282). A coisa julgada formal encontra-se disposta no artigo 505²⁹ do mesmo diploma legal e representa a imutabilidade da decisão dentro do processo pela impossibilidade da interposição de recursos, seja pelo decurso *in albis* do prazo para tanto, ou pelo julgamento de todos os recursos.

²⁶Os pressupostos processuais objetivos extrínsecos “são requisitos externos à relação processual e que dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos à sua constituição. São aferidos de forma negativa, pois devem inexistir” (PINHO, 2017, p. 513). São eles: coisa julgada, litispendência, convenção de arbitragem e fato impeditivo ao exercício da ação. Ainda, existem os pressupostos processuais objetivos intrínsecos, que “são requisitos intrínsecos à relação processual, relativos à subordinação dos procedimentos às normas legais” (PINHO, 2017, p. 514). Podem ser, por exemplo, a citação válida do réu, a intimação do ente ministerial ou outra regularidade processual. “A falta de um pressuposto processual, em regra, impede que o juiz examine o mérito da causa. No entanto, considerando-se o processo como um instrumento para efetivação do direito material, e não um fim em si mesmo, alcançado o objetivo da lei, a falta do pressuposto poderá ser convalidada em algumas hipóteses” (PINHO, 2017, p. 513-515).

²⁷Artigo 337, inciso VII, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Civil de 2015: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] VII - coisa julgada; [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. [...] § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado [...]”

²⁸Artigo 337, inciso VII, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015: “§ 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo [...]”

²⁹Artigo 505 do Código de Processo Civil de 2015: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”.

Portanto, a lide não poderá mais ser discutida naquele processo, mas nada obsta que seja analisada em uma nova ação, tendo em vista que se trata de um evento intraprocessual. As características de imutabilidade e indiscutibilidade da decisão representam um fato interno no processo. Esse caráter proíbe que a matéria seja discutida novamente naquele procedimento, mas não em outros (CABRAL, 2015, p. 1282).

Isso decorre do aspecto de insatisfeito que o ser humano possui, que originou a norma que prevê a recorribilidade de todas as decisões judiciais³⁰, exceto aquelas de mero expediente. Contudo, as inconformidades devem ser interpostas no tempo hábil, eis que em momento posterior, a decisão adquire o caráter de imodificabilidade, independente de ter ocorrido ou não a análise do mérito, operando-se a preclusão³¹ (PORTO, 1998, p. 49-51).

Nesse sentido, o instituto da coisa julgada formal aproxima-se bastante da preclusão, pois em ambos o caráter da imutabilidade da decisão ocorre dentro do processo. No entanto, distinguem-se pelo fato de que aquele encerra a fase de cognição do processo, diferentemente deste³² (BUENO, 2016, p. 399-406).

Assim sendo, o fenômeno representa uma sentença inalterável no processo em que esta foi proferida. Decorre, desse modo, da inexistência absoluta da possibilidade de revisão daquela decisão, haja vista que foram esgotados os recursos cabíveis, ou decorrido o prazo para interposição destes, ou, ainda, pela desistência do referido prazo (PORTO, 1998, p. 49-52).

³⁰Artigo 203 do Código de Processo Civil de 2015: “Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.”

³¹Preclusão significa a “perda de uma faculdade processual. Ou seja, é um evento interno ao processo (endoprocessual). A parte poderia exercer uma determinada posição processual; mas, por alguma razão, isso deixa de ser possível” (DELLORE, 2016, p. 620-621).

³²No Código de Processo Civil de 2015, a preclusão não deixou de existir, sendo, desse modo, um dos princípios processuais do diploma legal. Entretanto, suas hipóteses foram reduzidas em determinadas situações: “(a) a supressão do agravo retido, deixando de ser preclusivas as decisões interlocutórias de menor gravidade, sendo autorizado, mesmo sem apresentação formal de um protesto anti-preclusivo, que a parte apresente as suas razões de irresignação, em preliminar de apelação, oportunamente; e (b) a diminuição do tamanho da preclusão na fase instrutória, autorizando a dilação de prazos para a produção de provas e a formação de acordo de procedimento entre as partes, com a homologação judicial” (RUBIM, 2016, p. 24-25).

No entanto, importante destacar que, em que pese sejam dotadas de imutabilidade, as decisões que configuram coisa julgada formal³³ não trazem uma solução ao conflito, razão pela qual não podem proibir que a controvérsia seja discutida novamente na esfera judicial, desde que tal operação seja feita em outra relação processual, com exceção do da hipótese disposta no inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil³⁴ (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1096).

Já a coisa julgada material encontra-se prevista no artigo 502 do Código de Processo Civil³⁵ e projeta seus efeitos para fora do processo, tendo em vista que a sentença se torna imutável, ou seja, lei entre as partes, e não pode ser proposta nova ação sobre a mesma lide que envolva as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Além de vincular as partes de forma definitiva, essa modalidade impede o restabelecimento da mesma controvérsia no mesmo processo e em qualquer outro, visto que atinge o direito material em si. Em outras palavras, torna imutáveis os efeitos substanciais da sentença proferida com análise do mérito, projetando seus efeitos para fora do processo, o que veda a rediscussão da matéria em qualquer procedimento (CABRAL, 2015, p. 1282).

Dessa maneira, os efeitos materiais se irradiam sobre a relação jurídica, a qual possui, nesse momento, um pronunciamento judicial que compôs o litígio, definido como sentença definitiva³⁶, e não meramente terminativa como na coisa julgada formal. Essa decisão também

³³A título de exemplo, as decisões que extinguem o processo sem julgar o pedido pela procedência ou improcedência, bem como aquelas que anulam o feito, não transitam em julgado na esfera material, sendo atribuídas a elas somente o caráter de coisa julgada formal (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1096).

³⁴Artigo 485 do Código de Processo Civil: “O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII - homologar a desistência da ação; IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X - nos demais casos prescritos neste Código. § 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias. § 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado. § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença. § 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.”

³⁵Artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

³⁶Os casos encontram-se elencados no artigo 487 do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que: “Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III -

é indiscutível e imutável, porém, diferencia-se por propiciar modificação qualitativa na relação de direito material sobre a qual versa o processo (DONIZETTI, 2016, p. 645-657).

Assim, entende-se que esse fenômeno ocorre quando a lide foi devidamente apreciada, ocorrendo o julgamento dela, pois a “coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1095).

Nas sentenças que configuram coisa julgada material, em regra, o julgador irá pesquisar o direito aplicável e conhecer a matéria a fundo, bem como o conflito de interesses existentes, a fim de enfrentar o mérito e apreciar os pedidos formulados por ambas as partes e as respectivas teses de cada parte (MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 509-510).

Por essa razão, a coisa julgada material pressupõe a observância de determinada solução judicial que vincula a jurisdição e inclusive as partes, o que é denominado de função positiva. Já a função negativa, é aquela na qual há possibilidade de a questão retornar a ser objeto de debate perante o Judiciário (MEDINA, 2016 p. 785).

Há situações, ainda, nas quais não ocorre o instituto da coisa julgada, nem formal, tampouco material, tendo em vista que,

por não importarem solução da lide, não produzem, também, coisa julgada: (i) os despachos de expedientes e as decisões interlocutórias sobre questões estranhas ao mérito; (ii) as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária; (iii) as decisões provisórias proferidas no campo das tutelas de urgência ou da evidência, que podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1096) (grifo do autor)

Em que pese a coisa julgada formal seja distinta da material, aquela é requisito para que esta aconteça. Assim, quando haverá coisa julgada formal, não estará configurada a material. No entanto, sempre que a decisão tornar-se coisa julgada material, também fará coisa julgada formal.

Isso ocorre porque os dois conceitos³⁷ encontram-se em uma relação de pressuposição, considerando que a coisa julgada formal é um pressuposto lógico da material, contudo, o

homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”

³⁷Enquanto que a coisa julgada formal decorre da preclusão recursal, a material origina-se da solução dada aos pontos controvertidos da lide, passando a ser inadmissível nova análise diferente acerca do assunto, seja pelo Juiz que a apreciou, ou até mesmo por outro. Essa característica especial decorre da projeção externa dos efeitos da decisão, em virtude do trânsito em julgado desta (PORTO, 1998, p. 53-55).

contrário não ocorre, pois é plenamente possível que seja formada a coisa julgada formal sem a configuração da material (CABRAL, 2015, p. 1282).

Embora as duas espécies de coisa julgada encontrem-se interligadas, possuem conceito e fundamento jurídico distintos, bem como consequências processuais diversas. Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia, no julgamento do Recurso Extraordinário número 908802/RS, fundamentou que

é certo que o instituto da coisa julgada visa a impedir a rediscussão de matéria já decidida em outro processo do qual não caiba mais recurso. [...] Em outras palavras, não pode o autor repetir a mesma ação, anteriormente ajuizada, entendida como idêntica em relação à primeira [...], aquela que tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (BRASIL, Superior Tribunal Federal, 2016).

Por outro lado, o instituto da coisa julgada - seja no seu aspecto formal ou material - possui limites objetivos e subjetivos. Através disso, delimita-se no que a autoridade da coisa julgada incide (limite objetivo), bem como quem é atingido por este instituto (limite subjetivo).

O artigo 504 do Código de Processo Civil³⁸ disciplina que os motivos e a verdade dos fatos expostos na sentença não fazem coisa julgada. Dessa forma, conclui-se, como consequência, que a parte dispositiva da sentença, ou seja, seu comando principal é o que a coisa julgada atinge.

No entanto, isso não significa que a compreensão dos motivos e da verdade dos fatos não sejam essenciais para o entendimento do que foi decidido na parte dispositiva, tendo em vista que nenhuma decisão pode ser interpretada somente pelo que foi determinado nesta última parte. Ao contrário, revela que a coisa julgada recai somente sobre o que foi decidido (BUENO, 2016, p. 403).

Destaca-se que o Código de Processo Civil de 1973 restringia a incidência dos efeitos do instituto apenas ao dispositivo da decisão, hipótese em que as questões prévias ao mérito podiam ser novamente debatidas, este cenário foi modificado com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CABRAL, 2015, p. 1089).

Com a promulgação do novo diploma processualista civil brasileiro, passou a ser permitida a extensão da coisa julgada às questões denominadas prejudiciais, com fundamento

³⁸Artigo 504 do Código de Processo Civil de 2015: “Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

em seu artigo 503³⁹, inovação que se baseia nos princípios da segurança jurídica e da economia processual.

As questões prejudiciais são prévias, podendo ser de natureza processual ou material. As de cunho processual são aquelas cujo reconhecimento interrompe a cognição e importa em extinção da ação, como, por exemplo, questões que versam sobre os pressupostos processuais ou legitimidade das partes. Já as de natureza material são aquelas que poderiam ter sido objeto de outra ação autônoma, contudo, são analisadas de modo incidental na decisão a fim de construir o raciocínio lógico do julgador. Um exemplo desta última categoria é a declaração de validade de um contrato em um processo no qual é postulado o ressarcimento pelo não pagamento (CABRAL, 2015, p. 1090).

Além disso, para que a análise da questão prejudicial possua força de coisa julgada é imprescindível sua análise por Juiz competente, bem como que tenha respeitado os princípios do contraditório e devido processo legal. Somente se esses princípios fundamentais forem efetivamente cumpridos é que a questão, cuja apreciação prévia dependa o julgamento do mérito da ação, poderá tornar-se coisa julgada (BUENO, 2016, p. 403-404).

As questões de natureza processual não possuem força de coisa julgada, mas tão somente aquelas de natureza material, visto que é da solução destas que o julgamento do mérito da ação depende. Por essa razão, não se pode confundir as questões prejudiciais de natureza materiais com as preliminares (LUCON, 2016, p. 337-338).

Dessa forma, no caso de haverem sido preenchidos os requisitos elencados nos §§ 1º e 2º do artigo 503 do Código de Processo Civil, a questão prejudicial também terá força de coisa julgada e só poderá ser desfeita por meio de ação rescisória⁴⁰, de modo igual ao que ocorre com a decisão transitada em julgado que faz coisa julgada.

Com essa ampliação dos limites objetivos da coisa julgada efetuada pelo legislador no atual Código de Processo Civil, não existe mais a ação declaratória incidental, tendo em vista

³⁹Artigo 503 do Código de Processo Civil de 2015: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

⁴⁰A ação rescisória encontra-se prevista nos artigos 966 e seguintes do Código de Processo Civil, e trata-se de “uma ação autônoma de impugnação (ação contra sentença, logo, remédio jurídico processual com que se instaura outra relação jurídica processual, e não um recurso, que é uma impugnação dentro da mesma relação processual da decisão que se impugna) de força constitutiva negativa, que visa desconstituir decisão transitada em julgado” (ATAÍDE JR., 2016, p. 1100-1103).

que aquilo que seria tratado naquela demanda, agora passa a ser resolvido na sentença de mérito, ou seja,

na lei antiga, tampouco haveria formação de coisa julgada sobre as questões prévias (por exemplo prejudiciais), tudo ficava à margem da indiscutibilidade, podendo ser novamente debatido e decidido em outro processo. Pois este cenário foi alterado parcialmente pelo novo CPC (CABRAL, 2015, p. 1088).

Com o advento do novel Código de Processo Civil, passou a ser desnecessária a ação declaratória incidental, tendo em vista que os pressupostos para a incidência da coisa julgada nas questões prejudiciais assemelham-se àqueles da referida ação (SAMPIETRO, 2016, p. 13).

Nesse contexto, destaca-se que os direitos ao contraditório e à ampla defesa asseguram que a extensão dos efeitos objetivos da coisa julgada não venha a ferir o princípio da inércia de jurisdição, visto que a interpretação do princípio da instrumentalidade recomenda o aproveitamento máximo da atividade jurisdicional (SAMPIETRO, 2016, p. 12).

Ressaltados os limites objetivos da coisa julgada, importante referir acerca dos limites subjetivos, os quais estão previstos no artigo 506 do Código de Processo Civil⁴¹. O referido dispositivo legal, que é a regra, dispõe que apenas as partes são atingidas pela coisa julgada. O fundamento é o contraditório, visto que só podem ser atingidos aqueles que foram partes no processo, ou, em outras palavras, foram submetidos ao contraditório.

É importante distinguir a autoridade da decisão de sua eficácia, eis que, em que pese a sentença não afete a situação jurídica de terceiros – eficácia -, irradia seus efeitos para todos, eis que se trata de um ato estatal dotado de autoridade para tanto. No entanto, de qualquer modo, o instituto da coisa julgada jamais prejudicará terceiro (MEDINA, 2016, p. 800-801).

Dessa forma, um sujeito estranho à relação processual pode ser afetado somente pelos efeitos naturais da sentença, e não pela sua característica de indiscutibilidade que decorre da coisa julgada, tendo em vista que a autoridade desse instituto reflete somente para as partes que constam na relação processual (DONIZETTI, 2016, p. 653).

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andriighi destaca que “por certo, a coisa julgada imuniza os efeitos da sentença e impede a rediscussão do quanto acertado, porém, essa proteção aos efeitos obtidos judicialmente é restrito àqueles que efetivamente foram partes no processo” (BRASIL, Superior Tribunal Federal, 2014).

⁴¹Artigo 506 do Código de Processo Civil de 2015: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Entretanto, há exceções nas quais a coisa julgada pode expandir seu limite subjetivo a sujeitos que não se encontram na relação processual, como, por exemplo, nas ações coletivas, eis que, caso um processo desse tipo seja julgado procedente, os particulares poderão beneficiar-se da coisa julgada, sendo dispensada a propositura de nova ação individual (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1134).

Portanto, constata-se que a coisa julgada, como garantia constitucional, é um instituto essencial ao processo civil brasileiro, por meio do qual é assegurada a segurança jurídica nas relações entre os indivíduos. Além disso, a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica são consequências que também devem ser visadas pela coisa julgada, que se revela instituto fundamental à concretização da justiça de maneira segura.

Além da garantia da segurança jurídica, é crucial que o Estado possua como finalidade, no âmbito da tutela jurisdicional, sua prestação com a máxima efetividade. A solução do litígio proporcionada às partes em conflito deve ser útil e justa, devendo o ente estatal, dessa forma, resolver a divergência existente de maneira eficiente.

2.3 A tutela jurisdicional efetiva

A evolução constante da sociedade permitiu que o direito progredisse e diferentes procedimentos passassem a ser adotados. A jurisdição, que representa uma função estatal, surgiu em virtude da necessidade de um terceiro, o Estado-juiz, dizer o direito aplicável diante de um litígio. Porém, a tutela jurisdicional nem sempre foi monopólio do Estado.

O papel do Estado nos tempos primórdios restringia-se a proceder na definição dos direitos, ocasião em que o titular destes era quem detinha o poder de defendê-los com as próprias mãos, o que era denominado de justiça privada⁴². Entretanto, com o passar do tempo, essa tutela estatal passou a ser insuficiente, sendo necessária sua substituição pela justiça

⁴²Também denominada de defesa própria ou defesa por si mesmo, “esta forma de resolução dos conflitos é apontada como a mais primitiva, quando ainda não existia, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e impor a sua decisão aos contendores, pelo que o único meio de defesa do indivíduo (ou do grupo) era o emprego da força material ou força bruta contra o adversário para vencer a sua resistência. Nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse determinado bem da vida, e encontrasse obstáculos à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem. Imperava a lei do mais forte, em que o conflito era resolvido pelos próprios indivíduos (isoladamente ou em um grupo). Nessa época, não se tinha uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de determinada tribo era considerando uma agressão à tribo inteira, e vice-versa” (ALVIM, 2007, 11-16).

pública⁴³. Esta, por sua vez, encarregou-se de definir o direito e realizá-lo (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 46-47).

Enquanto que nos conflitos privados o Estado era meramente um terceiro, passou a ser um dos protagonistas nas hipóteses em que o litigante vai até a Justiça para resolver a lide. Nessa última hipótese, o ente estatal possui obrigação de intervir na relação e proporcionar uma resposta, a fim de que a ação possa ser considerada concluída (COUTURE, 1999, p. 23-29).

Por essa razão, surgiu a jurisdição, que pode ser entendida como a função estatal exercida com poder e soberania. Contudo, possui caráter substitutivo, pois efetuará uma escolha que deveria ter sido realizada pelos particulares, haja vista que primitivamente era função exclusiva destes. Além disso, é uma atividade instrumental, porque se trata de um mecanismo colocado à disposição do direito a fim de impor subordinação dos cidadãos às regras (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 46-49).

A palavra jurisdição é derivada do latim e significa dizer o direito. Contemporaneamente, é definida como o poder-dever do Estado-juiz para declarar direitos conforme lhe for questionado. Exercida através do Poder Judiciário, no Brasil, é uma garantia constitucional inafastável, deve ocorrer por meio do órgão competente e de maneira imparcial (RODRIGUES; LAMY, 2012, p. 113-115).

Como instrumento da tutela de direitos, o exercício da jurisdição deve ser efetivo. Para isso, deve haver reflexão constante acerca da organização judiciária, incluindo a estrutura, funcionamento, aparelhamento e modernização desta. Esses melhoramentos visam acelerar e aprimorar a jurisdição, tornando-a mais eficiente⁴⁴ (WATANABE, 1999, p. 29-31).

A principal preocupação dos processualistas é concretizar a efetividade do processo como forma de tutela dos direitos, tendo em vista que sua instrumentalização não pode ser meramente nominal ou formal. Ao contrário, necessita haver um instrumentalismo

⁴³Na justiça pública, “o processo é o instrumento de que serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os; o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos. [...] No processo, a lide é resolvida por um terceiro sujeito, que é o juiz, o qual dele participa na qualidade de órgão estatal. O juiz não possui nenhum interesse naquilo que se constitui objeto da disputa judicial; o seu interesse, como órgão estatal, é secundário – em contraposição ao interesse das partes, que é primário – ou seja, o de aplicar o direito objetivo, assegurando a cada um o que é seu” (ALVIM, 2007, p. 18-19).

⁴⁴Ainda que as leis materiais e processuais fossem impecáveis, a jurisdição sempre seria imperfeita caso não existissem estruturas e pessoas que proporcionassem o apoio que necessita para seu funcionamento. Dessa forma, é imprescindível a criação habitual de novas estratégias de tratamento das lides trazidas à jurisdição, como, por exemplo, a prática da conciliação com Juízes Leigos (WATANABE, 1999, p. 29-30).

substancial, a fim de que os institutos processuais atinjam os melhores resultados possíveis (WATANABE, 1999, p. 19-21).

Nesse sentido, a justiça das decisões é uma questão cultural e legislativa, não somente processual. Por isso, o procedimento deve ser adaptado às peculiaridades do direito material que compõe a lide e o ato final do processo necessita possuir potencialidade jurídica, a fim de alterar em grau suficiente a situação fática, na medida em que o vencedor possua direito (MACHADO, 1999, 34-35).

Para buscar essa efetividade⁴⁵, é imprescindível a aproximação entre direito material e processual, visto que o processo deve proporcionar, quando for possível, tudo e exatamente o que o detentor dos direitos conseguir. Nesse sentido, o principal objetivo da efetivação do processo é comum: a tutela efetiva de todos os direitos (WATANABE, 1999, p. 21-25).

A efetividade da tutela jurisdicional encontra-se implícita no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁶, garantindo constitucionalmente a todos o direito de demandar em juízo, o que possui um caráter protetivo, tendo em vista que se trata de uma tutela a ser usufruída pelos indivíduos no momento em que se encontrarem ameaçados ou lesados juridicamente. A resposta a ser dada ao direito de ação, por sua vez, deve ser efetiva e justa, não cabendo ao Poder Judiciário somente dar uma solução qualquer à demanda (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 51).

Contudo, a atividade jurisdicional não se restringe a aplicar o direito já existente. Exige, também, a criação e produção de normas jurídicas, função decorrente do fato de que o Judiciário é a única unidade que trabalha somente com elementos do sistema jurídico. O Estado ao promover a tutela jurisdicional, sempre terá que encontrar um enquadramento jurídico a qualquer fato ou comportamento que seja conduzido até ele (GUERRA FILHO, 2001, p. 96).

Assim, diante da autonomia do sistema jurídico e procedimentos desenvolvidos em seu bojo, o Poder Judiciário deve encarregar-se com predominância aos outros poderes estatais da atividade de produção de normas. Dessa forma, em determinados casos é preferível

⁴⁵No processo civil, “nem sempre a tutela jurisdicional que as pessoas vêm buscar no processo consuma-se com a edição da sentença que julga as pretensões contrapostas pelas partes. *Tutela é proteção* e consiste na melhora que o litigante vencedor recebe na sua situação jurídica deduzida em juízo, de modo que, terminado o processo, ele se encontre, na sua vida comum em relação ao outro litigante e aos bens controvertidos, em situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo” (DINAMARCO, 2001b, p. 753) (grifo do autor).

