



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito

ARTHUR LACHTER

**TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: PROCEDIMENTO
E ESTABILIZAÇÃO**

BRASÍLIA
2019
ARTHUR LACHTER

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: PROCEDIMENTO E ESTABILIZAÇÃO

Trabalho apresentado na Qualificação da
dissertação que será submetida como requisito
parcial à conclusão do Mestrado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Jeferson Carús Guedes

BRASÍLIA
2019
FOLHA DE APROVAÇÃO

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, por tudo!

AGRADECIMENTO

A jornada até esse momento foi longa e tortuosa e não seria possível sem tantas pessoas que a partilharam, direta ou indiretamente, no começo ou no final, com apoio moral ou material, mas todas, absolutamente todas, essenciais para a conclusão deste mestrado.

Não posso começar meus agradecimentos por outras pessoas, que não meus queridos e amados pais. Se um dia pude me dar ao luxo de aventurar na área acadêmica é porque eles me deram o maior presente de todos: a educação. Educação em todos os sentidos, seja na própria área escolar, seja na vida, moldando o meu caráter da melhor forma que eles souberam. Enfrentaram grandes dificuldades, mas nunca desistiram de mim e mais que isso, nunca me deixaram desistir também! Sem Bernardo e Clarice Lachter não teria chegado tão longe, não teria realizado meus sonhos, não seria feliz. Obrigado é pouco, mas vou tentar passar o resto da minha vida orgulhando e fazendo vocês satisfeitos com o “investimento” em mim.

Ao meu irmão devo agradecer a todos os conselhos que meu deu ao longo desse mestrado, sem dúvida os mais sábios que recebi e se tivesse seguido à risca, teria passado esses três anos de forma seguramente mais tranquila. Felipe, você é uma inspiração pra mim, um orgulho de ver o profissional de sucesso e homem que se tornou.

Agradeço a minha querida Aline, pela amiga que foi durante todo o curso (primeira e última disciplina) no qual dividimos aflições e alegrias. Você foi a melhor coisa que o mestrado me deu e poderia me dar. Uma pessoa doce, correta e amável cuja companhia tornou muito mais agradável as árduas tarefas educacionais. A sua força e incentivo fez conseguir terminar!

A todos os meus professores do mestrado, que cumprimento na pessoa do meu orientador, Jeferson Carús Guedes, cujo conhecimento jurídico me fez percorrer caminhos acadêmicos de forma mais suave e tranquila.

Aos grandes amigos que fiz no curso, membros da confraria, Vanessa, Eduardo e Ronivon, vocês são especiais, pessoas únicas, me ajudaram tanto com questões acadêmicas, quanto administrativas e principalmente de vida. Tenho orgulho de dizer que sou amigo de vocês.

Agradeço a minha “família de Brasília” por todo o apoio, em especial à Dani, cujo exemplo em relação ao mestrado, deveria ter seguido!

Agradeço por fim aos servidores do TJDFT, lotados no serviço de biblioteca, um grupo de pessoas que nos últimos meses se mostraram essenciais para que pudesse realizar esse trabalho. O carinho com que fui tratado, além do pronto atendimento a todas as demandas, me deram o suporte para que pudesse realizar uma melhor pesquisa e aprofundar meus estudos.

Muito obrigado a todos!

RESUMO

O trabalho analisa as especificidades e principais características do procedimento atinente à tutela antecipada antecedente. Para tratar do referido instituto jurídico será inicialmente feito um apanhado histórico acerca da evolução das medidas de urgência, desde a caracterização da tutela cautelar até a tutela provisória de urgência antecipada, passando pela nova classificação dada pelo Código de Processo Civil de 2015. A partir daí serão tratadas questões processuais, de forma completa, desde a petição inicial e seus requisitos até as possíveis decisões prolatadas pelo juiz, suas condicionantes e requisitos negativos, bem como as consequências da conduta das partes para os efeitos da decisão. Por fim, será abordado o efeito mais conhecido e controverso desse procedimento, qual seja, a estabilidade. Especificamente em relação a estabilidade, serão analisadas suas diferenças e semelhanças com outros institutos jurídicos semelhantes e principalmente com a coisa julgada, bem como as consequências de eventual colisão entre a decisão estável e a transitada em julgado. O trabalho é concluído no sentido de defender que a decisão estável, uma vez ultrapassado o prazo decadencial de dois anos, apesar de imutável formalmente, pode ter seus efeitos alterados por outra decisão transitada em julgado (de forma material) posterior, proferida em sentido contrário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Tutela Antecipada Antecedente. Estabilidade.

ABSTRACT

The paper analyzes the specificities and main characteristics of the procedure related to the early judicial protection. In order to deal with this legal institute, initially it will be made a historical background on the urgent measures evolution, from the characterization of the cautious judicial protection to the early judicial protection, going through a new classification given by the Civil Procedure Code of 2015. From then on, procedural issues will be dealt with in full, from the initial petition and its requirements to the possible decisions given by the judge, its constraints and negative requirements, as well as the consequences of the parties' conduct for the decisions purpose. Finally, the most known and controversial effect of this procedure, its stability, will be approached. Specifically about the stability, its differences and similarities with other similar legal institutes and mainly with the "res judicata" will be analyzed, as well as the consequences of any collision between the stable decision and the final decision. The work is concluded to argue that the stable decision, once the two-year statute of limitations period is exceeded, although formally unchangeable, may have its effects altered by another final (later) final decision, even if it's in the opposite direction.

KEYWORDS: Civil Procedure Law. Early judicial protection. Estability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O ENQUADRAMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO REGIME LEGAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS	24
1.1 Premissas Teóricas	24
1.1.1 A Cognição nas Tutelas Provisórias de Urgência.....	29
1.1.2 A Forma Adequada: tutela provisória incidental ou antecedente	34
1.1.3 O conceito de urgência a partir dos requisitos para a concessão da tutela provisória antecipada e cautelar.	39
1.2 A tutela antecipada e suas características distintivas.....	45
1.3 Natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada antecedente.	47
1.4 A justificativa da monitorização do procedimento da tutela antecipada antecedente.....	51
2. O PROCEDIMENTO RELATIVO A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.	55
2.1 A petição inicial.....	55
2.1.1 Requisitos (gerais) da petição inicial.	57
2.1.1.1 Indicação do Juízo a que é dirigida.....	57
2.1.1.2 Qualificação das Partes	60
2.1.1.3 Causa de pedir	61
2.1.1.4 Pedido.....	62
2.1.1.5 Valor da Causa	63
2.1.1.6 Provas que pretende produzir	64
2.1.1.7 Documentos indispensáveis à propositura da demanda	67

2.1.2	Requisitos (específicos) da petição inicial.....	68
2.1.2.1	Requerimento da Tutela Antecipada.....	69
2.1.2.2	Indicação do pedido final.....	70
2.1.2.3	Exposição da Lide	71
2.1.2.4	Probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo	72
2.1.2.5	Menção expressa da escolha pelo procedimento antecedente.....	72
2.2	Admissibilidade da petição inicial	74
2.2.1	Condições Específicas da ação.....	76
2.2.1.1	Urgência com contemporaneidade à petição inicial	76
2.2.1.2	Compatibilidade do pedido final indicado com o procedimento comum	78
2.2.2	Decisão de emenda à inicial	82
2.3	Decisão de mérito	84
2.4	Procedimento após a decisão de mérito acerca da tutela antecipada:.....	89
2.4.1.	Momento da citação do réu	91
2.4.2	Consequências da conduta das partes	93
2.4.3	O recurso como meio de impedir a estabilização	98
2.4.4	A não concessão da tutela antecipada	101
2.4.5	A decisão que encerra o processo antecedente.....	102
3.	A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE:	105
3.1	A estabilidade como instituto jurídico autônomo	105
3.2	A estabilidade e institutos afins.	108
3.3	O objeto da estabilidade.....	116

3.4	Conceito de decisão estável	117
3.5	Vedações à estabilidade.....	118
3.6	A ação “rescisória” para rever, reformar ou invalidar a decisão estável e o seu prazo decadencial de dois anos.....	121
	CONCLUSÃO.....	131
	BIBLIOGRAFIA	136

INTRODUÇÃO

O processo judicial¹² é o instrumento que visa materializar o direito de ação, garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV CF), para resolver os conflitos sociais com pretensão de definitividade. É através do processo que se exerce a jurisdição e se concede a tutela (ou prestação) jurisdicional³, que visa impor a solução adequada ao direito material em discussão. Num Estado Democrático de Direito⁴, o direito material sem a possibilidade de ajuizamento de demanda para garanti-lo não teria muita valia⁵.

Uma vez percorrido o caminho processual, com a entrega da prestação jurisdicional, idealmente a controvérsia se encerra e alcança-se a pacificação social, verdadeiro objetivo do processo e da jurisdição. Ocorre que a espera pela conclusão definitiva do procedimento muitas vezes pode ser fatal para a solução da questão, o que faz surgir a necessidade da prolação de uma decisão provisória, resguardando o próprio direito em discussão ou o resultado efetivo do processo.

A preocupação, no âmbito constitucional, com o tempo de duração de um processo é recente⁶. Somente através da Emenda Constitucional 45 de 2004, foi inserido no artigo 5º,

¹ O conceito de processo varia conforme a teoria adotada para explicar sua natureza jurídica. Dessa forma, o processo pode ser entendido como procedimento, contrato, quase contrato, relação jurídica, situação jurídica e procedimento em contraditório. Parece mais recomendável a adoção da última teoria, mas sem desprezar a anterior. Nesse sentido vale conferir DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 124.

² Este trabalho irá tratar do processo civil comum.

³ A expressão “tutela jurisdicional” tem duplo significado, podendo se referir ao próprio exercício da jurisdição ou ao resultado dessa atuação estatal (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, pg. 15). No presente trabalho, o termo tutela jurisdicional será empregado na segunda acepção, como produto (ou resultado) da atividade estatal, que solucionou o conflito trazido pelo autor diante da alegação de lesão ou ameaça ao seu direito.

⁴ Nas sociedades regidas pelo direito, em regra, é vedado o uso de força privada pelos cidadãos para resolverem suas celeumas (autotutela), cabendo a eles buscarem o Poder Judiciário para solucionarem os conflitos. Isso porque: “num Estado de direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, dizer o direito. Num Estado de direito democrático cabe aos magistrados judiciais dizer o direito em nome do povo. O apelo ao juiz pode revestir várias formas de processo — queixa, acção, recurso, querela —, mas a mensagem subjacente a este apelo parte sempre da ideia de que é necessário um terceiro independente, um árbitro imparcial, para fazer justiça através de uma decisão judicial” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa, Portugal: Gradiva, 1999, pg. 69).

⁵ A independência do direito processual em relação ao direito material, no campo científico, não significa seu isolamento no mundo dos fatos, já que a relação de instrumentalidade entre os dois é simbiótica, ou seja, um não conseguiria ser eficaz sem o outro (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pgs. 14-17).

⁶ Parte da doutrina considerava implícita essa garantia constitucional, como incluída na ideia de proteção judicial efetiva. Nesse sentido vale conferir os ensinamentos de Gilmar Mendes: “A EC n. 45/2004 introduziu norma que

LXXVIII, que assegura aos litigantes de processos administrativos e judiciais a razoável duração do processo. Essa preocupação com o tempo do processo foi compartilhada pelo legislador ordinário ao trazer o artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015 que determina que: “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

O tempo, ou melhor, a passagem do tempo, é um fato jurídico que deve ser levado em consideração na tomada de decisões pelo Poder Judiciário, seja em questões de direito material⁷, seja no que concerne a direito processual. De nada adiantaria a previsão do direito fundamental à razoável duração do processo se nada pudesse ser feito para remediar o nefasto efeito que a passagem do tempo tem sobre determinados bens da vida ou direitos em discussão. Uma das soluções possíveis para minorar tais prejuízos no plano processual é justamente a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional ou da concessão de tutela cautelar, hoje reunidas sob o gênero tutela provisória de urgência.

Outro fator que deve ser considerado, inclusive para a concessão de tutelas provisórias, é o princípio da eficiência aplicado ao processo judicial. Da mesma forma que a razoável duração do processo, o princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional através de emenda (EC 19/1998). Sua previsão no caput do artigo 37 é sinal de aplicação à Administração Pública, o que inclui o Poder Judiciário. Para não termos qualquer dúvida quanto a sua aplicação, o mesmo foi positivado no artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015.

assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana. É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito de proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais”. (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 393).

⁷ Recentemente o Poder Judiciário tem se deparado com o ajuizamento de ações indenizatórias por consumidores, pleiteando reparação por danos morais, com fundamento na teoria do desvio produtivo do consumidor, desenvolvida por Marcos Dessaune. Tal teoria basicamente estabelece que a perda de tempo na solução dos problemas decorrentes da relação de consumo provocados pelo fornecedor são indenizáveis, diante da perda injusta e intolerável do tempo útil do consumidor (DESSAUNE, Marcos. O prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: RT, 2011). O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a validade de tal teoria em alguns casos concretos. Por todos ver: Recurso Especial 1634851/RJ, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: 3ª Turma, Data do Julgamento: 12/09/2017, Data da Publicação/Fonte: DJe 15/02/2018.

Eficiência no âmbito processual é alcançar do objetivo do processo, a aptidão que a decisão judicial proferida consiga produzir os efeitos e resolver a questão como intencionado⁸. O processo efetivo é aquele que, uma vez finalizado, tem condições de cumprir seu objetivo maior, qual seja solucionar o conflito posto (art. 4º do CPC). Para tanto, o processo deve se pautar de forma equilibrada entre a razoável duração do processo e a segurança jurídica⁹.

Ao conceder uma tutela antecipada e não apenas cautelar, por exemplo, o julgador deve ter em mente a necessidade de garantir a eficiência do processo. Imaginemos o caso (que se repete diariamente na Justiça Comum) no qual o autor busca a internação em um leito de UTI junto a hospital público, alegando risco de morte. Caso o juiz não conceda a tutela provisória e o requerente venha a falecer, de nada terá adiantado esperar a tutela definitiva e por consequência o próprio processo.

Num Estado Democrático de Direito, os procedimentos judiciais, devem estar pautados em Lei prévia e razoável, fazendo valer o princípio do devido processo legal (formal e substancial), razão pela qual a eficiência e razoável duração do processo estão submetidas ao rito legalmente previsto¹⁰. Por isso que muitas vezes se mostra essencial a revisão e alteração da legislação posta, principalmente com o objetivo de adequá-la à realidade social.

⁸ Como bem esclarece Leonardo Carneiro da Cunha: “A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, a eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas (CUNHA, Leonardo Carneiro. Normas Fundamentais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.8. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm 2016, pg. 366)”.

⁹ “Não se realiza a missão constitucional da garantia da prestação jurisdicional plena apenas com o foco na celeridade, assim como, de outro lado, pautada a preocupação exclusivamente no fator segurança, o que poderá causar o seu aniquilamento, de modo que, por fim, a efetividade poderá restar golpeada, tornando-se desprovida de razão a atuação do Estado, se ignorado o valor justiça nas decisões. É a busca constante do equilíbrio dessas importantes forças complementares que vai determinar o quanto o processo judicial será eficaz como técnica adotada na consecução de um dos objetivos mais salientes do Estado” (NAGAO, Paulo Issamu. O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pgs. 129-130).

¹⁰ O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 trouxe a possibilidade das partes formularem o chamado negócio jurídico processual para estabelecerem mudanças no procedimento com o objetivo de ajustá-lo às especificidades da causa. Porém, de qualquer forma estão limitadas ao devido processo substancial, sendo que o negócio jurídico não pode ser usado como justificativa para frustrar essa garantia fundamental do processo. Nesse sentido: “Tendo como pressuposto que o conceito de processo deve ser desenhado a partir do núcleo de princípios constitucionais que formam a noção de devido processo – também denominado processo justo, equo ou democrático – pode-se traçar um primeiro elemento para limitar o objeto dos negócios jurídicos processuais. A concepção de processo demarcada por um procedimento estruturado por regras que visam a densificar toda a principiologia constitucional permite que se estabeleça uma sutil distinção em relação ao objeto do negócio jurídico processual: não é lícito às partes negociarem sobre o processo em si (entendido como estrutura procedimental alicerçada por direitos fundamentais processuais mínimos que visa a evitar arbítrios e excessos no

Toda reforma processual, em última análise, pode ser compreendida como uma busca maior pela efetividade do processo, mesmo porque de nada adianta ao vencedor receber uma tutela estatal ineficaz, que seria o mesmo de não recebê-la¹¹.

Aliás, a disposição por mudanças na busca da melhoria do processo pode ser verificada pela nossa própria história processual. Desde que nos tornamos independentes de Portugal, o processo civil brasileiro foi regido por diversas legislações, sendo a primeira delas as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Império por força do Decreto de 20 de outubro de 1.823¹². Em 1.850 foi editado o Regulamento 737, que apesar de versar sobre processos comerciais, teve suas regras aplicadas ao processo civil em geral, nos termos do Decreto 763 de 1.890. Com o afã de reunir toda a legislação processual em vigor¹³, o governo imperial editou a Consolidação das Leis de Processo Civil, trabalho realizado pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas e por isso ficou conhecida como Consolidação Ribas.

Já no período republicano foi aprovada a Consolidação de José Higino Duarte Pereira, através do Decreto 3.084 de 05 de novembro de 1.891, que reuniu as normas processuais atinentes a recém criada Justiça Federal, e já sob a sombra das futuras legislações estaduais sobre processo, consoante novel disposição constitucional¹⁴.

Na esteira da competência estadual de legislar sobre processo civil surgiram no Brasil os primeiros códigos¹⁵. A maioria dos referidos diplomas legislativos locais se espelhou no

exercício da jurisdição); cabe às partes certa liberdade para negociar regras procedimentais e eventuais direitos, faculdades e ônus processuais. Dito de outro modo, não é possível que, por um negócio jurídico processual, as partes desnaturem a própria concepção democrática de processo, sepultando princípios constitucionais como, por exemplo, os princípios do contraditório, da fundamentação, da publicidade, do juiz natural dentre outros. As partes têm ampla margem de liberdade para reger o procedimento desde que não venham a reestruturá-lo de modo desconforme ao núcleo de princípios que fundamenta a concepção constitucional e democrática de process” (RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 26, n. 101, jan./mar. 2018.

¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 25.

¹² Nesse sentido PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo volume 1: Teoria Geral do Processo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 85.

¹³ MIRANDA, Vicente. Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992, pg. 27.

¹⁴ O artigo 34, 23º da Constituição de 1.891 assim disciplinava como competência legislativa privativa da União: “legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”, o que deixava claro, por exclusão, a competência dos Estados para legislar sobre processo fora do âmbito da Justiça Federal.

¹⁵ “Prevaleceu, outrossim, a ideia de que, se a organização judiciária era atribuição dos Estados-membros, a estes deveria também caber a respectiva legislação processual. Com efeito, como bem esclareceu Lobo da Costa, em decorrência da equivocada compreensão da estrutura federativa, a Constituição de 1891 acabou contemplando o

Regulamento 737 e na legislação portuguesa, sendo que três deles são lembrados pela boa técnica e rigor científico, porém com pouca influência nas legislações posteriores¹⁶. A experiência brasileira de Códigos estaduais durou pouco, já que o artigo 5º, XIX, “a” da Constituição de 1934 trouxe a competência privativa da União para legislar sobre processo, sem qualquer ressalva¹⁷.

Já na vigência da Constituição de 1937 entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1939. O referido diploma, porém não conseguiu trazer muita clareza à diversos procedimentos, sendo criticado por ser demasiadamente teórico e complexo¹⁸.

Justamente para tentar fazer um contraponto ao formalismo, em 1973 foi editado o chamado Código Buzaid, em referência a um de seus principais elaboradores, que vigorou até março de 2016. Seguindo o padrão de Códigos Europeus da época, a referida legislação se pautou pela separação conceitual e topográfica dos processos de conhecimento, execução e cautelar, tendo inaugurado uma nova era do direito processual pátrio¹⁹.

O CPC/1973 foi alvo de inúmeras reformas legislativas, inclusive a efetuada pela Lei 11.232/2005, que alterava significativamente a separação entre processo de conhecimento e execução, o que importou no surgimento, no âmbito do CPC/73, do processo sincrético. A alteração mais importante para fins desse estudo foi a efetuada pela Lei 8.952/1994, que conferiu nova redação ao artigo 273 para instituir, de forma genérica, a antecipação dos efeitos da tutela.

entendimento defendido por Campos Salles, no sentido de se outorgar aos novos Estados da Federação a competência para legislar sobre matéria processual, reservando-se ao legislativo federal de fazê-lo no que concernia ao processo da Justiça Federal” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil - Volume VII (arts. 318-368). Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, José Francisco Naves da Fonseca. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 33).

¹⁶ “Os Códigos da Bahia, de Minas e de São Paulo passam por ser os mais aperfeiçoados, segundo os cânones das novas doutrinas processuais que começavam a se difundir nos meios jurídicos do país. Mesmo assim, afora o aprimoramento técnico e o apuro de linguagem, de maior rigor científico na conceituação dos institutos e dos atos processuais, foram poucas as contribuições originais que trouxeram para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro” (COSTA, Moacir Lobo da. Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970, pg. 70).

¹⁷ O artigo 11 das disposições transitórias da Carta de 1934 inclusive determina que o governo nomeie uma comissão de juristas para organizarem, no prazo de três meses, um projeto de Código de Processo Civil e Comercial.

¹⁸ Nesse sentido BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, vol. 1. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pgs. 59-60.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil v. 1. 56 ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015 pgs. 20-21.

A busca pela eficiência no processo, que como visto é constante na nossa história, foi a justificativa apresentada pela Comissão de Juristas ao elaborar o anteprojeto de Código de Processo Civil em 2010, afirmando textualmente que: “*Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo*”²⁰. Nesse espírito, em março de 2015 foi aprovado um novo Código de Processo Civil com diversas inovações, na forma²¹ e no conteúdo.

Uma dessas novidades, que interessa umbilicalmente a esse trabalho, foi o tratamento dispensado ao regime das tutelas provisórias, reunido no livro V da Parte Geral do CPC. A mudança não ocorreu somente na nomenclatura ou na topografia da nova legislação, mas em especial na aproximação dos institutos de tutela antecipada e cautelar, agora abrigadas sobre o título de tutelas de urgência, além do tratamento em separado das tutelas de evidência.

O Código de 1939 não continha qualquer disposição genérica referente ao processo cautelar (muito menos quanto a tutela antecipada), ambas com regulamentação específica sob a égide do CPC/1973, sendo que o “salto” para a atual regulação foi gigantesco.

Podemos destacar muitas mudanças no regime de tutelas provisórias, mas uma das mais inovadoras, sem dúvida, foi a possibilidade de estabilização da decisão proferida em tutela antecipada antecedente, sendo esse o objeto central do presente trabalho. O Código dedica apenas os artigos 303 e 304 para tratar da tutela de urgência antecipada antecedente e apenas no último se refere à estabilização.

Essa módica regulação legal abre margem para diversas discussões doutrinárias e práticas que serão tratadas ao longo do trabalho, como por exemplo, qual seria a solução

²⁰ BRASIL, Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, pg. 24, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>, acesso em 22/03/2019.

²¹ Pela primeira vez um Código de Processo Civil brasileiro passa a ter uma parte geral, o que era exigido por importante parcela da doutrina nacional. Na própria exposição de motivos do CPC de 2015, no item 5, nota de rodapé 33, já consta que: “Para EGAS MONIZ DE ARAGÃO, a ausência de uma parte geral, no Código de 1973, ao tempo em que promulgado, era compatível com a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo. E advertiu o autor: “*não se recomendaria que o legislador precedesse aos doutrinadores, aconselhando a prudência que se aguarde o desenvolvimento do assunto por estes para, colhendo-lhes os frutos, atuar aquele*” (Comentários ao Código de Processo Civil: v. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 8). O profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileiro justifica, nessa oportunidade, a sistematização da teoria geral do processo, no novo CPC.

quando o auto não adita a petição inicial após a concessão da tutela antecipada antecedente e o réu deixa de recorrer. Porém, sem dúvida a questão principal diz respeito aos efeitos da estabilização.

Não encontramos na legislação uma definição de estabilização, o que talvez seja proposital, já que não cabe ao legislador fornecer conceitos de institutos jurídicos e sim à doutrina. Ocorre que a própria lógica do nosso sistema processual parece ser um impeditivo à compreensão da estabilização, pois ela só ocorreria mediante a inercia de uma das partes (a “prejudicada”) em se insurgir contra uma decisão provisória. E talvez essa seja a maior contradição que tenhamos que enfrentar: como uma decisão provisória se torna estável sem se sujeitar a cognição exauriente?

A falta de densidade na legislação, somada a novidade do instituto e dúvidas quanto a formação e efeitos traz uma certa inquietação que merece ser completamente dirimida para que a legislação, nesse ponto, possa ser aplicada com o máximo de segurança jurídica possível.