⁴⁶O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal estabelece o princípio do acesso à justiça, do qual se depreende a efetividade. Prevê que: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

que os conflitos normativos existentes sejam primeiramente resolvidos na esfera dos procedimentos judiciais (GUERRA FILHO, 2001, p. 97).

No entanto, a separação dos poderes⁴⁷, instituída pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º⁴⁸, prevê um poder especial para criação de atos normativos, que é o Legislativo. Conforme artigo 44⁴⁹ e seguintes da Lei Maior, ainda, são previstos os órgãos que desempenham o referido poder, bem como suas respectivas atribuições. Já o artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015⁵⁰ ordena que o juiz não poderá isentar-se de decidir em casos de lacuna ou obscuridade das leis.

Nesse sentido, a diferença entre jurisdição e legislação⁵¹ encontra-se na frequência destas, e não na natureza, tendo em vista que a atividade jurisdicional é mais limitada, o que não importa em menor qualidade. Ambas possuem, portanto, a função de criação do direito, porque o juiz é livre para fundamentar suas decisões em conceitos vagos (CAPPELLETTI, 1993, p. 26-27).

O processo, portanto, não é um instrumento de proteção dos direitos do autor, mas sim de exercício da jurisdição que oferece o acesso à justiça a todos, concretizando a tutela jurisdicional às pessoas, independentemente de tratar-se de autor ou réu. Assim, a finalidade da jurisdição⁵² é a eliminação do conflito e a obtenção do direito, tendo em vista que o

⁴⁷Observa-se que há “pluralismo de ações e um pluralismo funcional, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado de outras estratégias. [...] De outro lado, é preciso que se analise, ainda, a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais, quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, teríamos que retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para percebermos que autofagicamente, hoje, um pretende/busca sobreviver à custa da(s) outra(s)” (STRECK; MORAIS, 2010, p. 155-156).

⁴⁸Artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁴⁹Artigo 44 da Constituição Federal: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”

⁵⁰Artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico [...]”

⁵¹“[...] O espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, assim como o bem moral, encontra-se sempre entre dois limites, Eis um exemplo disto. As formalidades da justiça são necessárias para a liberdade. Mas sua quantidade poderia ser tão grande que chegaria a contrariar o objetivo das próprias leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim: a propriedade dos bens permaneceria incerta; dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem verificação ou se arruinariam ambas em razão de tantas verificações. Os cidadãos perderiam a liberdade e a segurança, nem os acusados conseguiriam justificar-se [...] (MONTESQUIEU, 1996, p. 601).”

⁵²Além disso, a tutela jurisdicional não se confunde com jurisdição, eis que esta se trata da função exercida pelo ente estatal, enquanto aquela corresponde ao resultado do procedimento exercido pela referida função. A tutela jurisdicional, dessa forma, é um conceito técnico e considera-se satisfeita no momento em que é obtida uma resposta do Juiz, seja ela favorável ou desfavorável (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 23-24).

processo civil carece de legitimidade se não ocorrer a efetividade dos resultados do mesmo (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 22-23).

Com base nisso, o sistema processual é coordenado para efetuar a prestação de diversas modalidades de tutela jurisdicional, que se dividem em virtude do conflito de direito material⁵³ que tratam. Ou seja, podem ser classificadas como declaratória, constitutiva e condenatória, sendo que alguns doutrinadores, ainda, subdividem esta última em executiva⁵⁴ e mandamental⁵⁵, adotando a classificação proposta por Pontes Miranda⁵⁶ (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 24).

Verifica-se que a tutela declaratória⁵⁷ possui o objetivo de eliminar crises de certeza, devendo sempre obter uma decisão acerca da existência, inexistência ou maneira de ser de determinada situação jurídica. Ainda, possui natureza declaratória a tutela jurisdicional que se limitar a reconhecer a improcedência dos pedidos formulados pela parte autora, tendo em vista que esse tipo de decisão apenas declara que a tutela pleiteada não é devida. Nessa linha, pode ser objeto de tutela jurisdicional declaratória somente as hipóteses elencadas no artigo 19 do Código de Processo Civil⁵⁸, quais sejam, a existência, inexistência ou modo de ser de direitos, obrigações ou relações jurídicas (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 24).

⁵³Humberto Theodoro Júnior, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, por exemplo, adotam a classificação ternária, com a ressalva da crítica histórica a essa classificação efetuada por Pontes Miranda. Entendem, contudo, que as alterações legislativas excluíram o sentido da classificação quinária, eis que “o critério extintivo era exatamente a necessidade ou não de um novo processo para efetivação da decisão judicial. [...] Esta é a diretriz adotada pelo CPC atual: todas as sentenças de prestações podem ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 424-425).

⁵⁴Na sentença executiva, a “pretensão a executar, pré-processual como as outras, vai até à eficácia executiva (força) da sentença. Cumpre, porém, observar que há todo um desenvolvimento que se termina pelo ato de solução da dívida. Por isso mesmo, é possível a pluralidade de solução e, pois, de sentenças, no mesmo processo executivo” (MIRANDA, 1998, p. 225).

⁵⁵Na sentença mandamental “o ato do juiz é junto, imediatamente, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito imediato. Não é mediato, com o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude” (MIRANDA, 1998, p. 224).

⁵⁶Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini explicam que “ao lado das três espécies já referidas, utilizadas pela chamada classificação tradicional, há mais duas espécies de sentenças: as mandamentais e as executivas. As sentenças mandamentais contêm uma ordem para ser cumprida pelo sucumbente. O seu descumprimento caracterizará afronta, desobediência à autoridade estatal. As sentenças executivas, por seu turno, contêm, além da autorização para executar (tal como ocorre na sentença condenatória), aptidão intrínseca para levar à efetiva satisfação do credor, [...] a sentença desde logo determina a prática dos atos executórios” (2016, p. 436-438).

⁵⁷A tutela declaratória é a “prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem querer exigir. O fundo, protege-se o direito ou a pretensão somente, ou o interesse em que alguma relação jurídica não existe, ou em que seja verdade, ou seja falso, algum documento” (MIRANDA, 1998, p. 210-211).

⁵⁸Artigo 19 do Código de Processo Civil: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência a, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento”.

Já a tutela constitutiva⁵⁹ busca criar, reconstruir, modificar ou extinguir uma situação jurídica, não se limitando à declaração do direito, tampouco condenando o vencido ao cumprimento de prestação. Os seus efeitos operam-se imediatamente dentro da ação de conhecimento, eis que a existência da sentença constitutiva, por si só, altera o estado jurídico⁶⁰ (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 570-571).

Por fim, a tutela condenatória⁶¹ exerce função dúplice, eis que declara a existência de um direito e determina o cumprimento da prestação objeto da condenação. É identificada como a necessidade de cumprimento de uma obrigação que já foi violada, seja para repará-la (tutela repressiva) ou para impedir a ocorrência do dano (tutela inibitória)⁶² (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 568-570).

Além disso, a jurisdição é a função estatal que possui a característica de definitividade. Em outras palavras, seus efeitos são dotados de imunidade, tendo em vista que os atos dos outros poderes podem ser retificados pelo exercício da jurisdição, porém, o contrário não acontece, com fundamento na coisa julgada material, que decorre da segurança jurídica (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 25).

A jurisdição civil pode ser classificada como contenciosa ou voluntária. Aquela é a regra, porque se exerce em função de um litígio que coloca as partes em confronto. Já a voluntária é a forma secundária, tendo em vista que se caracteriza por uma situação jurídica que será construída em virtude do interesse em comum de duas ou mais pessoas (MEDINA, 2016, p. 112).

Nesse contexto, um dos princípios que alicerçam a jurisdição é o acesso à justiça, que constitui um direito social básico nas modernas sociedades, visto que o direito de ação ou a inafastabilidade da jurisdição representam direito fundamental da pessoa humana, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Explica Cappelletti, que a efetividade perfeita do acesso à justiça seria atingida se ambas as partes possuíssem a denominada igualdade de armas, ou seja, que a conclusão final dependesse exclusivamente dos méritos

⁵⁹A tutela constitutiva “muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico” (MIRANDA, 1998, p. 216).

⁶⁰Um exemplo clássico é aquele no qual a parte requer a anulação de um casamento, sendo declarado que o autor possui direito ao rompimento do vínculo - declaração - e, após, efetivamente realizado o rompimento - constitutiva (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 24).

⁶¹A tutela condenatória, por fim, “é essencial a condenação. [...] A força condenatória delas é completa” (MIRANDA, 1998, p. 222-223).

⁶²Na tutela repressiva, é utilizada a execução forçada para o adimplemento de uma prestação, enquanto que na tutela inibitória proíbe-se a realização de um ato que iria violar direitos (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 569).

jurídicos, o que não é possível. Afinal, é surreal erradicar por completo as diferenças⁶³ existentes entre as partes de um processo (1988, p. 15).

Além do acesso a justiça, outros princípios norteiam a jurisdição, dentre eles: o da investidura reflete a unidade da jurisdição, que só pode ser exercida pelo Juiz; o da indelegabilidade versa acerca da impossibilidade do titular da jurisdição delegar o exercício desta para outros; e, ainda, o princípio da aderência ao território delimita a competência, nos limites do qual é exercido o poder jurisdicional (MEDINA, 2016, p. 112-113).

Com isso, verifica-se que a jurisdição realiza os objetivos do Estado através de um processo que assegura a participação das partes. Por outro viés, também é garantido a estas o direito à efetiva tutela jurisdicional, o que decorre da Constituição. Desse modo, é impossível refletir acerca do processo senão à luz constitucional (MARINONI, 1993, p. 16).

Ressalta-se que jurisdição não é o único meio através do qual as partes podem solucionar a lide que as põe em conflito. Ao contrário, existem instrumentos como a transação⁶⁴, a conciliação⁶⁵ e a mediação⁶⁶ que se tratam de equivalentes jurisdicionais⁶⁷. Já a arbitragem⁶⁸ configura o exercício da atividade jurisdicional realizado por um particular com anuência do ente estatal, prevista na Lei nº 9.307/96 (ALVIM, 2012, p. 65).

Assim, a atividade jurisdicional pode ser definida como a tutela ao direito de alguém que se encontre em situação benéfica garantida pela ordem jurídica em uma lide. Desse modo,

⁶³O objetivo não é prestar uma justiça mais pobre, mas sim tornar sua prestação acessível àqueles que possuem condições financeiras mais baixas, pois a igualdade de todos perante a lei não se trata de uma igualdade meramente formal. Ao contrário, a igualdade é o ideal básico material (CAPPELLETTI, 1988, p. 165).

⁶⁴Igualmente conhecida como autocomposição, “pode ocorrer antes ou depois do processo; ao contrário da autodefesa, que acontece sempre antes. E mais, a auto composição pressupõe que o litigante possua a faculdade de disposição sobre direito material, pois, quando se trata de direitos indisponíveis ou de hipóteses em que o legislador imponha, obrigatoriamente, a via processual com finalidade de verificação judicial, não pode ter lugar esta modalidade” (ALVIM, 2007, p. 16).

⁶⁵Artigo 165 do Código de Processo Civil: “[...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

⁶⁶Artigo 165 do Código de Processo Civil: “[...] § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

⁶⁷Observa-se que “a conciliação distingue-se da mediação, na medida em que, nessa última, o terceiro concentra-se no apaziguamento das relações, facilitando o diálogo entre os envolvidos. Na conciliação, ainda que também caiba ao conciliador o papel de aparar eventuais arestas, ele atua de forma mais proativa e persuasiva do que o mediador. [...] Para eficiência da conciliação ou mediação e a validade da auto composição, alguns princípios são de observância obrigatória: a independência e a imparcialidade do conciliador ou mediador, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 134-135).

⁶⁸A arbitragem trata-se de um “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio hetero-compositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios [...]” (CARMONA, 2009, p. 31-32).

tutelar os direitos é a função da justiça, o que ocorre através de um instrumento denominado processo, por intermédio do qual é atingida a efetividade dessa atividade (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 595).

A tutela jurisdicional, como regra, apresenta-se de modo definitivo, trazendo o direito aplicável à situação jurídica *sob judice*. Nesse viés, ressalta-se a importância da segurança jurídica, que é assegurada com a garantia constitucional da coisa julgada, o que impede o exercício de duas atividades jurisdicionais acerca da mesma situação, bem como a retroatividade das leis. Logo, a segurança jurídica é a função da coisa julgada (SAMPIETRO, 2016, p. 03).

No entanto, a regra comporta exceções, tendo em vista que há casos em que a espera do julgamento definitivo torna o processo inútil, ou seja, serão gerados danos ou risco de danos para uma das partes, o que comprometeria a efetividade da tutela jurisdicional. Isso ocorre porque o decurso do tempo, em algumas situações, ocasiona uma injustiça, por meio de vantagem para uma parte que não merece a tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 596).

Por essas razões, o ordenamento jurídico prevê uma tutela jurisdicional que difere da definitiva, a qual é denominada pela doutrina como tutela provisória, sendo esta dotada de menor certeza, tendo em vista que “a cognição definitiva precisa ser uma cognição exauriente, pois a tutela jurisdicional concedida fará coisa julgada material⁶⁹, portanto, não poderá ser modificada, *a priori*, inclusive formando um paradigma que poderá ser seguido por outros membros do Judiciário” (CUNHA, 2015, p. 3).

Isso porque os conflitos que derivam da vivência coletiva precisam ser resolvidos, e o Estado é o órgão que possui o dever de realizar tal atividade através do Poder Judiciário, que exerce a função de pacificação social por meio da jurisdição. Em decorrência disso, as formas de melhoria da atividade jurisdicional devem ser objeto de análise e pesquisa, inclusive porque o Estado utiliza-se dessa função para garantir os direitos fundamentais descritos em sua Carta Maior aos cidadãos.

Assim, ao proibir a justiça particular, o Estado responsabiliza-se pelo compromisso de prestar a tutela jurisdicional e proteger todos os jurisdicionados em casos de lesão ou ameaça

⁶⁹Existem certas decisões judiciais que não possuem a qualidade de coisa julgada material, não havendo, portanto, o caráter de definitividade, como, por exemplo, as terminativas, que não analisam o mérito. Outro exemplo são aquelas que concedem a tutela provisória, as quais constituem medidas técnico-processuais que asseguram a aceleração do processo (LOPES; DINAMARCO, 2016, p. 26).

a algum direito. Essa tutela jurisdicional deve ser prestada com qualidade, razão pela qual surgem mecanismos de aprimoramento.

O Estado-juiz, portanto, não se exime de prestar a tutela jurisdicional somente com a realização desse dever. Ao contrário, é fundamental que sejam respeitados os indivíduos presentes no litígio, dando paridade de armas e especialmente proporcionando, em tempo útil, uma resposta efetiva que pacifique o conflito.

Nessa linha, tanto as tutelas definitivas quanto as provisórias precisam ser compreendidas à luz da Constituição Federal e devem garantir que a prestação jurisdicional ocorra de maneira efetiva, visto que o conflito poderá ser tratado através da ordinaryidade, ou seja, definitividade, ou por meio da tutela provisória, sempre buscando o fim maior do processo que é a pacificação social.

3 TUTELA PROVISÓRIA: UMA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

A tutela jurisdicional deve ser prestada pelo Estado com efetividade, a fim de garantir às pessoas, no Estado Democrático de Direito, não apenas o acesso formal à justiça, mas também o acesso à prestação adequada da jurisdição.

Para tanto, o processo, meio de solução de litígios colocado à disposição das partes, deve possuir duração razoável, eis que, em alguns casos, a parte que possui seu direito ameaçado não pode esperar a obtenção de uma sentença definitiva, sob pena de perecer seu direito e não haver mais necessidade da prestação jurisdicional, daí surge a figura da tutela provisória.

As tutelas provisórias foram adotadas no Brasil com o objetivo de solucionar o impasse causado por essas situações e garantir a máxima efetividade do processo civil. Observando a história, há muitos séculos, o cotidiano dos seres humanos vinha se repetindo e o comportamento das pessoas não sofria alterações substanciais. Naquele tempo, os senhores feudais permaneciam em seus respectivos castelos, enquanto que os servos ficavam nos arredores trabalhando (OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA, 2016, p. 337).

Contudo, após a Revolução Industrial, com o crescimento das cidades, essa monotonia foi rompida e ocorreu uma evolução social, o que originou uma forte mudança no modo de viver dos seres humanos. Essa alteração se acentuou nos dias atuais em face da tecnologia disponível. Nesse sentido, o modo pelo qual o Poder Judiciário presta sua atividade jurisdicional não pode deixar de avançar juntamente com a modificação da vida social (OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA, 2016, p. 337).

Desse modo, ao longo da história⁷⁰ do direito processual, o rito ordinário foi considerado o mais correto, tendo em vista que apontava mais certeza quanto ao direito em discussão. No entanto, o rápido desenvolvimento das relações sociais clamou por um processo mais célere, ocasião em que foi verificada a insuficiência da ordinarização do processo para atender às expectativas da sociedade. Essa necessidade de obtenção de uma decisão de forma mais breve e ágil, passou a ser possível, por meio de uma decisão interlocutória que produza efeitos imediatos antes da decisão definitiva (OLIVEIRA NETO; OLIVEIRA, 2016, p. 337).

⁷⁰As tutelas provisórias foram adotadas no Brasil com inspiração no direito romano, mormente porque o sistema jurisdicional brasileiro como um todo possui influência do referido ordenamento antigo, o qual contava com inúmeros institutos voltados para a rápida proteção do direito. Assim, os institutos romanos refletiram no Brasil, como, por exemplo: as liminares possessórias, que se originam na *missui in possessionem* do direito romano; as liminares de busca e apreensão, semelhantes à *pignoris capio* romana, entre outras (PAVONI, 2016, p. 357).

Após, surgiu a necessidade de generalização das tutelas provisórias às demais ocasiões comuns, o que ocorreu com o advento da Lei nº 8.952/94. Esse diploma legal não inovou o conteúdo referente às tutelas provisórias, somente modificou sua força abrangente, tendo em vista que possibilitou à jurisdição a prolação de decisões provisórias além daquelas ações denominadas especiais. Assim, bastava apenas o preenchimento dos requisitos legais, não sendo necessário filtrar acerca da matéria a ser analisada para ver se era ou não cabível tutela antecipada (PAVONI, 2016, p. 357-358).

Observa-se que a preocupação com a demora⁷¹ do trâmite processual sempre esteve presente nessas reformas e pautou outras tantas propostas de mudanças, recebendo especial destaque no novo Código de Processo Civil.

A codificação de 2015 difere a tutela definitiva da tutela provisória, tendo em vista que esta originará uma decisão sujeita a uma ou mais hipóteses de instabilidade, enquanto que aquela resultará em uma decisão - ao menos em regra - indiscutível. Assim, provisoriedade e definitividade representam características das decisões que proporcionam as tutelas jurisdicionais (MIRANDA; KOEHLER, 2016, p. 127-128).

Logo, no atual sistema, a cognição do processo de conhecimento pode ser exauriente, em que será decidido sobre o mérito do litígio apenas na sentença definitiva, proferida depois de oportunizado o contraditório e de produzidas as provas, quando necessário, ou sumária, cuja decisão possuirá caráter provisório e poderá ser proferida sem a efetivação do contraditório e da ampla defesa, tampouco produzidas provas.

3.1 Cognição sumária

A tutela provisória ocorre através de um provimento jurisdicional que possui como objetivo garantir seu resultado prático ou precipitar os efeitos da decisão definitiva no final do procedimento. Em ambos os casos, não pode ser concedida de ofício, ou seja, depende de

⁷¹A tutela provisória encontra fundamento na efetividade do processo, visto que, em alguns casos, no momento do resultado definitivo da demanda judicial, a parte não necessitará mais daquele provimento. Isso porque “há situações concretas em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, os quais podem assumir proporções sérias, comprometendo a efetividade da tutela a cargo da Justiça. O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, em quadras como esta, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 596).

prévio requerimento de uma das partes, que pode ser formulado a qualquer tempo, desde que seja útil.

No Código de Processo Civil de 2015, as tutelas provisórias estão disciplinadas no Livro V, da Parte Geral, sendo que as reformas e alterações legislativas no Código de Processo Civil visam assegurar a efetiva tutela dos direitos. Desse modo, as tutelas provisórias possuem extrema relevância no sistema processual civil, pois atuam quando está em risco o próprio direito.

Logo, para cumprimento do disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁷², é necessária a criação de normas infraconstitucionais que efetivem a tutela jurisdicional nos casos de lesão ou ameaça de lesão. Não obstante, é imprescindível, também, que a atividade jurisdicional possibilite a obtenção da tutela preventiva, o que envolve as hipóteses nas quais não é possível a realização de cognição exauriente até o tempo necessário para realização da medida necessária (MEDINA, 2016, p. 479).

O termo cognição sumária, utilizado para diferir as decisões provisórias das definitivas, que se pautam em cognição exauriente, remete a uma ideia de menor profundidade, ou seja, juízos de verossimilhança substituem a busca da certeza. Há, entretanto, um elo que vincula a tutela provisória à definitiva, pois são prestadas, em regra, no mesmo processo (ZAVASKI, 2000, p. 30-31).

Além disso, as tutelas provisórias podem ser postuladas em todos os tipos de procedimentos, seja comum⁷³, especial⁷⁴, de execução⁷⁵, ou até mesmo nos Juizados Especiais⁷⁶. Porém, há procedimentos que já possuem previsão legal especial de algumas modalidades de tutelas provisórias, momento que as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas subsidiariamente àquelas, como, por exemplo, quando forem concedidas em

⁷²Dispõe o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁷³O procedimento comum é aquele que “se aplica a todas as causas para as quais a lei processual não haja instituído um rito próprio ou específico. [...] Seu âmbito é, portanto, delimitado por exclusão, onde não houver previsão legal de um procedimento especial, a causa será processada sob as regras do procedimento comum” (THEODORO JR., 2014, p. 372).

⁷⁴Os procedimentos especiais, diferentemente do comum, é utilizado “para o processamento de determinadas causas selecionadas pelo legislador.” (THEODORO JR., 2014, p. 372-373).

⁷⁵A execução é a “extração de bens da esfera jurídica de alguém, graças a operações práticas no mundo sensível (trabalho de campo), passando-os ao âmbito alheio, e, desse modo, satisfazendo a regra jurídica concreta. [...] Em outras palavras, o trabalho de campo, sob a direção do órgão judiciário, atingirá o patrimônio legítimo do vencido, compreendendo, grosso modo, a individualização de um bem, entre vários, a fixação de seu preço corrente (avaliação), a alienação e a entrega do produto ao exequente, satisfazendo a regra jurídica concreta” (ASSIS, 2016, p. 874).

⁷⁶O Juizado Especial Cível possui como fundamento a celeridade e a economia processuais. Foi disciplinado pela Lei nº 9.099/95 e possui competência para julgamento das causas cíveis de menor complexidade.

desfavor da Fazenda Pública⁷⁷ ou nas ações possessórias⁷⁸. É permitida, ainda, a concessão de tutelas provisórias na fase recursal e nos processos de competência originária dos tribunais (DONIZETTI, 2016, p. 457-465).

Embora o contraditório seja, em regra, indispensável, pode ser proferida decisão provisória inaudita altera parte, ou seja, sem a oitiva da parte contrária, somente nos casos em que há possibilidade de haver prejuízo decorrente da bilateralidade do processo (LUCON, 2016, p. 234-235).

Logo, pode ser concedida antes de ouvida a parte contrária, tendo em vista seu caráter de urgência ou necessidade para o risco ao resultado útil do processo. Isso não fere a regra contida no artigo 9º do Código de Processo Civil⁷⁹, haja vista que se trata de uma exceção elencada no próprio parágrafo do referido dispositivo legal.

No Código de Processo Civil de 1973 haviam as tutelas antecipada e cautelar⁸⁰, sendo que esta última possuía algumas hipóteses de cabimento elencadas no diploma legal⁸¹, o que sofreu substancial modificação com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Ou seja, a tutela antecipada que era prevista no artigo 273 do Código de 1973, bem como as cautelares que se encontravam dispostas no artigo 796 e seguintes do referido diploma legal,

⁷⁷A tutela provisória concedida contra o Poder Público possui restrições, sendo que, atualmente, é proibida de ser deferida quando tiver como objeto: “a) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); b) medida que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992) – que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade (cf. art. 300, § 3º, do CPC), como já se disse; e, enfim, c) a impugnação, em primeira instância, de ato ou de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal – ressalvados a ação popular e a ação civil pública (art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.437/1992)” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 644).

⁷⁸Nas ações possessórias, o procedimento especial aplica-se aos casos em que a turbacão ou o esbulho tiver ocorrido há menos de um ano e dia. Nessa hipótese, caso não haja elementos suficientes para o deferimento da liminar, o Juiz deverá designar audiência de justificação prévia, a fim de ouvir testemunhas, e, posteriormente, analisar o pedido de tutela provisória, ao contrário do procedimento comum, no qual é marcada audiência de conciliação. Nesse sentido, o artigo 562 do Código de Processo Civil dispõe que: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.”

⁷⁹Artigo 9º do Código de Processo Civil: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

⁸⁰No Código de Processo Civil de 1973, “ficou reservado Livro próprio para o Processo Cautelar e nele o legislador, além de disciplinar diversos procedimentos especiais – alguns, inclusive, sem natureza genuinamente cautelar – atribuiu ao juiz o que se convencionou denominar poder geral de cautela” (ZAVASCKI, 2000, p. 40).

⁸¹As medidas cautelares encontravam-se previstas no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, em seu Livro III, denominado “Do processo cautelar”. A busca e apreensão, o sequestro e o arresto são alguns exemplos de tutelas cautelares que estavam taxativamente elencadas no diploma legal.

resultaram na tutela provisória contemplada nos artigos 294 e 311 do Código de Processo Civil atual.

O novo diploma legal que regula a tutela provisória no processo civil trouxe algumas alterações de nomenclatura e de procedimento, o que não modifica suas essências. Isso porque a tutela cautelar continua tendo a finalidade de garantir o resultado útil do processo ou evitar dano, e a antecipada mantém sua natureza satisfativa (DONIZETTI, 2016, p. 458).

Diante disso, o processo cautelar autônomo deixou de existir, ao contrário da tutela cautelar, que não foi eliminada. Apenas não é mais necessário propor uma ação própria para buscar uma tutela cautelar. Agora, esta será requerida na ação principal, independentemente se for postulada juntamente, antes ou depois da tutela definitiva. Assim, a relação processual será somente uma, bem como o pagamento das custas, a citação e a decisão final, o que representa uma excelente sistematização e simplificação das tutelas cautelares e antecipadas (DONIZETTI, 2016, p. 456).

A tutela provisória, seja antecipada ou cautelar, deve preencher dois requisitos para ser concedida, que são: (I) a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*); e (II) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Esses pressupostos devem estar presentes cumulativamente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA 2016b, p. 630-631).

Salienta-se que as tutelas provisórias podem ser requeridas de maneira antecedente ou incidental, ou seja, antes da propositura da ação ou no decorrer desta, e, ainda, concomitantemente com o pedido principal.

A tutela provisória requerida de modo antecedente será autônoma do ponto de vista processual, enquanto que a incidental ocorrerá no curso do processo. Já é tradição no direito brasileiro a propositura a ação cautelar antecedente, sendo que a tutela antecipada também foi autonomizada com o novel Código processualista civil com o principal objetivo de possibilitar sua estabilização (MITIDIERO; MARIONI; ARENHAT, 2016, p. 860-861).

No caso de tutela provisória requerida em caráter incidental, ressalta-se que o requerimento independe do pagamento de custas processuais, conforme prevê o artigo 295 do Código de Processo Civil⁸², visto que será analisado no mesmo processo referente ao pedido principal. Tal disposição aplica-se indistintamente ao autor e ao réu da ação, ao passo que aquele que já efetuou o pagamento das custas na distribuição, não pagará tal despesa em caso de pedido incidental. Destaca-se, ainda, que no caso de requerimento antecedente a parte

⁸²Artigo 295 do Código de Processo Civil: “A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas”.

deverá realizar o referido pagamento, eis que a solicitação ocorreu antes do protocolo da petição inicial.

Em que pese que o artigo 294 do Código de Processo Civil⁸³ discipline apenas as tutelas provisórias de urgência, e não as de evidência⁸⁴, entende-se que tal previsão aplica-se também a elas, visto que representam uma espécie de tutelas provisórias (MEDINA, 2016, p. 481).

Considerando que a decisão provisória é proferida mediante cognição sumária, ela pode ser revogada ou modificada, de acordo com o disposto no artigo 296 do Código de Processo Civil⁸⁵, o que é condicionado a prévio requerimento da parte, não podendo o Juiz fazê-lo de ofício. Isso porque os efeitos da tutela provisória limitam-se ao tempo em que se mantiver a eventual situação de perigo, ou em outras ocasiões até a prolação da decisão definitiva. Ainda de acordo com o mesmo dispositivo legal, a tutela provisória concedida conservará seus efeitos durante o período de suspensão do processo, o que legitima o poder geral de cautela do magistrado (DONIZETTI, 2016, p. 461).

Esse poder representa a possibilidade de o Estado-juiz conceder medidas provisórias em casos não previstos expressamente em lei, ou seja, há formas típicas de tutelas provisórias, no entanto, os conflitos sociais e econômicos fazem surgir outras medidas que passam a ser pertinentes e não foram previstas pelo legislador. Por essa razão, é conferido ao Juiz o poder geral de cautela, que deverá ser utilizado em cada caso individualmente (MEDINA, 2016, p. 495-498).

Ainda concernente a esse poder, é permitido ao Juiz aplicar o princípio da fungibilidade nas tutelas provisórias, com fundamento na garantia constitucional da efetividade da tutela jurisdicional. A possibilidade de fungibilidade entre as medidas demonstra a real preocupação com a adequada prestação da justiça (VASCONCELOS, 2016, p. 447).

No atual Código de Processo Civil, a fungibilidade encontra-se prevista no artigo 305, parágrafo único⁸⁶, não havendo margem de discussão acerca da possibilidade ou não da

⁸³Artigo 294 do Código de Processo Civil: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

⁸⁴As tutelas provisórias de evidência serão abordadas no item 3.2 deste capítulo.

⁸⁵Artigo 296 do Código de Processo Civil: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo”.

⁸⁶Artigo 305 do Código de Processo Civil: “A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e

aplicação. Isso porque, ao requerer a concessão de tutela provisória, a parte efetua dois requerimentos: um mediato, que é o benefício que acredita obter com a medida, já o outro é imediato, que é a providência jurisdicional elencada pela parte, a qual espera que concretize seu pedido mediato (VASCONCELOS, 2016, p. 448-449).

Com isso, quando forem requeridas providências que não são consideradas as mais adequadas para obtenção da tutela pretendida, é possível a aplicação do princípio da fungibilidade pelo magistrado. Este poderá conceder a medida provisória que julgar adequada (pedido imediato) para o fim pretendido pela parte (pedido mediato) (VASCONCELOS, 2016, p. 448-449).

Quanto às medidas para efetivação da tutela provisória, entende-se que podem ser utilizadas as relativas à execução provisória⁸⁷, desde que não tenha sido concedido efeito suspensivo a eventual recurso interposto em face da decisão. A parte que requereu a tutela provisória será responsável pelos prejuízos possivelmente causados por esta na hipótese de cessarem seus efeitos (DONIZETTI, 2016, p. 462).

Cumprido destacar que as medidas provisórias não serão concedidas quanto existir perigo de irreversibilidade de seus efeitos. Essa irreversibilidade diz respeito às consequências de fato, e não de direito, visto que, tratando-se de irreversibilidade de direito, os efeitos poderão ser resolvidos em perdas e danos, ocasião em que é possível a concessão de tutelas provisórias. Assim, somente a irreversibilidade de fato impede a concessão dessas medidas, o que não se trata de conceito absoluto, mas sim de impossibilidade de retomada do estado anterior a sua concessão (MANGONE, 2016, p. 258).

Observa-se que a decisão que versar acerca da concessão/manutenção ou não da tutela provisória deve obedecer ao disposto no artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil⁸⁸, ou

o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303”.

⁸⁷A execução provisória deve ser postulada “por petição, que deverá observar o disposto nos artigos 520 e, também, 522, do CPC/2015, que se refere a documentos que devem acompanhá-la.” A decisão provisória que pode ser executada é considerada aquela que foi “impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. A execução que se dá, no entanto, é integral (isto é, pode alcançar a alienação dos bens do executado e entrega de dinheiro ao exequente)” (MEDINA, 2016, p. 951-952).

⁸⁸Artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil: “[...] § 1º: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

seja, necessita ser fundamentada. A imprescindibilidade de fundamentação nesse tipo de decisão encontra respaldo, ainda, nos artigos 11⁸⁹ e 298⁹⁰ do mesmo diploma legal, bem como no inciso IX⁹¹ do artigo 93 da Constituição Federal.

Nesse sentido, as motivações que somente apresentem certas frases de efeito ou afirmem que estão presentes os requisitos para concessão da tutela provisória não bastam. Isso porque os requisitos devem ser fundamentados e ancorados em elementos concretos que comprovem a necessidade e adequação de eventual medida a ser deferida naquele feito (LUCON, 2016, p. 235).

A competência para apreciação da tutela provisória encontra-se regradada pelo artigo 299 do Código de Processo Civil⁹² e será do juízo da causa, quando requerida incidentalmente, ou do juízo competente para analisar o pedido principal, quando requerida de forma antecedente, sendo que seguirá a mesma linha de raciocínio em casos de competência originária do Tribunal.

A tutela provisória é concedida por decisão interlocutória e pode ser impugnada através de agravo de instrumento, conforme artigo 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil⁹³, e por meio do recurso de apelação caso seja confirmada/revogada/modificada em uma sentença.

O artigo 969 do Código de Processo Civil⁹⁴ dispõe que, em regra, a ação rescisória não obsta o cumprimento da decisão rescindenda. Contudo, com exceção das hipóteses de concessão da tutela provisória, haja vista que, nesses casos, ocorrerá a suspensão dos efeitos da decisão. A concessão de medidas provisórias em ação rescisória, que se trata de uma demanda excepcional, enquadrada somente no rol taxativo previsto em lei, possui fundamento

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...].”

⁸⁹Artigo 11 do Código de Processo Civil: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].”

⁹⁰Artigo 298 do Código de Processo Civil: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

⁹¹Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...].”

⁹²Artigo 299 do Código de Processo Civil: “A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.

⁹³Artigo 1.015 do Código de Processo Civil: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias; [...].”

⁹⁴Artigo 969 do Código de Processo Civil: “A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória”.

no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Da mesma maneira, a medida provisória em ação rescisória configura uma exceção, que deverá preencher os requisitos legais concernentes a tal tutela (MANGONE, 2016, 266-270).

Por fim, as tutelas provisórias representam um instrumento para combater riscos que podem surgir diante da espera de uma decisão para solução do conflito proferida após a duração de todo o processo. Todas as tutelas provisórias possuem traços comuns, que são a sumariedade do procedimento e a provisoriedade da tutela (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 603).

O Código de Processo Civil de 2015 optou por utilizar a tutela provisória como gênero, do qual a tutela de evidência e de urgência são espécies. Ainda, esta última pode ser subdividida em satisfativa ou conservativa, dependendo de sua natureza. Ressalta-se que todas elas são indispensáveis para a concretização da justiça, a fim de garantir, em paralelo com a segurança jurídica, a real efetividade da tutela jurisdicional.

3.2 A tutela de evidência

A tutela de evidência foi introduzida no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015⁹⁵. Suas hipóteses de cabimento estão elencadas taxativamente no artigo mencionado, sendo que, dependendo o caso, o Juiz poderá ou não decidir liminarmente, sem a oitiva da parte contrária, a respeito de sua concessão.

Evidência é um substantivo feminino que possui origem no vocábulo *evidentia* e significa clareza, transparência, ou, em outras palavras, certeza incontestável ou, ao menos, comprovável (SIDOU, 2016, p. 263).

Considerando que evidente quer dizer claro/óbvio/patente, a tutela da evidência do direito trata-se de uma proteção especial oferecida aos que se encontram em situações nas quais a probabilidade de estarem com a razão é muito grande. Por isso, possuem direito a

⁹⁵Artigo 311 do Código de Processo Civil: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

requerer uma tutela diferenciada, que é denominada de tutela de evidência⁹⁶ (ASSIS, 2016b, p. 64).

O legislador, pelo artigo 311 do Código de Processo Civil, engrandeceu o que a doutrina já denominava de tutela de evidência sem urgência, correspondente à tutela de um direito que é tão convincente que provoca a rápida proteção jurisdicional. Nesses casos, em que pese não esteja presente risco de dano ao autor ou tal ameaça seja insignificante, o juízo pode conceder a tutela em virtude da quase certeza ou certeza do direito invocado⁹⁷ (MEDINA, 2016, p. 534).

Nada obsta, contudo, que a urgência esteja presente no provimento evidente, o que não significa que aquela será decisiva para a concessão deste. Isso porque a urgência não é requisito necessário para a concessão da tutela de evidência⁹⁸. No entanto, a parte pode eventualmente demonstrar estarem presentes em seu direito tanto a urgência, quanto a evidência, hipótese em que ambas⁹⁹ deverão ser consideradas pelo magistrado que analisará o caso debatido (MEDINA, 2016, p. 535).

O objetivo dessa tutela especial, que se denomina evidência, é a utilização de direitos substanciais pelos indivíduos que os possuem. Nesse sentido, quanto maior a probabilidade de um direito, menor será a exigência de comprovação do dano que pode ser causado. Ainda, importante mencionar que a referida tutela pode ser postulada tanto pelo autor, quanto pelo réu (DONIZETTI, 2016, p. 501).

A tutela de evidência não deve ser interpretada de maneira literal, mas sim de modo genérico, sendo necessário que o requerente de sua concessão possua direito mais provável do que a parte contrária, demonstrado através das afirmações de direito e de fato. Assim, necessitam de proteção jurisdicional, pois possuem maior juridicidade, razão pela qual são merecedores da tutela jurisdicional imediata (BUENO, 2016, p. 267).

⁹⁶“No dicionário, evidência significa “qualidade ou caráter de evidente, atributo do que não dá margem a dúvida” ou “aquilo que indica, com probabilidade, a existência de (algo); indicação, indício, sinal, traço (ABDO; YARSHELL, 2016, p 454, 455).

⁹⁷Destaca-se que a tutela de evidência “é aquela na qual se tutela o direito quase certo do provável vencedor da demanda, evitando-se que ele acabe suportando o ônus do tempo do processo, já que ficaria todo o seu trâmite privado de usufruir do objeto litigioso, enquanto a parte adversa, que possui grandes chances de sucumbir, usufrui dele” (MACÊDO, 2015, p. 07).

⁹⁸Observa-se que “para a concessão da tutela provisória fundamentada na evidência não é necessário demonstrar a existência de qualquer perigo ou risco para o processo ou para o direito invocado pela parte (art. 311). Isso ocorre porque o perigo (ou risco de perigo) está inserido na própria noção de evidência. O direito da parte é tão cristalino que a demora na sua execução, por mera e inócua atenção aos atos procedimentos do método, já se torna indevida” (DONIZETTI, 2016, p. 502-503).

⁹⁹Isso ocorrerá quando estiver presente uma das hipóteses elencadas no artigo 311 do Código de Processo Civil, sendo que a situação deverá estar acompanhada também da comprovação da probabilidade do direito e do perigo na demora, preenchendo inclusive os requisitos para concessão de tutela de urgência.

Considerando que a tutela de evidência não necessita da existência do perigo de um dano, fundamenta-se na comprovação suficiente da pretensão do autor. O objetivo, na verdade, não é evitar ou cessar um risco de dano, mas, ao contrário, sua finalidade é afastar a injustiça que pode ser suportada pela parte que, embora possua a evidência de seu direito, deve sujeitar-se à resistência da outra parte e ao procedimento exauriente. Como o processo democrático deve ser justo, precisa de mecanismos que proporcionem uma solução efetiva, para que a parte não necessite esperar a duração total do procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 597).

Com isso, diante da presença de prova consistente das alegações, pode ser concedida uma tutela imediata que se opõe à regra, que é aguardar o julgamento definitivo da lide. Nesta categoria é beneficiada a parte cujo direito material é evidente, a qual terá uma tutela satisfativa imediata, enquanto que à outra parte será imputado o ônus de esperar os efeitos definitivos da prestação jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 597).

Ressalta-se a relevância da tutela de evidência, pois se trata de “uma forma importante de tutela sumária que visa satisfazer a efetividade da jurisdição, a economia processual e a duração razoável do processo” (MACÊDO, 2015, p. 07-08).

A tutela de evidência ganhou um capítulo próprio na nova legislação processualista¹⁰⁰, na medida em que no Código de Processo Civil de 1973 estava espalhada ao longo do diploma legal. Assim, as tutelas de urgência e evidência foram distinguidas e afastadas com a entrada em vigor do novo Código.

A novidade encontra-se na sistematização e tipificação do Código de Processo Civil de 2015, pois a legislação esparsa e a codificação de 1973 já normatizavam essa modalidade de tutela¹⁰¹. Além do mais, o atual diploma legal processualista não exclui a possibilidade de serem verificadas no caso concreto outras situações que prescindam da configuração da urgência (DONIZETTI, 2016, p. 501).

Ainda, tendo em vista que não há disposição legal quanto ao procedimento a ser adotado na tutela de evidência, a sistemática da tutela antecipada esclarece o procedimento a

¹⁰⁰ Observa-se que “uma das grandes novidades envolvendo a tutela urgente está na separação feita entre tutela de urgência e tutela de evidência. Não se trata de modalidade nova de tutela. Ela já existia no nosso sistema (art. 273, CPC 73). O Novo CPC, nesse campo, inovou não apenas no trato separado em relação à tutela de urgência, mas, também, nas hipóteses que autorizam a tutela da evidência (ASSIS, 2016b, p. 64).

¹⁰¹ A ação monitória é o procedimento que proporciona a concessão de uma tutela com base na evidência do direito do autor, tendo em vista que este obtém um mandado de pagamento, a exemplo, bastando apenas que apresente prova escrita que origine o direito de exigir alguma obrigação do requerido. Esse procedimento já possuía previsão no Código de Processo Civil de 1973, sendo mantido pelo atual diploma legal, nos artigos 700 e seguintes (DONIZETTI, 2016, p. 502).

ser utilizado. Desse modo, aplicam-se subsidiariamente às disposições trazidas no próprio artigo 311 do diploma processualista civil aquelas previstas no procedimento para concessão da tutela de urgência¹⁰² (MACÊDO, 2015, p. 08).

No entanto, a novidade é que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou a esfera de aplicabilidade da tutela de evidência. Enquanto antes a previsão era apenas para procedimentos especiais e específicos¹⁰³, agora a tutela de evidência é admitida em qualquer procedimento, seja comum ou especial (DONIZETTI, 2016, p. 502).

As quatro hipóteses legais previstas nos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil diferem entre si, pois cada uma possui requisitos próprios e diversos¹⁰⁴. Uma característica em comum, porém, é a situação de que o diploma legal processualista civil dispensa a urgência nos casos do referido artigo e exige somente os requisitos genéricos, ou seja, prova suficiente e probabilidade do direito afirmado (MEDINA, 2016, p. 534-535).

Nesse sentido, o Desembargador João Moreno Pomar explicou no julgamento do agravo de instrumento nº 70069283760, que a tutela de evidência representa a

antecipação de direito material em que o juízo de evidência do direito dispensa o requisito de urgência para a concessão do provimento, e pode ser concedida liminarmente ou quando estabelecido o contraditório. [...] A concessão de provimento antecipatório pela tutela de evidência só admite concessão inaudita altera parte quando os fatos dependerem exclusivamente da prova documental ou se tratar de tese enunciada em súmula vinculante ou recurso repetitivo (inc. I); ou se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental de contrato de depósito (inc. III) (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Além disso, a evidência deveria ser interpretada como aquilo que prescindisse de prova, o que não ocorre nesses casos, tendo em vista que na maior parte das hipóteses legais descritas no artigo é exigida prova documental, motivo pelo qual o significado da palavra evidência utilizada pelo legislador é um tanto quanto amplo¹⁰⁵ (MEDINA, 2016, p. 534-535).

¹⁰² A tutela de urgência e seu procedimento serão objeto de estudo no item 3.3 do presente trabalho.