Se a estabilização da decisão que defere a tutela provisória de urgência antecipada antecedente não pode ser considerada uma evolução natural do sistema anterior, na qual sequer havia possibilidade de concessão daquela na forma antecedente, cumpre investigar, mesmo que brevemente, como tal instituto surgiu no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

A primeira proposta legislativa sobre o tema surgiu com o Projeto de Lei 186/2005 do Senado Federal, cuja base teórica foi elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Seu texto alterava o artigo 273 do CPC/73, com a inclusão dos artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D. Além da previsão do procedimento antecedente, somado àquele no curso do processo, caso não intentada a ação principal em sessenta dias (antecedente) ou requerido o prosseguimento do feito em trinta dias (incidental), a decisão se tornaria estável, com força de coisa julgada²², nos limites da decisão proferida (arts. 273-B, § 2º e 273-C, parágrafo único consoante PL 186/2005 SF).

²² ASSIS, Carlos Augusto. A Antecipação de Tutela e a sua Estabilização. Novas perspectivas. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 36.

Interessante frisar que no texto do Projeto de Lei 186/2005 só encontramos o termo “estabilização” na sua ementa e justificativa. Na verdade, a equiparação à coisa julgada (material) e advertência de preclusão quanto ao não ajuizamento da ação principal ou requerimento para continuação do processo parece tornar desnecessária a previsão de tal categoria jurídica naquele cenário. Se a decisão que antecipa os efeitos da tutela, ou antecedente, tem força de coisa julgada após a inércia da parte, sequer há sentido em se falar em estabilização²³. Mais estável que coisa julgada, nenhuma decisão será.

Apesar de não ter sido aprovado, o projeto acima teve influência no anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado em 2010, sendo que em todas as modificações que se deram durante a tramitação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, sempre houve algum tipo de estabilização (art. 288, § 2º do Anteprojeto; art. 281, § 2º do P.L. 166/2010 do Senado Federal; art. 305, caput do P.L. 8046/2010 da Câmara dos Deputados). Por outro lado, a grande diferença se fez presente com a expressa²⁴ menção de que a decisão estável não fazia coisa julgada.

O Código de Processo Civil de 2015 deixou claro em seu artigo 304, § 6º que a decisão estável não faz coisa julgada. Com isso, surgiu a necessidade de se entender com mais profundidade o que é uma decisão estável, qual sua correspondência com a coisa julgada, como pode ser alcançada e alterada e principalmente o que acontece com seus efeitos após o término do prazo de dois anos previsto para o ajuizamento da ação destinada à sua revisão, reforma ou invalidação.

²³ Em sentido contrário, defendendo a estabilização como uma etapa anterior e necessária à coisa julgada das decisões provisórias que antecipam os efeitos da tutela, Bernardo Silva de Lima e Gabriela Expósito, citando os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque afirmam que: “o autor parece indicar que entende por estabilização a aptidão que a decisão antecipatória possuiria, no regime proposto, à formação de coisa julgada material. A estabilização, nesse contexto, seria uma etapa anterior à imutabilidade definitiva, confirmada pelo comportamento omissivo das partes” (LIMA, Bernardo Silva e GABRIELA, Expósito. "Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo, São Paulo, v. 250, pgs. 167-187, dezembro de 2015).

²⁴ Tal previsão se encontrava expressamente no Anteprojeto do Código apresentado ao Senado Federal em 2010, no artigo 293. Também constou do Projeto de Lei 166/2010, saído do Senado, em seu artigo 282, §4º. Com as alterações sofridas no âmbito da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 8046/2010 não repetiu essa disposição, porém a doutrina aponta que uma interpretação sistemática do projeto impedia a conclusão pela ocorrência de coisa julgada. Nesse sentido: ASSIS, Carlos Augusto. A Antecipação de Tutela e a sua Estabilização. Novas perspectivas. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 39.

Uma forma de tentar compreender melhor a estabilização é nos voltarmos para sua regulação no direito estrangeiro. Na verdade, podemos encontrar a inspiração do instituto no direito italiano e francês.

Na França, o procedimento do *référé*²⁵ remonta ao século XVII, sendo atualmente regulado pelos artigos 484 a 492 do Código de Processo Civil de 1975. Trata-se de um instituto processual que visa, através de um procedimento célere e sem formalismos excessivos a prolação de decisão provisória, que apesar de não prejudicar uma eventual decisão de mérito, é protegida pela chamada coisa julgada *au provisoire*²⁶.

O *référé* dispensa a constituição de advogado, porém exige a citação e oportunidade de defesa, devendo a decisão ser prolatada em audiência pública e de forma motivada, sendo cabível sua execução provisória. Esse procedimento visa preservar o direito quanto ao perigo diante do decurso de tempo, sendo que uma vez concedida a ordem, não há qualquer previsão de prazo para ajuizamento de processo principal²⁷.

O Código de Processo Civil italiano dispensa um capítulo inteiro aos procedimentos cautelares (Capítulo III do Livro IV), dos artigos 669 a 699. Há vários procedimentos cautelares típicos, assim como uma disciplina geral no artigo 669. A partir do artigo 700 encontramos também uma regulação sobre as chamadas tutelas de urgência.

Com inspiração no modelo francês acima disposto, a Itália alterou sua legislação processual em 2003 passou a atenuar a relação de instrumentalidade entre o processo principal e sua eventual ação cautelar, tornando desnecessária a instauração do primeiro para a eficácia de alguns procedimentos cautelares específicos²⁸. Nos termos do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano, é cabível o provimento autônomo de urgência quando houver direito

²⁵ “O termo *référé* não é unívoco. Ele é utilizado tanto para nomear esse procedimento abreviado e simples quanto para se referir ao juízo dos *référés*, um órgão jurisdicional autônomo em relação ao julgamento do mérito. O *référé* tem suas linhas gerais reguladas pelo art. 484 do CPC francês. No entanto, não existe uma única modalidade de *référé*. Além disso, com a evolução do instituto, deixou de haver uma ligação necessária entre ele e a urgência, tornando-se o *référé* uma importante ferramenta em prol da celeridade do direito francês, sobretudo diante da impossibilidade de execução provisória das sentenças de primeira instância”. (GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pg. 38).

²⁶ BONATO, Giovanni. Os *référés*. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 217-239, dez. 2015, pg. 224.

²⁷ PAIM, Gustavo Gohrer. Estabilização da Tutela Antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pgs. 170-180.

²⁸ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015 : (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 273, p. 191-253, nov. 2017, pg. 205.

ameaçado por prejuízo iminente e irreparável e a solução não puder ser resolvida pelas vias ordinárias ou mediante procedimentos cautelares típicos²⁹.

Nesse procedimento de tutelas sumárias do direito italiano, a cognição não é plena, com postergação do contraditório, sendo justificado pela economia processual e pela ideia que a concessão de tais decisões provisórias poderiam acarretar o desinteresse das partes no prosseguimento do processo³⁰. Importante destacar que não há limitação temporal para eventual propositura de ação principal e muito menos a exigência de fazê-lo, assim como nos *référés* franceses³¹.

O interessante é que a própria doutrina italiana vem classificando essa tutela de urgência, que para nós se aproxima da tutela antecipada antecedente, como também procedimento cautelar³², praticamente como ocorreu no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, sendo ambas espécies do gênero tutela de urgência.

Em Portugal, os procedimentos cautelares no Código de Processo Civil local estão previstos no Título IV, capítulos I e II. Há previsão de procedimentos típicos, bem como se encontra presente o poder geral de cautela (chamado de providências cautelares não especificadas). O artigo 362º, 1 é claro ao dispor que: “*sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer*

²⁹ Artigo 700 do Código de Processo Civil da Itália: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, puo' chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*”.

³⁰ GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pgs. 35-36.

³¹ “Embora se trate de medidas de duração indeterminada, os provimentos cautelares italianos a instrumentalidade “atenuada” ou “débil” – assim como os *référés* franceses – são, portanto, dotados de uma “vida provisória”, porque – além de estarem sujeitos à ação de revogação ou modificação – podem ser “superados pelo provimento definitivo ou principal “pendente” ou “em lugar” do qual são emanados e aos quais são funcionalmente “preordenados”⁴⁰. Portanto, na Itália e na França, a chamada “estabilidade de fato” é um elemento acidental e extrínseco (dependente da inércia das partes)⁴¹ dos provimentos cautelares e dos *référés*, cuja essência jurídica é marcada pela sua provisoriedade, pela chamada “instabilidade em direito”,⁴² podendo ser rediscutido em um sucessivo juízo definitivo.⁴³ Com base em tais premissas, sustenta-se que a autonomia da medida cautelar é apenas de tipo cronológico, e não também de tipo funcional” (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015 : (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 273, p. 191-253, nov. 2017, pgs. 206-207).

³² “Não se pode deixar de referir que há praticamente consenso entre os doutrinadores italianos de que os provimentos de urgência regulados pelo art. 700 têm natureza cautelar e que podem assumir feição conservativa ou antecipatória, sendo certo que tal opinião, desde muito cedo vem se consolidando”. (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 176).

a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

A legislação portuguesa permite a concessão da tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada, desde que reste demonstrado fundado receio (probabilidade do direito) a efetiva ou a probabilidade de lesão de grave ou difícil reparação (perigo na demora). A escolha do procedimento a ser utilizado é da parte³³.

Mais uma vez chama atenção a semelhança com a escolha de tratar da tutela cautelar e satisfativa (antecipada) no âmbito do mesmo artigo, dentro do agasalho do processo cautelar, assim como o fez o artigo 294 do CPC/2015³⁴.

Por fim, importante frisar que o artigo 369º do código de processo português também prevê uma forma de estabilidade³⁵. Na verdade, o artigo de lei mencionado permite ao autor a dispensa da propositura da ação principal, retirando o caráter de assessório do procedimento cautelar, gerando a composição definitiva do litígio, desde que o requerido não se oponha, chegando a mencionar o trânsito em julgado da decisão provisória (item 3, artigo 369º).

Como se viu, na França, na Itália e em Portugal, através de um procedimento monitorio, é possível a prolação de decisão que surge à margem da cognição plena e adquire uma estabilidade provisória, até eventual provimento de mérito posterior. Tal estabilidade está

³³ “A lei processual admite a concessão de tutelas jurisdicionais imediatas, que possam configurar como respostas eficazes a situações em que estão caracterizados o *fumus boni iuris* (probabilidade de subsistência do direito alegado pela parte) e o *periculum in mora* (que deve ser perceptível, urgente e justificado). Em Portugal, os procedimentos cautelares são utilizados para antecipar determinados efeitos das decisões judiciais, para prevenir a violação de direitos grave ou de difícil reparação ou prejuízos, bem como para preservar determinado status quo, enquanto não for prolatada a sentença definitiva no processo principal” (COELHO, Gláucia Mara. Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo. José Roberto Cruz e Tucci, coordenador. São Paulo: Lex Editora, 2010, pg. 327).

³⁴ “Tal como no direito brasileiro, a tutela cautelar pode se dar em caráter antecedente ou incidental (art. 362, n.2). É oportuno registrar, porém, que diante do amplo contorno dado à cautelar no sistema português – compreendendo, indene de dúvidas, as providências conservativas e satisfativas – fica patente a possibilidade de se veicular uma providência antecipatória de forma antecedente, providência que só agora com o Código de Processo Civil de 2015 se tornou expressa entre nós” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 180).

³⁵ Artigo 369º: “1 - Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. 2 - A dispensa prevista no número anterior pode ser requerida até ao encerramento da audiência final; tratando-se de procedimento sem contraditório prévio, pode o requerido opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada. 3 - Se o direito acautelado estiver sujeito a caducidade, esta interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão que negue o pedido”.

condicionada integralmente a vontade das partes, que podem a qualquer tempo exercer seu direito potestativo de ajuizar ação principal. Logo, essa estabilidade precária não se confunde e nem se poderia confundir com o nosso conceito de coisa julgada.

Ora, a ausência de prazo para o ajuizamento de ação principal nos modelos acima expostos e conseqüente eternização da provisoriedade da estabilidade, em contraposição com a exigência de aditamento à petição inicial e/ou com o prazo decadencial de dois anos para propositura de nova ação para alteração da decisão (veja que não se trata de ação principal) já revela quão diferente foi a introdução do instituto da estabilização no nosso direito positivo.

Para melhor compreender a tutela antecipada antecedente e seu principal efeito, a estabilização, o presente trabalho fará uma investigação profunda nos institutos jurídicos que deram origem ao novo regramento legal, tendo como foco inicial a própria tutela provisória. Será analisada a nova classificação de tutelas de urgência, na qual se inclui a tutela antecipada, além da tutela cautelar, em contraponto com a tutela de evidência. Da mesma forma, partiremos da classificação legal para tratar especificamente da modalidade antecedente de requerer a tutela antecipada, sem esquecer de fazer um contraponto com a modalidade incidental. Ainda no primeiro capítulo, serão abordados pontos essenciais para a compreensão da teoria por trás da análise da tutela antecipada antecedente, como as modalidades de cognição, a noção de urgência, além da intenção do legislador em inovar nesse aspecto e trazer um novo procedimento para análise e concessão da tutela antecipada.

O segundo capítulo deste trabalho será focado no procedimento atinente à análise da tutela antecipada antecedente, partindo desde os requisitos da petição inicial (específicos e gerais), até a conduta de cada parte e suas conseqüências, culminando na decisão final, com suas especificidades e finalmente a possibilidade ou não de formação da estabilização. Serão abordadas as principais polêmicas do rito processual, a começar pelo entendimento que realmente se trata de procedimento especial e não parte do procedimento comum, o que implica em outras conclusões importantes.

Finalmente o terceiro capítulo tratará específica e profundamente sobre o instituto da estabilização da tutela antecipada concedida na modalidade antecedente. A começar pelo tratamento autônomo do mesmo, passando pela diferenciação dele com institutos jurídicos semelhantes, o que serve de base para encontrar o seu objeto e ainda um conceito. Não só a estabilidade em si, mas as formas de sua manutenção e revisão são tratadas, além da questão

talvez mais importante: se a tutela antecipada estabilizada, após o transcurso do prazo de dois anos, pode ser alterada e de que forma.

1. O ENQUADRAMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO REGIME LEGAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

1.1 Premissas Teóricas

A partir do Código de Processo Civil de 2015 passamos a conviver com o conceito de tutela provisória. Aparentemente o legislador não teve a intenção de criar um novo tipo de provimento jurisdicional, mas apenas sistematizar e classificar as formas não definitivas de decidir, baseado na urgência³⁶ ou na evidência³⁷.

Como se percebe, o grande critério classificatório adotado pelo legislador foi justamente a provisoriedade da decisão. Em outras palavras, se a decisão foi tomada a partir de um procedimento de cognição exauriente, seria tutela definitiva, a antítese da tutela provisória, fruto de cognição sumária ou superficial, como veremos mais detalhadamente a

³⁶ “A extinção do livro específico sobre processo cautelar e medidas cautelares nominadas fez parte dos objetivos do legislador de simplificação dos procedimentos – buscou eliminar formalidades inúteis e desnecessárias – e de dar maior grau de organicidade ao sistema, tornando-o mais coeso. Medidas cautelares nominadas sem utilização, criadas antes do instituto da antecipação da tutela e sem verdadeiro caráter cautelar, foram abolidas e as que subsistiram foram alocadas em lugares apropriados, coerentes com seus propósitos”. (CARVALHO FILHO. Milton Paulo de. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: Perspectivas da Magistratura / coordenação Silas Silva Santos...[et al.]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, comentários ao artigo 294).

³⁷ A tutela de evidência também não pode ser considerada propriamente uma novidade, já que prevista em leis extravagantes, por exemplo, na liminar em ação de despejo do artigo 59, § 1º da Lei 8245/91, além do próprio CPC/1973, como no caso de concessão de tutela antecipada quando um ou mais pedidos cumulados fosse incontroverso, estabelecida no artigo 273, § 6º do CPC/73. Além disso, a doutrina já estudava o tema há muito, sendo talvez o maior expoente Luiz Fux, que com pioneirismo definiu direito evidente, objeto da tutela de evidência, na tese de livre-docência que o qualificou como professor titular da UERJ em 1994, da seguinte forma: “são situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada” (FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, pgs. 305-306). Por outro lado, o CPC/2015 sistematizou o tema, enquadrando as hipóteses de concessão de tutela de evidência no seu artigo 311, no qual o legislador fez uma escolha por listar quatro hipóteses típicas de tutela de evidência. Essa técnica legislativa não foi isenta de críticas, já que alguns doutrinadores defendiam que a referida tutela fosse tratada em um dispositivo genérico, que estabelecesse apenas os pressupostos da tutela de evidência, a serem avaliados no caso concreto pelo julgador, o que evitaria uma possível interpretação restritiva como se as hipóteses do artigo 311 do CPC fossem taxativas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 468-469).

seguir. Parte da doutrina clamava por esse tipo de mudança há muito tempo³⁸, apesar da versão definitiva do Código não ter escapado de críticas dos estudiosos do direito³⁹.

Já no artigo 294 do Código verificamos as espécies do gênero tutela provisória, que primeiro se subdivide em urgência e evidência, a depender do fundamento utilizado para sua concessão (ou análise). A tutela de evidência não tem uma subdivisão legal, ao contrário da tutela de urgência, que pode se dividir de acordo com a forma (momento processual) em que é pedida, entre antecedente e incidental ou de acordo com a natureza do provimento em si, entre cautelar e antecipada.

Ao mesmo tempo que houve a manutenção de disposições legais separadas para tratar da tutela antecipada e da tutela cautelar, também podemos perceber uma verdadeira aproximação dos requisitos para a concessão das medidas urgentes (art. 300 do CPC), que tem sido vista como uma simplificação do sistema anterior⁴⁰.

A tutela cautelar é muito mais antiga e enraizada no nosso ordenamento jurídico do que a tutela antecipada, sendo que a última é um desdobramento da primeira⁴¹. A tutela

³⁸ Em palestra proferida em 15 de junho de 2000, Cândido Rangel Dinamarco criticava a disciplina insuficiente da recém introduzida tutela antecipada, limitada ao artigo 273 e seus parágrafos, apontando que as tutelas antecipada e cautelar na verdade seriam “duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”. Não satisfeito, o professor paulista ainda afirmou textualmente que: “o ideal seria que a própria lei chegasse a um ponto de mais clara explicitude, de modo a afastar dúvidas e acabar de vez com a falsa ideia de que cada um deles tenha sua regência própria e distinta” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil, 4ª edição. Malheiros: São Paulo, 2013, pg. 59).

³⁹ O professor Antônio Cláudio da Costa Machado, por exemplo, entende que a nomenclatura “tutela provisória” foi um erro, pois inclui em seu conteúdo a chamada “tutela de evidência”, que prescinde de *periculum in mora* e por isso mesmo vai contra às clássicas lições de Pietro Calamandrei sobre o gênero “tutela cautelar”. O referido autor considera essa classificação de tutelas provisórias um retrocesso e explica seus motivos: “ao desprezar a classificação que deu origem a tudo e reduzir a classe das medidas cautelares apenas às conservativas, selam-se alguns esquecimentos que nos fazem retroceder: esquece-se da contribuição de um dos mais influentes processualistas do mundo; esquece-se da extraordinária importância da criação do poder geral de cautela que ele concebeu justamente para permitir a antecipatoriedade de efeitos em quaisquer causas com base em *periculum in mora* (art. 700 do CPC italiano de 1940; arts. 798 e 799 do CPC brasileiro de 1973); esquece-se da consistência teórica do *periculum in mora* como ‘requisito ontológico das cautelares’. Enfim, esquece-se de tudo para reinventar a roda e fazer renascer discussões doutrinárias e jurisprudenciais que nos tomarão décadas até que voltemos ao mesmo ponto em que nos encontramos hoje, ou a 1936, data do fabuloso Introdução ao Estudo Sistemático das Providências Cautelares...” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 18).

⁴⁰ Nesse sentido ver DOTTI, Rogéria Fagundes. Código de Processo Civil Comentado. Coordenação José Sebastião Fagundes Cunha (coordenador geral), Antônio César Bochenek e Eduardo Cami. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg; 531.

⁴¹ “O início do estudo da antecipação da tutela, compreendida como técnica direcionada a antecipar de forma provisória mediante cognição sumária a tutela jurisdicional do direito à parte visando à distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, deve partir da teoria da tutela cautelar. E isso por uma razão simples: durante muito

cautelar é uma proteção provisória (ou temporária) e não satisfativa do ordenamento jurídico ao resultado útil do processo, conservando o direito objeto de discussão durante o curso processual⁴².

Ocorre que com o passar do tempo os operadores do direito sentiram uma necessidade de proteção ativa do direito, com verdadeiros graus de satisfatividade, antecipando a tutela pretendida ao final, também em razão do tempo, mas com uma preocupação maior com o dano que a demora poderia causar e não necessariamente com a preservação do direito. Na falta de um mecanismo leal específico passou-se a utilizar da tutela cautelar, particularmente em caráter liminar, para antecipar os efeitos da tutela final⁴³.

A partir da introdução do artigo 273 no CPC/1973 passamos a conviver, de forma generalizada⁴⁴ com o instituto da tutela antecipada, provimento que entrega antecipadamente efeitos que só seriam possíveis receber ao final do processo, a partir de uma decisão definitiva favorável. É tutela satisfativa, mas não definitiva.

tempo a doutrina não percebeu a autonomia conceitual da técnica antecipatória e teorizou-se de forma indevida em termos de ação, provimento ou processo cautelar. Mesmo quando posteriormente a doutrina passou a distinguir tutela cautelar de antecipação de tutela, passo de fundamental importância, a distinção foi realizada de forma incompleta, incapaz de viabilizar a identificação e sistematização do conceito em toda a sua inteireza. Daí que a teorização atinente à tutela cautelar constitui inequívoco ponto de partida para a efetiva compreensão da técnica antecipatória” (MITIDIERO, Daniel. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg 31).

⁴² “A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, pg. 317).

⁴³ “Porém, a falta de idoneidade do processo civil clássico para atender às novas situações de direito substancial não impediu a prática forense de utilizar a ação cautelar inominada para obter as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, bem como a própria antecipação da tutela. Como o procedimento cautelar viabilizava a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas – uma vez que a execução da tutela cautelar nunca se submeteu ao princípio da tipicidade dos meios executivos –, a prática forense passou a conceber, especialmente em razão das particularidades dos novos direitos, um uso não cautelar da ação cautelar inominada. Esse uso não cautelar da ação cautelar inominada consistiu na invocação do procedimento cautelar para atender aquilo que poderia e deveria ser tutelado pelo procedimento comum de conhecimento, desde que tivesse as particularidades técnicas do procedimento cautelar, especialmente a técnica antecipatória e as sentenças mandamental e executiva (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil v. 4 – artigos 294 ao 333. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, comentário ao artigo 294, item 2.4”.

⁴⁴ Oportuno lembrar que ainda na vigência do CPC/1973 alguns procedimentos especiais já traziam a possibilidade de antecipação dos efeitos finais (quanto ao mérito), como no caso de embargos de terceiro, ações possessórias, entre outros.

Importante frisar que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de unificar as espécies tutelas antecipadas e cautelares sob o gênero das tutelas de urgência, bem como de unificar os requisitos para suas concessões, não alterou a natureza jurídica de ambos os institutos⁴⁵. Em outras palavras, a tutela cautelar continua apta a proteger o direito em análise e consequentemente o resultado útil do processo e a antecipada em evitar dano, entregando o bem da vida antes do resultado final do processo.

Como se viu, a tutela antecipada evoluiu no direito brasileiro a partir da tutela cautelar, diante de uma necessidade prática⁴⁶. Vale destacar que essa maior aproximação legal, sob o manto das tutelas provisórias de urgência não é nenhuma novidade na doutrina autorizada, que cerca de dez anos antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 já trazia essa classificação⁴⁷. Aliás, a própria fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar já indicava essa aproximação.

Por outro lado, a reunião ou diferenciação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar envolve uma questão conceitual. Por exemplo, se considerarmos tutela antecipada como sinônimo de tutela satisfativa seria mais fácil apontar a diferenciação da tutela cautelar, que seria assecuratória. Na primeira, se entrega o bem da vida buscado antes do trânsito em julgado e na última, se protege o bem da vida para que ele seja entregue ao final do processo. Por outro lado, numa interpretação literal, tutela antecipada poderia significar apenas um

⁴⁵ AURELLI, Arlete Inês. Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 59.

⁴⁶ “Nessa linha de raciocínio, a antecipação dos efeitos da sentença, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, nada mais é do que medida de urgência construída segundo *técnica cautelar*, destinada a conferir eficácia ao provimento final. Haveria, aceita a premissa, certo esvaziamento da cautelar inominada (CPC, arts. 798 e 799), campo propício para o desenvolvimento daquelas tutelas satisfativas, ainda que provisórias, em relação às quais venho afirmando a natureza cautelar. Teria sido exatamente essa a intenção do legislador, para evitar o abuso das chamadas cautelares satisfativas, que, na verdade, passaram a ser utilizadas como substitutivo da via ordinária, reservada para a tutela final ou definitiva, muitas vezes sem que houvesse razão para essa substituição (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 292).

⁴⁷ “Observa-se que as tutelas acautelatórias, assim como as antecipatórias, são espécies ou ramificações das denominadas tutelas de urgência, que representam instrumentos de proteção estatal, conferidas em demandas matizadas por situações em concreto, que exigem providência de natureza emergencial para satisfazer (provisória ou definitivamente) ou assegurar (provisória ou temporariamente) os litigantes, no plano material ou processual, diante de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação” (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pgs. 178-179).

provimento provisório antes do término do processo, o que eventualmente se confundiria com a tutela cautelar⁴⁸.