¹⁰³ O artigo 562 do Código de Processo Civil, por exemplo, prevê uma situação de tutela de evidência no procedimento das ações possessórias.

¹⁰⁴ Nesse ponto, destaca-se que “as hipóteses tipificadas no referido dispositivo são apenas exemplificativas. Na possessória, por disposição expressa do artigo 562, a evidência do direito afirmado pode aflorar na justificação prévia, na qual, de regra, procede-se à documentação da prova oral. Nada obsta que em direito de outra natureza também se defira a tutela antecipada ou cautelar – olha a fungibilidade aí – quando na justificação prévia ou no decorrer da instrução reste comprovada a alta probabilidade do direito pretendido (evidência). Embora vinculado à lei, o juiz – o advogado em primeiro lugar – deve enxergar além da mera literalidade.” (DONIZETTI, 2016, p. 502).

¹⁰⁵ Um exemplo de tutela de evidência são as ações possessórias, nas quais se discute a posse, direito material com proteção jurídica desde o direito romano. Nesses casos, basta que o autor traga as provas necessárias constitutivas de seu direito para que seja reintegrado na posse, por exemplo. Ou seja, não haverá

A situação do inciso I trata do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que não torna por si só o direito da parte evidente, razão pela qual foi disciplinada de maneira incompleta. Representa um “conceito jurídico indeterminado (ou cláusula aberta). A situação concreta vai determinar se a parte passiva (réu ou reconvido) está a abusar do direito de defesa ou a manifestar o propósito protelatório.” Observa-se que “o mero propósito não é suficiente para reforçar a probabilidade do direito do requerente. É preciso da protelação” (DONIZETTI, 2016, p. 503).

O Código de Processo Civil de 1973 também previa tal hipótese, que era conjugada com a prova inequívoca, sendo que esta deveria convencer acerca da verossimilhança da alegação. Assim, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório apenas fortificavam um direito que existia quase que com certeza absoluta (MEDINA, 2016, p. 535).

Já no Código de Processo Civil de 2015, o inciso foi redigido com má técnica e não deve orientar o entendimento de que algo duvidoso afirmado pela parte seja compreendido como evidente exclusivamente por ter ocorrido uma das hipóteses do inciso I, inclusive porque tais situações podem levar à condenação por litigância de má-fé, conforme previsto no mesmo diploma legal. Dessa forma, não podem ser motivo único para concessão da tutela de evidência (MEDINA, 2016, p. 535).

Em outras palavras, a exigência da verossimilhança nesses casos continua existindo da mesma maneira que no antigo Código, pois não há como adquirir direito somente através da conduta do réu, sendo necessário que aquele seja considerado ao menos provável. Isso porque o objetivo da tutela provisória não é a punição¹⁰⁶ (DONIZETTI, 2016, p. 503-504).

O inciso II, por sua vez, prevê a hipótese de tese jurídica pacificada na jurisprudência sobre fatos comprovados documentalmente, o que significa que as circunstâncias devem ser provadas pelos documentos trazidos pela parte. Não se trata de uma evidência muito forte, pois depende da prova documental, que basta por si só. Outro requisito é que não haja controvérsia na jurisprudência sobre a procedência do pedido. Esta condição pode ser confirmada por tese firmada em julgamento de recursos repetitivos¹⁰⁷, súmulas vinculantes¹⁰⁸

questionamento quanto à urgência, sendo suficiente apenas que a evidência esteja documentada, caso contrário, será procedido na justificação prévia (DONIZETTI, 2016, p. 501-502).

¹⁰⁶ Observa-se que “a situação do inciso I do art. 311 merece ser compreendida levando em conta a exigência genérica do caput do art. 300 no sentido de haver elementos que evidenciem a probabilidade – sempre entendida no sentido de maior juridicidade – do direito” (BUENO, 2016, p. 268).

¹⁰⁷ O atual Código de Processo Civil trouxe uma inovação legislativa, qual seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que se encontra previsto em seus artigos 976 a 987. Em suma, é um mecanismo que “permite aos Tribunais e segundo grau (TJs e TRFs) julgar por amostragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito. Seleciona-se como

ou assunção de competência¹⁰⁹. Além disso, deve ser verificada se a orientação jurisprudencial mantém-se constante (MEDINA, 2016, p. 536).

Nesse sentido, os precedentes judiciais¹¹⁰ constituem fonte do direito, pois a decisão é considerada ato jurídico que possui como eficácia a construção de uma norma. Além disso, são vistos como uma maneira de assegurar limites à criatividade dos magistrados, que não podem proporcionar uma produção de direito jurisprudencial sem responsabilidade (MACÊDO, 2015, p. 03-04).

Já o inciso III revela uma situação específica e trata do pedido reipersecutório¹¹¹ fundado em prova documental do contrato de depósito. Essa hipótese aplica-se somente às ações relativas ao contrato de depósito, o qual está previsto no artigo 627 do Código Civil¹¹² e seguintes. Assim, é suficiente que seja demonstrado o fato constitutivo do direito da parte integrante do contrato de depósito para concessão da tutela de evidência. Verifica-se que a parte final do inciso dispõe “caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”, mostra-se desnecessária, haja vista que se trata de ação para entrega de coisa, que a lei processual já regulamentou em outros artigos de modo mais completo, especificadamente no artigo 538 do Código de Processo Civil¹¹³ (MEDINA, 2016, p. 536).

amostra um caso, ou um conjunto de casos, em que a questão jurídica repetitiva é discutida e que retrate adequadamente a controvérsia” (WAMBIER; TALAMINI 2016, p. 726).

¹⁰⁸ As súmulas vinculantes podem ser propostas “pelos próprios integrantes do Supremo Tribunal Federal ou pelos legitimados nos termos da Lei. [...]” Seu objetivo é “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas e apenas será cabível quando em relação a tais normas houver controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Tal súmula vinculará os demais órgãos do Judiciário e Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e federal” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 747-748).

¹⁰⁹ O incidente de assunção de competência encontra-se previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil.

¹¹⁰ Precedentes judiciais tratam-se de “pronunciamentos judiciais que, já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais (ou mesmo atos administrativos e até condutas privadas) subsequentes, que versem sobre casos em que se ponha a mesma questão jurídica” (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 693-694).

¹¹¹ A obrigação reipersecutória é aquela que consiste na entrega da coisa, sendo, dessa forma, “pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por prova documental adequada do contrato de depósito” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 640).

¹¹² Artigo 627 do Código Civil de 2002: “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

¹¹³ Artigo 538 do Código de Processo Civil: “Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 1º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor. § 2º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento. § 3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.”

Por fim, o inciso IV trata de situação na qual não há oposição de prova, pelo réu, capaz de gerar dúvida razoável a respeito de fatos constitutivos comprovados documentalmente pelo autor. Ou seja, a fraqueza da prova apresentada pelo réu reforça aquela que foi anteriormente acostada pelo autor, a qual passa a adquirir mais força e torna-se evidente em virtude da fragilidade daquela apresentada pelo demandado. Ainda, não devem ser diferenciadas as circunstâncias de defesas de mérito diretas ou indiretas¹¹⁴ para averiguação da ocorrência dessa hipótese, tendo em vista que, independentemente da espécie de defesa apresentada, esta pode conduzir à certeza de procedência ou improcedência dos pedidos, seja direta, ou até mesmo indireta (MEDINA, 2016, p. 537).

As hipóteses que podem ser decididas liminarmente, quais sejam, as dos incisos II e III, podem ser concedidas sem a prévia oitiva do réu, o que possui respaldo no artigo 9º, inciso II, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹¹⁵. Nesses casos, será observado o procedimento comum até a prolação da sentença (BUENO, 2016, p. 269).

Por outro lado, ressalta-se que a concessão da tutela de evidência está atrelada às posições jurídicas do autor e do réu no processo, pois sua base é o oferecimento da defesa sem consistência. No entanto, para o deferimento de algumas hipóteses da tutela em questão, o legislador presumiu que a defesa seria infundada, que são os casos dos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, nos quais é permitida a concessão da tutela de evidência liminarmente, conforme dispõe o parágrafo único do mencionado artigo. Já nas hipóteses dos incisos I e IV a tutela de evidência só poderá ser concedida após a contestação (MITIDIERO, 2015, p. 707).

As regras da tutela de evidência, portanto, aplicam-se somente quando não há urgência, tendo em vista que esta característica não é requisito para a concessão desse tipo de provimento judicial. Isso porque a demonstração da evidência não depende do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Em outras palavras, a tutela de evidência pressupõe mais que a fumaça do bom direito, necessita de probabilidade de certeza do direito invocado, razão pela qual passa a ser possível a extensão da tutela antecipatória a direitos evidentes,

¹¹⁴ As defesas de mérito dividem-se em diretas e indiretas. A primeira configura-se quando “o ataque do contestante pode atingir o próprio fato arguido pelo autor (quando, por exemplo, nega a existência do dano a indenizar), ou suas consequências jurídicas (quando reconhecido o fato, nega-se-lhe o efeito pretendido pelo autor). [...]” E a indireta “quando, embora se reconheça a existência e eficácia do fato jurídica arrolado pelo autor, o réu invoca outro fato novo que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...] São exemplos de defesa indireta de mérito a prescrição e a compensação” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 422-423).

¹¹⁵ Artigo 9º do Código de Processo Civil: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: [...] II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; [...]”.

para os quais o trâmite processual seja desnecessário (TESHEINER; THAMAY, 2016, p. 07-11).

Constata-se, desse modo, que a tutela de evidência surgiu com a finalidade de proporcionar melhoria na prestação jurisdicional, porquanto busca assegurar um direito àquele que muito provavelmente possui razão no que diz respeito à matéria debatida no processo. Nesse norte, tendo a parte um direito quase certo, não é racional que suporte a demora do processo. Afinal, é por esse motivo que a sumarização do procedimento não pode ser justificada somente pela urgência, mas também pela carência de meios disponíveis e possíveis para a parte contrária impugnar o pedido (ASSIS, 2016b, p. 64-65).

Por outro lado, a concessão de tutela de evidência não configura o julgamento antecipado da lide, pois não se trata de sentença definitiva. Isso porque, enquanto que este confere juízo e certeza ao julgador, aquela representa mera questão de probabilidade ou quase certeza. Assim, se a concessão da tutela evidente fosse considerada julgamento antecipado da lide, estariam sendo feridos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois ocorreria um julgamento de certeza sem oportunizar ao réu que se manifestasse (AURELLI, 2016, p. 46-48).

Além disso, explica-se que a tutela de evidência será sempre incidental, não havendo motivos para ser requerida de modo cautelar. Tal afirmação decorre do seu fundamento que é a proteção para o processo, e não para o direito em si. Isso porque o direito da parte não vai perecer, tampouco é necessária a tutela para evitar dano. Ao contrário, a tutela de evidência¹¹⁶ está corroborada pela efetividade da prestação jurisdicional (AURELLI, 2016, p. 48-51).

Com isso, verifica-se que a tutela de evidência fundamenta-se na necessidade da distribuição do ônus do tempo no processo, motivo pelo qual passa a ser prescindível a comprovação de perigo do dano, em virtude de estarem presentes elementos suficientes para demonstração da quase certeza do direito buscado pela parte.

Além da tutela de evidência, a tutela de urgência também possui o intuito de assegurar a efetivação da tutela jurisdicional em certos casos, sob pena de risco ao resultado útil do processo.

¹¹⁶ O dispositivo legal regulamentador da tutela de evidência não almeja a cessação ou diminuição de um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Ao contrário, objetiva evitar o dano que é consequência da inevitável demora do processo (ABDO; YARSHELL, 2016, p.451-456).

3.3 A tutela de urgência

A tutela de urgência encontra-se disciplinada no Título II, do Livro V (Tutela Provisória) do Código de Processo Civil, em seus artigos 300¹¹⁷ e seguintes. Além das disposições gerais, o referido diploma legal prevê também os procedimentos a serem adotados nos casos de tutela antecipada ou cautelar requeridas em caráter antecedente.

Por longo período o tempo não foi pensado como algo de extrema importância no âmbito processual. Com o passar dos anos, contudo, verificou-se que a correta distribuição do tempo no processo é necessária para que a justiça obtenha seus objetivos de forma eficiente. Por isso, enquanto que no diploma legal de 1973 era imprescindível um procedimento autônomo para qualquer providência provisória, no novo Código não é necessário um processo a parte para obtenção de uma tutela provisória (MITIDIERO; MARIONI; ARENHAT, 2016, p. 206-207).

Com isso, no Código de Processo Civil de 1973 havia previsão dos procedimentos cautelares os quais eram medidas preparatórias postuladas em um processo somente com tal finalidade. Assim, a tutela antecipada, também conhecida como pedido liminar, não podia ser requerida em demanda cautelar preparatória, embora já fosse consagrado o princípio da fungibilidade entre cautelares e tutelas antecipadas (MENDES; SILVA, 2016, p. 380).

Já a tutela de urgência - no Código de Processo Civil de 2015 - pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, possui fundamento nos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e pode ser subdividida em tutela de urgência de natureza cautelar ou de natureza satisfativa. Os requisitos para ser alcançada

[...] são, basicamente, dois: (a) *Um dano potencial*, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável. (b) *A probabilidade do direito substancial* invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris* (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 609) (grifo do autor).

¹¹⁷ Artigo 300 do Código de Processo Civil: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Assim, a probabilidade de um direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo são expressões que representam o que é genericamente empregado, respectivamente, nos dizeres em latim *fumus boni iuris e periculum in mora* (BUENO, 2016, p. 254).

A probabilidade do direito substitui a antiga prova inequívoca¹¹⁸ que era exigida para comprovar a verossimilhança das alegações, permitindo que agora seja concedida uma tutela de urgência baseada em cognição sumária, que pode estar fundada em provas incompletas e sem a oitiva da parte contrária. Em outras palavras, necessita das provas suficientes nos autos que convençam o Juiz de que o direito é provável e possui maior grau de confirmação, para que possa conceder a tutela pretendida. Já o perigo na demora corresponde à interpretação de que a parte não pode esperar até o provimento final de um processo para obter a tutela de seu direito, sob pena de ocorrerem atos ilícitos ou danos irreparáveis ou de difícil reparação (MITIDIERO, 2015, p. 782).

A tutela de urgência, ainda, pode ser concedida de maneira liminar, ou seja, no início do processo, sem ocorrer a oitiva prévia da outra parte, bem como após justificação prévia, de acordo com o disposto no artigo 300, § 2º, do Código de Processo Civil. Nesse último caso ocorre a designação de uma audiência para que o requerente produza prova oral¹¹⁹ (BUENO, 2016, p. 254-255).

O legislador facultou ao magistrado, ainda, a exigência de caução para concessão da tutela de urgência, nos casos em que entender necessário em virtude do poder discricionário¹²⁰ do juiz. No entanto, se o direito desde já é extremamente provável, não pode ser exigida caução, tampouco em casos que a parte requerente for economicamente hipossuficiente, conforme disposto no § 1º do Artigo 300 do Código de Processo Civil (MITIDIERO, 2015, p. 783).

¹¹⁸ A prova inequívoca era um pressuposto sempre presente para autorizar a concessão da antecipação de tutela. Nesse sentido, entendia-se que “o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta -, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, 2000, p. 75-76).

¹¹⁹ Vê-se que “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente (isto é, in limine, no início do processo, sem que se tenha citado a parte contrária – inaudita altera parte), quando o tempo ou a atuação da parte contrária for capaz de frustrar a efetividade da tutela sumária. Nesse caso, o contraditório tem de ser postergado para o momento posterior à concessão da tutela. Não sendo o caso de concessão liminar, pode o Juiz concedê-la depois da oitiva do demandado em justificação prévia (isto é, oitiva específica da parte contrária sobre o pedido de tutela de urgência), na audiência de conciliação ou de mediação, depois da sua realização ou ainda depois da contestação” (MITIDIERO, 2015, p. 782).

¹²⁰ O poder discricionário é utilizado quando “os juízes são chamados a interpretar conceitos jurídicos vagos, cláusulas abertas e deverão fazê-lo de acordo com os fins do Estado, o bem-estar da sociedade. Não se trata, portanto, de discricionariedade absoluta, mas de criatividade interpretativa, que encontra limites exatamente na vontade do Estado, posta, em primeiro plano, na sua lei maior, a Constituição Federal” (OLIVEIRA, 2013, p. 131).

Além disso, o atual diploma processualista civil prevê a hipótese de responsabilidade pelo dano ocorrido em virtude da tutela de urgência concedida, conforme hipóteses elencadas no artigo 302 do Código de Processo Civil¹²¹. Nesses casos, verifica-se que a responsabilidade atribuída não pode ser subjetiva, tendo em vista que a não confirmação da tutela concedida em cognição sumária não elimina os efeitos desta, razão pela qual a responsabilidade civil independe da comprovação de dolo ou culpa. O único caso de responsabilidade objetiva é aquele no qual a tutela provisória tenha sido concedida de forma injustificada, como, por exemplo, fundamentada em prova falsificada. Nas demais hipóteses, a responsabilidade encontra-se amparada no legítimo exercício do poder estatal (MITIDIERO, 2015, p. 785).

Ademais, as tutelas de urgência possuem formas atípicas, ou seja, inominadas, além daquelas típicas, que são nominadas, tendo em vista que podem ser concedidas quando for verificada a presença dos requisitos legais para tanto, não havendo rol taxativo para sua concessão. Porém, podem haver hipóteses em que sejam previstos requisitos específicos para sua concessão, o que é o caso das ações possessórias, por exemplo (MEDINA, 2016, p. 484-485).

Ressalta-se que as hipóteses típicas previstas legalmente não podem impedir que a tutela jurisdicional alcance outros problemas de urgência. Caso contrário, seria violado o princípio constitucional do acesso à justiça, tendo em vista que podem surgir problemas diferentes, bem como variações do que foi previsto pelo legislador. Assim, pode ser objeto de concessão da tutela de urgência qualquer direito a ser tutelado, seja direito fundamental ou não, direito possessório ou não, e assim por diante (MEDINA, 2016, p. 485).

Mesmo que hajam diferenças entre as naturezas da tutela de urgência (satisfativa e conservativa), estas possuem características semelhantes. Isso ocorre porque “embora se mantenha a distinção conceitual entre ambas, confere-se-lhes o mesmo tratamento jurídico. Aplica-se a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos, via processual de pleito e concessão, eficácia e autoridade da decisão concessiva – assim por diante” (TALAMINI, 2012, p. 02).

¹²¹ Artigo 302 do Código de Processo Civil: “Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 05 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

A fungibilidade entre as diferentes naturezas da tutela de urgência pode ser estendida também às de evidência, desde que sejam comprovados os requisitos legais para sua concessão. Da mesma maneira ocorre quando for o contrário, ou seja, tenha sido feito o requerimento de tutela de evidência, mas seja caso de concessão da tutela de urgência. Desse modo, “nenhum jurisdicionado deixará de receber a tutela jurisdicional porque disse galho em vez de árvore. Estamos na era do instrumentalismo, da preocupação com a essência. [...] Não importa o rótulo do perfume, e sim a fragrância” (DONIZETTI, 2016, p. 468-469).

Isso decorre do modo de pensar de parte da doutrina na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que entendia que os efeitos das tutelas antecipada e da cautelar mereciam tratamento jurídico igual. Seguindo essa linha de pensamento, o novo diploma legal unificou a maioria da previsão das diferentes naturezas da tutela de urgência (MEDINA, 2016, p. 508).

Contudo, embora hajam semelhanças, a tutela de urgência se divide em aquelas que possuem natureza cautelar (conservativa) e aquelas de natureza antecipatória (satisfativa). Logo, cada uma é dotada de características essenciais distintas, que merecem ser pontuadas.

3.3.1 A tutela de urgência de natureza conservativa

A tutela de urgência de natureza conservativa, que também pode ser definida como medida cautelar, encontra-se prevista no artigo 301 do Código de Processo Civil¹²² e possui como finalidade a conservação de bens, pessoas ou provas que possam sofrer lesões diante da duração do processo.

Parte da doutrina¹²³ entende que a tutela cautelar destina-se a proteger o próprio processo, proporcionando um resultado útil, a fim de propiciar efetiva prestação da tutela jurisdicional. Essa corrente entende que as medidas cautelares constituem tutela de apoio ao procedimento e somente de modo indireto afetam o sujeito de direitos (DIAS; MACHADO, 2016, p. 161).

Nesse sentido, a tutela cautelar destina-se a proteger o processo com a finalidade de garantir seu resultado útil, razão pela qual é utilizado o remédio das medidas cautelares quando o mal é causado ao próprio processo. Assim, o Juiz apenas fornece a medida para que

¹²² Artigo 301 do Código de Processo Civil: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.”

¹²³ Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, possui esse entendimento.

a tutela seja concedida no final de maneira concreta e efetiva, ou seja, com o objetivo de garantir a satisfação do direito a ser tutelado no processo principal. Desse modo, sempre deve ocorrer referência a um direito que necessita ser acautelado, sendo a tutela cautelar, por essa razão, a referibilidade (AURELLI, 2016, p. 50-51).

Já uma segunda corrente¹²⁴ defende que na verdade a tutela cautelar não garante o resultado útil ao processo, mas sim a efetividade da tutela do direito ou a segurança de uma situação jurídica, tendo em vista que o indivíduo que necessita da medida postula ao juízo a fim de assegurar proteção ao seu próprio direito material. Diante de diversos entendimentos, é possível afirmar que as duas posições possuem sustentação e podem ser complementares uma da outra (DIAS; MACHADO, 2016, p 161).

Em que pese o legislador não tenha elencado novamente as hipóteses de cabimento de arresto, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação, isso não implica em impossibilidade de concessão das mesmas. Ou seja, as referidas medidas de natureza cautelar devem ser submetidas aos mesmos requisitos que qualquer outra, que são a probabilidade do direito e o perigo da demora (MITIDIERO, 2015, p. 784).

Destaca-se que não há disposição legal no Código de Processo Civil quanto à divisão entre medidas cautelares típicas e atípicas, visto que a visão legal passou a ser única, sem haver preocupação em diferenciar medidas. No entanto, podem ser encontradas três espécies de medidas cautelares, que são para assegurar bens, pessoas ou provas (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 607-608).

As medidas para assegurar bens objetivam garantir eventual execução forçada no futuro ou somente manter o estado de uma coisa. Já aquelas destinadas a assegurar pessoas abrangem, por exemplo, a guarda provisória de um indivíduo e aquelas que visam satisfazer necessidades urgentes. Por fim, as medidas destinadas a assegurar provas dizem respeito à coleta de elementos que servirão como prova em uma futura instrução processual, que, por sua vez, necessitam serem colhidos de maneira antecipada (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 607-608).

Assim, independentemente da categoria das medidas, a tutela cautelar confere uma importante proteção que vai além do processo de conhecimento. Isso porque há casos nos quais a tutela cautelar depende do próprio processo de execução, como o arresto, por

¹²⁴ Destaca-se que este segundo entendimento é seguido por doutrinadores como Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart.

exemplo, que ordena que sejam efetuadas constringências no bem do devedor (DIAS; MACHADO, 2016, p. 163).

A tutela cautelar, assim, pode ser requerida juntamente com o pedido principal ou em caráter antecedente, sendo que, no último caso, o pedido principal que será postulado posteriormente deverá ser requerido no mesmo processo. Nesses casos, se o pedido cautelar for indeferido, nada impede que a parte adite a petição para postular a tutela principal, conforme artigo 310 do Código de Processo Civil de 2015¹²⁵, com exceção dos casos de indeferimento por ocorrência de decadência ou prescrição¹²⁶ (GOUVEIA, 2016, p. 398-402).

Destaca-se que qualquer tutela para conservação do direito pode ser buscada com fundamento cautelar, como

[...] o arresto¹²⁷, sequestro¹²⁸, arrolamento de bens¹²⁹ e ao registro de protesto contra alienação de bens¹³⁰ são apenas exemplos de providências que podem ser obtidas pela parte. É possível obter atipicamente tutela cautelar no direito brasileiro – isto é, embora empregando terminologia diversa, o novo Código reconhece o *poder cautelar geral do juiz* (MITIDIERO, 2015, p. 784) (grifo do autor).

Portanto, ressalta-se a importância das medidas cautelares no ordenamento brasileiro, haja vista que a pacificação social é incumbência do Estado através da jurisdição exercida. Por esse motivo, é imprescindível que hajam instrumentos para impedir os efeitos prejudiciais do tempo decorrido até a decisão final do litígio, se algumas medidas necessitam ser efetuadas

¹²⁵ Artigo 310 do Código de Processo Civil: “O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”

¹²⁶ A prescrição ocorre quando prescreve a eficácia da pretensão e da ação, ou seja, decorre o prazo de pretensão judicial que a parte possuía, enquanto que, na decadência, há extinção também do direito da parte, decaindo o direito de revidá-lo em qualquer esfera (COSTA, 2016, p. 591).

¹²⁷ Por exemplo, “o arresto de dinheiro do devedor inadimplente é instrumento assecuratório do direito do crédito do credor. O direito do crédito é o direito acautelado; o direito à cautela e o direito à utilização de um instrumento processual que assegure o direito de crédito” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 576).

¹²⁸ O sequestro trata-se de “medida cautelar que tem por objetivo assegurar a realização de futura execução para entrega de coisa certa. Incide, portanto, sobre bem determinado, objeto de dever de entregar a coisa. Relaciona-se, assim, a disputa sobre a posse ou propriedade de algum bem em particular, não se destinando a assegurar o cumprimento de obrigação de pagar quantia em dinheiro” (MEDINA, 2016, p. 490).

¹²⁹ O arrolamento significa “apenas documentar a sua existência. Arrolar nada mais é que fazer um rol, relação, lista, ou inventário – sem que haja constringência de bens, a fim de que sejam, posteriormente, partilhados. Envolve, pois, a demonstração de algum direito sobre tais bens (que serão objeto de divisão), bem como do risco de que tais bens possam vir a ter paradeiro desconhecido, dispersando-se ou, até, desfazendo-se (MEDINA, 2016, p. 491).

¹³⁰ Através do protesto, “leva-se a conhecimento de terceiros a existência de pretensão sobre o bem por parte daquele que requer a medida. O protesto, assim, não impede ou anula, por si, eventual negócio jurídico que tenha sido realizado sobre o bem” (MEDINA, 2016, p. 491).

com urgência em virtude do possível perecimento de bens, pessoas ou provas que seriam úteis para o processo.

Além disso, a tutela urgência é aplicada também quando o direito da parte encontra-se em perigo, ocasião em que é adiantada a concessão do direito material postulado com o processo, ou seja, a tutela antecipada.

3.3.2 A tutela de urgência de natureza satisfativa

A tutela de urgência de natureza satisfativa, que também pode ser denominada como medida antecipatória ou tutela antecipada, está disposta no artigo 300 do Código de Processo Civil e tem como objetivo evitar ou parar o perigo de dano, motivo pelo qual concede provisoriamente a garantia imediata do direito material.

Dessa maneira, o pedido urgente satisfativo¹³¹ confunde-se – total ou parcialmente – com o principal, tendo em vista que possui utilidade nas hipóteses de ameaça ao direito subjetivo material da parte requerente, a qual não tem condições de esperar o procedimento natural do processo para obter a medida. Por isso, o magistrado antecipará de maneira provisória os efeitos que poderão ser confirmados ou não no julgamento definitivo do mérito. Em outras palavras, será concedido um provimento imediato que garante, total ou parcialmente, a utilização do bem jurídico tutelado de modo provisório, o que se equipara ao direito material reclamado pela parte (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 647).

A tutela de urgência também pode ser postulada de maneira antecedente ou incidentalmente, sendo que o procedimento para a primeira opção está previsto no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015¹³². Já na segunda hipótese a parte procederá apenas na

¹³¹ Há incontáveis situações nas quais cabe a tutela de urgência satisfativa. A fim de facilitar a compreensão desta, um exemplo pode ser um doente que necessita de tratamento indispensável à manutenção de sua saúde, que deve ser iniciado imediatamente diante do estado grave de saúde. Nessa hipótese, o plano da saúde que o paciente possui não cobre o tratamento necessário. Assim, o indivíduo pode usar da tutela satisfativa antecedente para assegurar imediata proteção de seu direito (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 648).

¹³² Artigo 303 do Código de Processo Civil: “Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o

juntada da petição nos autos com seu requerimento, independente do pagamento de custas, conforme previsão do artigo 295 do Código de Processo Civil de 2015¹³³ (GOUVEIA, 2016, p. 392-395).

Verifica-se que a medida urgente de natureza satisfativa foi inovada pelo Código de Processo Civil de 2015 no que diz respeito ao procedimento de estabilização da tutela. Conforme dispõe o artigo 304¹³⁴ do referido diploma legal, a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, mantém-se estável diante da não interposição do recurso cabível em face da decisão que a concedeu. Ou seja, não sendo aditada a petição inicial, tampouco interposto recurso da decisão que concedeu tutela de urgência antecedente, a decisão passa a ser considerada estável e o processo é extinto.

Ainda em conformidade com o artigo 304, as partes possuem a faculdade de demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, a qual conservará seus efeitos enquanto as partes não se manifestarem nesse sentido. No entanto, o mesmo artigo dispõe que o direito de rever, reformar ou invalidar esta decisão extingue-se após o decurso do prazo de dois anos.

É sabido que, de acordo com o § 6º do referido artigo, a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada. Porém, a estabilidade dos seus efeitos só será afastada por decisão que a revisar, reformar ou invalidar. Dessa forma, diverge a doutrina quanto à natureza jurídica da decisão provisória a partir do momento em que estiver extinto o direito de rever, reformar ou invalidar a mesma, diante do decurso do prazo de dois anos sem manifestação das partes.

Portanto, as tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil podem ser postuladas e motivadas na urgência ou evidência, sendo que, ainda, podem ser satisfativas (antecipatórias) ou conservativas (cautelares).

Por fim, busca-se compreender a natureza jurídica da decisão provisória de urgência após o decurso do prazo em que se manteve estável, inovação trazida pelo atual Código de Processo Civil, bem como pontuar os requisitos necessários para que a estabilização ocorra.

valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.”

¹³³ Artigo 295 do Código de Processo Civil “A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.”

¹³⁴ O procedimento previsto nesse artigo será abordado no item 4.2.

4 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE

A tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973 condicionava-se ao pedido principal e seu julgamento, nos termos do artigo 273¹³⁵ daquele diploma legal. Já o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 304¹³⁶, estabelece a possibilidade de requerimento da tutela antecipada de urgência sem o posterior pedido principal.

Trata-se de uma das principais inovações legislativas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 304, tendo em vista que não havia a viabilidade de estabilização da tutela provisória no código anterior.

A atual codificação cria, dessa forma, a oportunidade da tutela provisória vir a tornar-se estável, diante da não interposição de recurso pela parte contrária. Isso ocorre quando a tutela de urgência for requerida de maneira antecedente e a parte autora não aditar a petição inicial. Para tanto, a parte ré deverá manter-se inerte quanto à decisão que concedeu a tutela provisória, ou seja, não interpor recurso, hipótese em que ocorrerá a estabilização da decisão.

¹³⁵ Artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. § 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

¹³⁶ Artigo 304 do Código de Processo Civil: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

4.1 A estabilização: evolução histórica e noção

A estabilização da tutela provisória de urgência foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, sua noção já era aventada pela doutrina e se encontrava na justificativa da proposta de alteração ao Código de Processo Civil de 1973, de autoria de Ada Pellegrini Grinover¹³⁷, publicada na Revista de Processo ainda em 1997.

Como antecedente histórico da estabilização da tutela de urgência antecedente, destaca-se que Kazuo Watanabe havia idealizado ainda na década de 1980 a premissa de que a ação cautelar nem sempre necessitaria de uma ação principal a ser proposta posteriormente. Com isso, surgiu a primeira alternativa legislativa a fim de tentar consagrar a técnica da estabilização da tutela antecipada no Brasil por meio de proposta efetuada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), através do Projeto de Lei nº 186/2005, que foi apresentado ao Senado Federal pelo Senador Antero Paes de Barros (ASSIS, 2016c, p. 28-29).

Tal projeto previa que a falta de impugnação da parte contrária à antecipação da tutela converteria o provimento em sentença de mérito. Essa proposta legislativa chegou ao Senado Federal através do Projeto de Lei número 186/2005 (Anexo A), que tramitou e não foi aprovado. Assim, denota-se que a doutrina já defendia a possibilidade de adoção do instituto da estabilização da tutela antecipada no Brasil.

Nesse sentido, aquela proposta de alteração do Código de Processo Civil de 1973 entendia que era possível ocorrer a estabilização da antecipação da tutela, pois haveria obediência à mesma lógica seguida na adoção do procedimento monitorio no ordenamento brasileiro. Isso porque os provimentos antecipatórios são essencialmente monitorios¹³⁸, tendo

¹³⁷ Observa-se que, “apesar de ser uma novidade da novel legislação processual, o instituto já constava no PL 186/2005, que visava a reforma do art. 273 do atual CPC (LGL/2015/1656), fazendo nele constar esta técnica processual, embora de forma bem diversa do que consta no Novo Código de Processo Civil. Tratava-se de processo capitaneado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), tendo por grande entusiasta a professora Ada Pellegrini Grinover, que já estudava a matéria no direito comparado. Com o projeto do Novo Código de Processo Civil, todos os demais projetos versando sobre o direito processual, incluindo o PL 186/2005, foram reunidos e, assim, serviram de ponto de partida para as discussões e formulação do novo Código” (LAMY, 2016, p. 02).

¹³⁸ Destaca-se que, “na medida em que o âmbito de incidência das medidas urgentes preparatórias não é limitado a determinadas categorias do litígio ou modalidades de pretensão, a estabilização da tutela urgente apresenta-se como um mecanismo geral, que aparentemente seria apto a “monitorizar” o processo como um todo” (TALAMINI, 2012, p. 07).

em vista que, embora os requisitos sejam distintos, a eficácia deve ser semelhante (GRINOVER, 1997, p. 01-03).

Desse modo, compreendia a doutrina que o réu é informado da concessão da tutela antecipada e possui a faculdade de optar por comportamento processual análogo ao sujeito que é citado na ação monitória e não oferece embargos. Por essa razão, a tutela antecipada poderia estabilizar-se, visto que não haveria motivo para prosseguimento do processo até a sentença de mérito. (GRINOVER, 1997, p. 03).

Isso decorreria, portanto, da vontade de ambas as partes, representada pelo pedido do autor e silêncio do réu, os quais seriam os comportamentos necessários para que ocorresse a conversão em sentença de mérito. Além disso, a transformação do provimento antecipatório para sentença de mérito excluiria discussões acerca da existência ou não da qualidade de coisa julgada na referida decisão (GRINOVER, 1997, p. 03).

Ainda, defendia a justificativa do Projeto de Lei nº 186/2005 que alguns ordenamentos jurídicos já admitiam, há décadas, a possibilidade de estabilização da decisão que possui caráter de urgência. O direito italiano, por exemplo, prevê a estabilização dos provimentos urgentes na esfera do processo civil e o ordenamento francês contempla o instituto conhecido como *référé*, o qual confere força executiva para a decisão antecipada (GRINOVER, 1997, p. 03-04).

Destaca-se, ainda, um estudo realizado no Brasil, no ano de 2005, que objetivou a análise dos provimentos sumários que concederam medidas satisfativas, as quais encolheram o procedimento ordinário ou dispensaram este¹³⁹. Assim, por meio de um questionário respondido por onze processualistas de países distintos, foi efetuada uma análise do direito comparado com relação às referidas decisões. Os países participantes foram: Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Colômbia, Espanha, Grécia, Itália, Japão e Uruguai (GRINOVER, 2005, p. 02-03).

A referida pesquisa concluiu que a maneira mais expandida de tutela antecipada de caráter satisfativo nos países indicados são os processos que possuem estrutura monitória, tendo em vista que satisfazem de forma imediata o direito do credor que não possui título executivo. Além disso, foram constatados modos específicos de tutela antecipada em todos os

¹³⁹ Considerando que as tutelas de urgência satisfativas correspondem àquelas que satisfazem as necessidades de uma tutela rápida para o ritmo acelerado da sociedade moderna, o estudo incluiu “não apenas os procedimentos formalmente autônomos que levam a um provimento de caráter satisfativo (como o *référé*), mas também a fase do procedimento ordinário que tenha o mesmo objetivo (como a tutela antecipada na Itália e no Brasil)” (GRINOVER, 2005, p. 02).

países, principalmente na esfera do direito de família e ações possessórias, como, por exemplo, a fixação de alimentos e guarda provisória, bem como os interditos possessórios. Nesses casos, o objetivo é antecipar, seja de forma parcial ou total, os efeitos da sentença de mérito que será proferida somente após a cognição plena (GRINOVER, 2005, p. 02-05).

O estudo constatou que o caráter provisório das tutelas antecipadas satisfativas não dispensa o processo de conhecimento com a sentença de mérito em muitos ordenamentos jurídicos. No entanto, em algumas nações observou a possibilidade de estabilização da antecipação de tutela. Isso ocorria quando as partes não se opusessem à tutela satisfativa concedida de modo antecipado, na medida em que, diante da não impugnação, não era necessária a cognição exauriente com a consequente sentença de mérito. Como exemplo, foi constatado o instituto do *référé* francês e belga, além de casos específicos de estabilização no direito italiano. Nas referidas hipóteses, o provimento antecipado, sem oposição das partes, passava a ter força de título executivo ou sentença com a qualidade de coisa julgada (GRINOVER, 2005, p. 04-05).

Nesse sentido, o projeto elaborado pela professora Ada Pellegrini Grinover ainda no ano de 1997 também inspirou-se nos direitos italiano e francês¹⁴⁰, os quais influenciaram igualmente a elaboração do Código de Processo Civil de 2015. O *référé*¹⁴¹ do direito francês dispõe que a lei não pode impor o seguimento do processo se a decisão proferida sumariamente atender aos interesses das partes, pois não é necessário dispensar tempo e recursos para julgar o que já se encontra resolvido. Assim, surge a possibilidade de o provimento antecipatório não necessitar ser julgado, sendo que a extinção do feito não obsta a eficácia da decisão (GOMES, 2016, p. 03-04).

Esse instituto é denominado por alguns doutrinadores franceses como “a face mais familiar da justiça”, tendo em vista que autoriza uma decisão rápida e imediata acerca da lide

¹⁴⁰ Nesse sentido, “[...] o procedimento dos arts. 303 e 304 é destinado especificamente a proporcionar oportunidade à estabilização da medida provisória satisfativa. Baseia-se na existência de elementos que permitam, sem maiores dificuldades, o deferimento da liminar inaudita altera parte, com grande probabilidade de a medida não ser contestada. O novo Código de Processo Civil brasileiro se aproximou do regime do *référé* francês, que autoriza provimentos de urgência em situações que a eles não se opõe nenhuma contestação, nem fato que justifique a litigiosidade ordinária” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 657).

¹⁴¹ Assim, “o *référé* pode gerar provimento de caráter satisfativo, sem força de coisa julgada, mas que permanece eficaz enquanto não for desfeito em virtude de processo de cognição exauriente, proposto por qualquer das partes. A propositura de ação de cognição exauriente, porém, não é obrigatória, ficando a critério das partes. Esse, em particular, é um aspecto que merece destaque para os propósitos de cognição exauriente, mas só se vier a existir um. É bastante comum a situação em que nenhuma das partes resolve instaurar processo de cognição exauriente, fazendo com que, na prática, a decisão em *référé* se torne definitiva” (ASSIS, 2016c, p. 27).

levada ao Juízo. Atualmente, não há somente um *référé*¹⁴² no ordenamento francês, mas sim diversas modalidades que se encontram previstas no *Code de procédure civile*¹⁴³. Contudo, o termo genérico é utilizado considerando que todas as espécies possuem algumas características essenciais semelhantes, que são: a eficácia provisória da decisão, a instituição do contraditório, a celeridade e a simplicidade do procedimento adotado. Diante disso, observa-se que a urgência não está incluída nas características de tal instituto. Isso porque atualmente não é mais exigida em alguns tipos de *référé*, embora possa estar presente sem prejuízo da concessão da decisão provisória (BONATO, 2015, p. 02).

Já a Itália adotou através do Decreto Legislativo número 5/2003¹⁴⁴ uma sistemática que concede autonomia à cognição sumária, visto que isentou a obrigatoriedade de

¹⁴² Explica-se que “[...] a tutela de urgência na França ocorre em processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior julgamento do pedido principal para confirmação do provimento emergencial. 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” (SILVA, 2015, p. 01).

¹⁴³ Os artigos 484 a 492-1 do Código de Processo Civil Francês disciplinam o instituto do *référé* naquele ordenamento jurídico e dispõem o que segue: “Artigo 484: O procedimento sumário (*référé*) é uma decisão provisória, a pedido de uma das partes; a outra parte presente ou será intimada, nos casos em que a lei confere a um juiz que não está inserido no principal (prevento), o poder de determinar imediatamente as medidas necessárias. Artigo 485: A demanda é apresentada via demanda a uma audiência a qual se fará em dia e hora habitual dos procedimentos sumários. Se, entretanto, o caso necessita celeridade, o juiz competente sumário pode permitir a demanda, a hora indicada, independente de feriados e dias não úteis, sendo tanto no tribunal ou no domicílio, a portas abertas. Artigo 486: O juiz assegurará que haverá tempo suficiente entre a proposição da demanda e a audiência para que a parte demandada possa preparar defesa. Artigo 487: Ao juiz competente é facultado enviar o processo, no estado que se encontra, a uma sessão colegiada do Tribunal em que o próprio juiz fixará data. Artigo 488: O procedimento sumário (*référé*) não possui a autoridade da coisa julgada, em relação a demanda principal. Artigo 489: O procedimento sumário (*référé*) é executado a título provisório. O juiz pode, entretanto, condicionar a execução provisória na prestação de caução de acordo com o especificado nos artigos 517 à 522. Em casos de urgência, o juiz pode determinar a execução imediata. Artigo 490: O procedimento sumário poderá ser impugnado via apelação, salvo de decisão do primeiro presidente do Tribunal ou pronunciada em instância única por razão do valor causa ou objeto da demanda. O procedimento feito em última instância por padrão é suscetível de oposição. O prazo de apelação e oposição é de 15 (quinze) dias. Artigo 491: O juiz competente em *référé* pode determinar pagamento de multa. Podendo as liquidar a título provisório. O juiz determina os depósitos. Artigo 492: Os autos do procedimento sumário (*référé*) são arquivados na secretaria do juízo competente. Artigo 492-1: Salvo disposição em contrário, quando previsto o juízo em matéria sumária ou em procedimento sumário, a demanda é formada, instruída e julgada nas condições seguintes: 1ª O juiz aplicará os artigos 485 à 487 e 490; 2ª O juiz exerce os poderes dispostos no procedimento ordinário e decide o procedimento tendo a autoridade da coisa julgada relativa às questões que ele reparte (julga no caso).”

¹⁴⁴ Na Itália, “[...] dois dispositivos inseridos por força da reforma processual lá implementada na década de 1990 merecem referência, o art. 186-ter e o art. 186-quater, que contemplariam soluções diferentes em matéria de estabilização da tutela antecipada. Nos dois casos se nota a influência do *référé* francês. No primeiro caso, segundo Edoardo Ricci, trata-se fundamentalmente de uma ordem de injunção tendo como objeto o pagamento de somas ou entrega de coisas fungíveis. A lei italiana não fala, expressamente, em fazer coisa julgada, mas apenas na sua eficácia executiva no caso de não ser impugnada. Entretanto, ainda segundo Ricci, a analogia com o procedimento monitorio (ou injuncional) do direito italiano leva boa parte da doutrina daquele país a concluir pela existência de coisa julgada. No segundo caso, porém, não se fala em coisa julgada. Trata-se da possibilidade de, a requerimento da parte, e, depois de encerrada a instrução, ser

propositura de ação principal em alguns provimentos antecipatórios. Assim, o juízo de mérito passou a ser opcional, pois a decisão sumária pode ser suficiente para solucionar o problema de direito material que há entre as partes. Nessa hipótese, o processo é extinto sem resolução do mérito e a medida de urgência continua sendo eficaz, sendo que poderá ser modificada ou revogada caso ocorra mudança no plano dos fatos. Com isso, o provimento de urgência estabilizado acarreta efeitos somente dentro do processo que foi concedido, sem atingir juridicamente outras lides (GOMES, 2016, p. 04-05).