Piero Calamandrei, em seu clássico “Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares” apresentava quatro espécies de medidas cautelares: procedimentos instrutórios antecipados, procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada, cauções processuais e antecipação dos procedimentos decisórios⁴⁹. Na sua festejada obra, o mestre italiano classificava como tutela cautelar a antecipação de procedimentos decisórios, provimento que ele próprio considerou diverso dos demais em razão da antecipação do mérito⁵⁰, o que hoje em dia poderíamos classificar como tutela antecipada.

Ao tratar do poder geral de cautela, Calamandrei apresenta um exemplo que se tornou clássico: uma atriz conhecida foi surpreendida ao se reconhecer como uma das ninfas de roupas sucintas pintada em afrescos de um clube noturno de Paris e ao ajuizar ação indenizatória pediu que provisoriamente o afresco com sua figura fosse coberto⁵¹. O mestre fiorentino entendeu que a situação acima estaria tutelada pelo poder geral de cautela, mas analisando aquele exemplo aos olhos modernos, a doutrina não é unânime. Alguns defendem se tratar de tutela antecipada (satisfativa)⁵² outros entendem que a medida seria uma antecipação com função assecurativa, com a presença de cautelaridade e sem qualquer satisfação⁵³.

Doutrinariamente é completamente distinto o conceito de tutela cautelar e tutela antecipada, mas na prática a situação é mais complexa. Para trazer um exemplo mais cotidiano, imaginemos que uma parte teve o seu nome negativado indevidamente em

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1ª edição, 2ª tiragem. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, pgs. 102-104.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Servanda, Campinas/SP, 2000, pgs. 54-76.

⁵⁰ Ao tratar da antecipação dos procedimentos decisórios, Calamandrei explica que: “a relação de instrumentalidade que, nos casos ora enumerados, vincula a providência provisória àquela principal é profundamente diferente daquela examinada nos dois grupos precedentes: enquanto nestas o procedimento cautelar não regula o mérito da relação substancial controversa, mas somente prepara os meios para auxiliar a formação ou a execução forçada da futura decisão do mérito, aqui, neste terceiro grupo, o procedimento cautelar consiste mesmo em uma decisão antecipada e provisória de mérito, destinada a durar até que a esse regulamento provisório da relação controversa não se sobreponha o regulamento estável obtido através do mais lento processo ordinário” (CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Servanda, Campinas/SP, 2000, pg. 65).

⁵¹ Obra citada, pgs. 77-78.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil, 4ª edição. Malheiros: São Paulo, 2013, pg. 61.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1ª edição, 2ª tiragem. Editora Revista

cadastros de proteção de crédito. No curso de uma ação indenizatória, pede tutela provisória para que seu nome seja excluído enquanto durar o processo. Nesse caso estamos diante de um pedido cautelar ou de tutela antecipada? Podemos argumentar que é cautelar, pois preserva o direito do autor de ter sua liberdade de contratar (mediante verificação do crédito) intacta ou que é antecipação de tutela, pois trata-se de pedido final de mérito que seria concedido de forma satisfativa anteriormente⁵⁴.

Parcela importante da doutrina critica a terminologia “tutela antecipada” como foi adotada no Código, afirmando que ela seria melhor empregada no lugar da “tutela provisória”. Para esses estudiosos, o melhor seria subdividir a tutela de urgência em tutela cautelar e tutela satisfativa, já que cientificamente ambas as classificações estariam ligadas ao objeto final do processo, um acautelando e outro satisfazendo⁵⁵.

1.1.1 A Cognição nas Tutelas Provisórias de Urgência

Cognição é sinônimo de conhecimento⁵⁶, é a capacidade de discernir, sendo que no direito é usada para identificar o conjunto de atos que o julgador deve realizar para tomar ciência e refletir sobre alegações e/ou provas no processo, a fim de proferir sua decisão. A cognição é a atividade intelectual do juiz de se familiarizar com os elementos do processo para depois proferir sua decisão.

A grande referência na doutrina brasileira sobre o tema é sem dúvida Kazuo Watanabe, que define cognição como “*um ato de inteligência, consistente em considerar,*

dos Tribunais: São Paulo, 1994, pg. 103.

⁵⁴ A título de curiosidade vale mencionar dois acórdãos, ambos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, um considerando a ação cautelar inominada via adequada para retirar a negativação do nome do autor no curso de processo principal de consignação em pagamento, obviamente na vigência do CPC/1973 (Acórdão n.212815, 20020110043425APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: ASDRUBAL NASCIMENTO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/03/2005, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 12/05/2005. Pág.: 49) e outra que considerou a tutela antecipada a medida adequada para a retirada do nome dos cadastros restritivos de crédito no curso do processo (Acórdão n.1091158, 07004726120188070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/04/2018, Publicado no DJE: 25/04/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

⁵⁵ É o que ensina Daniel Mitidiero em Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg 860.

⁵⁶ Parte da doutrina ainda se utiliza da denominação “processo de cognição” como sinônimo de processo de conhecimento. Por todos ver THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e

*analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo*⁵⁷”.

O objeto da cognição no processo de conhecimento constitui num trinômio formado pelos pressupostos processuais, condições da ação e mérito⁵⁸. Essas são as questões que devem necessariamente serem analisadas pelo julgador, apesar de posições contrárias em doutrina de peso⁵⁹. Na verdade, a cognição deve recair sobre todas as questões (processuais e materiais) necessárias para a entrega da tutela jurídica pleiteada a quem de direito.

Para melhor compreendermos a cognição, antes faz-se necessário distinguir a prestação de atividade jurisdicional da tutela jurídica. A primeira diz respeito ao exercício do direito abstrato de ação, devido pelo Estado a qualquer postulante que ingresse com demanda em Juízo, tendo razão ou não. Já a tutela jurídica, especificamente a tutela jurisdicional, é a proteção ao direito (de forma concreta), a entrega do bem da vida a quem preenche os requisitos após análise do magistrado em determinado caso concreto⁶⁰.

Estamos diante de um processo civil de resultados, no qual a efetividade é um valor essencial, assim como a razoável duração do processo. A preocupação do julgador deve ser a entrega da tutela jurisdicional para quem faz jus a ela⁶¹, seja a tutela final ou provisória. A

ampl. 56a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pgs. 723 e seguintes.

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2012, pg. 67.

⁵⁸ No mesmo sentido se posiciona Kazuo Watanabe, juntamente com juristas de alto renome: “A teoria do trinômio, informa Alfredo Buzaid, substituiu o binômio *iudicium – res in iudicium deducta* do primórdio da ciência processual e também o binômio pressupostos processuais – condições da ação da teoria da ação como direito concreto à sentença favorável. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa são elementos desse trinômio. É a teoria defendida por Liebman, que no Brasil formou inúmeros discípulos e continua ainda exercendo uma significativa influência. Cândido R. Dina marco, seguindo Liebman, prefere falar em ‘questões sobre o processo, gênero do qual os pressupostos processuais seriam espécie’” (WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2012, pgs. 79-80).

⁵⁹ “Há que se referir, em primeiro lugar, aos autores que defendem a ideia de que o objeto da cognição é um binômio, formado pelos pressupostos processuais e pelas “condições da ação”. De outro lado, encontramos os defensores da ideia segundo a qual o objeto da cognição judicial é formado por um trinômio de questões: “condições da ação”, pressupostos processuais e mérito. Não se pode, ainda, deixar de referir a teoria segundo a qual o objeto da cognição seria um quadrinômio: pressuposto processual, supostos processuais, “condições da ação” e mérito da causa” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*: volume 1. 24ª ed. Atlas: São Paulo, 2013, pg. 308).

⁶⁰ “A tutela jurídica reclama, para seu deferimento, que se tenha tendido a quanto previamente posto na lei como devido processo legal na espécie, vale dizer, tenham sido suficientemente atendidas as garantias do juiz natural, do contraditório, da publicidade, da fundamentação do julgado e da possibilidade do controle dessa fundamentação (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da Antecipação da Tutela in Ensaios e Artigos v. 1*. Editora JusPodivm: Salvador, 2014, pgs. 145-146).

⁶¹ “O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso procura extrair da formal

proteção do direito não pode ser vazia e cabe ao Poder Judiciário resolver as celeumas apresentadas pela sociedade.

Dessa forma, percebe-se que existem tantas tutelas jurídicas quanto pretensões possíveis, em tese, de serem levadas ao Poder Judiciário para apreciação e provimento⁶².

De acordo com a redação do revogado artigo 273 do CPC/1973, era razoável presumir que a antecipação em si não era da tutela jurisdicional requerida e sim somente de seus efeitos⁶³, mesmo porque não existia a possibilidade de formulação de pedido antecedente de tutela antecipada. Logo, todo pedido de tutela antecipada se dava no bojo de um processo em andamento, com petição inicial hígida e completa, na qual o pedido antecipado tinha sua correspondência com outro pedido de confirmação daquele.

Ocorre que nem sempre será formulado pedido final e muitas vezes a medida⁶⁴ satisfativa concedida como tutela antecipada, concedida na modalidade antecedente, será a tutela final entregue pelo Estado-Juiz, por exemplo, no caso do réu não recorrer da decisão (artigo 334 do CPC). Chamo atenção para o fato que o CPC/2015 não repetiu, em nenhum de seus dispositivos, a expressão: “efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, contida no artigo 273 do CPC/1973. Dessa forma, não mais menciona a antecipação dos efeitos e nem faz referência a tutela final.

garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamentos de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis ou de estabilizar situações justas. Tal é a idéia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pg. 352).

⁶² “As variadas espécies de situações regidas pelo direito material corresponde simétrica variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação, sempre mediante interposição das regras jurídico-substanciais pertinentes. Como instrumento do direito material, o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que segundo este ele tem o direito de obter (bens da vida, materiais ou imateriais). A variedade de meios processuais constitui, assim, espelho da variedade das soluções ditadas no direito substancial” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. I. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pg. 151).

⁶³ Já na vigência do CPC/2015 esse é o entendimento de parte da doutrina. Nesse sentido ver: LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 355.

⁶⁴ Parte da doutrina trata tutela jurisdicional como sinônimo de medida ou técnica processual. Porém, não se deve confundir a medida (ou técnica) processual com tutela jurisdicional, sendo a primeira a forma como a decisão será concedida e a última o resultado da atividade jurisdicional. Na verdade, a tutela jurisdicional é o fim (objetivo) do processo e a medida o meio como esse fim será alcançado. Logo medida satisfativa não deve ser considerada como sinônimo de tutela satisfativa (LAMY, Eduardo de Avelar. A Distinção entre Medidas Urgentes e Tutela de Urgência: Conseqüências para o Escopo de Sistematização. Revista de processo, v. 29, n. 118, p 289-302, nov./dez. 2004, pgs. 291-293).

Não há como escapar do entendimento que a concessão de uma tutela satisfativa (antecipada) revela em si uma tutela estatal⁶⁵. Parece claro que as disposições do CPC/2015 trazem uma verdadeira antecipação da tutela jurisdicional, não somente porque ela deveria ser concedida somente ao final, mas também porque mesmo que não seja concedida ao final, está sendo deferida num momento processual anterior ao decisório e mediante cognição sumária.

De qualquer maneira, a tutela jurisdicional pretendida é concedida ou não a partir da cognição do julgador. Segundo Kazuo Watanabe⁶⁶, podemos dividir a cognição em dois planos: o vertical e o horizontal. Horizontalmente a cognição diz respeito à extensão do objeto cognoscível e se subdivide em plena, quando não há limitação sobre o que pode ser analisado cognitivamente pelo julgador (como se dá na ampla maioria dos processos) e parcial (ou limitada), quando a cognição está restrita a certos aspectos do processo, excluindo outros⁶⁷.

Na dimensão vertical, a cognição é verificada quanto a sua profundidade, podendo ser classificada em exauriente ou sumária, a depender do tipo de análise do magistrado, se profunda ou superficial. Na cognição exauriente⁶⁸, a atividade intelectual do magistrado se debruça sobre provas e alegações produzidas em respeito ao contraditório, com todas as

⁶⁵ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, pgs. 72-73.

⁶⁶ WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4 ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2012, pgs. 118-131.

⁶⁷ A cognição é limitada pela própria Lei, em determinados processos. É claro que o trabalho cognitivo do juiz sempre é “limitado” pela petição inicial, pela escolha da parte autora do que levar à Juízo, tendo em vista o princípio da congruência. Nesse sentido, um bom exemplo de cognição parcial se verifica no processo de embargos de terceiro, no qual o artigo 680 do CPC determina que: “contra os embargos do credor com garantia real, o embargado **somente poderá alegar** que: I - o devedor comum é insolvente; II - o título é nulo ou não obriga a terceiro; III - outra é a coisa dada em garantia” (grifo meu). Se o embargado quiser alegar outras matérias de defesa, deverá ajuizar ação própria, já que a cognição nesse aspecto dos embargos de terceiro é parcial, limitada.

⁶⁸ Alguns autores adotam classificação diversa da cognição, dividindo-as somente entre plena (ou exaustiva) e sumária. Nesse sentido é a posição de Leonardo Greco, que aponta nove características do que ele considera cognição plena ou exauriente: “1) a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz; 2) a definição de uma sequência de atos que permita às partes propor fundamentadamente as suas demandas, exceções e argumentos, assim como demonstrar a sua procedência e a dos fatos que constituem o seu fundamento, em igualdade de condições; 3) a possibilidade de utilização de todos os meios de prova aptos a apurar a verdade dos fatos, tal como em qualquer outra área do conhecimento humano; 4) a predeterminação de um procedimento probatório apto a tornar efetiva essa possibilidade; 5) a predeterminação de prazos razoáveis de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória, assim como para a cognição adequada do juiz; 6) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais); 7) a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática e do direito material das partes; e 8) a possibilidade de completo reexame da cognição do juízo de primeiro grau por um tribunal de grau superior; e 9) o acesso a tribunais de âmbito nacional para corrigir decisões contrárias à lei ou à Constituição” (GRECO, Leonardo. Cognição Sumária e Coisa Julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 6, n X, jul.-dez. 2012, pg. 286).

garantias processuais possíveis, ou seja, com profundida máxima, de acordo com a possibilidade do direito e a vontade das partes em atuar. É baseada num juízo de certeza (processual), típica de decisão definitiva.

Já a cognição sumária é baseada num juízo de probabilidade ou verossimilhança⁶⁹, no qual as alegações ou provas ainda não foram completamente produzidas ou pelo menos não houve oportunidade de se fazê-lo. As decisões provisórias são tipicamente juízos de cognição sumária.

A importância de saber qual tipo de cognição se apresenta perante o julgado é essencial para se investigar se a decisão proferida pode vir a ser protegida pelo manto da coisa julgada material ou não⁷⁰.

A doutrina brasileira se posiciona majoritariamente no sentido que somente a partir de um juízo em cognição exauriente é que se pode formar a coisa julgada (material)⁷¹. Mas fica a dúvida em relação a decisão que se torna estável. Seria ela proveniente de um juízo de cognição exauriente ou sumária? Saber a forma como o magistrado vai trabalhar intelectualmente na decisão que tem a aptidão de se tornar estável é essencial para analisar o instituto a fundo.

Por tudo que vimos acima, não há como concluir que a decisão proferida liminarmente⁷² no curso de pedido de tutela antecipada antecedente é proveniente de cognição exauriente, apesar de ser fruto de cognição plena. Na verdade, essa decisão é proferida antes

⁶⁹ Alguns autores diferenciam a cognição sumária da superficial, sendo a primeira decorrente de um juízo de probabilidade (quase certeza) e a última de um juízo de possibilidade (verossimilhança). A ideia é que as cognições teriam graus, escalas, e a probabilidade exigiria uma prova mínima, superior à da possibilidade, sendo que ambas deveriam eventualmente serem confirmadas através de um juízo final de certeza (cognição exauriente). Por todos ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil: volume 1. 24ª ed. Atlas: São Paulo, 2013, pgs. 313-316.

⁷⁰ Sobre a relação entre coisa julgada e cognição ver: ARAÚJO, José Aurélio de. Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 191-198.

⁷¹ Nesse sentido conferir: TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pg. 54 e WATANABE, Kazuo. Cognição no Processo Civil. 4 ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2012, pg. 120.

⁷² “Valendo-se da origem no latim (*liminaris, de limen*), o termo “liminar” pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas provisórias, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou da evidência antes da citação do demandado. A liminar assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, pg. 484).

da citação do réu, que tem a possibilidade de recorrer da sua concessão e ao longo do processo apresentar contestação. Logo, o magistrado não tem ainda todos os elementos possíveis de virem aos autos no momento da decisão, sendo essa fruto de cognição sumária.

Essa questão só é relevante quando estamos diante da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, já que na forma incidental, não há possibilidade de encurtamento prematuro do processo, nos moldes dos artigos 303 e 304 do CPC/2015.

1.1.2 A Forma Adequada: tutela provisória incidental ou antecedente

O artigo 294, parágrafo único do CPC/2015 esclarece que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental, trazendo entre os artigos 303 e 310 a disciplina legal sobre ambos os requerimentos na modalidade antecedente. Ocorre que em nenhuma passagem o Código disciplina a forma incidental, o que leva a crer que deve ser tratado como mais um requerimento (não seria propriamente um pedido, pois também pode ser formulado pela parte ré), sem qualquer modificação de procedimento, exatamente como se dava no pedido de antecipação de tutela na vigência do artigo 273 do CPC/1973⁷³.

Em se tratando de novidade, o Código de 2015 poderia ter disciplinado o requerimento cautelar ou de tutela antecipada em caráter incidental. Isso porque apesar do CPC/1973 prever o que hoje entendemos como pedido incidental de antecipação dos efeitos da tutela, o mesmo não se dava com o pedido (processo) cautelar. Na verdade, o processo cautelar poderia ser instaurado antes ou no curso do processo principal, sendo a primeira situação conhecida como

⁷³ Leonardo Greco parece adotar uma solução interpretativa diversa para essa falta de regulamentação da tutela provisória de urgência requerida incidentalmente, ao advogar a tese que se aplicariam as regras do procedimento antecedente, seja cautelar ou antecipado, aos requerimentos incidentais, ressalvando eventuais incompatibilidades. Ele defende, por exemplo, que “se a tutela antecipada de urgência incidente tiver sido requerida depois da frustrada audiência de conciliação ou de mediação, com ou sem liminar, será o requerido citado, por seus advogados ou pessoalmente, para contestá-la, seguindo-se a instrução e decisão da medida no procedimento da causa principal em curso” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 368). Com todo o respeito ao professor Greco, não parece ser a melhor opção, pois a aplicação de um procedimento antecedente no curso do processo em si acarretaria anacronismos processuais, como uma dupla citação (defendida acima por ele no texto transcrito) ou um aditamento a uma inicial já íntegra (o que ele não defende). Na verdade, nada há de compatível entre o procedimento antecedente e incidental, mas apenas as disposições gerais (arts. 300 a 302 do CPC/2015), obviamente aplicáveis às duas espécies de tutela provisória.

cautelar preparatória e a última como cautelar incidental⁷⁴. Ocorre que o pedido cautelar incidental do sistema inaugurado em 1973 é diverso do requerimento cautelar incidental previsto no CPC/2015, sendo que a mesma situação se verifica quando analisamos o pedido cautelar preparatório em comparação com o requerimento cautelar antecedente.

Como se disse, o processo cautelar não mais subsiste no nosso ordenamento jurídico, apesar da tutela cautelar poder ser preservada mediante requerimento incidental ou antecedente. Em tempos de repúdio ao formalismo exagerado do processo, merecia críticas da doutrina a necessidade de um processo autônomo para preservar direito que necessariamente deveria ser discutido em outro processo, o principal⁷⁵.

Por outro lado, esse clamor doutrinário por aproximação também envolvia a utilização de regras específicas das medidas cautelares à tutela antecipada. Cândido Rangel Dinamarco há muito defendia que a reforma efetuada pela Lei 8.952/1994 foi omissa e que os intérpretes do direito deveriam buscar a aplicação (por analogia) de disposições relativas ao processo cautelar para fazer efetivar a “antecipação de tutela em caráter antecedente ou preparatório”, a partir do que chamava de “poder geral de antecipação da tutela jurisdicional”, que segundo o autor foi introduzido pelo reformado artigo 273 do CPC/1973⁷⁶.

⁷⁴ Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 Cassio Scarpinella Bueno ensinava que: “antecedente ou preparatória é a ‘tutela cautelar’ cujo pedido significa o rompimento da inércia da jurisdição, é dizer, o interessado na obtenção da tutela jurisdicional provoca o Estado-juiz com o fito de proteger direito seu observando as regras do Livro III do Código, dando ensejo à formação de um ‘processo cautelar’, em que exercerá uma ‘ação cautelar’, entendidas ambas as expressões nos moldes tradicionais. Incidente ou incidental é a ‘tutela cautelar’ requerida quando já está em curso o ‘processo principal’. São cautelares que, de acordo com o Livro III do Código, também dão ensejo a um ‘processo cautelar’ e a uma ‘ação cautelar’ mas que, por ocuparem autos próprios e tramitarem de acordo com procedimento próprio não se confundem com o ‘processo principal’ e a ‘ação principal’” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares Específicos. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 166-167).

⁷⁵ “Com efeito a partir de 1994, após a generalização da antecipação de tutela nos mesmos autos do processo, com pouquíssimo ou nenhum formalismo, já nos parecia de todo incongruente insistir na ideia de que as medidas cautelares incidentais devem ser requeridas e decididas num processo autônomo, e não exigir tais formalidades para um requerimento de antecipação de tutela. Pela regra do NCPC, fica expresso: a tutela cautelar e a tutela antecipada incidentes não demandam ‘ação autônoma’, devem ser requeridas no bojo do processo preexistente, por simples petição. Não necessitam, pois, de ação própria, com os inconvenientes da autuação, citação, recolhimento de custas etc.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 540-541).

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, pgs. 80-93.

Parece razoável questionar se o Código de Processo Civil de 2015, ao prever a modalidade antecedente para o requerimento de tutela antecipada e cautelar, acolheu as críticas doutrinárias acima ou manteve uma aproximação indesejada ao antigo sistema de processos cautelares instrumentais. Em outras palavras, cumpre investigar um pouco mais a fundo se a tutela provisória pleiteada em caráter antecedente tem natureza jurídica de processo autônomo, separado do principal ou não.

O primeiro passo para responder a essa indagação é saber se o requerimento antecedente é uma petição inicial ou não. Parece até ingênua tal indagação, considerando que os artigos 303, caput e 305, caput do CPC/2015, utilizam a nomenclatura “petição inicial” ao tratarem desses pedidos. Porém, parte da doutrina defende que não se trata de verdadeira petição inicial, mas mero requerimento, sendo que a petição inicial só viria depois de determinada a emenda ou aditamento, após a concessão ou denegação da medida requerida⁷⁷. Essa corrente defende que a natureza jurídica desse ato é de mero requerimento porque a Lei dispensa o cumprimento de parte dos requisitos postos nos artigos 319 e 320 do CPC e ainda exige emenda ou aditamento, independentemente de concessão ou denegação da medida.

Apesar da validade dos argumentos apresentados, parece claro se tratar de verdadeira petição inicial, apta a iniciar uma demanda judicial⁷⁸. De plano cabe lembrar que os requisitos previstos nos artigos 319 e 320 são gerais, típicos do procedimento comum, podendo a Lei trazer especificamente em relação a um procedimento próprio, com requisitos diversos, adicionando ou excluindo os gerais.

Parece mais correto o entendimento que vê nesse pedido uma petição inicial simplificada⁷⁹, com requisitos próprios como a exposição da lide, do direito que se busca

⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, pg. 210.

⁷⁸ “O ato de vir a juízo pedindo tutela jurisdicional, chamado demanda, tem por conteúdo uma pretensão de quem o realiza. Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. É um fato, não uma relação ou situação jurídica (Carnelutti); esse fato consiste na exteriorização de uma aspiração, ou de uma vontade”. Por sua vez, “a petição inicial, como papel em que os termos da demanda estão escritos (art. 282), não é um ato, mas a representação física de um ato – assim como a escritura instrumentalizadora de um contrato não é um contrato. Em alguns casos especialíssimos a lei admite demanda oral (LJE, art. 14) – e nesses casos a demanda não é instrumentalizada em uma petição, mas simplesmente documentada em termos lavrados pelo cartório” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pgs. 106-109).

⁷⁹ Esse termo já é utilizado pela doutrina. Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora

realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Mais uma demonstração que se trata de petição inicial própria é a exigência de indicação do pedido final e pagamento das custas processuais levando esse em consideração, o que dispensa um novo pagamento de custas após o aditamento ou emenda (art. 303, § 3º do CPC).

Apesar de concluir pela existência de petição inicial no requerimento antecedente e conseqüentemente pela configuração de demanda judicial, parece exagero entender que o procedimento inaugurado no CPC/2015 preveja dois processos (antecedente e principal)⁸⁰. Na verdade, a própria Lei traz a explicação do fenômeno jurídico em questão: aditamento (no caso de concessão da tutela) e emenda à inicial (no caso de indeferimento da tutela). Uma petição inicial aditada ou emendada pode apresentar novos pedidos, causa de pedir e até partes novas, o que é até mais amplo do que o disposto nos procedimentos antecedentes, que permitem a inclusão de documentos novos e complementação da causa de pedir, lembrando que o pedido final não poderia em tese⁸¹ ser alterado (já que indicado na petição inicial antecedente).

Como se vê, não há relação de identidade entre o novo sistema de tutela provisória antecedente com o antigo sistema de tutelas (cautelares) preparatórias (ou antecedentes). Em razão das grandes diferenças dos dois modelos, parece claro que não se está diante de uma mera repetição da antiga cautelar preparatória ou de uma modalidade similar destinada à antecipação de tutela⁸².

Revista dos Tribunais, 2016, pg. 560 e OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da Tutela Antecipada à Tutela Superantecipada: Breves Considerações Acerca dos Requisitos Essenciais da Petição Inicial Simplificada. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 363.

⁸⁰ Cândido Rangel Dinamarco entende que nesses casos há um processo judicial sincrético, com duas fases: uma referente às medidas antecedentes e outro sobre os pedidos finais. Ao tratar do procedimento das tutelas de urgência antecedentes em geral, cautelares e antecipadas, afirma que: “a principal característica desse sistema consiste em, de alguma forma, acoplar o processo das medidas antecedentes ao principal, implantando-se com isso um processo sincrético principiado pela demanda de tutela urgente e continuado mediante os atos de um processo principal – de modo que, na realidade, nessas hipóteses ter-se-á um só processo constituído de duas fases procedimentais (a do pedido de tutela antecedente e outra, de uma tutela definitiva)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 889).

⁸¹ Uma situação possivelmente complicada na prática seria a formulação de pedido de tutela antecipada antecedente, mas que não fosse pedida sua confirmação no aditamento. Nesse caso, parece que caberia ao magistrado determinar a emenda da inicial (referente ao aditamento) para necessariamente fazer incluir a confirmação do pedido antecedente da forma como foi requerido em sede provisória, inclusive para evitar burlas na competência do juízo ou até por uma questão de boa-fé processual.

⁸² VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares;

Partindo do princípio que a tutela provisória antecedente se desenvolve em uma única ação (processo), resta analisar qual o critério de escolha entre a forma antecedente ou incidental. Seria livre o autor para escolher entre essas duas formas ou os critérios legais de admissibilidade específicos forçariam necessariamente uma ao invés da outra.

É bem verdade que o Código de Processo Civil de 2015 relativizou o rigor com que a escolha do procedimento adequado era tratada no regime anterior, principalmente diante da possibilidade de confecção de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC), porém o procedimento ainda é questão de ordem pública, cabendo inclusive o controle do magistrado para fins de adequá-lo⁸³.

Nas disposições gerais da tutela de urgência, o artigo 300 trouxe como requisitos para a concessão das medidas cautelares e antecipadas: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Sem adentrar especificamente no conceito de urgência, que será esmiuçado no item seguinte, cabe fazer a seguinte reflexão: a urgência exigida para a concessão da tutela antecipada ou cautelar incidental é a mesma urgência exigida para a concessão da tutela antecipada ou cautelar antecedente?

Note-se que não há nenhuma disposição legal expressa tratando do assunto, mas por tudo que foi dito é forçoso concluir pela resposta negativa. Contraria a lógica do direito supor que o legislador previu dois institutos jurídicos (tutela provisória incidental e antecedente), com a mesma finalidade e mesmos requisitos, mas com procedimento e consequências completamente diversos, cabendo à livre escolha do autor qual utilizar.

Mas como saber em qual medida a urgência de uma se diferencia da outra é que é a verdadeira questão. O artigo 303 do CPC traz um marco temporal para o requerimento antecedente, qual seja: “*casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação*”. Ocorre que tal situação por si só não é suficiente para a caracterização de uma maior ou menor urgência, pois em múltiplos casos, quando há pedido de tutela provisória de urgência no bojo da petição inicial (incidental) a urgência é contemporânea à propositura da demanda, mesmo porque o pedido foi formulado de pronto na inicial.

ARMELIN, Roberto. Tutela Provisória: Questões Polêmicas. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pgs. 487-488.

⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de

A melhor interpretação parece ser que a urgência necessária como requisito legal para a propositura de medida cautelar ou antecipada antecedente é aquela urgência que impossibilite a completa elaboração da petição inicial, sendo que o uso deste procedimento e consequentemente da petição inicial simplificada seja essencial para evitar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na dúvida, deve-se seguir a interinalidade⁸⁴, ou seja, a regra deve ser o requerimento de tutela provisória em caráter incidental, privilegiando-se o procedimento comum e evitando-se a banalização do uso da tutela provisória antecedente⁸⁵. A modalidade antecedente é claramente especial em relação à incidental e por isso só deve ser admitida quando seus requisitos específicos estiverem presentes (no caso uma urgência tamanha que não é possível formular petição inicial íntegra).

1.1.3 O conceito de urgência a partir dos requisitos para a concessão da tutela provisória antecipada e cautelar.

Como já dito, o artigo 300 trouxe os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência de forma geral, sem especificar o tratamento para tutela antecipada ou cautelar, exigindo apenas a presença de probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo para a concessão da medida de urgência.

Na vigência do CPC/1973, a tutela antecipada só poderia ser concedida se existisse prova inequívoca da verossimilhança da alegação da parte e se houvesse fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação⁸⁶. Já em relação a medida cautelar, o artigo 798 do

Janeiro: Forense, 2015, pgs. 730-731.

⁸⁴ “Isso quer dizer que, como regra, a ‘tutela provisória’ deve ser postulada dentro do procedimento comum – e isso até mesmo para evitar o problema da indevida duplicação de procedimentos para a prestação da mesma tutela do direito. Se, no entanto, houver necessidade de tutela jurisdicional urgente antes da propositura da ação destinada à tutela definitiva do direito (tutela provisória *ante causam*), então será admissível a sua postulação na forma ‘antecedente’ (arts. 303 a 310). Como regra, portanto, a tutela provisória não dá lugar a um processo autônomo dentro do direito civil brasileiro. É interna ao procedimento comum. É exatamente isso que quer dizer o legislador quando refere que a ‘tutela provisória’ é incidental (art. 294). Tendo interesse na sua obtenção, tem o autor de postulá-la na petição inicial.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, Volume II. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 216).

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil v. 4 – artigos 294 ao 333. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

⁸⁶ O artigo 273 do CPC/1973 trazia outras hipóteses de concessão de tutela antecipada que hoje se enquadrariam na espécie de tutela de evidência, como a concessão em razão de “fique caracterizado o abuso de direito de

código revogado exigia “*fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*”, em outras palavras *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Em ambos os tipos de tutela de urgência, a Lei exigia um nível razoável de convencimento do direito do requerente (fumaça do bom direito, no caso da cautelar; e verossimilhança da alegação, no caso da tutela antecipada) e alguma demonstração de risco com a demora em esperar o provimento final (perigo que uma das partes causasse ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação, na tutela cautelar; e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação no caso da tutela antecipada).

Na teoria até se podia fazer alguma distinção entre “fundado receio” e “prova inequívoca da verossimilhança”, sendo que o último exigiria um nível de convicção do magistrado um pouco maior que a primeira⁸⁷. Ocorre que na prática não há como “medir” essa diferença, sendo esse um dos motivos pelos quais foi incluído o parágrafo sétimo no artigo 273, a partir da Lei 10.444/2002, que consagra a fungibilidade entre as tutelas de urgência⁸⁸.

A fungibilidade em questão (hoje prevista no art. 305, parágrafo único do CPC/2015) não pode ser vista como uma autorização genérica para que o juiz possa conferir tutela diversa da requerida, mas sim como uma possibilidade do juiz interpretar corretamente o pedido de urgência formulado pela parte autora e eventualmente concedê-lo independentemente da

defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II do CPC/1973, hoje prevista no artigo 311, I do CPC/2015) ou ainda em causa autorizadora para o julgamento antecipado parcial do mérito, quando “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso” (art. 273, § 6º do CPC/1973, hoje previsto no artigo 356, I e II do CPC/2015).

⁸⁷ “É fácil afirmar que o *fumus boni iuris* representa dado grau de convicção do juiz e que a ‘prova inequívoca da verossimilhança’ representa um pouco mais. De uma hipotética escala, de 0 a 100, 0 é o grau de convicção do juiz antes de analisar o pedido e 100 é o grau de convicção quando ele se sente apto para proferir a sentença (‘cognição exauriente’). O *fumus boni iuris*, aceita a orientação dominante, estaria, para fins didáticos, entre os 50,1% de convicção e os 75%; a ‘prova inequívoca da verossimilhança da alegação’, entre os 75,1% e os 99,9% (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares Específicos. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, pg. 138).

⁸⁸ “Ressaltemos que a incidência da fungibilidade usualmente, reclama um único requisito: que o sistema gere uma dúvida objetiva (e, portanto, que não haja erro grosseiro) sobre qual o meio processual adequado. A fungibilidade de que trata o § 7º do art. 273 deve ser entendida como abrangendo os dois sentidos. Afigura-se irrelevante que o requerente da cautelar, que será tomada como antecipação de tutela, tenha mero *fumus boni iuris*, o que para alguns seria menos do que é exigido para a concessão da antecipação de tutela. Mesmo porque as distinções entre esses requisitos são mais teóricas do que concretas; ou melhor, são de difícil mensuração no plano empírico. Note-se bem que a aplicação do § 7º do art. 273 não pressupõe, como regra, a emenda da inicial” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, pg. 428).

nomenclatura contida na exordial⁸⁹. Obviamente que não haveria necessidade de determinar a emenda da inicial se a medida que deverá ser concedida preencher os requisitos correspondentes⁹⁰, mas alerta a doutrina que essa fungibilidade só poderá ser concedida em caso de dúvida objetiva, fundada, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má-fé dos pedidos urgentes⁹¹.

Na verdade, nunca conseguimos vislumbrar, na prática, qual a efetiva diferença entre os conceitos completamente abstratos (pelo menos no campo da ciência do direito) como possibilidade, probabilidade, quase-certeza e certeza⁹².

Além da dificuldade de mensuração concreta do nível de certeza jurídica para a decisão sobre tutela provisória (em cognição sumária), a doutrina já alertava há muito sobre os perigos dos requisitos legais vagos e indeterminados para avaliar a concessão da medida antecipatória ou cautelar⁹³. Na prática, a falta de concretude pode levar à falsa impressão de um poder discricionário do julgador, que não pode ser admitido, sendo uma exigência legal a concessão da tutela provisória (o artigo 300 fala em “será concedida”), desde que presentes os requisitos.

Nesse sentido, há que se aplaudir a escolha do CPC/2015 na substituição dos requisitos da verossimilhança da alegação e o *fumus boni iuris* pelo requisito único da

⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 520.

⁹⁰ Essa também parece ser a opinião de Antônio Claudio da Costa Machado, ao explicar que o art. 305, parágrafo único do CPC/2015 consagra a ideia de “adaptabilidade procedimental fundada no indeferimento (implícito) do pedido de tutela cautelar” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 80). Ora, se há indeferimento implícito, com o processamento do real pedido urgente, não há necessidade de determinar a emenda formal da petição inicial.

⁹¹ SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil, volume V, Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Organizadores: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pgs. 161-165.

⁹² Em uma tentativa de sistematização dos graus de verdade no processo, que denomina “gradações de veracidades probantes”, Joel Dias Figueira Junior traz excelente explicação em abstrato a partir de quatro graus: a) grau mínimo, no qual inclui a improbabilidade (dúvida ou incerteza); b) grau médio-baixo, que seria a probabilidade, com aparência tênue de verdade; c) grau médio-alto, no qual estaria contida a verossimilhança; e d) grau máximo, no qual estaria situada a verdade. (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pgs. 197-200). Mais uma vez é importante destacar que no plano teórico é possível e até convidativa essa classificação, mas na prática não há como ser seguramente implantada, pelo menos não em casos limítrofes. Isso sem contar as presunções jurídicas, como por exemplo, o conceito de verdade, que como visto não pode ser absoluta, mas considerada a verdade processual (provada).

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pgs. 351-353.

“probabilidade do direito” alegado⁹⁴. É claro que essa probabilidade é verificada mediante um juízo prudente do julgador, que deve ser convencido, através das provas e argumentações trazidas aos autos⁹⁵.

Essa persuasão do magistrado acerca da existência de probabilidade do direito alegado (e também acerca da urgência) normalmente é verificada através das provas (usualmente documentais) apresentadas no processo até o momento do pedido de tutela provisória. Caso não seja possível o convencimento com base apenas nelas, é lícito ao julgador exigir uma justificação prévia⁹⁶ (artigo 300, § 2º do CPC/2015), que se afigura como mais uma oportunidade para a demonstração da probabilidade do direito alegado.

Por fim, deve-se registrar que a doutrina especializada chega a esmiuçar o conceito de probabilidade, trazendo divisões e subdivisões que fogem ao escopo desse trabalho, mas concluem que o tipo de probabilidade mais adequado ao escopo do processo judicial é a probabilidade lógica, que considera provável aquilo que pode ser provado nos autos do processo⁹⁷.

Interessante, porém, é averiguar qual o nível máximo de plausibilidade da alegação, pois é razoável a interpretação no sentido de que se a probabilidade eventualmente se tornar

⁹⁴ Nesse mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 550; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 429; MITIDIERO, Daniel. *Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg 17.

⁹⁵ “Para bem valorar a probabilidade do direito, deve o juiz considerar ainda : (i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e (iv) a própria urgência alegada pelo autor. Nesse caso, além da probabilidade das alegações propriamente ditas, deve o juiz analisar o contexto em que inseriu o pedido de tutela provisória (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*, Volume II. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 213).

⁹⁶ O Código de Processo Civil de 2015 revogou os processos cautelares típicos e por isso mesmo não há que se falar em confusão com o processo de justificação autônoma regulada pelos revogados artigos 861-866 do CPC/73. Na justificação autônoma o objetivo do autor era documentar-se acerca de algum fato ou relação jurídica, sem caráter contencioso, com a intenção de simplesmente formar um documento ou para servir de prova em processo vindouro. A justificação prevista no caso em análise, a chamada justificação incidente, tem o objetivo de lastrear alguma decisão nos autos do processo judicial em curso, seja a concessão da tutela provisória ou até eventualmente para a continuação regular do processo (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Justificação Liminar, Extinção do Processo e Apelação*. In *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. São Paulo: Saraiva, 1982, pgs. 27-29).

⁹⁷ Para uma visão mais aprofundada do tema ver MITIDIERO, Daniel. *Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 117-129.

evidência indiscutível, não seria devida a tutela de urgência sumária e sim a definitiva⁹⁸. Em contraponto poderíamos argumentar que nesses casos a tutela de urgência é tão devida quanto em casos de mera probabilidade, desde que a urgência assim o exija, já que o devido processo legal impediria a entrega da prestação jurisdicional de plano, sem o respeito ao contraditório e ampla defesa, por exemplo, e o risco de dano ou perecimento do direito continuaria tão hígido quanto nos casos típicos de tutela de urgência.

O mesmo entrave doutrinário sobre a diferenciação entre o *fumus boni iuris* e a verossimilhança da alegação, encontrávamos também em relação ao requisito da demora na entrega da prestação jurisdicional, seja no antigo “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, previsto no artigo 273 do CPC/1973, ou em relação ao *periculum in mora* (perigo que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação), tipificado pelo artigo 798 do Código de 1973⁹⁹.

Note-se que a distinção em relação a esses requisitos referentes ao risco com a demora era mais difícil de ser esclarecida diante da própria similaridade da redação dos artigos 273, I e 798 do CPC/1973. Aliás, Ovídio Baptista já criticava o uso do termo *periculum in mora* como requisito para a concessão da tutela cautelar, apontando que desde o direito medieval a pressuposta distinção deste com o conceito moderno de “dano irreparável” era frágil, já que em sua origem o primeiro estaria ligado justamente à “aceleração da tutela satisfativa”. Concluí o mestre gaúcho que a cautelaridade não poderia ser definida a partir do *periculum in mora* e sim pela “iminência de dano irreparável ao direito”¹⁰⁰.

Para tornar mais tormentosa a situação, o legislador de 2015 não trouxe um único requisito para o risco da demora no artigo 300 e sim dois: perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Poderíamos argumentar que o primeiro diz respeito exclusivamente

⁹⁸ Nesse sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pgs. 76-80.

⁹⁹ “Há anos a doutrina debate-se para distinguir o ‘perigo de dano’ que justifica a concessão da tutela antecipada e o ‘perigo de dano’ que justifica a concessão da tutela cautelar. Da mesma forma, discute se existe diferença de grau entre a ‘probabilidade do direito’ que justifica a concessão da tutela antecipada e a ‘probabilidade do direito’ que justifica a concessão da tutela cautelar. Sob o ponto de vista pragmático, porém o cotidiano forense nunca se perdeu nessas diferenciações: trabalha com a ideia de ‘urgência’, referindo-se a ela pela expressão latina ‘periculum in mora’, e com a ideia de ‘evidência’, referindo-se a ela pela expressão latina ‘fumus boni iuris’. Esse foi o (sábio) caminho trilhado pelo art. 298, segundo o qual a ‘tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo’ (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 429).

aos casos de tutela antecipada e o último à tutela cautelar. Outros defendem a total unificação dos requisitos, como uma via alternativa a ser preenchida no caso concreto, sendo que a natureza da concessão antecipada ou cautelar dependeria da medida concedida em si, se acautelatória ou satisfativa¹⁰¹.

Nesse aspecto o legislador perdeu uma grande oportunidade de também simplificar o segundo requisito da tutela de urgência, referente a impossibilidade de espera pelo provimento judicial final, que poderia ser unificado em “perigo da demora”¹⁰², que caberia para a caracterização da necessidade de tutela antecipada e também cautelar.

De qualquer forma, parece desnecessária a discussão se houve unificação dos requisitos da demora para a concessão de medidas urgentes, pois tanto faz analisar o artigo 300 do CPC/2015 sob o prisma de dois requisitos alternativos ou de um requisito para cada tipo de tutela de urgência. O fato é que o perigo da demora para fazer surgir a necessidade da tutela antecipada continua a ser ontologicamente diverso do perigo da demora apto a concessão da tutela cautelar¹⁰³. Isso porque, além da probabilidade do direito, para a concessão da tutela antecipada ou cautelar deve-se fazer presente o perigo na demora em entregar a prestação jurisdicional e que esse perigo possa causar dano ao direito da parte diretamente ou colocar em risco a possibilidade de fruir completamente esse direito após o término do processo.

Como se vê, a probabilidade do direito é importante, mas a configuração da urgência nada tem a ver com ela e sim com a situação fática que torne impossível a espera por todo o caminho processual para alcançar ou proteger o bem da vida que se busca, sob pena de não poder fazê-lo na inteireza pretendida.

¹⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pgs. 80-86.

¹⁰¹ Há quem defenda uma total unificação de critérios, como percebemos pelo Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “a redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo da demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 154-157.

¹⁰³ “Essa distinção não tem valor puramente teórico, porém: ela ajuda a identificar – o que nem sempre é fácil – quando se está diante de pedido de tutela antecipada ou de pedido de tutela cautelar (os quais se submetem a regimes procedimentais distintos). Com isso, já se vê que não existe qualquer `unidade ontológica` entre tutela cautelar e tutela antecipada e que, portanto, o artigo 300 do NCPC simplesmente procedeu a uma uniformidade linguística de menção entre o *periculum in mora* da primeira tutela e o da segunda. Só isso. (COSTA, Eduardo Fonseca da. Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis – Organizados por Assunto, Anotados e Comentados. Coordenador Ravi Peixoto. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pg. 285).

A importância do perigo da demora vem demonstrada na chamada “regra da gangorra”, segundo a qual “*quanto maior o periculum demonstrado, menos fumus se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja a completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional*¹⁰⁴”. Em outras palavras, o que mais importa na avaliação da concessão ou não da medida cautelar ou antecipada é a urgência, o perigo da demora, mesmo porque a análise do direito será melhor verificada em cognição exauriente, mas se o direito se perder, de nada adiantará o processo.

O conceito de urgência na verdade é a própria essência das tutelas de urgência¹⁰⁵ e como visto muito mais verificável através da análise do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo com a demora da prestação do que com a probabilidade do direito. É basicamente a situação que não pode esperar, sob pena de tornar o processo (e até a entrega do bem da vida pretendido) inócuo.

1.2 A tutela antecipada e suas características distintivas.

Sem dúvida a tutela antecipada e a tutela cautelar são muito semelhantes e ao mesmo tempo muito diversas. É necessário frisar que o Código de Processo Civil de 2015 não alterou o significado destes institutos jurídicos, que visam proteger realidades sociais diversas, mas ambas provenientes do efeito nefasto que a passagem do tempo e a longa duração do processo podem causar sobre o direito e consequentemente o objeto litigioso.

A primeira linha interpretativa sempre deve ser o texto normativo, que no caso em tela é claro ao trazer duas categorias específicas, inclusive com regramentos próprios e procedimentos diversos, no que tange à modalidade antecedente. Não há motivos para

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 550-551.

¹⁰⁵ Tratando especificamente da tutela cautelar, mas com explicação perfeitamente aplicável também à tutela antecipada, Ovídio Baptista esclarece que: “se quiséssemos resumir num conceito unitário todos os pressupostos legitimadores da tutela cautelar, de que ora nos ocupamos, poderíamos dizer que, em questão de tutela cautelar, o que se busca é o tratamento processual dessa pressão temporal determinada pela urgência” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Do Processo Cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pg. 81).

concluímos pela unificação dos conceitos de tutela cautelar e antecipada e a própria possibilidade de estabilização da decisão satisfativa antecedente é uma evidência dessa autonomia.

A doutrina defende que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada são interinais, ou seja, interinas e proferidas à espera de uma posterior decisão definitiva¹⁰⁶. Essa precariedade (provisoriedade) foi a característica principal erigida pela Lei para firmar a nova classificação (das tutelas provisórias), mas a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente parece contrariar essa característica importante das tutelas provisórias.

Soa até contraditório vislumbrar que a tutela antecipada, que é concedida mediante cognição sumária, de forma provisória e muitas vezes sem a oitiva da parte contrária pode alcançar a estabilidade sem qualquer análise mais profunda dos pedidos, mediante simples inação da parte ré. Isso sem mencionar que a característica da referibilidade, ou seja, a relação de dependência com o pedido final estaria prejudicada¹⁰⁷.

A própria disposição do artigo 300, § 3º do CPC, especificamente referente à tutela antecipada, exige que essa só pode ser concedida caso não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão¹⁰⁸, deixando claro que a decisão (em regra) é provisória e eventualmente pode ser revertida. Essa vedação à irreversibilidade é considerada requisito negativo para a concessão da tutela antecipada e consagra o princípio salvaguarda do núcleo essencial, já que

¹⁰⁶ “Tanto a tutela cautelar, quanto a tutela antecipatória, são relacionadas a uma tutela final ou principal e neste sentido podem ser ditas interinais, no sentido de que não aspiram a assumir a característica de independência em relação a outra forma de tutela. Se a tutela cautelar satisfaz apenas ao assegurar, a tutela antecipatória, embora satisfaça a pretensão à tutela do direito, não é dotada de definitividade. Ou melhor: a tutela cautelar não é satisfativa da pretensão à tutela do direito e a tutela antecipatória não responde, de modo definitivo, à pretensão à tutela do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil v. 4 – artigos 294 ao 333. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, comentário ao artigo 294, item 4.1).

¹⁰⁷ Em sentido contrário Fabrício Castagna Lunardi defende a existência da referibilidade nas tutelas antecipadas requeridas na modalidade antecedente, mas a referência não seria à “demanda principal” e sim à própria petição inicial, que serviria de parâmetro para fixação da competência e valor da causa (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 343).

¹⁰⁸ Alerta corretamente José Miguel Garcia Medina que a mudança na redação em relação ao disposto no artigo 273, § 2º do CPC/1973 foi salutar, pois a decisão em si sempre pode ser revertida, ao contrário dos seus efeitos, que eventualmente podem se tornar irreversíveis (MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 493-494).

o deslocamento de um perigo de uma parte para outra, o que aconteceria caso a medida tivesse efeitos irreversíveis, em nada contribui com a efetividade do processo¹⁰⁹.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência entendem que a irreversibilidade dos efeitos, quando dupla, autoriza a concessão da tutela antecipada¹¹⁰. São casos em que tanto a medida pretendida pode ter efeitos irreversíveis quanto a não concessão da medida pode gerar danos irreversíveis ao bem da vida pretendido, como, por exemplo, em casos de tutela satisfativa requerida para tratamento de saúde com grave risco de morte e em valor tão alto que virtualmente se torna impossível de algumas pessoas terem condições financeiras de ressarcir. Esse seria um terreno fértil, em tese, para os casos de tutela antecipada antecedente, pois se a urgência for tamanha que impossibilitaria a elaboração da petição inicial, há mais chances de estarmos diante de medidas com efeitos irreversíveis, como no exemplo citado, a eventual morte do requerente.

A vedação da irreversibilidade dos efeitos da decisão deveria ser analisada com muito mais rigor nos casos de decisão proferida em sede de provimento antecedente do que incidental, pois naquele a petição inicial está incompleta, podendo ser complementada em relação a documentos e causa de pedir, o que eventualmente podem trazer uma mudança radical no convencimento do magistrado.