Embora os procedimentos e hipóteses sejam diversos, o sistema de estabilização na França e na Itália possuem algumas semelhantes. Nesse sentido, destaca-se que

(...) in Italia come in Francia, la stabilità di fatto resta un elemento accidentale e intrinseco - dipendente dall'inerzia delle parti - dei provvedimenti cautelari e dei *référés*, la cui essenza giuridica è data dalla loro provisorietà, dalla loro instabilità in diritto, potendo essere rimessi in discussione da un successivo provvedimento definitivo. Sulla base di tali premesse, è stato sostenuto che l'autonomia della misura cautelare sia solo di tipo cronologico e non anche di tipo funzionale. Grazie a questa rapida escursione comparatistica risulta che sia i *référés* francesi che i provvedimenti cautelari italiani a strumentalità attenuata si stabilizzano, ma pur sempre in modo precario, potendo il loro contenuto essere rivisto con un'autonoma azione ordinaria, la cui proposizione non è assoggettata a termini di natura processuale (BONATO, 2016, p. 05)¹⁴⁵.

Na Itália, portanto, projetos legislativos já previam a estabilização da tutela antecipada, sendo que um deles foi inclusive convertido em lei. Na França e na Bélgica, o instituto do *référé* também consagra hipóteses de estabilização da decisão de urgência. Nesse sentido, verifica-se que o direito comparado permitiu que o Brasil evoluísse nesse tema a fim de que o sistema processual civil fosse cada vez mais avançado¹⁴⁶ (GRINOVER, 2005, p. 22).

Assim, chegou o momento de compreender que a regra do procedimento ordinário de cognição exauriente, com a consequente sentença e a coisa julgada, o qual não pode mais ser

expedida uma ordem de pagamento de quantias, liberação ou entrega de bens a respeito dos quais já entenda ter havido prova” (ASSIS, 2016c, p. 27) (grifo do autor).

¹⁴⁵ Tradução da autora: “[...] Na Itália como na França, a estabilidade na verdade é um elemento intrínseco e acidental - depende da inércia das partes – de medida de precaução e de *référés*, cuja essência jurídica é dada por sua provisoriedade, sua instabilidade em lei, poderia ser perdoado na discussão por uma medida final subsequente. Com base no exposto, tem-se argumentado que a autonomia da medida cautelar só é cronológica e não funcional. Com esse rápido comparativo, resulta que tanto os *référés* franceses quanto nas medidas de precaução italianas a instrumentalidade atenua com a estabilização, mas ainda tão precária, na medida em que o seu conteúdo pode ser revisto com uma ação ordinária independente, que não está sujeita a proposição nas condições de natureza processual.”

¹⁴⁶ Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro já deu inúmeros passos com o objetivo de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, tendo em vista que adotou técnicas processuais com a finalidade de assegurá-la. Alguns exemplos são as reformas pontuais já efetuadas no Código de Processo Civil de 1973, além de outras leis novas que entraram em vigor, como a da Ação Civil Pública, dos Juizados Especiais e o Código de Defesa do Consumidor (GRINOVER, 2005, p. 22).

considerado uma técnica processual singular para a busca da solução das controvérsias na sociedade contemporânea. Para tanto, é necessário que os princípios processuais clássicos sejam amoldados aos conflitos do direito contemporâneo (GRINOVER, 2005, p. 22).

Por tais razões, o debate sobre a estabilização da tutela antecipada culminou em sua positivação no Código de Processo Civil de 2015, no Título II, que possui a nomenclatura de “tutela de urgência”, no capítulo II, denominado “do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, mais especificadamente no artigo 304 do referido diploma legal.

Essa inovação inspirou-se nos direitos italiano e francês, passando a ser admitida a desvinculação da tutela sumária e da tutela de cognição exauriente. Assim, há no novo diploma legal a possibilidade de autonomização do provimento provisório, através de sua estabilização. A crise de direito material existente entre as partes pode ser solucionada através de um provimento necessário, dispensando o processo ordinário e a sentença de mérito proferida após produção de provas e demais formalidades legais (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 667-668).

Assim, a antecipação de tutela sofreu um processo de generalização, o que ocasionou inúmeras mudanças no processo civil brasileiro, razão pela qual este avançou consideravelmente e superou a excessiva ordinarização do procedimento. Em que pese o Projeto de Lei apresentado no Senado Federal, ainda, no ano de 2005 não tenha sido aprovado no que dizia respeito à estabilização da tutela antecipada, sua essência e suas ideias influenciaram decisivamente o projeto que originou o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (ASSIS, 2016c, p. 25-26).

Destaca-se que a referida inovação decorre da supremacia da vontade das partes, tendo em vista que o prosseguimento do processo de conhecimento após a concessão da tutela de urgência é ônus daquelas, razão pela qual a atitude omissiva passa a ser interpretada no sentido de que não persiste a necessidade de uma sentença de mérito para resolver o conflito em questão. Trata-se de um sistema que incluiria o Brasil no rol dos países mais avançados na matéria debatida (GRINOVER, 2005, p. 24-25).

Nesse sentido, a incessante busca pela efetividade processual originou uma modificação substancial na maneira de se analisar a finalidade do processo. Anteriormente, o principal fundamento do processo era a segurança jurídica, através do objetivo de atingir a verdade através da cognição exauriente. Já no diploma legal de processo civil de 2015, a tutela de urgência concedida em vista da probabilidade através da cognição sumária resulta na

possibilidade de finalizar o processo sem a sentença de mérito, cumprindo a efetividade da prestação jurisdicional (LAMY, 2016, p. 02).

A referida possibilidade ocorre através do instituto da estabilização¹⁴⁷ da decisão provisória, que representa uma novidade no panorama nacional. Mesmo que já houvesse a previsão da cognição sumária no Código de Processo Civil de 1973, como o procedimento monitorio, a nova técnica foi empregada pela primeira vez no Brasil na codificação de 2015, pois na antiga lei as decisões proferidas sumariamente possuíam sua validade condicionada à cognição exauriente, necessitando da sentença de mérito, a qual posteriormente transitaria em julgado. Com a estabilização, surgiu uma exceção a tal regra, que é a autonomização da cognição sumária (LAMY, 2016, p. 02).

O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, modificou o fundamento da extinção de um processo sem resolução de mérito a fim de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Ocorre que a parte autora requereu a concessão da tutela de urgência em caráter antecedente em virtude da necessidade de vaga em creche infantil municipal, o que foi deferido. O Município réu, por sua vez, não apresentou impugnação ao pedido e manifestou nos autos o cumprimento da liminar deferida, hipótese em que o processo foi extinto sem resolução de mérito por falta de interesse processual, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. No entanto, o Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira, relator do reexame necessário, entendeu pela extinção do feito com fundamento no artigo 304 do Código de Processo Civil, aplicando o instituto da estabilização da decisão provisória, a fim de evitar a revogação da liminar concedida e assegurar a efetividade da tutela jurisdicional (PARANÁ, Tribunal de Justiça, 2016).

Constata-se, com isso, que uma das principais características que diferem a tutela antecipada prevista no Código de Processo Civil de 1973 da tutela de urgência prevista no atual diploma legal de processo civil vigente no país é a sua autonomia, tendo em vista que a antecipação da tutela condicionava-se ao julgamento definitivo do processo principal, enquanto que a tutela de urgência abrange a possibilidade de o provimento antecipado tornar-se estável (SILVA, 2015, p. 01).

¹⁴⁷ Assim, a finalidade da estabilização é retirar o vínculo existente entre a tutela sumária e a decisão final, tendo em vista que o procedimento urgente pode criar uma situação fática agradável a todas as partes, razão pela qual não necessita de sentença final. Em outras palavras, para evitar o desperdício de tempo e de verbas públicas, sendo vantajoso finalizar o processo sem a obtenção da sentença de mérito com base em cognição exauriente. A tutela sumária, portanto, não mais se encontra, necessariamente, vinculada ao provimento final, podendo ter eficácia mesmo sem sua posterior validação pelo juízo de mérito (LAMY, 2016, p. 03).

Os principais fundamentos da estabilização do provimento de urgência possuem força constitucional nos princípios da efetividade processual e da duração razoável do processo. Isso porque, considerando que a Constituição Federal prevê que a ameaça a direito não pode ser excluída da apreciação pelo Judiciário, a jurisdição possui motivo para abraçar técnicas, meios e procedimentos que evitem que o tempo impeça a proteção do direito ameaçado (OLIVEIRA, 2015, p. 02-03). A prestação jurisdicional deve trazer um resultado útil, por meio de uma decisão justa.

Observa-se que a estabilização da decisão provisória é um instituto que modificou essencialmente a natureza da tutela de urgência de natureza satisfativa, que possuía denominação de tutela antecipada no Código de Processo Civil de 1973. Por meio dela, o ordenamento busca assegurar a celeridade na tramitação dos processos e garantir a solução do conflito com efetividade.

4.2 Procedimento no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou nova figura jurídica, consistente na estabilização da decisão provisória¹⁴⁸. A matéria encontra-se prevista nas tutelas de urgência, mais especificadamente nas tutelas antecipadas que são requeridas em caráter antecedente, e não de maneira incidental. Assim, o artigo 304 do Código de Processo Civil assegura a estabilização em face da não interposição de recurso da decisão que concedeu a tutela de urgência, ocasião em que o processo será extinto, conforme § 1º do referido artigo.

O principal objetivo da inovação é que a cognição exauriente para solução de um conflito passe a ser opcional nos casos em que tenha havido pedido de concessão de tutela antecedente baseada em cognição sumária em face da qual o réu não tenha se oposto (SICA, 2016, p. 235-236).

Desse modo, importante compreender a estabilização prevista no artigo 304 do Código de Processo Civil. Explica Elaine Harzheim Macedo que existem dois pressupostos iniciais para que a estabilização ocorra, um positivo e outro negativo, sendo que ambos relacionam-se

¹⁴⁸ Observa-se que “[...] a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição pela. Todavia, para que isso ocorra exige a lei que o pedido de tutela antecedente explicita a vontade do requerente (art. 303, § 5º) de que a medida urgente seja processada segundo o procedimento especial traçado pelos arts. 303 e 304 i.e., de que a tutela pleiteada se limite à medida provisória” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 667).

com o comportamento da parte autora. O pressuposto positivo corresponde ao requerimento da concessão da tutela antecipada de natureza satisfativa antes da propositura da ação principal, tendo em vista que somente esta decisão pode tornar-se estabilizada. Já o pressuposto negativo diz respeito à necessidade de que a parte requerente não demonstre em sua petição inicial o propósito de prosseguir com a demanda em momento posterior à concessão da tutela de urgência pretendida (2015, p. 09).

Verifica-se que o pressuposto negativo é um dever imposto à parte autora, sendo imprescindível que esclareça se existe o objetivo de propor uma ação de cognição exauriente com sentença definitiva em cumulação com o requerimento antecipado incidental, alternativamente se está postulando apenas um pedido antecipatório antecedentemente, bem como se requer tempo para aditamento da exordial ou somente a medida de urgência (MACEDO, 2015, p. 10).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento dos recursos números 2201002-31.2016.8.26.000 e 2105200-06.2016-8-26-0000, concluiu pela inaplicabilidade da estabilização da tutela provisória nos casos em que a peça inicial contiver também o pedido principal, e não somente o pedido de concessão da tutela antecedente de urgência (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2016).

Desse modo, o autor deve indicar na petição inicial que não pretende o prosseguimento do feito até a sentença final. Em outras palavras, deverá ficar claro, evidente e demonstrado pela parte autora na petição inicial, que está optando pelo procedimento disposto nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil, ou seja, a tutela provisória antecedente que pode ser estabilizada. Além disso, o autor não deverá aditar a petição inicial, visto que tal fato impediria a estabilização¹⁴⁹, em face de estar requerendo o prosseguimento do feito com a cognição exauriente (GOUVEIA, 2016, p. 396-398).

O Desembargador Rui Portanova, relator do agravo de instrumento número 70070559612 interposto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, concluiu pela impossibilidade de aplicação do instituto da estabilização da decisão provisória quando não houver pedido expresso da parte (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2016).

¹⁴⁹ Outrossim, “[...] o jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada material Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória “estabilizada” apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu em processo original nos termos do art. 304, § 5º. [...] O autor que formula desde logo o pedido de tutela final, a meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido e que não se conterà apenas com a tutela provisória estabilizada.” (SICA, 2016, p. 237-238).

Além disso, outro requisito para a estabilização da tutela de urgência postulada em caráter antecedente é a inércia do réu¹⁵⁰, ou seja, a não interposição do recurso cabível, que, no caso, trata-se de agravo de instrumento¹⁵¹, nos termos do caput do Artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015. Caso não seja interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto com resolução de mérito, caso em que a decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo (MITIDIERO, 2015, p. 789).

Havendo a concessão da tutela de urgência requerida de modo antecedente sem confrontação pela parte adversa com o competente recurso de agravo de instrumento, a decisão continuará tendo eficácia e se estabilizará (ATCHABAHIAN, 2015, p. 02).

Assim, a configuração da estabilização da tutela de urgência concedida sempre dependerá do comportamento do réu, que deverá ser omissivo. Por essa razão, o comportamento positivo do autor ao requerer a tutela de urgência não é suficiente para a estabilização, dependendo tal instituto diretamente da atitude do réu após ser intimado da concessão (BUENO, 2015, p. 262).

Salienta-se que a estabilização não poderá ocorrer, também, quando o réu não for cientificado expressamente acerca da possibilidade de sua ocorrência, em conformidade com o princípio da vedação à decisão-surpresa¹⁵², tampouco quando a demanda for devidamente questionada por assistente do réu¹⁵³ ou litisconsorte¹⁵⁴. Além disso, nos casos de citação por hora certa¹⁵⁵ ou edital¹⁵⁶, réu preso, incapaz sem representante ou representante em conflito com seus interesses não poderá ocorrer a estabilização, pois há necessidade de nomeação de

¹⁵⁰ Ressalta-se que quando “[...] se viabiliza a obtenção de resultados práticos no processo a partir da inércia do réu, casos em que há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor, aferida mediante cognição sumária, identifica-se técnica de monitorização do processo civil brasileiro” (GOUVEIA, 2016, p. 395-396).

¹⁵¹ O agravo de instrumento é o recurso cabível nos casos previstos no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; [...]”

¹⁵² Artigo 10 do Código de Processo Civil: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹⁵³ Artigo 119 do Código de Processo Civil: “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.”

¹⁵⁴ O litisconsórcio encontra-se disciplinado nos artigos 113 a 118 do Código de Processo Civil.

¹⁵⁵ O artigo 253 do Código de Processo Civil regulamenta a citação por hora certa.

¹⁵⁶ O artigo 256 do Código de Processo Civil dispõe sobre a citação por edital.

curador especial¹⁵⁷ para que promova a defesa dos interesses do demandado, ocasião na qual a decisão de concessão da tutela de urgência será impugnada (GOUVEIA, 2016, p. 396-398).

Nesse sentido, entende-se que deve ser expedido mandado de citação e intimação para o réu, devendo constar no corpo do referido documento expressamente que, caso não seja interposto recurso, a decisão da tutela concedida tornar-se-á estável (BUENO, 2016, p. 261).

Por outro lado, Heitor Vitor Mendonça Silva elenca quatro requisitos para a utilização da técnica de estabilização, a saber:

(a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*rectius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b) o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível (2016, p. 236) (grifo do autor).

Já Elpídio Donizetti defende que a estabilização é condicionada a três requisitos, que são: (1) o deferimento da tutela de urgência requerida em caráter antecedente postulada; (2) o aditamento da exordial pela parte autora; e (3) a inércia do réu, que não interpõe agravo de instrumento da decisão que concedeu a referida tutela. O aditamento da inicial é exigido nos casos em que o autor pretendia obter um provimento final de cognição exauriente, tendo em vista que o § 2º do artigo 303 do Código de Processo Civil prevê que, em caso de não realização do aditamento, o processo será extinto sem análise do mérito e não subsistirão os efeitos da tutela antecipada, independentemente da interposição ou não do agravo de instrumento (2016, p. 498-499).

No entanto, caso o réu não interponha agravo de instrumento e manifeste-se de outras maneiras no primeiro grau de jurisdição, essa manifestação deve ser interpretada como a vontade inequívoca de exaurir a lide com o prosseguimento do feito¹⁵⁸. Isso porque o oferecimento de contestação ou até mesmo a manifestação de interesse na realização de audiência de conciliação ou mediação demonstram que o réu possui interesse em atingir os ulteriores termos da demanda. Assim, entende-se que qualquer manifestação de vontade do

¹⁵⁷ Artigo 72 do Código de Processo Civil: “O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.”

¹⁵⁸ Ainda, “há de se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (...)” (SICA, 2016, p. 240).

réu efetuada no primeiro grau de jurisdição pode substituir a interposição de recurso e evitar a estabilização da tutela concedida. O referido entendimento possui a finalidade de economizar a interposição de um recurso e relevar a autonomia da vontade das partes, bem como a manifestação desta (MITIDIERO, 2015, p. 789).

Na linha desse entendimento, ocorre uma interpretação ampliativa do texto que consta no dispositivo legal e o termo recurso seria ampliado para qualquer manifestação do requerido de maneira expressa que contrariasse a tutela provisória concedida. Assim, caso o réu manifeste contrariedade quanto ao provimento concedido, independente da forma, deve o magistrado prosseguir com o feito e dar oportunidade ao exercício do contraditório com o objetivo de exaurir a fase de cognição e obter uma sentença de mérito apta a transitar em julgado (BUENO, 2015, p. 262).

Contudo, doutrinadores como Elpídio Donizetti defendem que a falta de interposição de agravo de instrumento é suficiente para estabilização da decisão, caso em que, mesmo que haja contestação, a parte autora poderia optar por não prosseguir com o feito, sem o aditamento da peça inicial. Nessa hipótese, o processo seria extinto e a tutela provisória seria estabilizada, visto que é ônus do réu interpor o recurso cabível, qual seja, o agravo de instrumento (2016, p. 496).

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela interpretação literal do artigo 304 do Código de Processo Civil, bastando a ausência de interposição de recurso para a estabilização da decisão, sendo insuficiente a impugnação da decisão através de outros meios. A Desembargadora Ana Paula Caixeta explicou que “o legislador optou por utilizar o termo recurso contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, não cabendo ao intérprete sua ampliação, no sentido de admitir qualquer impugnação para obstaculizar a estabilização da tutela concedida” (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2016).

Ressalta-se que pode ocorrer a hipótese de o recurso interposto não ser conhecido. Caso a interposição tenha sido realizada de maneira tempestiva, entende-se que, embora inadmissível, o recurso tem o condão de evitar a preclusão da questão recorrida, independentemente de ser ou não conhecido (SICA, 2016, p. 240).

Além disso, é importante observar que a tutela provisória pode ser deferida no grau recursal, quando do julgamento do agravo de instrumento interposto, em face da decisão que indeferiu o provimento provisório requerido. Nesse caso, entende-se que, acaso a parte autora ainda não tenha emendado a inicial, ou seja, não tenha postulado a tutela final, pode

configurar-se o instituto da estabilização da decisão proferida pelo Tribunal *ad quem*, ficando assegurada a intimação do réu acerca da referida decisão, para que, se entender pertinente, recorra novamente¹⁵⁹ (SICA, 2016, p. 239).

Desse modo, a doutrina brasileira define, de uma maneira geral, os comportamentos do autor e do réu como os principais requisitos para a estabilização da decisão provisória requerida em sede de tutela de urgência de caráter antecedente, tendo em vista que deve haver a vontade de ambas as partes em não prosseguir com o processo até o exaurimento da lide.

Cumprido referir que é possível a estabilização parcial da tutela antecipada, nos casos em que for acolhida somente uma parcela do pedido do autor, ou seja, apresentados dois pedidos em cumulação simples¹⁶⁰ e somente um for deferido. Ainda, se o réu interpusesse recurso parcial, também ocorreria a estabilização em parte. O fundamento dessa interpretação é a possibilidade de julgamento parcial de mérito¹⁶¹ no novo Código de Processo Civil, razão pela qual não há motivos para rejeitar a estabilização parcial. Contudo, o acolhimento de pedido subsidiário¹⁶² não importaria em estabilização, tendo em vista que, em hipótese de improcedência do principal, poderia estar prejudicado o subsidiário (SICA, 2016, p. 245).

Por outro lado, quanto aos casos previstos no artigo 304 do Código de Processo Civil, sustenta-se que o termo satisfatividade possui três sentidos, sendo que todos podem ter a incidência do artigo e obter uma tutela autônoma, são eles: a tutela autorizada em virtude da irreversibilidade de seus efeitos; a tutela que é suficiente em si mesma, sendo desnecessário o requerimento do pedido principal; e a tutela provisória que é igual ao pedido principal (MEDINA, 2016, p. 522-523).

Através da leitura do texto dos artigos referentes à tutela provisória do diploma legal de processo civil, conclui-se que somente a tutela que possui fundamento na urgência pode ser atingida pelo instituto da estabilização¹⁶³. No entanto, a tutela de evidência dispensa a

¹⁵⁹ No caso de decisão proferida em segundo grau de jurisdição, o recurso cabível é o “agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou o recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada (SICA, 2016, p. 239-240).

¹⁶⁰ Na cumulação simples de pedidos, “o acolhimento ou rejeição de um não afeta o outro pedido. Exemplo: cobrança de preço de duas vendas de mercadora havidas entre as mesmas partes” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 410).

¹⁶¹ Artigo 356 do Código de Processo Civil: “O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. [...] § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

¹⁶² Nos casos de pedido subsidiário, “há, na verdade, um pedido principal e um ou vários subsidiários, que só estão examinados na eventualidade e rejeição do primeiro” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 408).

¹⁶³ Em face disso, “[...] a estabilização não se aplicaria: (a) à “tutela provisória de evidência” (arts. 294, par.ún. e 311); (b) à “tutela provisória de urgência cautelar” (art. 294, caput, 301, 305 e 310), e, finalmente, (c) à tutela

urgência, pois a probabilidade do direito é grande. Isso porque, para a concessão da tutela de evidência, é necessária a demonstração da existência do direito em grau tão qualificado que somente a hipótese de não utilizar seu direito já lhe causa graves danos. Por essa razão, a aplicação da estabilização inclusive para a tutela de evidência é questionada por alguns autores (DONIZETTI, 2016, p. 492).

No que diz respeito aos direitos indisponíveis, verifica-se que não é possível a aplicação do instituto da estabilização. Argumenta-se que a estabilização possui semelhanças com a revelia¹⁶⁴, que, por sua vez, não é aplicada em casos que versem sobre direitos indisponíveis¹⁶⁵. Portanto, a mesma lógica deve seguir o instituto em estudo. Além disso, ressalta-se que não é possível a aplicação da técnica da estabilização quando se tratar de provimento provisório em favor do réu, pois ele terá postulado tal medida de forma incidental e nunca de maneira antecedente, como é possibilitado ao autor (SICA, 2016, p. 245-246).