1.3 Natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada antecedente

De plano cabe esclarecer que a natureza de uma decisão judicial não é determinada pelo “nome” a ela conferido no momento de sua elaboração, ou seja, não é porque no corpo da decisão consta o termo “sentença” ou no sistema informativo do Tribunal consta como andamento o ato processual “sentença” que se trata de sentença.

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. São Paulo: Saraiva, 1997, pgs. 97-98.

¹¹⁰ “O Superior Tribunal de Justiça manda que a proibição de medidas irreversíveis seja imposta *cum grano salis*, autorizando sua concessão, p.ex., ‘quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento jurídico’ - como no caso de comando a dispensar ao interessado tratamento médico de urgência, no qual a negativa da tutela poderá também ter um efeito irreversível e mais grave. Há também outras medidas de caráter irreversível que os tribunais concedem porque negá-las seria negar definitivamente a tutela jurisdicional a quem possa ter direito a ela. As mais conhecidas são as autorizações liminares concedidas ao pai para levar o filho em viagem ao exterior, contra a resistência da mãe. Ou o juiz autoriza naquele momento e mediante aquela cognição sumária ou jamais terá utilidade alguma o que vier a decidir. E concedida a liminar e realizada a viagem, nada mais haverá a decidir, a conceder ou a revogar” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual

Não é papel do legislador fixar conceitos através de texto normativo, mas o CPC/2015, seguindo a tradição inaugurada pelo CPC/1973, trouxe conceitos dos pronunciamentos jurisdicionais, quais sejam: sentenças, decisões interlocutórias e despachos (art. 203). O objetivo do legislador foi tornar menos confusa a verificação de qual o recurso cabível para atacar determinada decisão¹¹¹, já que não é admitida a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão¹¹².

Mostra-se essencial identificar a correta natureza jurídica da decisão que tem a aptidão de se tornar estável, através da concessão da tutela antecipada antecedente, pois, seus efeitos (não disciplinados no Código) decorrem dessa constatação. Vale destacar que os despachos não tem conteúdo decisório, logo não se enquadram no conceito de decisão *lato sensu* e por isso mesmo indiferente ao objeto desse estudo.

O artigo 203, § 1º do CPC/2015 define sentença no procedimento comum como 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*”. Já o conceito de decisão interlocutória é alcançado por exclusão, qual seja, toda a decisão que não se enquadra no conceito de sentença.

Ao classificar os pronunciamentos jurisdicionais, o CPC/2015 inovou em relação ao artigo 162 do CPC/1973, já que incluiu no conceito, além do conteúdo (questões de mérito ou sem mérito), a exigência de extinção de uma fase processual. Parece que o foco passa a ser a extinção do processo ou de uma de suas fases e não tanto o conteúdo da decisão¹¹³.

Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pgs. 853-854).

¹¹¹ Ao comentar o revogado artigo 162 do CPC/1973, Antônio Dall’Agnol já ressaltava os aplausos que a doutrina conferia ao caminho trilhado pelo legislador em conceituar as principais formas de decisão judicial, pois na égide do Código de Processo Civil de 1939, que não trazia disposição semelhante, reinava a confusão e “infundáveis discussões” doutrinárias e jurisprudenciais sobre qual recurso cabível em determinadas decisões (DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil v. 2: Do Processo de Conhecimento, arts. 102 a 242*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pgs. 266-267).

¹¹² O princípio da unrecorribilidade ou unicidade é explicado por José Carlos Barbosa Moreira a partir de duas manifestações: “impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão (*lato sensu*)”, ressaltando as decisões objetivamente complexas, bem como em “tornar inadmissível o recurso porventura interposto no lugar de outro”, ressaltando também a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, em casos de ausência de má-fé ou erro grosseiro (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2013, pgs. 248-251).

¹¹³ “O novo Código andou bem ao explicitar que a sentença coloca fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”, corrigindo uma impropriedade ocorrida na lei anterior, que induzia ao entendimento de que toda decisão que tivesse como conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 ou 269 (CPC/1973) seria sentença, o que nem sempre era correto. Não é o conteúdo que qualifica a decisão como

Através de um simples exercício cognitivo podemos perceber que a decisão que antecipa os efeitos da tutela em um procedimento antecedente é fundamentada em uma das hipóteses do art. 487 (satisfativa) e parece pôr fim à fase cognitiva do procedimento comum, tanto que o processo é extinto (art. 304, § 1º do CPC/2015). Porém, essa conclusão é por demais simplória, isso porque não se pode levar em consideração apenas o conceito legal de sentença. Aliás, o próprio texto normativo em questão merece uma interpretação teleológica, em especial no que tange ao termo “extinção da fase cognitiva”.

A doutrina, na época do CPC/1973, entendia que a decisão que antecipa os efeitos da tutela é decisão interlocutória e não sentença, independentemente de concessão liminar ou em fase avançada da marcha processual¹¹⁴ (obviamente ressaltando a hipótese de concessão da tutela provisória no bojo da própria sentença). Defendia-se também que a decisão provisória (satisfativa) não teria o condão de exprimir verdadeiro preceito declaratório, constitutivo ou condenatório, mas somente mandamental ou executivo *lato sensu*¹¹⁵, pois somente os efeitos práticos da decisão são antecipados e não a tutela jurisdicional em si.

A mesma linha de pensamento pode ser transmudada para o regramento do CPC/2015 e inclusive em relação a tutela antecipada concedida de forma antecedente. Ademais, no momento em que profere a decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, o magistrado não faz um juízo de cognição exauriente (e nem poderia naquele momento).

sentença, mas o fato de ela extinguir ou não o processo ou uma de suas fases. Como se vê, a nova lei foi bastante clara e objetiva na conceituação, o que não ocorria no Código anterior, que se limitava a conceituar a sentença de acordo com a matéria decidida pelo juiz (CPC/1973, art. 162, § 1º). Assim, se o ato decisório é proferido durante a marcha processual, sem colocar fim à fase cognitiva ou à execução, trata-se de decisão interlocutória, que desafia o recurso de agravo de instrumento. Se, contudo, a decisão finaliza a atividade jurisdicional da primeira instância, é sentença, contra a qual deve ser interposto o recurso de apelação (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 263).

¹¹⁴ “Mesmo que as medidas antecipatórias do art. 273 não sejam necessariamente liminares, serão sempre antecipações dos efeitos de uma sentença satisfativa, portanto realização provisória dos eventuais efeitos da sentença de procedência” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil Volume 1 – Processo de Conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pg. 124).

¹¹⁵ “Os ‘efeitos da tutela pretendida pelo autor’ haverão de consistir em alguma forma de tutela definida como executiva ou mandamental. A explicação é simples. Os outros possíveis efeitos da sentença, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios, são, enquanto tais, incompatíveis com a ideia de antecipações provisórias. O juiz não poderá antecipar declaração, constituição ou condenação sob forma de tutela provisória, e, se o fizer, seu provimento será inteiramente inócuo, sem relevância processual” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil Volume 1 – Processo de Conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pg. 125).

Mais que isso, se entendermos que a decisão estável tem natureza jurídica de sentença, (por encerrar fase processual e ter conteúdo de mérito) como explicar a mudança de natureza jurídica em razão da exclusiva atuação do réu, já que se esse apresentar recurso a decisão não se estabiliza, não encerra fase processual e obviamente se enquadraria no conceito de decisão interlocutória, já que o procedimento continuaria normalmente¹¹⁶. Não se pode conceber que a natureza jurídica (e conseqüentemente os efeitos) de um ato judicial sejam definidos exclusivamente pela conduta da parte ré.

Como se disse acima, cabe à doutrina e não ao legislador apresentar conceitos de institutos jurídicos, mas essa função se dá justamente porque o direito é uma ciência dinâmica e a lei traz necessariamente conceitos estáticos. É difícil a lei acompanhar a realidade, mas o que se propõe no caso em tela é uma interpretação teleológica, já que o julgador ao proferir a decisão que concede a tutela antecipada na modalidade antecedente não tem a intenção de extinguir qualquer fase processual quando o faz, logo não formula aquela decisão como se sentença fosse e por exclusão só poderia ser uma decisão interlocutória.

Vale frisar que a sentença de mérito tem a aptidão de formação da coisa julgada e o artigo 304, § 6º do CPC/2015 é claro ao estipular que a decisão estável, apesar de ter conteúdo de mérito, não faz coisa julgada, sendo mais uma demonstração de que de sentença não se trata.

Por fim, importante destacar que não existe o recurso para atacar a estabilidade em si. Isso porque ela não é alvo de decisão. Na verdade, a estabilidade é um efeito concedido por lei diante da inação do requerido em interpor o recurso cabível. Dessa forma, a estabilidade independe de pronunciamento judicial, seja ao proferir a decisão (como uma espécie de advertência) seja após a inércia do réu¹¹⁷¹¹⁸.

¹¹⁶ “Cria-se um problema que não havia na concessão da tutela antecipada do CPC/1973, relativamente a casos nos quais o pedido de antecipação de tutela seja exauriente e consiste no único provimento requerido na ação principal: a decisão que concede a tutela antecipada, não recorrida, se ‘converte’ em sentença se não houver recurso? Afinal, da concessão, reforma ou rejeição da decisão que concede a antecipação da tutela cabe agravo (CPC 1015, I), e o processo não é extinto a não se por via de sentença (CPC 203, § 1º). A menos que se admita que, para a tutela satisfativa, existe uma ação específica, finalizada por sentença, nos mesmos moldes do que ocorria com as medidas cautelares satisfativas, no regime do CPC/1973” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 1005).

¹¹⁷ É o mesmo pensamento exposto por Humberto Theodoro Junior que afirma que: “na sistemática instituída pelo Código, portanto, para que a estabilização da tutela satisfativa ocorra, basta que o demandado não

Situação diversa é a extinção do processo após verificada a estabilidade, como determina o artigo 304, § 1º do CPC/2015, que é sentença, combatida por apelação. Também há grande controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica dessa sentença, se de mérito ou sem mérito. Há argumentos interessantes em ambas as correntes, sendo que o CPC/2015 foi omissivo nesse aspecto.

Pode-se considerar a sentença como resolutive de mérito, pois a entrega da tutela antecipada (satisfativa) envolve análise do mérito e principalmente porque vai continuar a produzir efeitos, em razão da estabilização da decisão¹¹⁹. Por outro lado, a cognição utilizada para proferir a decisão não foi exauriente e a sentença não é apta a produzir a coisa julgada material, sendo razoável pressupor que se trata de extinção do processo sem resolução do mérito¹²⁰.

Parece mais atrativa a segunda corrente, que defende que a sentença extintiva do processo não é de mérito. Isso porque, como bem lembra Daniel Amorim Assumpção Neves¹²¹, não se pode confundir a decisão que antecipa os efeitos da tutela, satisfativa e por isso mesmo de mérito, com a posterior sentença de extinção proferida, que não analisa nenhum aspecto do mérito, mas simplesmente põe termo ao processo.

1.4 A justificativa da monitorização do procedimento da tutela antecipada antecedente.

A introdução da tutela antecipada antecedente no nosso ordenamento jurídico veio acompanhada com inúmeras controvérsias, algumas das quais vistas acima e outras que serão

interponha recurso contra a decisão que a concedeu” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 385).

¹¹⁸ Em sentido diverso se posiciona Vinícius Silva Lemos, para quem: “há uma dúvida pertinente sobre qual é a natureza jurídica da decisão que julga da decisão que versa sobre a estabilização. Apesar da liminar concedida em tutela provisória conter o teor do que se estabilizará, a decisão que determina o efeito da estabilização é posterior e, deve ser uma sentença” (LEMOS, VINÍCIUS SILVA. A Necessidade de Separação da Tutela Provisória Antecipada Antecedente em Duas Espécies Diferentes. In Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, V. III. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Junior. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 1012).

¹¹⁹ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 387.

¹²⁰ Nesse sentido ver: COSTA, Eduardo José da Fonseca em Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 445-446.

¹²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Juspodivm,

tratadas no decorrer desse trabalho. Dessa forma, cumpre investigar o motivo pelo qual o legislador adotou esse tipo de procedimento, principalmente para que se possa, ao passar do tempo, ponderar se o resultado pretendido foi alcançado e a qual custo.

A técnica monitoria, que já vem sendo utilizada no processo civil europeu¹²², nada mais é do que a abreviação de um procedimento de cognição exauriente, em razão de conduta (omissiva) exclusiva da parte requerida¹²³. Alguns autores a denominam como técnica do contraditório eventual¹²⁴, já que a participação do requerido é que vai determinar a instauração do processo cognitivo completo. É uma possibilidade de corte no procedimento completo¹²⁵, que pode levar a sua extinção prematura, com a satisfação pretendida pela parte autora.

A questão do prolongamento desnecessário de processos judiciais há muito é uma preocupação da doutrina¹²⁶ e do legislador. Ainda na égide do CPC/1973 já se conhecia o fenômeno das “medidas satisfativas”¹²⁷, nas quais a decisão judicial provisória, tanto cautelar

2016, pg. 492.

¹²² “De acordo com a classificação de Andrea Proto Pisani, são as seguintes as técnicas de sumarização da tutela de conhecimento no âmbito do processo italiano: o título executivo extrajudicial, o processo monitorio, a contumácia, a não contestação e reconhecimento do direito, a condenação com reserva de exceções, a mitigação da instrumentalidade nos provimentos cautelares antecipatórios, a prova pericial preventiva com fins conciliatórios e o processo sumário” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 264).

¹²³ “A técnica monitoria consiste na rápida viabilização de resultados práticos, sem a produção de coisa julgada material, nos casos em que, cumulativamente (i) há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (afetada mediante cognição sumária); e (ii) há inércia do réu. Então, transfere-se ao réu o ônus da instauração do processo de cognição exauriente” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)*, Volume 2. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, pg. 919).

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg. 875.

¹²⁵ Apesar de se valer da mesma técnica monitoria, o procedimento da tutela antecipada antecedente não se confunde com o processo monitorio, pois como explica Dinamarco: “o monitorio [processo] não é mero procedimento entre os muitos de que se pode revestir o processo de conhecimento (comum ou especiais). Ele não tem natureza de processo de conhecimento, porque não produz o resultado característico deste, que é o julgamento de mérito: contém uma fase inicial, dita monitoria, e uma final, de natureza executiva” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 818).

¹²⁶ Ademais, também era alvo de crítica da doutrina especializada a falta de um mecanismo processual que pudesse abreviar o processo quando a concessão da tutela antecipada fosse por si só satisfativa, ou seja, quando a continuação do processo fosse desnecessária (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, pg. 37).

¹²⁷ José Carlos Barbosa Moreira já alertava sobre as consequências das medidas cautelares satisfativas, o que considerava uma contradição em termos: “acontece que não raro a concessão da providência requerida a título cautelar na verdade exauria toda a proteção que se podia dispensar ao requerente. Para grande consternação de parte da doutrina, que enxergava na expressão verdadeira contradição em termos, difundiu-se na prática judicial

quanto antecipada, resolvia a celeuma (pelo menos de forma prática) e nenhuma das partes tinha interesse no prosseguimento do processo¹²⁸.

O legislador, ao trazer a técnica monitoria para o procedimento de tutela antecipada antecedente pareceu tentar resolver essas situações processuais, nas quais a mera concessão da tutela provisória era suficiente para as partes. A ideia principal é que se as partes se contentam com a decisão que antecipou os efeitos da tutela e não vem necessidade de prosseguir com os pedidos principais, não caberia à lei obrigá-las a fazê-lo¹²⁹, evitando-se prolongamentos desnecessários em processos judiciais.

Esse fenômeno processual sem dúvida não era desejado, já que trazia a tona a desnecessidade de um processo completo diante das circunstâncias fáticas, mas nesse ponto cabe uma reflexão. Havia necessidade de se criar o instituto da estabilização com o único intuito de resolver tais casos? Os problemas que essa modalidade de resolução dos processos não podem ser maiores que os que visava solucionar?

Na verdade, a falta de estatísticas robustas acerca de quão grande era o problema de processos “parados” e desnecessários (pelo menos no plano fático) em razão da concessão de tutela provisória simplesmente tornam as perguntas acima impossíveis de serem respondidas com segurança científica.

Na égide do CPC/1973 os magistrados vinham extinguindo tais processos por perda superveniente do interesse de agir. Apesar de tecnicamente não podermos falar em perda daquela condição da ação, pois a medida concedida era provisória, persistindo a necessidade,

o emprego das chamadas ‘cautelares satisfativas’. Já se lembrou, no começo desta palestra, o exemplo sugestivo das ordens de liberação dos ativos financeiros bloqueados pelo ‘Plano Collor’. Sacada a importância de que precisava, o interessado havia obtido com isso tudo que pretendia, e só nominalmente a título provisório, dada a impossibilidade de reversão ao status quo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 101).

¹²⁸ Uma hipótese relativamente comum se dá nos casos em que menores de dezoito anos são aprovados no vestibular, mas como ainda não concluíram o ensino médio tentam a aceleração do diploma através de cursos supletivos. Tais cursos negam a matrícula dos alunos, já que a Lei exige idade mínima de 18 anos para o ingresso no supletivo, razão pela qual acabam ajuizando ação para que judicialmente esse requisito seja afastado. Nesses casos, somente a medida provisória interessa o autor, logo o processo em si praticamente não se desenvolve, seja porque o autor teve a liminar deferida, cursou o supletivo e já conseguiu seu intento ou porque a teve indeferida e o prazo para a matrícula na faculdade (objetivo final) já se tornou impossível. Por todos ver: TJDFT, (Acórdão n.760476, 20120111128743APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: OTÁVIO AUGUSTO, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/02/2014, Publicado no DJE: 18/02/2014. Pág.: 110).

¹²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 563.

utilidade e adequação a uma decisão definitiva, era uma solução razoável, mesmo que no plano fático fosse irreversível¹³⁰.

De qualquer forma, a tutela antecipada antecedente, uma vez concedida, pode ser alvo de estabilização e se os motivos para sua tipificação legal eram suficientes ou não, no atual momento importa em conhecer melhor esse instituto e tentar utilizá-lo da melhor forma possível.

Traçados os principais elementos e características da tutela antecipada antecedente na atual legislação passemos a estudar o procedimento que leva a formação da decisão que tem o condão de se estabilizar, nos termos dos artigos 303 e 304 do CPC/2015.

¹³⁰ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 715-716.

2. O PROCEDIMENTO RELATIVO A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

2.1 A petição inicial

Partindo da premissa estabelecida no item anterior que a parte autora se utiliza de verdadeira petição inicial para requerer o pedido de tutela antecipada antecedente, mostra-se importante analisar quais são os requisitos dessa peça processual, se apenas aqueles dispostos no artigo 303 ou também dos artigos 319 e 320, todos do CPC. Em outras palavras, é necessário entender se o pedido antecedente se dá no bojo de um procedimento especial ou integra o procedimento comum, para fins de verificação dos dispositivos legais a ele aplicados.

É através do procedimento que se verifica a ordem e a forma dos atos processuais a serem praticados para que o processo caminhe¹³¹. Por sua vez, o procedimento comum¹³² é aquele dispensado para todas as causas que não possuem procedimento especial, sendo caracterizado pela ampla liberdade de discussão e atividade probatória, bem como por ser aplicado subsidiariamente aos demais (artigo 318, parágrafo único e 1.046, § 2º, ambos do CPC).

Os procedimentos especiais encontram-se listados na Parte Especial do CPC, no livro I, Título III (arts. 539 a 770), assim como em legislação extravagante. Ocorre que o traço característico deles é justamente a falta de completude. Normalmente, o procedimento especial traz alguma modificação no rito processual seja no seu início ou final, sendo que as demais etapas são costumeiramente reguladas pelo procedimento comum¹³³.

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro (exposição sistemática do procedimento)*. 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 4.

¹³² “Desde que a lei processual não preveja um procedimento próprio para determinado litígio, o movimento do processo para diante e a coordenação dos respectivos atos obedecem à forma do procedimento comum, isto é, do procedimento-regra. No procedimento comum, a regulamentação do *modus procedendi* é idêntica para a composição processual de vários e diversos litígios, ao reverso do que se dá com o procedimento especial, que só se aplica a lides específicas e previamente mencionadas nos textos legais. Procedimento comum, portanto, é aquele que se aplica à falta de regulamentação especial. Se uma lei situada fora da legislação codificada cria pretensões especiais dentro de institutos novos do direito material, para compor-se uma lide daí surgida, o procedimento a seguir-se à falta de regras próprias e específicas, será sempre o procedimento comum” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil v. II*. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, pg. 56).

¹³³ “Procedimento comum é o que se aplica às causas para as quais não seja previsto algum procedimento

O procedimento pelo qual se pleiteia a tutela antecipada antecedente não pode ser considerado ontologicamente como procedimento comum, mesmo porque prevê, a partir da decisão sobre a concessão ou não da tutela provisória, a necessidade de alterar a petição inicial, seja por aditamento ou emenda. Logo, deve ser considerado um procedimento especial, mesmo que após a emenda ou aditamento siga-se o procedimento comum, o que como se viu acima é típico dos procedimentos especiais¹³⁴.

Faço a ressalva que para fins desse estudo, os termos procedimento antecedente e ação antecedente serão tratados como sinônimos, ambos para designar a materialização do direito de ação de buscar a tutela antecipada segundo o rito processual previsto nos artigos 303 e 304 do CPC.

Há quem entenda que a petição inicial do procedimento antecedente não deve preencher os requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC, já que a intenção do legislador foi resguardar situações de urgência que justifiquem a elaboração de uma petição inicial mais simples na forma e por isso mesmo com a possibilidade de maior rapidez na análise da tutela¹³⁵. Com todas as vênias, esse não é o melhor entendimento. Em primeiro lugar porque todos os requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC estariam (ou poderiam estar) limitados à tutela antecipada e sem alguns deles se tornaria impossível a análise do pedido antecipatório, como a qualificação das partes ou o juízo ao qual a petição é dirigida. O que importa saber é se os requisitos gerais ou qual deles são compatíveis com o pedido formulado na modalidade antecedente.

especial. Apenas ele é regulado de maneira completa e exaustiva pelo Código. Os especiais são abordados pelo legislador, no próprio Código ou em normas apartadas, apenas naqueles pontos em que se afasta do procedimento comum, de sorte que este se aplica subsidiariamente a todos os ritos, inclusive os do processo de execução” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 407).

¹³⁴ O próprio artigo 303, § 1º, I do CPC faz referência ao procedimento comum quando estipula que após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação na forma do artigo 334, que trata de uma das etapas do procedimento comum.

¹³⁵ Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira entendem que: “no sistema do CPC de 2015, embora essa também seja a técnica adotada, a lei acabou por positivar uma exceção que foge aos parâmetros exigidos pelos arts. 319 e 320, permitindo ao autor a utilização de uma petição inicial que não precisa preencher os requisitos ali relacionados, mas sim aos requisitos apresentados pelo art. 303.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da Tutela Antecipada à Tutela Superantecipada: Breves Considerações Acerca dos Requisitos Essenciais da Petição Inicial Simplificada. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 363).

Dessa forma, chega-se à conclusão que além dos requisitos específicos da petição inicial que dizem respeito exclusivamente ao procedimento que visa a concessão da tutela antecipada antecedente, é necessário que o autor respeite também os requisitos da petição inicial previstos nos artigos 319 e 320 do CPC, desde que compatíveis com o pedido da tutela antecipada antecedente.

Já adianto que todos os requisitos listados no artigo 319 do CPC tem aplicação ao procedimento da tutela antecipada antecedente, salvo a menção quanto a opção pela realização da audiência de conciliação ou mediação. O motivo beira ao óbvio, já que o procedimento antecedente é especial e não contém uma audiência de conciliação ou mediação na forma do artigo 334 do CPC. Por outro lado, tal requisito deve ser alvo de complementação do requerente¹³⁶ quando for aditar ou emendar a inicial, após a decisão sobre a tutela antecipada.

2.1.1 Requisitos (gerais) da petição inicial

Passemos a analisar cada requisito da petição inicial geral para determinar sua particularidade quando for o caso de ação antecedente de tutela antecipada.

2.1.1.1 Indicação do Juízo a que é dirigida

O primeiro requisito da petição inicial antecedente, aplicável a todos os outros pedidos iniciais no processo civil em geral é a indicação do juízo ao qual a demanda é dirigida. Nesse ponto, para encontrar o endereçamento correto, o autor deve se valer das regras de competência previstas na Constituição, legislação federal e na legislação local (artigo 44 do CPC).

¹³⁶ Apesar de ser um requisito da petição inicial, o silêncio do autor não implica em determinação de emenda para corrigi-lo, pois a própria Lei determina que a audiência de conciliação ou mediação só pode ser dispensada pela manifestação expressa das partes ou se o direito em discussão não admitir autocomposição (artigo 334, § 4º do CPC). Dessa forma, se o autor não demonstrar expresso desinteresse no ato, ele será designado independentemente da manifestação do réu (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória), Volume 2. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, pg. 77).

Importante indagar se um juízo absolutamente incompetente¹³⁷¹³⁸ poderia (ou deveria) decidir a tutela antecipada requerida em caráter antecedente antes de reconhecer a sua própria competência. Tal questão só tem razão de ser se o direito que visa ser tutelado não poderia aguardar a decisão do órgão julgador competente, pois caso contrário, deve-se seguir a regra do artigo 64, § 3º do CPC e simplesmente remeter os autos do processo ao juízo devido.

Na égide do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 113, § 2º apresentava a seguinte solução: “*declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente*”, ou seja, uma decisão que antecipava os efeitos da tutela proferida por juízo incompetente era nula. Ocorre que ainda na vigência do código anterior a jurisprudência já se inclinava para o entendimento de ser possível a ratificação dos atos decisórios pelo juízo competente, em razão dos princípios da economia e celeridade processual¹³⁹.

Na trilha do entendimento pretoriano acima, o CPC de 2015 inovou e não mais determina a nulidade dos atos decisórios, mesmo que proferidos pelo juízo incompetente, tratando do instituto da *translatio iudicii*¹⁴⁰ no artigo 64, § 4º, cabendo ao órgão jurisdicional

¹³⁷ Nem se questiona o caso de incompetência relativa, pois essa não pode ser arguida de ofício pelo julgador (enunciado 33 da Súmula do STJ) e no momento processual que a decisão liminar é tomada sequer houve (em regra) a citação do réu, ou seja, o juiz sequer poderia levantar a questão da incompetência como impeditivo para decidir a tutela antecipada antecedente requerida.

¹³⁸ Há entendimento doutrinário que defende que no caso de incompetência de Justiça, o processo seria juridicamente inexistente (e não nulo), pois a violação seria à regras de competência previstas na Constituição, que por sua vez não faz a ressalva da legislação infraconstitucional quanto a manutenção ou não dos atos praticados pelo juízo incompetente (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003, pgs. 241-242). Com todo o respeito ao posicionamento acima, não há propriamente uma hierarquia entre regras constitucionais de competência ou regras legais de competência, já que cada uma versa sobre um aspecto da competência do processo judicial. Esse é o espírito do artigo 44 do CPC, que meramente elenca as fontes normativas sobre competência e não uma ordem de prevalência entre elas. Nesse sentido é o enunciado 236 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “o art. 44 não estabelece uma ordem de prevalência, mas apenas elenca as fontes normativas sobre competência, devendo ser observado o art. 125, § 1º, da Constituição Federal”. Na mesma linha se posiciona Ronaldo Cramer em Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 112). Dessa forma, deve-se aplicar as consequências previstas na legislação processual para os casos de incompetência, seja em desrespeito a disposições constitucionais, contidas em lei federal ou em legislação local de organização judiciária.

¹³⁹ Nesse sentido: STJ, AgRg na APn 675/GO, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: Corte Especial, Data do Julgamento: 19/09/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 01/02/2013; STF HC 88262/SP, Relator: Ministro. GILMAR MENDES, Julgamento: 18/12/2006, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação: DJ 30-03-2007 RTJ VOL-00201-02 PP-00682; e TJDFT Acórdão n.801380, Apelação 20130110389068, Relator: Desembargador LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: Desembargador SEBASTIÃO COELHO, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 02/07/2014, Publicado no DJE: 10/07/2014. Pág.: 149.

¹⁴⁰ Bruno Vinícius da Rós Bodart da Costa explica que esse instituto é: “extraído do princípio constitucional do

competente a análise da validade e/ou necessidade de repetição de todas as decisões anteriores. Não há porque aplicar entendimento diverso para os casos de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Pelo contrário, em se tratando de questões urgentes que não podem esperar a formulação de petição inicial íntegra e que podem acarretar um dano, com probabilidade do direito, não faria sentido declarar a decisão nula apenas pelo desrespeito a eventual regra de competência¹⁴¹.

Não há dúvida que a tutela antecipada antecedente pode ser ajuizada no primeiro grau de jurisdição, mas em razão da redação do artigo 299, parágrafo único do CPC deve-se concluir que ela também pode ser requerida diretamente a um Tribunal, nos casos de competência originária. É bem verdade que esse parágrafo faz menção a concessão da tutela antecipada nos recursos, porém entendo que essa parte merece interpretação sistemática, já que tenho por incompatível a formulação de pedido antecedente originalmente feito em grau recursal.

Na verdade, não há interesse processual no pedido antecedente inaugurado em sede recursal, pois ele pode ser formulado sem qualquer prejuízo, no bojo do recurso interposto, incidentalmente ao processo em curso. Mais que isso, não haveria como adotar o procedimento antecedente, já que não haveria como indicar pedido final, que já fora formulado, muito menos aditar ou emendar a petição inicial simplificada, pois já existe outra completa no mesmo processo¹⁴².

acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB), que não se coaduna com o perecimento do direito em razão da complexidade do sistema de atribuição de competências. A intenção é evitar a renovação dos atos produzidos perante o juízo incompetente, com perda de tempo, repetição de despesas e resultados nem sempre equivalentes aos já alcançados no processo primitivo” (COSTA, Bruno Vinicius da Rós Bodart da. Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 116).

¹⁴¹ É a mesma conclusão que chega Igor Raatz, valendo-se também das valorosas lições de Galeno Lacerda e Pontes de Miranda (RAATZ, Igor. Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pg. 138).

¹⁴² Em sentido contrário, Daniel Mitidiero defende a aplicação analógica do procedimento antecedente em casos de concessão da tutela antecipada requerida diretamente em grau recursal, nos casos de fluência do prazo para interpor o recurso ou durante a remessa dos autos para o Tribunal competente pela sua apreciação. Para ele, a urgência é a mesma, logo justifica a aplicação analógica (MITIDIERO, Daniel. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 141-144). Com todo o respeito ao entendimento exposto, penso que uma simples petição com pedido de tutela antecipada recursal, mesmo que anterior ao recurso (em razão da extrema urgência que não permita esperar a elaboração do recurso) seria mais adequada do que se aplicar o procedimento antecedente que como visto acima sequer poderia ser completamente utilizado, seja pela impossibilidade de aditamento, emenda ou até estabilização dos efeitos da decisão.

A melhor forma de interpretar a expressão “recurso” no artigo 299, parágrafo único do CPC, é que seria restrita aos casos da tutela antecipada requerida na modalidade antecedente ser deferida em grau recursal, ou seja, quando se está diante de um recurso que visa atacar a não concessão da tutela antecipada antecedente pelo juízo recorrido.

Quando for caso de requerimento antecedente junto ao Tribunal (hipóteses de competência originária), o artigo 299, parágrafo único do CPC estabelece claramente que ressalvadas disposições especiais: “*a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito*”. A referência a mérito nesse parágrafo único deve ser entendida como mérito do pedido principal, mencionado no caput do mesmo artigo.

Por outro lado, há quem entenda que o artigo 932, II do CPC traria justamente uma exceção nesse caso, pois ao remeter ao Desembargador relator do processo de competência originária estaria determinando a competência singular daquele Desembargador para julgar monocraticamente o pedido antecipado antecedente¹⁴³. Não consigo vislumbrar uma exceção nesse ponto, já que o referido artigo não se refere expressamente à tutela antecipada antecedente e como se sabe as regras de exceção se interpretam restritivamente. Ademais, ainda vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da colegialidade, sendo o próprio artigo 932 do CPC uma exceção¹⁴⁴.

2.1.1.2 Qualificação das Partes

A completa qualificação de todas as partes, inclusive com endereço físico e eletrônico, na medida do conhecimento do autor, é necessária para a aptidão da petição inicial da ação antecedente antecipada. Como expressão do princípio da cooperação, o Código permite que o autor possa requerer ao juiz que determine as diligências necessárias para obtenção dos dados pessoais do réu (artigo 319, § 1º do CPC), sendo que a exordial não deve ser indeferida se o

¹⁴³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017, pgs. 38-39.

¹⁴⁴ É bem verdade que cada vez mais os poderes do relator bem sendo ampliados, o que consiste numa verdadeira tendência, como ensina Araken de Assis ao demonstrar toda a evolução legislativa que percorreu o princípio da colegialidade desde os tempos das Ordenações Filipinas, época em que era muito forte, até o cenário atual, no qual ele adverte que chegaremos rapidamente ao estágio em que o caráter colegiado das decisões do Tribunais será substituído por decisões monocráticas do relator (ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos [livro eletrônico]. 5ª ed. em e-book baseada na 9ª ed. impressa. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos

requerido for identificável, apesar de eventual incompletude da sua qualificação (artigo 319, § 2º do CPC).

A grande urgência exigida nos casos de tutela antecipada antecedente não justifica por si só a dispensa desse requisito, mesmo porque algumas informações decorrentes da qualificação podem ser consideradas essenciais para fins de efetivação da tutela concedida, como o endereço para intimação do réu, além da sua individualização.

2.1.1.3 Causa de pedir

A jurisdição é inerte e o julgador não tem como analisar o pedido de tutela antecipada sem que o requerente lhe apresente os fatos que motivaram o ajuizamento da ação. A Lei também exige que o autor apresente na inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Na tutela antecipada antecedente, tanto os fatos quanto os fundamentos jurídicos exigidos são aqueles sem os quais não seria possível a análise do pedido antecipado e por óbvio tal exigência não se aplica, nesse momento, ao pedido final que sequer foi formulado.

Dentre os fatos, o autor precisa descrever de forma clara e específica o fato constitutivo de seu direito à tutela antecipada, também conhecido como causa de pedir ativa, além da conduta do réu que lesa ou ameaça lesionar o direito do autor (e que para preservá-lo seja necessária a tutela antecipada), nominada causa de pedir passiva¹⁴⁵.

Entre os fundamentos jurídicos do pedido necessariamente devem constar da petição inicial o enquadramento do caso aos requisitos do procedimento da tutela antecipada antecedente (arts. 303 e 304 do CPC), assim como da tutela provisória em geral (arts. 294 a 302 do CPC). De qualquer forma, não se exige propriamente a menção a dispositivos legais¹⁴⁶, mesmo porque a qualificação jurídica dos fatos em si não é vinculante ao juiz¹⁴⁷.

Tribunais, 2017, item 28 - Função dos tribunais no julgamento dos recursos).

¹⁴⁵ CRUZ e TUCCI, José Rogério. A Causa Petendi no Processo Civil. 2ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pg. 154.

¹⁴⁶ Tanto que uma vez apresentados os argumentos jurídicos pelas partes, o julgador, ao tipificá-los em dispositivos legais não mencionados expressamente nos autos até então, não está obrigado a aplicar o artigo 10 do CPC. Nesse sentido decidiu o STJ: AgInt no REsp 1701258/SP, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Órgão Julgador: 4ª Turma, Data do Julgamento: 23/10/2018, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/10/2018.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pgs. 433-434. Por outro lado, Daniel Mitidiero, ao propor uma revisão crítica dos brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius* e *Iura novit curia*, à luz do modelo cooperativo do processo, alerta que: “pressupondo

Diga-se de passagem que não podemos interpretar essa exigência como uma vedação à narração de fatos ou fundamentos jurídicos atinentes ao pedido principal, desde que esses de alguma forma contribuam para a decisão a ser proferida na decisão sobre a tutela antecipada. Muitas vezes a causa de pedir da tutela antecipada é indissociável da causa de pedir da tutela final e por isso mesmo devem ser trazidas ao Juízo em conjunto, sob pena de não poder ser apreciado o pedido de tutela antecipada.

2.1.1.4 Pedido

O pedido da ação antecipada antecedente é necessariamente um pedido de tutela antecipada¹⁴⁸, ou seja, versa sobre um direito que não pode (em tese) aguardar o desenrolar normal do processo para ser satisfeito, diante do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso não seja antecipado.

o direito ao contraditório como direito de influência e dever de debate, como direito de participar do processo e influir sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo,³ mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício (art. 10 do CPC/2015)” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 1ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 2.1.2). Dessa forma, mesmo que possa usar do argumento jurídico não trazido pelas partes ao processo (de ofício), antes de fazê-lo o juiz deve oportunizar às partes manifestação sobre esse ponto.

¹⁴⁸ Adverte José Miguel Garcia Medina que no momento da formulação da petição inicial do processo antecedente, que visa a obtenção da tutela antecipada, não estaríamos diante propriamente de pedido, mas mero requerimento. Afirmo textualmente que: “a rigor, não se faz ‘pedido’, mas mero requerimento, de antecipação dos efeitos da tutela (diferentemente, faz-se pedido, propriamente, de tutela cautelar). O pedido é o ‘principal’, e a tutela antecipada, rigorosamente, não pode ampliar o objeto litigioso” (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 522). Com todo o respeito ao mestre paranaense, ousa discordar. É bem verdade que o artigo 303 não faz menção a pedido e sim requerimento, e os dois institutos não são sinônimos na linguagem processual, mas no caso em tela parece que a lei quis dar conotação de pedido a esse “requerimento”. Só o autor formula pedido, ao contrário do requerimento, que pode ser feito por qualquer sujeito processual. Cândido Rangel Dinamarco ensina que “em direito processual, o ato de formular uma demanda, ou de postular uma tutela jurisdicional, é sempre designado pelo verbo pedir”, deixando claro que “tutelas jurisdicionais ou decisões sobre a causa não são requeridas, mas pedidas” e conclui ao atestar que “não se requerem, mas pedem-se medidas antecipatórias, medidas cautelares, a extinção do processo etc” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, pg. 194). Mais uma vez vale ressaltar, se estamos diante de uma petição inicial, apta a ser decidida pelo Poder Judiciário e podendo levar a uma decisão de mérito (seja alvo de coisa julgada ou de estabilização), necessariamente o requerimento inicial é um pedido. Ademais, a utilização do termo “pedido” pelos artigos 305 e seguintes do CPC antes de apontar uma diferenciação para o procedimento antecedente que busca a tutela antecipada é uma confirmação de que esse último também traz pedido, já que o artigo 305, parágrafo único, ao prever a fungibilidade entre as medidas de urgência faz expressa referência à análise do pedido, com observação do procedimento previsto no artigo 303.

Em se tratando de tutela antecipada antecedente, o pedido só pode ser formulado pelo autor¹⁴⁹, já que estamos diante de verdadeiro direito de ação. É a própria lógica do sistema que dita essa regra, pois se o procedimento antecedente acarreta um pedido de tutela antecipada e até a decisão judicial (essa última, em regra) sem a participação do réu ou de qualquer outro sujeito processual, qualquer um que interponha tal pedido será necessariamente autor, pelo menos na ação que visa a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente.

O pedido deve ser certo e determinado, salvo nos casos em que a lei admita a formulação de pedidos genéricos (artigo 324 do CPC). Apesar da exigência em questão, o requerente não precisa especificar as medidas adequadas para o cumprimento da tutela antecipada, podendo o magistrado fazer essa escolha diretamente, observando as regras para o cumprimento provisório da sentença, no que couber (artigo 297 do CPC).

2.1.1.5 Valor da Causa

O valor da causa na ação antecipada antecedente tem que ser fixado de acordo com o pedido da tutela final, que ainda não foi formulado (artigo 303, § 4º do CPC). Não há qualquer especificidade por se tratar de pedido de tutela antecipada, razão pela qual aplica-se normalmente o disposto nos artigos 291 e seguintes do CPC¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 a doutrina discutia qual sujeito processual poderia requerer a tutela antecipada, já que o artigo 273 daquele Código exigia “requerimento da parte”. Alguns diziam que parte seria somente quem estaria postulando a tutela definitiva, cujos efeitos visava antecipar, o que eventualmente poderia incluir o réu, seja na qualidade de reconvinte ou em ações dúplices (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, pgs. 103-105). Outros defendiam que além do autor (e réu da ação principal agindo como autor, como nos casos de reconvenção ou embargos à execução) a tutela antecipada poderia ser requerida, em tese, pelo réu, porém não viam utilidade ao instituto, já que a pretensão do requerido nesses casos seria melhor resolvida através do julgamento antecipado da lide ou indeferimento da inicial (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação de Tutela*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pgs. 61-62). Tínhamos ainda balizada doutrina que defendia a plena possibilidade do réu requerer a tutela antecipada, mesmo não se tratando de ações dúplices ou quando ele formulava pedido final, desde que demonstrasse interesse processual para tanto (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pgs. 353-354). Já com o advento do Código de Processo Civil de 2015 Daniel Mitidiero comunga do entendimento que o réu pode requerer a tutela antecipada, mesmo quando não esteja em situação processual de requerente, desde que para obter uma tutela jurisdicional declaratória negativa e inibir o autor de praticar algum ato contrário ao seu direito (MITIDIERO, Daniel. *Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 107-108).

¹⁵⁰ É perfeitamente possível o controle judicial do valor atribuído à causa pelo autor da ação antecedente, mas por óbvio não se admite a sua impugnação pelo réu, já que essa é formulada em preliminar de contestação (artigo

A escolha do legislador pela atribuição do valor da causa tendo como parâmetro o pedido final e não o da tutela antecipada, que podem ser diversos, como no caso de cumulação de pedidos definitivos, é alvo de crítica da doutrina¹⁵¹. Realmente mostra-se incompreensível porque não foi utilizado como parâmetro o pedido formulado na própria tutela antecipada antecedente, mesmo que isso levasse à complementação das custas processuais após o aditamento ou emenda da inicial (que também poderia incluir o próprio valor da causa).

Ademais, tal exigência pode se apresentar muito difícil na prática, já que o causídico pode não ter tempo suficiente para formular ou quantificar o pedido final no momento do ajuizamento da ação antecedente. Nesses casos, parece razoável flexibilizar o disposto no artigo 303, § 4º do CPC e permitir ao autor que indique o valor da causa com as informações que tiver sobre o pedido final naquele momento, mesmo que incompleto e permitir a alteração do valor da causa quando do aditamento ou emenda da inicial¹⁵².

2.1.1.6 Provas que pretende produzir

Assim como em qualquer petição inicial que inaugura demanda a ser regida pelo procedimento comum, o autor deve indicar as provas com as quais pretende demonstrar os fatos alegados. Essa indicação não pode ser genérica¹⁵³, devendo ser combatida pelo

293), ato processual que só poderá ser praticado após a conversão do feito para o procedimento comum, seja com a concessão ou não concessão da tutela antecipada. Dessa forma, o requerido só poderá questionar o valor da causa após o aditamento ou emenda da inicial.

¹⁵¹ “A exigência é de uma infelicidade gritante: como exigir do autor a indicação do valor da causa levando em conta a ‘tutela final’ se o caso é de tamanha urgência a ponto de o caput do próprio art. 303 sugerir, além mesmo, o afrouxamento de regras formais mínimas de elaboração da petição inicial? O mais correto, do ponto de vista sistemático, é permitir ao autor que, naquele momento, limite-se a indicar o valor da causa condizente com o pedido da tutela antecipada” (BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pgs. 295-296).

¹⁵² VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. Tutela Provisória: Questões Polêmicas. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pgs. 500-501.

¹⁵³ Esse era o posicionamento pacificado do STJ na vigência do CPC/1973 (por todos ver: AgRg no AREsp 56901/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Órgão Julgador: 3ª Turma, Data do Julgamento: 20/08/2015, Data da Publicação/Fonte: DJe 04/09/2015). Balizada doutrina também defende essa prática e consequentemente trata como letra morta o disposto no artigo 319, VI do CPC/2015, assim como fazia com o revogado artigo 282, VI do CPC/1973. Dinamarco aponta textualmente que essa exigência legal: “constitui um ônus muito tênue, cuja inobservância não acarreta praticamente consequência alguma. Trata-se de mero protesto, que não passa do anúncio de uma intenção. O requerimento de provas será feito mais tarde, pelo autor e pelo réu,

magistrado a praxe forense de “protestar por todos os meios de prova admissíveis em direito”, o que indevidamente acarreta uma “nova fase processual”, quando o magistrado intima as partes justamente para indicarem as provas que pretendem produzir¹⁵⁴. Não há necessidade de especificar todos os contornos da prova, mas, por exemplo, o autor deve indicar que pretende a produção de prova testemunhal, não precisando detalhar todas as testemunhas nesse momento¹⁵⁵.

Ao requerer a tutela antecipada na modalidade antecedente pressupõe-se que o autor tenha meios de demonstrar, já no início do processo, os fatos constitutivos do seu direito, sua probabilidade, bem como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do provimento judicial somente ao final¹⁵⁶. Por outro lado, salvo em situações excepcionais não se exige no direito brasileiro que o requerente apresente provas pré-constituídas¹⁵⁷ para o deferimento de medida

quando chamados pelo juiz a fazê-lo já na fase ordinatória do procedimento (art. 348). Por isso é que, como sugestivamente disse a doutrina na vigência do Código anterior, essa falsa exigência não passa de uma ridícula inutilidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 453). Com todo o respeito ao mestre paulista, mostra-se incompreensível porque a indicação das provas é um requisito menor, “inútil” e o pedido ou o valor da causa, que são exigidos no mesmo artigo 319 do CPC são essenciais na petição inicial. Não se desconhece que o objeto da prova deve ser o ponto controvertido, que ainda não existe na propositura da petição inicial e por isso não poderia ser antecipado pelo autor, bem como o réu poderia trazer algum argumento novo que justifique a produção de outra prova não vislumbrada na época da elaboração da petição inicial, mas a exigência legal existe justamente para melhor propiciar o direito de defesa do requerido. Isso sem mencionar que caso não requerida a prova na inicial, ocorreria preclusão, instituto que possibilita o caminhar processual sempre a diante, e que obviamente não se aplicaria nos casos da necessidade da prova surgir a partir de um argumento posto na contestação. O disposto no artigo 348, com todas as vênias, aplica-se apenas aos casos de revelia, que não produza seus efeitos materiais e mesmo que fosse extensível a todos os processos, diria respeito a um segundo momento de proposição da prova, no qual o autor justifica a necessidade da produção daquela prova já indicada na inicial, pois pode ter se tornado desnecessária no decorrer da marcha processual. Em sentido contrário, defendendo a vedação do protesto genérico por provas confira: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg. 19.

¹⁵⁴ Nesses termos há que se aplaudir os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves, que ao criticar a aceitação do protesto genérico por produção de todas as provas admitidas em direito como suficiente para preencher o requisito do artigo 319, VI do CPC, esclarece que: “tal prática, já arraigada em nossa praxe forense, enseja ao juiz, na fase de saneamento do processo, a prolação de despacho para que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, indicando e justificando os meios de prova requeridos. É medida tomada pelos juízes justamente em decorrência da generalidade do protesto realizado na petição inicial, sendo bastante improvável – para não dizer impossível – que a parte, no momento em que é instada a especificar provas, requeira todos os meios de prova admitidos (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, pg. 539).

¹⁵⁵ Nesse sentido ver: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 754.

¹⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 992.

¹⁵⁷ É o caso do Mandado de Segurança, pois quando a Lei traz a proteção a direito líquido e certo (artigo 1º da

liminar, logo mostra-se adequada a permissão ao requerimento de produção de provas também na inicial antecedente¹⁵⁸. Importante frisar que esse requerimento não vincula o magistrado, que não se encontra obrigado a permitir a justificação prévia¹⁵⁹, podendo rejeitá-la mediante decisão fundamentada.

No capítulo do Código que trata do procedimento antecedente da tutela antecipada não há qualquer menção à produção de provas, mas o artigo 300, § 2º, previsto nas disposições gerais sobre tutelas de urgência deixa claro que a decisão pode ser liminar ou após justificação prévia. Frise-se que a regra nesse tipo de procedimento deve ser a decisão liminar, mesmo porque caso não constem do processo provas suficientes para a concessão da tutela antecipada, essa deve ser indeferida. De qualquer sorte, o caso concreto pode revelar uma situação em que a parte autora não poderia produzir a prova documental e por isso necessitaria dessa justificação prévia.

Justificação prévia nada mais é do que uma oportunidade para o autor produzir provas aptas a demonstrar suas alegações ao magistrado. Justificar é “*provar quantum satis, vale dizer, quanto baste para fazer a inteligência do juiz se inclinar para aceitar a alegação do autor e a palavra justificação em si, exprime o resultado da prova, o efeito da prova sobre o espírito do juiz*”¹⁶⁰. No que tange à tutela provisória e especificamente quanto ao procedimento antecedente para concessão da tutela antecipada, esse instituo visa possibilitar a produção de elementos de prova¹⁶¹ exclusivamente acerca dos requisitos do artigo 300 do CPC.

Lei 12.016/2009) na verdade está fazendo alusão à comprovação de plano, ou seja, “prova das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29ª ed. atual. e compl. Por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006, pgs. 37-38). Porém, até nesse caso há uma exceção (artigo 6º, § 1º da Lei 12.016/2009), quando os documentos necessários à prova estão em poder de autoridade pública, oportunidade em que o juiz da causa os requisitará.

¹⁵⁸ Alguns autores advogam a tese da existência de um direito fundamental à produção de prova no processo, que seria corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e essencial para garantir a própria legitimidade do processo judicial (CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção Antecipada de Prova e o Novo CPC. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 5: Direito Probatório. Coordenador Geral, Fredie Didier Jr.; Coordenadores: William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador, Juspdodivm, 2015, pg. 453).

¹⁵⁹ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 434-435.

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 432.