Igualmente quanto ao processo coletivo¹⁶⁶, constata-se que não há possibilidade de aplicação da estabilização, diante da necessidade de inversão dos polos em caso de propositura de nova demanda para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada. Com base nisso, não seria possível admitir uma ação coletiva passiva, razão pela qual não se aplica o fenômeno discutido na tutela de interesses transindividuais¹⁶⁷ através de ação coletiva (SICA, 2016, p. 248).

Já nas ações rescisórias¹⁶⁸, também entende-se pela impossibilidade de aplicabilidade do instituto, tendo em vista que uma decisão que fez coisa julgada material¹⁶⁹ não pode ser substituída por uma decisão baseada em cognição sumária, como é o caso da estabilização (SICA, 2016, p. 248-249).

provisória requerida em caráter “incidental” (art. 294, caput, e 295). Resta apenas a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) pedida em caráter antecedente” (SICA, 2016, p. 237).

¹⁶⁴ Artigo 344 do Código de Processo Civil: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

¹⁶⁵ Artigo 345 do Código de Processo Civil: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”

¹⁶⁶ O processo coletivo encontra-se disciplinado no Código de Defesa do Consumidor (Lei número 8.078/90) e na Lei número 7.347/85, que regulamenta a ação civil pública.

¹⁶⁷ Os interesses transindividuais são os “direitos fundamentais de 3ª geração, como o meio ambiente, o patrimônio público, a moralidade administrativa etc., têm todos, indistintamente, como titulares” (GAJARDONI, 2012 p. 17).

¹⁶⁸ O artigo 966 do Código de Processo Civil elenca os casos da ação rescisória.

¹⁶⁹ Artigo 502 do Código de Processo Civil: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

Com relação ao procedimento para obtenção da tutela de urgência estabilizada, encontra-se previsto nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil¹⁷⁰, que versam sobre a concessão da tutela de urgência requerida em caráter antecedente, representado no Anexo 02 do presente trabalho.

Trata-se do procedimento adotado quando a parte autora requer a concessão da tutela de urgência antecedente. Para ocorrer a estabilização, a tutela de urgência deve ser concedida e não pode ser realizado o aditamento da petição inicial pelo autor, além de que o réu, embora intimado, não interpõe recurso em face da decisão. Em consequência disso, o processo é extinto, arquivado e a decisão torna-se estável. As partes possuem o prazo de dois anos para demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela de urgência, sendo que tal direito extingue-se após o decurso de dois anos sem manifestação.

Essa modalidade de tutela provisória prioriza a proteção do direito que a parte possui e distancia – por ora - a exigência do formalismo para a propositura da ação, o que poderá ser exigido em momento posterior. Nessa hipótese, o inteiro teor dos fatos e fundamentos jurídicos, além da prova documental, são demonstrados após a análise do pedido de concessão da tutela de urgência (DONIZETTI, 2016, p. 491).

Trata-se da urgência denominada como contemporânea à propositura da demanda, razão pela qual a situação urgente não pode aguardar a reunião de todas as provas e a construção de uma rebuscada peça inicial. Permite a estabilização da tutela concedida, dependendo da atitude do réu, caso em que o provimento provisório passará a ser definitivo (DONIZETTI, 2016, p. 491-492).

Assim, pelo prazo de dois anos¹⁷¹, as partes poderão demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar o provimento estabilizado, sendo que isso ocorrerá por meio de uma nova ação. A decisão de mérito proferida nesta nova demanda, por sua vez, substituirá a tutela provisória que possuía eficácia até então. Essa segunda ação terá o objetivo de

¹⁷⁰ Explica-se que, “se a antecipação da tutela é concedida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor (art. 303, § 1º, I) e o demandado não se manifesta no sentido do exaurimento da cognição (art. 304, caput), a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo. Trata-se essencialmente de conhecida proposta da doutrina (...), a qual visa empregar a técnica do contraditório eventual já presente no procedimento monitório com o fim de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada fundada na urgência” (MITIDIERO, 2015, p. 788-789).

¹⁷¹ De acordo com Elaine Harzheim Macedo, trata-se de um prazo peremptório, eis que ambas as partes “sujeitam-se à preempção da ação, isso porque a rediscussão da decisão provisória só ocorreria em ação que poderia ser provocada por um ou pelo outro” (2015, p. 13).

resolver o litígio de forma definitiva através de cognição exauriente (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 669-670).

A decisão que extinguiria o processo diante da não interposição de recurso possui natureza terminativa, não havendo nenhuma disposição no Código de Processo Civil acerca do pagamento das verbas de sucumbência¹⁷². Assim, entende-se que o réu seria condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência, tendo em vista que foi quem deu causa à propositura da ação (SICA, 2016, p. 246-247).

Com a extinção do processo e seu arquivamento, as partes poderão propor uma ação autônoma com o objetivo de rever, reformar ou invalidar da tutela concedida, no prazo de dois anos. Diante do juízo prevento¹⁷³, a ação será proposta na jurisdição que concedeu a tutela estabilizada. As partes poderão, ainda, requerer o desarquivamento do feito para obtenção de cópias com o intuito de ingressar com a referida demanda (GOUVEIA, 2016, p. 396-398).

Observa-se que o ônus da prova¹⁷⁴ na nova ação, independentemente de quem tenha proposto esta, continua como seria no caso da ação exauriente ter prosseguido. Assim, o autor que requereu a tutela antecedente deverá provar o fato constitutivo de seu direito, e o réu daquela ação deverá demonstrar eventuais fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, embora aquele possa agora ser o autor da ação nova (GOUVEIA, 2016, p. 396-398).

Considerando que o Juiz terá outra oportunidade para proferir uma decisão, que seria a extinção do feito diante da não interposição de recurso, nada impede que, acaso o réu tenha contestado a ação, o magistrado possa modificar ou até mesmo revogar o provimento antecipatório concedido diante da nova situação fática e conjunto probatório trazidos ao processo pela parte demandada (SICA, 2016, p. 244).

Além dos pontos já enfrentados, há inúmeras outras questões concernentes ao instituto da estabilização que ocasionam discussão na doutrina, mormente porque se trata de uma técnica nova no ordenamento jurídico brasileiro, instituída por um texto de lei que entrou em

¹⁷² Artigo 86 do Código de Processo Civil “Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas. Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

¹⁷³ Independentemente do caso, “o juízo que deferiu a tutela provisória estabilizada conservará, por prevenção, a competência para nova ação (art. 304, § 4º, *in fine*). Exigir-se-á, porém, uma nova petição inicial, podendo, qualquer das patês, que tenha tomado a iniciativa do pleito, requerer o desarquivamento dos autos da tutela provisória originária, que serão utilizados para instauração da inicial da nova demanda (art. 304, § 4º, primeira parte)” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 670) (grifo do autor).

¹⁷⁴ O ônus da prova encontra-se disposto no artigo 373 do Código de Processo Civil.

vigor recentemente, não havendo diversidade de casos práticos e entendimentos jurisprudenciais disponíveis para auxílio do estudo.

No entanto, pretende-se, ainda, através do presente trabalho, analisar e esclarecer a natureza jurídica da referida decisão após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável, a fim de averiguar sua eficácia.

4.3 A natureza jurídica da decisão da estabilização

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou nova figura jurídica, consistente na estabilização da decisão provisória, no entanto, diverge a doutrina quanto ao instituto que abrangerá a nova figura após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável, presente no artigo 304 do Código de Processo Civil.

Alguns defendem que se trata de um novo caso de preempção, outros que a estabilização consiste apenas no emprego da técnica monitoria. Outros, ainda, sustentam que a decisão passará a ter força de coisa julgada. No entanto, a maioria dos doutrinadores discorda dessa última posição.

Há autores que aproximam a tutela estabilizada da técnica monitoria, esta última já existente no ordenamento brasileiro, pois as duas categorias buscam o oferecimento de resultados práticos no mundo dos fatos de maneira mais rápida, em decorrência da inércia da parte demandada. Observa-se que quatro características aproximam os dois procedimentos: decisão fundamentada em cognição sumária com o objetivo de tornar possível os efeitos pretendidos pela parte autora; o ônus do réu, caso este não se manifeste; a inversão do ônus da prova de propor ação para rediscutir a matéria; e a não formação de coisa julgada material (SILVA, 2016, p. 302-304).

O procedimento monitorio¹⁷⁵ é aquele no qual a parte autora possui prova escrita de crédito de dinheiro, entrega de coisa fungível ou coisa certa móvel, caso tal documento não configure título executivo. Assim, a parte ingressará com a chamada ação monitoria, na qual será determinada a expedição de mandado para cumprimento da obrigação descrita na inicial, com base em cognição sumária. A parte requerida, por sua vez, poderá opor embargos no

¹⁷⁵ O procedimento monitorio “permite a realização imediata do direito afirmado pelo autor, cuja probabilidade é aferida mediante cognição sumária, somada à inércia do réu. [...] Ao deferir o mandado para cumprimento da obrigação, por considerar que o autor ostenta direito evidente, atestado por prova idônea, profere o juiz decisão que, ao nosso ver, não se consubstancia em título executivo. Autoriza-se, no caso, execução sem título executivo” (MEDINA, 2016, p. 872-874). Encontra-se previsto nos artigos 700 a 702 do Código de Processo Civil.

prazo legal. Porém, se tal prazo decorrer sem manifestação do réu, a decisão que determinou a expedição de mandado terá força de título executivo judicial. Assim, é atribuído efeito preclusivo à inércia do réu, motivo pelo qual a estabilização da tutela urgente provisória possui semelhança com o procedimento monitório¹⁷⁶ (TALAMINI, 2012, p. 05-07).

Já Elaine Harzheim Macedo afirma que se trata de um novo caso de preempção - tanto ao autor quanto ao réu - existente no ordenamento jurídico brasileiro, não havendo coisa julgada material. Assim, ambas as partes estariam sujeitas à preempção da ação, tendo em vista que a rediscussão da matéria acarretaria somente em ação provocada por uma das partes (MACEDO, 2015, p. 13).

Weber Luiz de Oliveira, por sua vez, defende que a estabilização se fundamenta na teoria do fato consumado, que “estabilizaria, definitivamente, o que já estava estabilizado precária e provisoriamente” (2015, p. 10), explicando que

dotou-se de prazo de dois anos para que a parte prejudicada demande contra a outra pedindo a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, prazo este que se não exercido faz extinguir o próprio direito de revisão, reforma ou invalidação. Não foi estabelecido no Projeto se há ocorrência de coisa julgada e, uma vez que a extinção é do próprio direito e não havendo trânsito em julgado, incabível se mostra o manejo de ação rescisória. Diante deste contexto, pesquisou-se se a teoria do fato consumado, antiga criação pretoriana, poderia ser aplicada a estabilização da tutela antecipada, novel criação legislativa (2015, p. 13-14).

Essa teoria trata-se de um instituto jurisprudencial e é usada para manter o estado que se encontra uma parte que se beneficiou de uma decisão e seria prejudicada com a cassação desta. A aplicação não poderia ocorrer, no entanto, se terceiros interessados fossem prejudicados com o provimento. Isso porque a teoria do fato consumado permite que os efeitos da decisão perdurem no tempo e tenham eficácia, não pelo preenchimento dos requisitos presentes no instituto da estabilização, mas sim diante do tempo passado e da ocorrência de fatos supervenientes, com o decurso dos dois anos na inércia. Nessa hipótese, deve-se adotar a teoria do fato consumado, que acarretaria a manutenção da estabilização (OLIVEIRA, 2015, p. 07-10).

Assim, para o plano da existência, seria necessário que a parte informasse através de petição no processo a ocorrência da teoria. Para o plano da validade, deveria ser reconhecida

¹⁷⁶ Nesse sentido, “a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro. A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação)” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 616).

pelo juízo a existência de tal instituto sem vícios. Já para o plano da eficácia, deveria haver a sentença reconhecendo o fato consumado e mantendo a estabilização, ou procedendo na reforma/revisão/invalidação da decisão em caso de não reconhecimento da aplicação do instituto da teoria do fato consumado (OLIVEIRA, 2015, p. 13).

Além disso, há entendimentos diversos quanto à possibilidade ou não de ocorrência do instituto da coisa julgada material, momento que se passa à análise, dividindo em posicionamentos favoráveis e posicionamentos contrários à existência de coisa julgada.

As posições favoráveis à natureza de coisa julgada da decisão de estabilização da tutela de urgência antecedente levam em consideração a proposta elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, mais especificadamente pelos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, que chegou ao Senador Federal através do Projeto de Lei número 186/2005, contudo, não foi aprovada

Com base no referido Projeto de Lei número 186/2005, seriam inseridos os artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D¹⁷⁷ no Código de Processo Civil de 1973, que previam acerca procedimento para requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente. Em conformidade com aquela proposta de texto legal, quando preclusa a decisão que apreciou a tutela antecipada, seria facultado às partes proporem ação de conhecimento para rediscuti-la, no prazo de sessenta dias. Decorrido tal lapso temporal, o provimento antecipatório adquirira força de coisa julgada. Já, se fosse concedida no curso do processo, as partes teriam trinta dias para requerer o prosseguimento deste. Caso contrário, a medida antecipatória também adquiriria força de coisa julgada.

Com base nesse pensamento, há doutrinadores que entendem que o modelo processual presente no Código de 2015 admite o trânsito em julgado de decisões que não contenham provas exaurientes, podendo, portanto, as decisões sumárias serem consideradas definitivas, desde que devidamente disciplinadas legalmente. A autora Marina Vezzoni Atchabahian fundamenta seu pensamento com exemplos:

“[...] O nosso modelo processual sempre admitiu o trânsito em julgado de decisões não pautadas na certeza ou mesmo no exame exauriente de provas. O que dizer sobre as sentenças baseadas em uma confissão ficta decorrente, entre outros motivos, da revelia do réu? Como sustentar a definitividade de uma decisão tomada em ação monitória não embargada ou em mandado de segurança, sendo certo que o exame da questão se limitou ao mero exame das provas documentais? (2015, p. 01).

¹⁷⁷ Vide Anexo A.

Caso não seja admitido o caráter de coisa julgada material da estabilização, a providência antecedente de urgência não terá sentido. Em que pese o diploma legal mencione em seu dispositivo¹⁷⁸ que a decisão estabilizada não possui força de coisa julgada material, pensa-se que o caráter da mesma é definitivo, motivo pelo qual será executada com esta natureza, ou seja, jamais haveria uma execução provisória em casos de decisão estabilizada por mais de dois anos (ATCHABAHIAN, 2015).

Nesse ponto, esclarece-se que Kazuo Watanabe já admitia a existência de ação de cognição sumária autônoma, o que corrobora esse entendimento, tendo em vista que o procedimento provisório pode ser autossuficiente para resolver a crise de direito material que há entre as partes. Logo, o procedimento antecedente bastaria nos casos de preclusão de decisão que antecipou a tutela. Assim, considerando que seria admitido que a decisão antecipatória tivesse força de coisa julgada, de modo simétrico o decreto monitorio sem impugnação da parte contrária teria a mesma força (GRINOVER, 2005, p. 24-25).

Atualmente, a autora Marina Vezzoni Atchabahian atribui efeito de coisa julgada material à decisão estabilizada, após o decurso do prazo de dois anos. O seu entendimento corrobora-se nas lições de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, os quais já admitiam anteriormente que há casos em que o procedimento antecedente é suficiente para resolver o litígio, devendo tal provimento possuir força de coisa julgada.

Em sentido contrário, a maioria da doutrina entende que a decisão que estabilizou a tutela de urgência requerida em caráter antecedente não possui força de coisa julgada nem após decorridos dois anos sem manifestação das partes, tendo em vista que se trata de cognição sumária e, portanto, superficial. Em outras palavras, essa decisão não se torna imutável e indiscutível, não havendo coisa julgada material.

Defende Humberto Theodoro Júnior que a estabilização da tutela de urgência antecedente não configura coisa julgada. Explica que o fundamento é a impossibilidade de conceder dignidade processual idêntica a um provimento provisório e a uma decisão baseada em cognição exauriente (2015, p. 668).

Sustenta Eduardo Talamini que a coisa julgada é incompatível com a decisão da tutela provisória estabilizada. A coisa julgada está condicionada à cognição plena, o que é uma

¹⁷⁸ Artigo 304 do Código de Processo Civil: [...] § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

imposição dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do devido processo legal (2012, p. 08-09).

Também, Daniel Mitidiero defende que o legislador pode e deve criar maneiras diversas do procedimento comum para atender o direito dos cidadãos ao processo justo, como, por exemplo, aquelas que deixam o processo mais curto ou limitam-se à análise da probabilidade do direito, não sendo passíveis de cognição plena. No entanto, essa opção deve ser vista à luz da função do processo civil no Estado Democrático de Direito, que é o alcance de uma decisão justa. Assim, imprescindível que os procedimentos legais objetivem o direito ao processo justo, que remete ao direito à correta cognição da controvérsia. Desse modo, não é possível afastar a ação de cognição plena com processo exauriente para a operação da qualidade de coisa julgada (2015, p. 788-791).

Nesse ponto, explica Mitidiero que, passados dois anos, ainda mostra-se possível a propositura de ação para cognição exauriente até o momento que findarem os prazos previstos no direito material, como, por exemplo, prescrição ou decadência (2016, p. 226-227).

Enquanto que o tradicional processo ordinário encontra-se à disposição das partes, sendo mais demorado, porém, passível de configuração de coisa julgada, é acessível aos indivíduos também usufruir de procedimentos dotados de celeridade, que possuem base em cognição sumária e têm como objetivo solucionar a crise de direito material que existe entre as partes. Este procedimento, contudo, jamais terá a qualidade de definitividade conferida à coisa julgada. Com isso, o Código de Processo Civil possibilita a propositura de um processo principal em momento posterior, o que permite a rediscussão da matéria sobre a qual versa a decisão antecipada estabilizada (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 669).

No entanto, o prazo para propor o processo principal¹⁷⁹ com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão extingue-se no prazo de dois anos, a contar da ciência pela parte. Trata-se de um prazo decadencial imposto pela legislação processual. Após dois anos, a decisão passa a estar estabilizada de modo definitivo. Esse efeito é similar ao trânsito em julgado da decisão que não pode mais ser revista, reformada ou invalidada. Nessa lógica, tem-

¹⁷⁹ Quanto ao que se refere o parágrafo segundo do artigo 304, “[...] a resposta merece ser a mais ampla possível. Qualquer pretensão de direito material pode ensejar pedido de tutela jurisdicional, a ser formulado por qualquer das partes, apto a rever, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela provisória antecipada antecedente e, nesse sentido, estancar ou modificar seus efeitos. E, por isso mesmo, é correto entender a plena viabilidade de ser requerida tutela jurisdicional contra os efeitos que tenham sido produzidos até então. É o que se dará, por exemplo, sempre que o autor desta nova postulação pretender responsabilizar o beneficiário da tutela provisória antecipada antecedente pelos danos que tenha experimentado. O regime jurídico daquela demanda observará sua especificidade (procedimentos especiais) ou a falta dela (procedimento comum) considerando que não há nenhuma regra específica a seu respeito” (BUENO, 2016, p. 263-264).

se que após o decurso do prazo de dois anos descrito no artigo, iniciaria o prazo para propositura de ação rescisória¹⁸⁰. Assim, a cognição ainda pode ser exauriente até o momento em que os prazos previstos na esfera do direito material igualmente terminem para possibilitar a estabilização. Por essa razão, não se admite que a estabilização possa ser idêntica à coisa julgada, eis que se tratam de institutos diferentes (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 669-671).

Também, Jaqueline Mielke Silva aduz que a solução judicial proferida no provimento antecipatório que se estabilizou terá eficácia infinita e independe de posterior ratificação por cognição plena. Contudo, não é atribuída força de coisa julgada à referida decisão, pois o procedimento termina na esfera da urgência. Embora o provimento seja próprio e não dependa da propositura de outro processo, pois não é acessório, a decisão é apenas provisória com relação a eventual processo definitivo que possa ser proposto no futuro, motivo pelo qual não possui a qualidade de coisa julgada material (2015, p. 01).

Da mesma forma, Cássio Scarpinella Bueno defende que a continuidade da eficácia da decisão proferida em caráter urgente é o único efeito do instituto da estabilização, mormente porque o § 6º do artigo 304 distancia de modo expresso e claro a possibilidade de configuração de coisa julgada, o que representa uma opção política adotada pelo legislador que redigiu o diploma legal. Além disso, encontra-se previsto em tal artigo que a extinção em caso de estabilização dos efeitos do provimento antecipado ocorrerá sem resolução de mérito, enquanto que a coisa julgada material opera-se somente nas decisões proferidas com análise do mérito (2016, p. 263-264).

Na mesma linha, Daniel Amorim Assumpção Neves argumenta que esse entendimento possui fundamento no direito clássico, que possibilita a operação de coisa julgada somente nas sentenças que são proferidas após uma cognição plena. Ao associar coisa julgada à certeza, a tutela de urgência, dotada apenas de probabilidade, não é apta a operar coisa julgada¹⁸¹ (2016, p. 216-217).

No entanto, posteriormente ao decurso de dois anos, a tutela provisória concedida torna-se imutável e indiscutível, configurando um instituto semelhante à coisa julgada

¹⁸⁰ Artigo 975 do Código de Processo Civil: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo [...]”

¹⁸¹ Nesse sentido, entende-se que “a estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada. Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória. [...] Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia que torna indiscutível a coisa julgada” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016b, p. 625-626).

material, visto que possui estabilidade e confere satisfação jurídica ao autor, mas não são institutos idênticos (NEVES, 2016, p. 216-217).

Ainda, Jaqueline Mielke Silva assevera que a interpretação pela possibilidade de propositura de ação principal mesmo após decorridos dois anos é o entendimento mais correto diante dos princípios constitucionais. Diante disso, aponta-se quatro razões para a compreensão, que são:

Primeiro, porque a decisão estabilizada não faz coisa julgada material, por previsão expressa (artigo 304, § 6º), nem mesmo após o decurso do prazo de 2 (dois) anos; *segundo* porque, como não faz coisa julgada, a decisão estabilizada não pode ser objeto de ação rescisória; *terceiro* porque, admitir-se que a decisão não poderia ser revista depois do prazo bienal, seria atribuir à tutela estabilizada força superior à coisa julgada material (esta, sim, passível de ser revista em ação rescisória), *quarto*, porque a justificativa de que é necessário haver uma sanção ao réu – no caso, a impossibilidade de discutir a tutela estabilizada após o decurso do prazo bienal – não se sustenta, à luz das garantias constitucionais que informam o processo civil brasileiro (tolher-se-ia, do réu, o direito de ação) (SILVA, 2016, p. 301) (grifo do autor).