¹⁶¹ Frise-se que a participação do réu no processo, ao ser oportunizado o contraditório, é condição de validade e eficácia da prova judicial, logo parece mais correto utilizar a terminologia elementos probatórios para designar as evidências colhidas nesse momento, já que em regra o réu não participa dessa fase de justificação prévia (CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert e

Normalmente, é materializada em uma audiência para oitiva de testemunhas (muitas vezes as partes sequer são ouvidas), mesmo porque as provas documentais devem, em regra, acompanhar a petição inicial (artigo 434 do CPC), mas não há limitação legal em abstrato à produção de qualquer tipo de prova nesse momento, cabendo ao magistrado analisar sua pertinência e necessidade¹⁶². Atualmente, não há regulamentação legal versando sobre esse procedimento de justificação prévia, porém o mesmo não pode significar o adiantamento da fase probatória do processo, razão pela qual a participação do réu só deve ocorrer quando não tornar inviável a efetividade de eventual tutela antecipada ou causar algum tumulto processual¹⁶³.

Propriamente na audiência, há doutrina que advoga ser vedado ao réu, por exemplo, produzir provas, já que só o autor teria interesse em demonstrar os elementos de prova para a futura concessão da tutela antecipada¹⁶⁴. Por outro lado, há quem sustente que o procedimento da justificação prévia pressupõe a oitiva do demandado, para apresentar a sua versão dos fatos¹⁶⁵, mesmo porque se ele já foi intimado para comparecer à audiência não haveria motivo para negar sua contribuição para formar o convencimento do magistrado.

2.1.1.7 Documentos indispensáveis à propositura da demanda

O artigo 320 do CPC é claro na seguinte exigência: “*a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação*”. Essa é uma exigência da petição inicial, que em caso contrário não pode ser recebida, e por isso mesmo enseja uma decisão do magistrado determinando a emenda para sanar o defeito, antes que possa indeferir a inicial

KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 568).

¹⁶² A justificação prévia surgiu como uma evolução ao artigo 506 do Código Civil de 1916, que previa a reintegração da posse liminarmente ao possuidor esbulhado, sem a oitiva do réu. Passou a ser disciplinada então nos artigos 371 e 373 do CPC/1939, posteriormente reproduzidos nos artigos 928 a 930 do CPC/1973 e finalmente trazida ao artigo 562 do CPC/2015. Um traço comum desses dispositivos é a menção a uma audiência de justificação, mas como se disse se o objetivo é lastrear com evidências concretas uma decisão, não há qualquer impedimento na produção de outras provas que não orais e eventualmente nem designar audiência, mesmo admitida a justificação prévia.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 997.

¹⁶⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15: volume 4 – arts. 260 ao 329. Curitiba: Juruá, 2015, pg. 217.

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg. 869

(artigo 321 do CPC). É importante diferenciar o dever acima do ônus que o autor tem de instruir a inicial com todos os documentos destinados a provar suas alegações (artigo 434 do CPC). Isso porque a consequência do último é a preclusão, não dando ensejo ao direito subjetivo de emenda da inicial.

Uma simples interpretação literal do artigo 320 do CPC já descarta a obrigatoriedade de juntar todos os documentos indispensáveis ao sucesso da causa ou para a busca da verdade, que eventualmente podem ser alvo de produção probatória de ofício pelo julgador, mas não ensejam uma decisão determinando a emenda da inicial¹⁶⁶. Com isso, a depender do pedido e do direito em discussão podem existir documentos indispensáveis, mas em todo caso é indispensável a juntada de procuração conferida pelo autor, por exemplo.

2.1.2 Requisitos (específicos) da petição inicial

O artigo 303 do CPC é claro ao afirmar que a petição inicial do processo que visa a concessão de tutela antecipada antecedente: *“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”*.

Com a simples leitura do artigo 303 podemos, de pronto, identificar cinco requisitos específicos dessa petição inicial, quais sejam: 1) pedido referente a tutela antecipada pleiteada; 2) mera indicação do pedido de tutela final; 3) exposição da lide; 4) demonstração da probabilidade do direito; e 5) comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Podemos acrescentar ainda mais um requisito, qual seja, a menção expressa que o requerente está se valendo do procedimento antecedente para a concessão da tutela antecipada (artigo 303, § 5º do CPC). Passemos a detalhar um pouco mais de cada um desses requisitos específicos da exordial antecedente.

¹⁶⁶ Não se desconhece a classificação doutrinária que considera documentos indispensáveis à propositura da ação como divididos em documentos substanciais, que seriam aqueles que a lei trata como verdadeiros requisitos específicos da ação em questão e os documentos fundamentais, que seriam os indicados pelo autor como fundamentos do seu pedido (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 2. 27ª ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 180). Porém, como se disse o texto legal é claro e dispensa interpretação extensiva, devendo ser considerado como documentos indispensáveis apenas os substanciais (Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 564-565).

2.1.2.1 Requerimento da Tutela Antecipada

Quanto aos elementos do pedido em si, o tema já foi tratado no item 2.1.1.4, mas vale destacar, porém que quando a legislação estabelece que o pedido pode “limitar-se” ao requerimento de tutela antecipada, está querendo dizer que o autor tem a possibilidade de escolha do procedimento antecedente, mas se assim o fizer, deve-se sujeitar a suas regras, ou seja, não poderá, nesse momento processual, formular pedidos de natureza diversa, somente os de tutela provisória antecipada¹⁶⁷. Em outras palavras, o procedimento antecedente visa exclusivamente a análise do pedido de tutela antecipada¹⁶⁸.

Também não seria possível nessa petição inicial simplificada cumular pedido de tutela antecipada com pedido de tutela final¹⁶⁹, mesmo porque se fosse formulado tal pedido na petição inicial simplificada estaríamos diante de uma petição inicial íntegra, e o pedido de tutela antecipada deveria ser tratado como incidental.

Poderíamos nos perguntar porque repetir no artigo 303 do CPC a exigência de pedido da parte, requisito que já consta do artigo 319 do Código. A necessidade de deixar claro que o pedido da parte é essencial para apreciação do julgador surge diante da inclusão da tutela

¹⁶⁷ Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 658; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 560-561.

¹⁶⁸ Em sentido contrário Ernane Fidélis dos Santos defende que o procedimento previsto no artigo 303 do CPC autoriza a cumulação do pedido de tutela antecipada com o pedido principal, defendendo ainda que nesse caso o processo seja extinto sem sentença, com a estabilidade (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, volume 1: Processo de Conhecimento. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 502).

¹⁶⁹ Em sentido contrário se manifesta Roberta Dias Tarpinian de Castro, para quem a diferenciação entre a modalidade incidental e antecedente da tutela antecipada diz respeito exclusivamente a um critério temporal e não estrutural (de forma). A autora defende a possibilidade da petição inicial que requer a tutela antecipada antecedente vir de forma completa, incluindo o pedido final, pois não faria sentido a impossibilidade de estabilização da tutela deferida pelo simples fato da petição inicial se encontrar completa. Vale a pena transcrever parte de seu pensamento: “o fenômeno da estabilização não tem qualquer relação com a apresentação de uma petição incompleta. Até faz sentido que, para se estabilizar (notadamente um benefício), a apresentação seja logo no ingresso da ação e assim se evite que atos processuais comecem, por isso a proibição seria para casos de pedido durante o processo, mas não faz qualquer sentido que não se possa valer do benefício somente porque a petição inicial está completa” (CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. O sentido de Antecedente e a Estabilização da Tutela Provisória Antecipada. In Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, V. III. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Junior. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pg. 955).

cautelar, junto com a antecipada, no gênero tutelas de urgência, sendo que a primeira, na vigência do CPC/1973, poderia ser concedida de ofício pelo juiz. Tratando do Código anterior, a doutrina dominante exigia a necessidade de requerimento¹⁷⁰, situação que permanece em relação ao CPC/2015, apesar de entendimentos pontuais em contrário¹⁷¹.

No CPC/2015 não consta da parte geral qualquer regramento se as tutelas de urgência podem ou não serem concedidas de ofício, daí talvez a preocupação do legislador com a menção a “requerimento” no artigo 303 do CPC. De qualquer modo, na forma antecedente não há qualquer dúvida que o processo não pode ser iniciado de ofício pelo juiz¹⁷², o que só seria admissível diante de autorização legal expressa.

2.1.2.2 Indicação do pedido final

Como visto acima, essa simples menção do pedido final não se confunde com a própria existência do pedido final (tutela definitiva), que ainda não foi formulado e só o será, se a petição inicial for aditada. A exigência de indicação do pedido final nesse momento inicial tem razão de ser, já que a competência para julgar a ação antecedente é determinada pelo futuro (e eventual) pedido final, nos termos do artigo 299 do CPC.

Ademais, o artigo 303, nos parágrafos 3º e 4º, estabelece que o aditamento (após a concessão da tutela antecipada) se dará sem a incidência de novas custas, já que elas serão adiantadas levando em consideração o pedido de tutela final, pois é esse que compõe o valor

¹⁷⁰ “De logo deduzo que a tutela antecipada jamais poderá ser concedida de ofício. E foi sábio o legislador. O princípio da inércia ou da ação é um dos pilares do processo jurisdicional de produção do direito. Se alguma coisa só é conciliável na retórica dos vocacionados para o arbítrio, é a conciliação entre a isenção no julgar e o envolvimento no promover e investigar. Essa previsão, inclusive, está em consonância com o que dispôs o art. 2º do CPC” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pgs. 32-33).

¹⁷¹ Ernane Fidélis dos Santos aponta que a regra é a vedação da atuação de ofício pelo julgador nesses casos, mas excepcionalmente ele defende tal possibilidade: “no entanto, se interesse público prevalecer, de acordo com a relação de direito material que se discute, a tutela, seja em molde cautelar, seja em molde satisfativo, deve ser decretada de ofício. Em caso de mandado de segurança, em que se pleiteia anulação de concurso por infração à ordem pública, o juiz pode suspender nomeações, até a decisão final sobre a própria validade do certame, sem qualquer requerimento. Do mesmo modo, em forma de cautela ou de satisfação, pode regular a guarda de filhos, ou decidir por seu depósito com terceiros” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, volume 1: Processo de Conhecimento. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 499).

¹⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 649; .

da causa. Daí a necessidade de indicação, mesmo que sem formulação própria, do pedido de tutela final.

2.1.2.3 Exposição da Lide

Outro requisito legal dessa petição inicial é a exposição da lide. O conceito de lide há muito é debatido pela doutrina¹⁷³ e devemos pressupor que o legislador quis fazer uso técnico desse instituto. Ocorre que não há como identificar verdadeiramente uma lide (pelo menos na acepção técnica do instituto) no momento da propositura da inicial, já que em regra, a tutela antecipada antecedente será analisada antes da oitiva da parte contrária¹⁷⁴. Dessa forma, exige-se uma interpretação teleológica para compreender a expressão lide¹⁷⁵, nesse particular, como verdadeira causa de pedir¹⁷⁶, a explanação dos fatos e fundamentos jurídicos necessários à compreensão e análise do pedido de tutela antecipada antecedente, cujos comentários específicos foram tratados no item 2.1.1.3 supra.

¹⁷³ Carnelutti definiu lide como “um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)”, tendo ainda explicitado que na sua convicção pretensão seria a “exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio” e resistência se resume a “não-adaptação à subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio, e se distingue em contestação (não tenho que subordinar meu interesse ao alheio) e lesão (não o subordinado) da pretensão” (CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil v. 1 (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). Campinas: Servanda, 1999, pg. 78).

¹⁷⁴ Vale destacar que o artigo 9º, parágrafo único, inciso I do CPC excepciona a regra da impossibilidade de se proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida no caso da tutela de urgência. Ademais, ao contrário do procedimento atinente à tutela antecedente cautelar (artigo 306 do CPC), não há qualquer disposição expressa de contraditório prévio no caso da tutela antecipada antecedente, mesmo porque o instituto é aplicável a situações que não seria possível esperar a formulação de petição inicial completa, quanto mais deixar para analisar a tutela antecipada após a oitiva da parte contrária, o que só pode ser admitido de forma excepcional.

¹⁷⁵ Fabrício Castagna Lunardi vê a exposição da lide como sendo: “a explanação dos elementos da demanda principal (partes, causa de pedir e pedido). A exigência desse requisito tem por objetivo possibilitar ao juiz analisar a competência para processar o requerimento de tutela antecipada preparatória, já que será competente para ele o juízo competente para apreciar a futura pretensão principal. Por tais razões, esse requisito somente é exigido para as tutelas antecipadas preparatórias, já que, em relação às incidentais, basta indicar o número do processo principal para haver a distribuição por dependência” (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 360).

¹⁷⁶ Antônio Cláudio da Costa Machado, ao tratar desse requisito afirma que: “exposição da lide corresponde àquilo que o estatuto revogado previa sob a fórmula textual ‘lide e seu fundamento’ (art. 801, II, do CPC de 1973), significando a apresentação da *causa petendi* da postulação cognitiva, sob os ângulos fático e jurídico, com o que se permite ao juiz uma imensa visualização, ampla e de base, da lide, do litígio ou do conflito de interesses a ser submetido ao Poder Judiciário, como forma de aproximação cognitiva do *fumus boni iuris* – a narrativa fático-jurídica não exige a intensidade informativa própria da peça veiculadora da postulação final” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela

2.1.2.4 Probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo

Esses requisitos específicos da petição inicial da ação antecedente já foram esmiuçados no item 1.1.3, ao qual remeto o leitor. Nesse momento cabe destacar que tanto a probabilidade do direito que se busca realizar quanto o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo podem ser entendidos como o próprio mérito da ação antecedente. Em outras palavras, são o objeto de análise do julgador para a concessão ou não do pedido, pois dizem respeito exclusivamente ao pedido antecipatório.

Na petição inicial antecedente, o autor deve demonstrá-los com argumentos, mas também com alguma prova, por mais indiciária que seja, para que possam ser considerados verificados no processo. Ocorre que por se tratarem do mérito da causa, não podem ser alvo de emenda da inicial simplesmente porque o julgador não os considerou provados de plano (e não sendo o caso de produção de provas, como tratado no item 2.1.1.6). A completa falta de menção desses requisitos na petição inicial, por outro lado, autoriza a decisão determinando a emenda, pois mesmo que o conteúdo não seja analisado antes do recebimento da inicial, a forma dessa peça que inaugura o procedimento antecedente exige a menção, por mais simples que seja, sobre a probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

2.1.2.5 Menção expressa da escolha pelo procedimento antecedente

Dispõe o artigo 303, § 5º do CPC que: “*o autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo*”. A única tradução para a expressão “benefício” nesse caso é o uso do procedimento da tutela antecipada antecedente¹⁷⁷. Soa estranho a Lei tratar de um procedimento especial para a prestação da jurisdição como um benefício, já que não seria nada além da expressão do direito constitucional de ação. Mais que

Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 62).

¹⁷⁷ Humberto Theodoro Junior afirma textualmente que esse benefício previsto no caput do artigo 303 é: “o de limitar inicialmente sua à obtenção da tutela antecipada” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 657).

isso, por que exigira como requisito da petição inicial que o autor nomeasse o procedimento judicial, se o *nomen iuris* dado ao procedimento não vincula o magistrado.

Alguns autores defendem o requisito em questão como uma forma de não confundir o juiz no momento de apreciação da tutela antecipada requerida¹⁷⁸, ou seja, uma expressão do princípio da cooperação. A tese é sedutora, mas não parece ser o caso, já que para evitar a confusão bastaria a clareza dos pedidos, mesmo porque esses devem ser interpretados de acordo com o conjunto da postulação e sob a ótica da boa-fé (artigo 322, § 2º do CPC). Isso sem mencionar que o julgador poderia determinar a emenda da petição inicial simplesmente para esclarecer eventual confusão, nos termos do artigo 321 do CPC.

Entendo que a expressão “benefício” deve ser lida como possibilidade de estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada. É certo que esse instituto não é tratado no caput do artigo 303, mas por outro lado somente é possível nas ações antecedentes sobre tutela antecipada. A menção ao tipo de procedimento escolhido então não estaria necessariamente ligada à uma cooperação com o Poder Judiciário e sim com a parte contrária¹⁷⁹, para que ela saiba desde logo que se não agir, a decisão que concedeu a tutela antecipada pode ser estabilizada¹⁸⁰.

¹⁷⁸ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pg. 712; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: Principais Controvérsias. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016, pg. 282.

¹⁷⁹ SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Adequações Procedimentais para a Tutela Satisfativa Antecedente no Código de Processo Civil/2015. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016, pgs. 371-372.

¹⁸⁰ “O terceiro requisito está previsto no art. 303, § 5º, do CPC de 2015, sendo ele a necessidade de que o autor declare expressamente, na sua inicial, que pretende se valer do rito previsto no artigo, isto é, do procedimento diferenciado que permite a estabilização da tutela antecipada antecedente. Como mencionamos acima, essa declaração é necessária porque a sua ausência acarreta ofensa ao modelo constitucional do Direito Processual Civil, já que a adoção desse rito diferenciado implica na renúncia a um procedimento amplo, abdicando o autor da prestação de uma tutela exauriente. Não se olvide, todavia, que essa renúncia é ato processual dispositivo bilateral, exigindo-se a participação do réu, que se dá na medida em que ele deixa de recorrer da decisão que concede a tutela antecipada ou deixa de contestar o pedido formulado, isso para aqueles que entendem que o oferecimento de resposta supre a falta do recurso, impedindo a estabilização da tutela concedida” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da Tutela Antecipada à Tutela Superantecipada: Breves Considerações Acerca dos Requisitos Essenciais da Petição Inicial Simplificada. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 365).

2.2 Admissibilidade da petição inicial

O juízo de admissibilidade da demanda é o primeiro contato do magistrado com o processo, não havendo que se falar em discricionariedade, mas dever de proferir decisão de recebimento da inicial¹⁸¹, quando presentes os pressupostos processuais e condições da ação¹⁸². Por sua vez, quando faltarem requisitos para a admissibilidade, o caminho é o não recebimento da inicial (artigo 330 do CPC). Ao verificar que algum dos requisitos gerais ou específicos não constam da inicial sem explicação adequada para a ausência deles¹⁸³, deverá o magistrado determinar que a parte autora emende a exordial, o que nos termos do artigo 321 do CPC configura verdadeiro direito subjetivo do autor antes do julgador poder indeferi-la¹⁸⁴.

Além dos requisitos da petição inicial (gerais e específicos) listados acima, há outras exigências legais específicas para a admissibilidade da ação que visa a concessão da tutela antecipada na modalidade antecedente. As duas situações exigidas para que o juiz possa receber a inicial antecedente e analisar o mérito são encontradas no artigo 303 do CPC, expressa e implicitamente, respectivamente: que a urgência seja contemporânea à propositura da ação e que haja compatibilidade do pedido final indicado com o procedimento comum, a ser seguido após o aditamento da inicial.

Esses requisitos serão detalhados a seguir, mas cabe a advertência sobre a natureza jurídica deles. Sem a presença desses dois requisitos, não poderá ser analisado o mérito da ação antecedente antecipada, sendo que ambos estão ligados à própria escolha correta do

¹⁸¹ A decisão de recebimento da inicial pode ser implícita ou explícita, e em regra, é um pressuposto à decisão que concede ou indefere a tutela antecipada. Eventualmente, porém, mesmo entendendo que a inicial precisa de emenda, o julgador pode (e muitas vezes deve) decidir sobre a tutela antecipada, desde que as informações que disponha nos autos permitam a prolação de decisão e o direito em tutela possa perecer em caso de postergação, concedendo também prazo para a emenda, sob pena de eventual revogação da decisão.

¹⁸² MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil v. III. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, pg. 84.

¹⁸³ Isso se aplica inclusive no caso do autor não informar expressamente que está se valendo do benefício do procedimento antecedente, claro, quando o julgador entender que foi efetivamente formulado pedido de tutela antecipada na modalidade antecedente, pois estando o julgador em dúvida e nada dispondo a petição inicial, deverá analisá-la como petição inicial íntegra com pedido de tutela antecipada incidental (Nesse sentido se manifestou o TJSP: Agravo de Instrumento 2105200-06.2016.8.26.0000, Relatora Desembargadora: Maria Laura Tavares, Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/08/2016, Data de publicação: 29/08/2016).

¹⁸⁴ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 1037; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, Volume II. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

procedimento antecedente, o que implica uma derivação da adequação da via eleita e, portanto, do interesse de agir, um dos elementos das condições da ação.

Há divergência doutrinária se ainda persiste o instituto jurídico das condições da ação no processo civil pátrio a partir da vigência do código de processo civil de 2015¹⁸⁵. Nesse trabalho, porém, será adotado o entendimento que o CPC/2015 mantém intactas as condições genéricas do exercício do direito de ação¹⁸⁶ (legitimidade para a causa e interesse de agir¹⁸⁷) e eventualmente exige condições específicas para o exercício do direito de ação, referentes a alguns tipos de procedimentos.

Dessa forma, as duas exigências listadas acima (urgência contemporânea à inicial e compatibilidade do pedido final com o procedimento comum) podem ser consideradas como

2016, pg. 173).

¹⁸⁵ O Código de Processo Civil de 1973 deixava clara sua opção pela teoria eclética do direito de ação, já que no seu artigo 267, VI fazia menção ao termo e ainda fornecia como espécies do instituto a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. O CPC/2015 não só deixou de repetir a expressão “condições da ação” como também não faz qualquer menção à possibilidade jurídica do pedido, o que levou muitos doutrinadores a defenderem que a nova legislação adotou então a teoria abstrata da ação. Um dos grandes expoentes dessa corrente que advoga a tese do fim das condições da ação é Fredie Didier Jr., que inclusive travou debate doutrinário sobre o tema com Alexandre Freitas Câmara, que por sua vez defendia a manutenção daquelas condições no então projeto do novo CPC. Em complementação, Leonardo Carneiro da Cunha ainda escreveu um terceiro artigo, se filiando ao posicionamento de Didier, todos os textos publicados na revista de processo (DIDIER JUNIOR, Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"?: um elogio ao projeto do novo código de processo civil. Revista de processo, v. 36, n. 197, julho de 2011, pgs. 255-260; CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"?: uma resposta a Fredie Didier Junior. Revista de processo, v. 36, n. 197, julho de 2011, pgs. 261-269; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação?: uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Revista de processo, v. 36, n. 198, agosto de 2011, pgs. 227-235). Com todo o respeito aos posicionamentos acima, a discussão parece ser eminentemente doutrinária, já que até para os doutrinadores que defendem o fim das condições da ação, a legitimidade e o interesse de agir devem ser analisados, seja como pressupostos processuais ou no próprio mérito, mesmo porque assim determina o artigo 17 do CPC/2015.

¹⁸⁶ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 296; MOTTA, Francisco José Borges e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. In Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 65-67; THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pgs. 155-158.

¹⁸⁷ A possibilidade jurídica do pedido não consta mais expressamente do CPC/2015 e por isso mesmo não pode ser considerada uma condição da ação autônoma, o que não significa que deve ser desconsiderada pelo julgador, mas, ao contrário, será verificada no processo como interesse de agir, pressuposto processual ou até mérito, a depender do caso (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pgs. 131-132). O legislador simplesmente seguiu a orientação do próprio Liebman, que a partir da terceira edição de seu livro não mais considerou a possibilidade jurídica do pedido como espécie de condição da ação, porém passou a tratá-la como elemento integrante do interesse de agir (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Volume I. 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, nota 127, pgs. 204-205).

condições específicas para o exercício da ação antecedente antecipada, pois caso não sejam verificados a análise do mérito (da tutela antecipada) fica impossibilitada.

2.2.1 Condições Específicas da ação

2.2.1.1 Urgência com contemporaneidade à petição inicial

O artigo 303, caput do CPC exige como condição específica da ação antecedente antecipada que a urgência “*seja contemporânea à propositura da ação*”. A partir de uma singela interpretação literal, percebe-se que no momento da propositura da petição inicial o autor deve entender que está numa situação de urgência, o que parece óbvio já que está formulando pedido em procedimento que visa obter exclusivamente a tutela antecipada.

Como dito no item 1.1.2, a melhor interpretação dessa expressão é que no momento da elaboração da petição inicial o direito a ser tutelado esteja em tamanho perigo que não possa suportar a demora, por menor que seja, de se formular uma petição inicial completa¹⁸⁸. Para facilitar a compreensão, passemos a denominar essa urgência maior como “urgência máxima”, até para distingui-la da urgência “normal”, que autoriza o requerimento de tutela antecipada incidental. Como se vê, essa exigência de contemporaneidade é justamente uma restrição ao uso indiscriminado do procedimento antecedente antecipado¹⁸⁹, e como tal deve ser alvo de controle judicial no momento da análise da admissibilidade da inicial.

Alguns parâmetros podem ser pré-estabelecidos, de acordo com a lógica do sistema jurídico para balizar esse controle judicial. Para tanto, parte-se do pressuposto que o procedimento antecedente não é uma livre escolha do autor, mas disponível para o

¹⁸⁸ “Essa é uma das razões pelas quais o Código autonomizou o juízo sumário: fazer frente a necessidade de tutela incompatíveis com a demora inerente a uma atuação mais elaborada do ponto de vista da técnica jurídica pela parte – aliás, esse é o significado da expressão ‘urgência contemporânea à propositura da ação’ constante do art. 303, caput, CPC, que autoriza o pedido de tutela satisfativa sumária antecedente (‘tutela antecipada antecedente’) (MITIDIERO, Daniel. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 141).”