Em meio a tantas divergências acerca do tema, conclui-se pela eficácia reprimida da estabilização da decisão provisória, tendo em vista que o direito processualista civil brasileiro possui uma cultura de demandas com litigância de ambas as partes e alta recorribilidade, o que leva ao pensamento de que não haverão muitas tutelas estabilizadas, mas sim que necessitarão do prosseguimento do processo através do rito competente e cognição exauriente. É cauteloso, porém, aguardar casos práticos para verificar como o instituto será aplicado pelos tribunais pátrios (SILVA, 2016, p. 303).

Com isso, os estudos já realizados a respeito do tema buscam a instigação e o debate acadêmico acerca do mesmo, visto que se passa por um interregno de incertezas e dúvidas que são características da introdução de um novo código em um ordenamento jurídico. Dessa forma, as discussões sobre o assunto representam o início dos debates, visto que ainda se aguardam os resultados práticos nas decisões.

Diante do entendimento que predomina na doutrina brasileira, bem como do princípio constitucional da segurança jurídica, entende-se que a tutela estabilizada não possui força de coisa julgada material, em que pese reconheça-se o brilhantismo do pensamento da jurista Ada Pellegrini Grinover e demais autores da proposta de alteração do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, quanto à natureza jurídica da decisão antecipada após o decurso do prazo de dois anos em que se manteve estável, considerando as inúmeras divergências e ideias da

doutrina, compreende-se, por ora, que se trata de figura jurídica singular, ou seja, de um instituto processual *sui generis*, que, com o decurso *in albis* do prazo previsto em lei, adquire estabilidade tão forte quanto a imutabilidade da coisa julgada. Com essa natureza jurídica peculiar, a tutela de urgência antecedente torna-se indiscutível, no entanto, essa qualidade atinge somente os limites da decisão proferida e as partes da ação que foi extinta, na qual não houve manifestação por dois anos.

Tal entendimento encontra-se corroborado na ideia de existência da ação de cognição sumária autônoma de Kazuo Watanabe, bem como na proposta de alteração ao Código de Processo Civil de 1973 redigida por Ada Pellegrini Grinover, na qual constava que a medida antecipatória adquiriria força de coisa julgada, caso não fosse requerido o prosseguimento do feito pela parte interessada, no prazo de trinta dias.

Ousa-se dizer que, caso não sejam atribuídos tais efeitos à referida decisão, o artigo 304 do Código de Processo Civil não terá utilidade, tampouco as disposições trazidas em seus parágrafos, especialmente a perda do direito de demandar a outra parte em dois anos.

Por fim, considerando que sequer decorreram dois anos desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015, não há precedentes judiciais que analisaram a natureza jurídica da decisão após o decurso do prazo legal em que se manteve estável, tampouco casos práticos em que transcorreu tal lapso para verificar as consequências jurídicas ocorridas.

Desse modo, o presente estudo representa apenas o início de um longo debate, que ganhará força com os resultados práticos e entendimentos jurisprudenciais que complementarão as disposições legais do novo instituto e os entendimentos doutrinários, a fim de que seja realizada uma interpretação da figura jurídica em consonância com o Estado Democrático de Direito, assegurando a duração razoável do processo e, ao mesmo tempo, a efetividade da tutela jurisdicional, que representam os objetivos principais da nova codificação de processo civil.

5 CONCLUSÃO

O estudo analisou a previsão contida no Código de Processo Civil de 2015 de estabilização da tutela provisória concedida em cognição sumária, estabelecida no artigo 304 do citado diploma processualista civil, o qual permite que a decisão que concedeu a tutela de urgência em caráter antecedente torne-se estável, sendo que a parte pode demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar tal provimento no prazo de dois anos.

Constatou-se, primeiramente, que o direito e o tempo possuem uma relação intrínseca, de maneira que o vínculo existente entre eles deve ser levado em consideração quando da criação e aplicação de normas jurídicas, sejam estas de direito material ou processual. Por essa razão, o direito deve evoluir com o passar do tempo, sob pena de não cumprir sua real finalidade, que é solucionar os conflitos da sociedade em geral por meio da prestação da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional deve ser prestada pelo Estado-juiz à luz dos princípios constitucionais. O devido processo legal assegura a paridade de armas e igualdade das partes perante o procedimento. Além disso, o processo deve possuir duração razoável, sob pena de não alcançar um resultado útil, tendo em vista que o direito da parte litigante pode perecer com a demora da marcha processual. Logo, o Estado deve garantir uma resposta ao litígio em tempo razoável, através do procedimento prescrito em lei.

A par disso, verifica-se a necessidade da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, que assegura às partes uma resposta indiscutível e imutável que solucione a controvérsia, após seu trânsito em julgado. Tal qualidade traz a estabilidade às relações e obsta a existência de incertezas no mundo jurídico, na medida em que a decisão não será mais modificada, exceto nas hipóteses de cabimento de ação rescisória.

Desse modo, evidencia-se que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional garante o acesso à justiça a todos, indistintamente, independentemente de suas condições financeiras. Contudo, não basta o simples acesso ao Poder Judiciário para concretização do princípio, eis que o acesso deve ser assegurado de forma adequada e efetiva. A tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira efetiva, com acesso a uma ordem jurídica justa, que traga a concretização da justiça, e não o mero acesso formal a esta.

Como forma de garantir, ao mesmo tempo, a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica, o legislador criou institutos que facilitam a harmonização e o cumprimento dos princípios constitucionais elencados, que se aplicam ao processo civil. Surgem, assim, as

tutelas de cognição sumária, que se caracterizam pela cognição superficial ao invés de exauriente, eis que não oportunizam a realização do contraditório e produção de provas antes da prolação da decisão.

Com isso, observa-se a possibilidade de concessão das tutelas provisórias, que não possuem a qualidade de coisa julgada e surgem diante da necessidade ou possibilidade de serem concedidas em momento anterior à cognição exauriente. Essas tutelas provisórias encontram-se disciplinadas no Código de Processo Civil de 2015 como de evidência e de urgência.

A tutela de evidência é aplicada taxativamente aos casos elencados no artigo 311 do atual diploma legal de processo civil, em que o direito da parte autora é tão provável – mesmo que não seja urgente – que se torna desnecessária a espera pela marcha processual que, geralmente, é demorada. Essa tutela fundamenta-se na imprescindibilidade da distribuição do ônus do tempo no processo, pois estão presentes elementos suficientes para a demonstração da quase certeza do direito buscado pela parte. O dano que essa proteção visa evitar é apenas relativo a demora do processo.

Já a tutela de urgência possui como fundamento os requisitos da *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que representam, respectivamente, a probabilidade do direito da parte autora e o perigo da demora ou risco ao resultado útil do processo, elementos essenciais para a comprovação da urgência, sem os quais a medida provisória não pode ser concedida.

Essa tutela provisória de urgência é subdividida em tutela de natureza conservativa (cautelares) ou de natureza satisfativa (antecipadas). As primeiras podem ser definidas como medidas cautelares, que possuem como objetivo a conservação de bens, pessoas ou provas que possam sofrer lesões diante da duração do processo.

Já a tutela de urgência de natureza satisfativa, que é denominada, também, como medida antecipatória ou tutela antecipada, possui como finalidade evitar ou cessar o perigo de dano, sendo concedida provisoriamente a garantia imediata do direito material, confundindo-se, no todo ou em parte, com o pedido principal. Pode ser requerida liminarmente, ou seja, de maneira antecedente, ou no curso do processo, de modo incidental.

A tutela de urgência de natureza satisfativa sofreu grande inovação no Código de Processo Civil de 2015 no que diz respeito ao procedimento de estabilização dessa tutela requerida em caráter antecedente, que se mantém estável diante da não interposição do recurso cabível, em face da decisão que a concedeu. Ou seja, não sendo aditada a petição

inicial, tampouco interposto recurso do provimento jurisdicional que a concedeu, a decisão passa a ser considerada estável e o processo é extinto.

O instituto da estabilização possui origem nos direitos francês e italiano. Na França, os *référés* possuem como principal característica a impossibilidade do seguimento do processo quando a decisão proferida em cognição sumária atender aos interesses das partes, sendo que, em alguns casos, é prescindível a comprovação da urgência para que seja adotado tal procedimento.

Já a Itália dispensou a obrigatoriedade de propositura da ação principal em alguns provimentos antecipatórios, tais como a ordem de injunção tendo como objeto o pagamento de quantia ou entrega de coisa fungível, que possui eficácia de força executiva se não for impugnada.

No direito brasileiro, o artigo 304 do Código de Processo Civil dispõe que as partes possuem a faculdade de demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, a qual conservará seus efeitos enquanto não houver manifestação nesse sentido. No entanto, o mesmo artigo dispõe que o direito de rever, reformar ou invalidar esta decisão extingue-se após o decurso do prazo de dois anos, provocando a estabilização do julgado.

Verifica-se que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada. Porém, a estabilidade dos seus efeitos só será afastada por decisão que a revisar, reformar ou invalidar. Dessa forma, diverge a doutrina quanto à natureza jurídica da decisão provisória a partir do momento em que extinto o direito de rever, reformar ou invalidar a mesma, diante do decurso do prazo de dois anos sem manifestação das partes.

A doutrina majoritária não admite que a decisão da tutela estável possua força de coisa julgada, nem após decorridos dois anos de sua estabilização, com fundamento no princípio constitucional da segurança jurídica. Assim, a maioria dos doutrinadores entende que somente as sentenças de mérito proferidas por meio de cognição exauriente podem possuir a qualidade de imutáveis, configurando o instituto da coisa julgada material.

Contudo, a jurista Ada Pellegrini Grinover e demais autores da proposta de alteração ao Código de Processo Civil de 1973, que não foi aprovada pelo Senado Federal, entendiam que esse instituto modifica as tutelas provisórias, ao ponto de admitir que a decisão proferida em cognição sumária, que preenche os requisitos legais e prazos para estabilização, possui força de coisa julgada.

Em resposta à problemática dessa pesquisa, constata-se, diante das divergentes ideias doutrinárias, que a estabilização não se encaixa em nenhuma figura jurídica existente no direito processual civil brasileiro, seja a perempção, o procedimento monitório, a teoria do fato consumado ou a coisa julgada, bem como que não possui outra utilidade senão conferir a qualidade de imutável e indiscutível à decisão proferida em caráter provisório.

Portanto, deve ser entendida como um instituto processual *sui generis*, de natureza jurídica singular, que possui a qualidade de tornar indiscutível a decisão da tutela de urgência antecedente, após o decurso do prazo de dois anos sem provocação das partes, no entanto, seus efeitos incidirão somente para os litigantes daquele processo e a imutabilidade deve observar os limites da decisão da tutela de urgência concedida.

Ademais, considerando que não decorreram dois anos desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor na data de 16 de março de 2016, não há, ainda, precedentes judiciais que analisaram a natureza jurídica da decisão após o decurso do prazo em que se manteve estável, tampouco casos práticos em que transcorreu tal lapso para verificar as consequências jurídicas ocorridas. Assim, o presente estudo representa apenas o limiar de um longo debate, que oportunamente será complementado com os resultados práticos e entendimentos jurisprudenciais, pelos quais se aguarda ansiosamente, eis que complementarão a doutrina e o texto da lei, dando vida ao instituto, pela sua aplicação.

Diante desse panorama, é inequívoca a necessidade de manter os estudos acerca do instituto da estabilização, visto que há muito a ser discutido e desvelado pela doutrina, e, principalmente, pela jurisprudência, sempre com a finalidade de que a nova figura jurídica não ocasione danos aos jurisdicionados e proporcione uma marcha processual em harmonia com as garantias constitucionais do processo.

Por fim, a razão de ser da estabilização da decisão da tutela de urgência de caráter antecedente é proporcionar o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, a um resultado útil do processo que traga a pacificação social do litígio.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena; YARSHELL, Flávio Luiz. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. In. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 451-463.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- _____. *Teoria geral do processo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ASSIS, Araken. Do processo de execução. In. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim, Angélica Arruda, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1099-1107.
- ASSIS, Carlos Augusto. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. DIDIER JR, Fredie (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016b, p. 51-66.
- _____. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016c, p. 25-41.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. Da ação rescisória. In. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim, Angélica Arruda, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1099-1107.
- ATCHABAHIAN, Marina Vezzoni. *Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo: novembro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada>>. Acesso em 04/04/2016.
- AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43-57.
- BONATO, Giovanni. *Os référé*s. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 17050, dezembro de 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Tutela antecipatoria di urgenza e sua stabilizzazione: comparazione com il sistema francese e com quello italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais n° 24787, julho-dezembro de 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 07/09/2016.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>, Acesso em 07/09/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n° 908802/RS*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310998874/recurso-extraordinario-re-908802-rs-rio-grande-do-sul-5001899-9120144047118>>. Acesso em 30/09/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n° 1.441.112/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25131973/recurso-especial-resp-1441112-sp-2014-0052422-4-stj/inteiro-teor-25131974>>. Acesso em 30/09/2016.

BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei número 186/2005*. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/73862>>. Acesso em 02/05/2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 1280-1309.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Fabris: Porto Alegre, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470617/cfi/5!/4/4@0.00:20.8>>. Acesso em 02/05/2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da sentença de da coisa julgada. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim, Angélica Arruda, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 581-613.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução por Benedicto Giacobini. RED Livros: Campinas, 1999.

CUNHA, Alexandre Luna. *Tutela provisória no novo CPC e antecipação de tutela em ação de despejo*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 15847, outubro de 2015.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Da coisa julgada. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim, Angélica Arruda, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613-622.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da fazenda pública. In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 148-192.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 11 ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 2. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001b.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I*. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em <
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171183/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em 16/04/2017.

GOMES, Frederico Augusto. *A autonomia da lide de urgência no novo Código de Processo Civil (ou um tributo a Alcides Munhoz da Cunha no CPC/2015)*. Revista dos Tribunais, São Paulo: R.T., nº 255, abril de 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. v. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. Do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. In. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim, Angélica Arruda, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 398-402.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 1990.

_____. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 186, março de 2005.

_____. *Proposta de alteração ao código de processo civil justificativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 188, abril-junho de 1997.

JOBIM, Marco Félix. *Teoria, história e processo: com referências ao CPC/2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Estabilização da tutela antecipada no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 23995, outubro de 2016.

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

_____. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. In. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p 233-251.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção?*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 17049, dezembro de 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel. *Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo: R.T., nº 242, abril de 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MANGONE, Kátia Aparecida. A tutela provisória em ação rescisória. In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p 254-271.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Teoria geral do processo*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Da tutela provisória. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. ALVIM, Angélica Arruda. et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 380-398.

MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1.0348.16.000489-4/001*. Quarta câmara cível. Relatora: Desembargadora Ana Paula Caixeta. Disponível em < www.tjmg.jus.br>. Acesso em 16/04/2017.

MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Da tutela provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. DIDIER JR, Fredie (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 127-141).

MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel; MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHAT, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 773-881.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil – leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Weber Luiz. *Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais nº 242, abril de 2015.

OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada. In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335-354.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. Jurisdição sem lide e discricionariiedade judicial. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481224/cfi/2!/4/4@0.00:58.2>>. São Paulo: Atlas, 2013. Acesso em 13/04/2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernanes. São Paulo: Edusc, 2005.

PARANÁ, Tribunal de Justiça. *Reexame necessário nº 1.559.377-8*. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira. Disponível em <www.tjpr.jus.br>. Acesso em 16/042017.

PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355-371.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 70042362574*. Quinta câmara cível. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 30/09/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento nº 70069283760*. Décima oitava câmara cível. Relator: Desembargador João Moreno Pomar. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 29/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento nº 70070559612*. Oitava câmara cível. Relator: Desembargador Rui Potanova. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16/04/2017.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo direito. In: *Anuário de pós-graduação em direito*. STRECK, Lenio Luiz. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 309-320.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, Luiza Silva. Estabilização da tutela antecipada: discussões acerca de sua operacionalização. In: *Panorama atual do novo CPC*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RUBIM, Fernando. *Novo CPC: A redução da técnica preclusiva*. Jusbrasil. Brasil, 2015. Disponível em <https://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/253967882/novo-cpc-a-reducao-da-tecnica-preclusiva?ref=topic_feed>. Acesso em 06/04/2017.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. *Primeiras reflexões sobre a possibilidade de a coisa julgada atingir as questões prejudiciais no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 253, março de 2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento nº 2201002-31.2016.8.26.0000*. Nona câmara de direito público. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Pachi. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 16/04/2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2105200-06.2016.8.26.0000. Quinta câmara de direito público. Relatora: Desembargadora Maria Laura Tavares. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 16/04/2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. DIDIER JR, Fredie (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233-252.

SIDOU, J. M. Othon, et. al. (Coord.). *Dicionário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5 ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A estabilização da tutela de urgência antecipada no NCPC*. Estado de Direito. Porto Alegre: maio de 2015. Disponível em <<http://estadodedireito.com.br/estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-ncpc/>>. Acesso em 14/05/2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo: R.T., nº 209, março de 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela de evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 21698, julho de 2016.

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

_____. *Curso de direito processual civil*. 53 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Curso de direito processual civil*. 55 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VASCONELOS, Rita de Cássia Corrêa. In: *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência o art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. BUENO, Cassio Scarpinella, et. al. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 436-450.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória). v. 2. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Central de publicações jurídicas (centro brasileiro de estudos e pesquisas judiciais), 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZYGMUNT, Bauman. *Modernidade líquida*. Tradução por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

ANEXO A

Projeto de Lei número 186/2005 do Senado Federal

Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-8, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada.

Art. 1º Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação: “Art. 273 . § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§ 1º do art. 273-B e art. 273- C). § 5º Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz.

Art. 2º A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973(Código de Processo Civil), passa vigorar acrescida dos seguintes arts. 273-A, 273-B, 273-C, 273-D: Art. 273-A A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo. Art. 273-B Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código. § 1º Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão. § 2º Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. Art. 273-C Preclusa a decisão que concedeu a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito. Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida. Art. 273-D Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.

Art. 3º Esta lei entrará em vigor três meses após a data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA: Elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), e a nós encaminhada por sua presidenta, Professora Ada Pellegrini Grinover, a proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de

antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva consistente em não propor a demanda que vise à sentença de mérito (em se tratando de antecipação em procedimento antecedente) ou em não requerer o prosseguimento do processo (quando a antecipação é concedida no curso deste, tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes, ficando coberta pela coisa julgada a decisão antecipatória, observados os seus limites. A existência, no passado, de “cautelar satisfativa” é dado revelador de que o procedimento antecipatório antecedente será de grande utilidade. Aliás, Kazuo Watanabe já havia defendido a existência da ação de cognição sumária autônoma (Da cognição no processo civil, Cebepej, São Paulo, 2a ed., pp. 139-142), o que vem em apoio da proposta que torna auto-suficiente o procedimento antecedente na hipótese de preclusão da decisão antecipatória de tutela. Por outro lado, não pode surpreender a observação de que os provimentos antecipatórios são, substancialmente, provimentos monitorios. Salientou-o oportunamente Edoardo Ricci, em alentado estudo em que examinou a tutela antecipatória brasileira, preconizando sua estabilização (A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, in Revista de Direito Processual, Gênese, setembro-dezembro de 1997, p. 691 ss.). Os pressupostos da monitoria e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia. E Ovídio Baptista da Silva, antes mesmo da adoção da ação monitoria pelo ordenamento brasileiro, considerou expressamente as liminares antecipatórias como modalidade de processo monitorio genérico (A antecipação da tutela na recente reforma processual, in Reforma do CPC, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1996, n. 8). No sistema pátrio, o mandado monitorio não impugnado estabiliza a tutela diferenciada. Simetricamente, a mesma coisa deve ocorrer com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem, considerando pacificado o conflito: as partes, e não apenas o demandado, porquanto a antecipação da tutela pode ser parcial, podendo neste caso também o autor ter interesse na instauração ou prosseguimento da ação de conhecimento. Assim, a instauração ou o prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandado e, em caso de antecipação parcial, do demandante, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade da sentença de mérito. Por outro lado, se a demanda que visa à sentença for intentada ou prosseguir, a extinção do

processo sem julgamento do mérito não tem o condão de tornar ineficaz a medida antecipatória, que prevalece, ressalvada a hipótese de carência da ação, se incompatíveis as decisões. Lembre-se, por oportuno, que o direito italiano vigente já contempla a possibilidade de estabilização dos provimentos de urgência em diversas disposições, como o art. 186 “ter” e “quater” CPC e o art. 423, 2º “comma”, CPC (este último, em matéria de processo do trabalho). E, segundo afirma Ricci, a sobrevivência da eficácia executiva dos provimentos de urgência à extinção do processo vem sendo afirmada pela doutrina, em via de interpretação sistemática, mesmo fora dos casos expressamente previstos (op. e loc. cit.). Agora, o decreto legislativo nº 5, de 17 de janeiro de 2003 (que entrou em vigor a primeiro de janeiro de 2004), regulando o processo societário, adota exatamente o mesmo modelo no art. 23.

Sala das Sessões, Senador Antero Paes de Barros.

ANEXO B**Rito da estabilização da tutela de urgência antecedente**

Requerimento de tutela de urgência antecedente
(Artigo 303 do Código de Processo Civil)



Concessão da tutela antecipada de urgência
(Artigo 303, § 1º, do Código de Processo Civil)



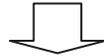
Autor não adita a inicial
(Artigo 303, § 2º, do Código de Processo Civil)

+

Réu é intimado da decisão e não interpõe recurso cabível
(Artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil)

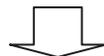


Decisão torna-se estável e processo é extinto e arquivado
(Artigo 304, § 1º, do Código de Processo Civil)



As partes podem demandar a outra para rever/reformar/invalidar a decisão por meio de novo
processo

(Artigo 304, § 2º do Código de Processo Civil)



Direito de demandar a outra parte extingue-se após decorridos dois anos
(Artigo 304, § 5º, do Código de Processo Civil)