¹⁸⁹ Em sentido contrário, Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendem que não há uma verdadeira restrição, pois a expressão deve ser analisada sistematicamente e a possibilidade de estabilização da tutela antecipada se mostra como um incentivo do legislador à escolha pelo autor do procedimento antecedente, mesmo quando a urgência não diferir da urgência que possa embasar qualquer outra espécie de tutela provisória (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 386).

demandante apenas quando não for possível reunir todos os elementos imprescindíveis para a formulação do pedido final¹⁹⁰.

De plano cabe esclarecer que mesmo na petição inicial simplificada devem constar todos os elementos argumentativos e probatórios (ressalvando a possibilidade de justificação prévia) necessários para que o juiz possa decidir o pedido de tutela antecipada, mesmo que se valendo de cognição sumária. Logo a falta de algum desses elementos referentes ao pedido de tutela antecipada não autoriza o manejo do procedimento antecedente, cujo pressuposto é a falta de elementos para a formulação do pedido final, sendo que nesse caso o juiz deverá determinar a emenda da inicial.

Outra dedução que podemos fazer é que se a própria lei processual oferece uma alternativa para a posterior complementação de algum elemento faltante, não se deve admitir o procedimento antecedente. Um bom exemplo se dá na impossibilidade do advogado formular pedido completo pela falta de algum documento que o seu cliente não poderia adquirir em tempo hábil sob pena de perecimento do direito. Nesses casos, basta a aplicação do disposto no artigo 435, parágrafo único do CPC, que permite a juntada a qualquer tempo, de documentos que passaram a ser conhecidos ou disponíveis após o momento adequado para juntada. Ora, se algum documento imprescindível para a procedência do pedido (final) não possa ser adquirido a tempo de evitar a perda do direito, parece claro que ele não estava disponível a tempo da propositura da inicial, o que implica a aplicação dessa regra processual.

Na verdade, o julgador deve se perguntar se o pedido urgente poderia ter sido veiculado incidentalmente, no bojo de uma petição inicial completa. Isso porque o pedido de tutela antecipada antecedente é subsidiário em relação ao pedido de tutela antecipada incidental, só podendo ser utilizado o primeiro quando o último não for possível. Em essência é isso que significa o requisito da urgência impossibilitar a formulação de petição inicial completa.

Por outro lado, temos que ter em mente que a verificação dessa urgência máxima só pode ser realizada no caso concreto. Isso porque, a mesma situação em tese, pode na prática a

¹⁹⁰ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil – volume 1 (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 941. Em sentido contrário, defendendo a liberdade de escolha do autor entre o procedimento antecedente ou incidental: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev.

depende das circunstâncias levar à conclusões diversas. Desde já admito que tenho extrema dificuldade em visualizar um caso que a urgência impeça a elaboração de petição inicial completa, o que também não posso descartar em abstrato.

O exemplo mais difundido na doutrina para o uso da tutela antecipada antecedente é o caso de autor que necessita realizar um tratamento médico e seu plano se recusa arcar com os custos¹⁹¹. Essa situação hipotética impede a formulação de um pedido final indenizatório pleiteando a reparação por danos morais? Entendo que não e explico minhas razões. Em primeiro lugar, o pedido e a causa de pedir podem ser aditados livremente pelo autor até a citação do réu e até o saneamento, com a sua concordância (artigo 329, I e II do CPC). Mais que isso, o valor da causa tem que ter como base o pedido final (indenizatório), que deve ser indicado na inicial antecedente e por isso já foi vislumbrado pelos sujeitos processuais. Se faltarem documentos, utiliza-se a regra do artigo 435, parágrafo único do CPC, como visto acima.

Alguns poderiam argumentar que a maior demora para elaborar a petição inicial em si colocaria em maior perigo a vida do autor e por isso autorizaria a elaboração da petição inicial simplificada. Mais uma vez, tenho dificuldade em aceitar (em tese) que em tempos de computadores, processo eletrônico, modelos de peças processuais amplamente disponíveis, assim como jurisprudência acessível pela internet, mais alguns minutos ou horas gerariam a perda do direito, no caso a saúde do autor. Porém, é óbvio que no caso concreto essa urgência pode ser verificada e sendo assim, caberá a ação antecedente antecipada.

2.2.1.2 Compatibilidade do pedido final indicado com o procedimento comum

Essa condição da ação antecedente antecipada pode ser intuída como uma decorrência do próprio sistema na qual está inserida. Note-se que o artigo 303, § 1º do CPC trata do procedimento a ser seguido após a concessão da tutela antecipada requerida na modalidade antecedente e em seu inciso II há clara menção que com o aditamento, o processo seguirá o procedimento comum. Essa é a única conclusão possível, já que menciona a necessidade de

atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pgs. 991-992.

¹⁹¹ Por todos ver: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 648.

intimação do réu para a audiência de conciliação ou mediação, prevista no artigo 334 do CPC, que trata do procedimento comum.

Se a partir do aditamento da inicial o processo seguirá pelo procedimento comum, não há como o pedido final (após aditamento ou emenda) seguir procedimento diverso. Em outras palavras, se houver necessidade de seguir com algum procedimento especial para analisar o pedido final, é porque não era cabível a ação antecedente antecipada¹⁹².

É claro que se for possível prosseguir pelo procedimento comum para julgar o pedido final, mesmo que em tese pudesse ter sido processado por algum rito especial, não há que se falar em falta de condição da ação, pois o procedimento especial escolhido afinal foi o antecedente antecipado, cuja segunda parte pressupõe o procedimento comum (e não mais o especial que poderia ter sido escolhido inicialmente, ao invés do antecedente).

Vale destacar que o artigo 327, § 2º do CPC¹⁹³ parece indicar ao contrário, permitindo o emprego de “técnicas processuais diferenciadas” típicas de procedimento especial no procedimento comum, se não forem incompatíveis com esse. Porém esse artigo, que trata de cumulação de pedidos, prevê a aplicação do procedimento comum com algumas técnicas do especial. Em primeiro lugar, não se pode afirmar que estamos diante necessariamente de cumulação de pedidos, já que o pedido final não é formulado na inicial simplificada e o pedido final pode não conter a confirmação da tutela antecipada. Ocorre que a situação em estudo se

¹⁹² “As ‘liminares’ dos procedimentos especiais poderão adquirir a estabilidade do art. 304 sempre que não houver regime procedimental que colida com essa possibilidade. Essa impossibilidade ocorrerá sempre que o procedimento especial carecer de previsão de tutela provisória antecedente capaz de ser processada com aparência de autônoma (ressalvando a obrigatória indicação da lide principal), o que, pode-se dizer, ocorre com todos os procedimentos especiais codificados. Portanto, não há como conceber a estabilização em tais casos. Não porque haja vedação explícita, mas porque não há procedimento especial que comporte o procedimento de concessão antecipada da tutela provisória a ensejar eventual estabilização na forma do art. 304” (VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D’ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. *Tutela Provisória: Questões Polêmicas*. In *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015*. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pg. 562). Apesar de admitir a possibilidade de se valer da tutela antecipada antecedente em procedimentos especiais, o texto acima na verdade reitera que ela não se aplica quando após o aditamento vá se seguir procedimento diverso do comum, que não tenha expressa previsão semelhante ao do artigo 304 do CPC. Em outras palavras, só seria possível pensar em estabilização e utilização da tutela antecipada antecedente em procedimentos especiais que expressamente a prevejam. Ocorre que nesse último caso, não estaríamos diante de aplicação do procedimento previsto no artigo 303 e 304 do CPC e sim de um novo procedimento (com determinações semelhantes), mas previsto no rito especial em questão (hipotético).

¹⁹³ Artigo 327, § 2º do CPC: “Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”.

refere justamente ao contrário, pois estamos diante de um procedimento especial, previsto no artigo 303 e 304 do CPC e não da aplicação integral do procedimento comum, mesmo que se admita na hipótese a cumulação de pedidos. Mais que isso, após o aditamento quando o Código determina o seguimento pelo procedimento comum, esse continua a ser um procedimento especial, pois como dito acima, o procedimento especial nada mais é do que algumas fases diversas com a complementação do procedimento comum.

Podemos dizer que não há consenso em relação a essa condição da ação antecedente antecipada. Na verdade, a maioria da doutrina parece se inclinar pela aplicação da ação antecedente mesmo que após o aditamento ou emenda vá-se seguir outro procedimento especial. Vejamos duas situações que podem servir de exemplo: ação de alimentos e ação rescisória. Ambas foram alvo de enunciados doutrinários de fóruns respeitados, a primeira do Conselho da Justiça Federal (CJF) e a última do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

O enunciado 500 do FPPC, apresenta a seguinte redação: “*o regime da estabilização da tutela antecipada antecedente aplica-se aos alimentos provisórios previstos no art. 4º da Lei 5.478/1968, observado o §1º do art. 13 da mesma lei*”. Com todas as vênias de quem defende tal entendimento¹⁹⁴, esse enunciado pode causar mais confusão do que explicação.

Em primeiro lugar, o disposto no artigo 4º daquela lei se refere à alimentos provisórios, concedidos no bojo do procedimento especial da Lei 5478, sendo impossível falar em estabilização sem pedido expresso do autor, como visto acima. Mais que isso, o artigo 13, § 1º, também mencionado no enunciado 500, prevê a possibilidade de revisão dos alimentos provisórios (segundo o enunciado, que podem ser estabilizados) a qualquer tempo, o que contraria frontalmente o disposto no artigo 304, § 5º do CPC, que por sua vez estabelece o prazo decadencial de dois anos para a revisão da decisão estável.

Poderíamos interpretar tal enunciado no sentido que o pedido de alimentos provisórios, feito em ação antecedente antecipada pode se estabilizar normalmente, desde que siga o rito dos artigos 303 e 304 do CPC, mas isso também estaria equivocado pela própria natureza da decisão que concede alimentos. Alterada a situação financeira das partes, a decisão sobre alimentos pode ser revista, o que implica dizer que nem o transitado em julgado

¹⁹⁴ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução. 2ª ed. em ebook baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, item 2.

da decisão anterior impediria uma rediscussão da questão¹⁹⁵, logo sequer haveria interesse processual em uma estabilização, que não teria qualquer efeito prático. Isso sem mencionar que se pode argumentar que não é admissível estabilização quando a ação versa sobre direito indisponível¹⁹⁶.

Já o enunciado 43 da I Jornada de Processo Civil do CJF apresenta a seguinte redação: “*Não ocorre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando deferida em ação rescisória*”. Esse enunciado se mostra contraditório em si, pois apesar de parecer permitir a possibilidade de ação antecedente antecipada em casos de eventual e futura ação rescisória (após o aditamento do pedido), lhe nega o seu principal efeito, qual seja a estabilização da decisão.

Na ação rescisória¹⁹⁷ admite-se a concessão de tutela provisória (artigo 969 do CPC), o que não implica na conclusão que pode ser alcançada através do procedimento antecedente antecipado. Ao contrário do que o enunciado e alguns autores defendem¹⁹⁸, não vislumbro a possibilidade de aplicação parcial de um procedimento especial, como se fosse uma aplicação subsidiária, típica do procedimento comum. É certo que uma das principais exigências para a admissibilidade da ação antecedente antecipada é que o autor não possa formular petição inicial íntegra a tempo de preservar seu direito, mas isso implica em aceitar o procedimento como um todo e em consequência também a estabilização.

O grande problema é que a estabilização em si é incompatível com a ação rescisória, procedimento mais rígido que visa desconstituir a própria coisa julgada¹⁹⁹. Em outras palavras, a mera falta de interposição de recurso pelo réu não pode ser o suficiente para

¹⁹⁵ Isso não significa que a sentença que julga ação de alimentos não faz coisa julgada material, como textualmente prevê o artigo 15 da Lei 5478. Na verdade, não se deve tratar dessa sentença como diferente de qualquer outra de mérito, pois a permissão de rediscussão da questão envolve necessariamente a alteração da causa de pedir, qual seja a situação financeira das partes, em razão da cláusula *rebus sic stantibus* ínsita na decisão que fixa alimentos (CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 635-638).

¹⁹⁶ O tema será melhor tratado e aprofundado no terceiro capítulo.

¹⁹⁷ É indiscutível que a ação rescisória é regida por procedimento especial, tanto que o próprio artigo 970 do CPC faz menção à adoção do procedimento comum somente após a contestação e no que for compatível com o rito especial tratado entre os artigos 966 a 975 do CPC.

¹⁹⁸ Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de utilização do rito da ação antecedente antecipada na ação rescisória ver: GOMES, Frederico Augusto. *A Estabilização da Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pgs. 149-150.

¹⁹⁹ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 1118.

desconstituir a coisa julgada com base em decisão interlocutória proferida em cognição sumária²⁰⁰. Estar-se-ia invertendo a ordem natural dos institutos jurídicos em questão, tornando a estabilidade mais forte que a coisa julgada, o que viola a própria lógica do sistema.

2.2.2 Decisão de emenda à inicial

A partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, tem-se que a decisão judicial não pode mais ser vista somente como um pronunciamento do julgador, mas a partir do princípio da cooperação (artigo 6º do CPC), percebe-se que todos os sujeitos processuais (em especial as partes), participam da comunidade de trabalho no processo e contribuem para se chegar à decisão. A própria vedação da decisão surpresa (artigo 10 do CPC), como reforço do princípio do contraditório, dá a dimensão de um verdadeiro diálogo entre julgador e partes antes de proferir a decisão.

Ocorre que o envolvimento das partes não é exigido em todos os níveis de decisão, sob pena de violar o princípio da razoável duração do processo. A contribuição dos sujeitos processuais é essencial quando se profere uma decisão capaz de gerar algum prejuízo efetivo, não podendo ser proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (artigo 9º do CPC). Não é o que se verifica, porém, na decisão que determina a emenda da inicial, pois essa não é contra o autor, mas em última análise, a seu favor, já que possibilita um processo livre de vícios.

Dessa forma, se o julgador entendeu que a inicial apresenta algum defeito e precisa ser emendada deve proferir decisão conferindo prazo para que o autor sane os vícios, que devem ser indicados com precisão na referida decisão (artigo 321 do CPC). Essa decisão é uma oportunidade para que o autor concorde com o entendimento do julgador, evitando o indeferimento da exordial e reparando o defeito ou até discorde do julgador, tendo a possibilidade de se manifestar nos autos e eventualmente alterar o entendimento inicial do magistrado.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório [livro eletrônico]. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, parte III, item 5.4.

Questão interessante é saber se o prazo inicial²⁰¹ a ser concedido pelo magistrado para que o autor possa emendar a inicial deve ser de quinze dias, como determina o artigo 321 do CPC ou de cinco dias, como estabelece o artigo 303, § 6º do Código.

O artigo 303, § 6º do CPC consta do capítulo que trata do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e por isso poderia ser considerado especial em relação ao artigo 321. Porém, o prazo de cinco dias para a emenda da petição inicial é, nos termos do mencionado parágrafo sexto, dedicado aos casos em que “*não há elementos para a concessão de tutela antecipada*”, o que não parece dizer respeito à emenda da inicial pela existência de vícios que impossibilitem o seu requerimento. Na verdade, o dispositivo tem aplicação nos casos em que a petição inicial é apta, mas não é caso de concessão da tutela em decorrência de análise do mérito da tutela antecipada em si, por exemplo quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º do CPC), sendo aplicável na situação oposta à determinação de aditamento da inicial após a concessão da tutela antecipada²⁰².

Não se desconhece a consequência trazida pelo não atendimento do referido dispositivo, ou seja, o indeferimento da inicial. Porém, essa previsão deve ser interpretada de acordo com o caput do artigo 303 e o próprio início do texto desse parágrafo sexto, ou seja, será indeferida uma possível inicial com pedidos principais, esses, objetos da determinação de emenda em questão e caso não cumprida, a inicial, que a partir desse ponto deve ser íntegra, será indeferida, caso não atendida a determinação de emenda.

Como se vê, a regra prevista no artigo 321 do CPC é mais específica para os casos de determinação de emenda à inicial em razão de algum defeito da petição inicial (sem mérito)

²⁰¹ A doutrina e jurisprudência entendem desde a época do revogado artigo 282 do CPC/1973 que o referido prazo é dilatatório, ou seja, passível de ser flexibilizado ou até renovado pelo magistrado em decisões posteriores (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg. 912).

²⁰² Nesse sentido se manifesta Fabrício Castagna Lunardi, para quem o artigo 303, § 6º do CPC: “não pode ser interpretado na sua literalidade. A emenda à petição inicial da tutela antecipada preparatória deve ser determinada pelo juiz quando ela não contiver um dos requisitos necessários da petição inicial (art. 303, caput, e art. 319 NCPC), ou quando o juiz verificar que, para deferir a tutela antecipada, precisa de mais algum elemento de prova ou algum esclarecimento. Todavia, se ‘não há elementos para a concessão de tutela antecipada’, porque ausentes os seus requisitos, o juiz deve, como regra, indeferi-la e não determinar a emenda à petição inicial” (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 361).

do que a previsão contida no artigo 303, § 6º, devendo ser aplicado o prazo de quinze dias para a emenda da inicial desfalcada de algum requisito²⁰³.

Caso o autor não cumpra a determinação de emenda da inicial no prazo assinalado, caberá ao julgador proferir sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, não se aplicando o artigo 303, § 6º do CPC. Isso porque, no caso de não atendimento do comando de emenda da inicial antecedente, essa não foi recebida, não havendo que se falar então no prosseguimento do rito antecedente (com aplicação do artigo 303, § 6º do CPC), que pressupõe o recebimento da inicial, no caso com a não concessão da tutela antecipada.

2.3 Decisão de mérito

A prolação da decisão de mérito sobre o pedido de tutela antecipada, normalmente²⁰⁴, pressupõe a admissibilidade da petição inicial. Ocorre que essa última decisão não precisa ser expressa, podendo ser implicitamente reconhecida na decisão que defere ou indefere a tutela antecipada, por exemplo, quando além da análise determina a citação ou no caso específico da tutela antecipada antecedente, concede prazo para o autor aditar ou emendar a inicial (na forma do artigo 305, § 6º do CPC).

Já no mérito da decisão o julgador deve verificar a presença cumulativa da probabilidade do direito alegado e perigo de dano caso não concedida a medida antecipadamente. Esses dois elementos constituem o verdadeiro mérito da decisão que concede ou não a tutela antecipada requerida na modalidade antecedente e já foram tratados no item 1.1.3, ao qual remetemos o leitor.

Em se tratando de tutela antecipada antecedente, outro ponto a ser avaliado pelo julgador para a concessão ou não da pretensão é a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (artigo 300, § 3º do CPC)²⁰⁵. Note-se que o julgador não precisa atestar a

²⁰³ Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume 1 (arts. 1º a 317)*. Cássio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 941-942.

²⁰⁴ Em situações muito excepcionais, como de plantão judiciário, os juízes eventualmente concedem a tutela provisória para evitar o perecimento do direito e posteriormente determinam a emenda da inicial, justamente para não vincular a perda do bem da vida pretendido por questões de ordem meramente processuais.

²⁰⁵ Não se pode confundir a exigência de irreversibilidade dos efeitos da decisão antecipada com a irreversibilidade da própria decisão. Isso porque nenhuma decisão provisória no curso do processo é propriamente irreversível, já que pode ser anulada e até revogada. Já os seus efeitos, podem ser irreversíveis, nos casos em que a concessão por si só já esgota a pretensão, não podendo ser reestabelecido o *status quo ante*

total irreversibilidade dos efeitos de uma decisão provisória, mas apenas que há um perigo da existência dessa imutabilidade dos efeitos da decisão, ou seja, de não se mostrar possível retornar ao estado de coisas anterior em caso de revogação da decisão.

Essa exigência para a concessão da tutela antecipada antecedente nada mais é do que uma decorrência lógica da provisoriedade da tutela pretendida²⁰⁶, que pode ser revista, em regra, em sede de cognição exauriente. Por outro lado, a doutrina em peso defende que essa irreversibilidade deve ser vista com temperamentos justamente para não frustrar o próprio objetivo da tutela de urgência²⁰⁷. A necessidade ou não desse requisito negativo vai ser determinada pelo magistrado à luz do caso concreto, tendo em vista principalmente o perigo de dupla irreversibilidade, que se dá quando além da irreversibilidade da medida, temos a irreversibilidade da perda do direito que seria tutelado, caso a decisão antecipada não seja proferida²⁰⁸. Em outras palavras há uma provável (não se exige certeza de irreversibilidade) colisão de direitos (muitas vezes direitos fundamentais) e deve ser feita uma ponderação pelo magistrado, para tentar preservá-los em maior grau possível²⁰⁹, garantindo a efetividade da jurisdição e sob a ótica do princípio da proporcionalidade excepcionalmente conceder a tutela antecipada mesmo com perigo de irreversibilidade dos seus efeitos²¹⁰.

(FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pgs. 218-219).

²⁰⁶ Esse requisito negativo para a concessão da tutela provisória não escapa de críticas doutrinárias desde a época do Código de 1973. Tais advertências ainda se mostram pertinentes, já que a exigência legal é idêntica no Código vigente. Araken de Assis considera a ausência de perigo de irreversibilidade: “um lastimável retrocesso relativamente aos termos amplos e confortáveis dos requisitos positivos da concessão da tutela antecipada”, mas mesmo assim não questiona sua aplicação diante do exposto mandamento legal (ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pgs. 415-416).

²⁰⁷ Por todos ver: GODINHO, Robson Renault. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenação: Antônio Passos Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg. 471.

²⁰⁸ É comum, por exemplos, em casos graves envolvendo a saúde de uma das partes, como quando há controvérsia sobre a realização de um procedimento médico de alto custo, cujo beneficiário não teria condições financeiras de devolver caso revogada a decisão (na prática irreversível), mas que se fossem esperar o término do processo, também seria altamente provável a irreversibilidade das consequências da demora, no caso em relação a saúde do autor. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante: Resp 1078011/SC, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador: 2ª Turma, Data do Julgamento: 02/09/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 24/09/2010.

²⁰⁹ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de direitos fundamentais, direito à saúde e tutela antecipada. In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 43-55, maio/jun. 2006.

²¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 2. 27 ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 168.

Especificamente no que tange à concessão, denegação, modificação ou revogação da tutela provisória (e por consequência da tutela antecipada antecedente), há disposição legal determinando que a motivação da decisão deve ser clara e precisa (artigo 298 do CPC²¹¹), em respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais²¹². Não há dúvida se tratar de um direito fundamental²¹³, mas vale questionar qual a necessidade de tal artigo específico em relação às tutelas provisórias, tendo em vista o comando constitucional estabelecido no artigo 93, IX da CRFB (e repetido em parte pelo próprio artigo 11 do CPC), bem como a própria previsão do artigo 489, § 1º do CPC, que traz em detalhes o que não se considera uma decisão não fundamentada²¹⁴.

Além do óbvio reforço ao dever de fundamentação das decisões judiciais, que tem o duplo objetivo de permitir o controle da decisão, seja pelas partes na via do recurso²¹⁵ ou extraprocessual²¹⁶ e reafirmar a própria legitimação do Poder Judiciário²¹⁷, encontramos na doutrina duas explicações mais práticas para a existência do artigo 298 do CPC. Calmon de Passos, ainda tratando do artigo 273, § 1º do CPC/73, ensina que o mandamento

²¹¹ Na verdade, inova em relação ao código anterior apenas no alcance da determinação do antigo artigo 273, § 1º do CPC/73, que por sua vez prescrevia que: “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”.

²¹² Para fins desse trabalho, o princípio da fundamentação e o da motivação das decisões judiciais serão tratados como sinônimos, apesar de que a nomenclatura do primeiro tem matriz constitucional e a do último legal. O que se deve concluir é que, da mesma forma que o fundamento é elemento essencial da decisão judicial, a necessidade de justificar como se alcançou determinada decisão é dever legal e constitucional do julgador.

²¹³ “A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão” (CANOTILHO, J.J. GOMES [et al.]. comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pg. 1.324).

²¹⁴ O novo Código de Processo Civil, em nenhuma passagem efetivamente especificou o que seria uma decisão fundamentada, porém através dos parágrafos do seu artigo 489, trouxe várias hipóteses do que não seria uma decisão fundamentada. A estratégia escolhida pelo legislador nesse ponto parece ter sido a mais acertada. Isso porque diante da impossibilidade de prever todos os casos concretos e formas de fundamentação das decisões judiciais, pelo menos pode-se tentar extirpar do ordenamento jurídico aqueles modelos conhecidos de decisão judicial em que se entendeu não respeitar o núcleo duro do mandamento constitucional previsto no artigo 93, IX da CRFB.

²¹⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo, volume I. São Paulo: Ltr, 1999, pgs. 540-541.

²¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira explica que além das partes, a sociedade, em especial eventuais litigantes de causas semelhantes e a própria doutrina, devem ter a possibilidade de analisar as decisões judiciais, sendo que “nada disso é possível sem o conhecimento das razões por que se julga neste ou naquele sentido. Só a obrigatoriedade e a publicidade da motivação permitem o exercício eficaz do controle extraprocessual” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In Temas de Direito Processual: Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, pg. 90).

²¹⁷ “O dever de motivação das decisões judiciais, portanto, assegura legitimidade à atuação dos juízes, mesmo que esses não sejam eleitos pelo povo. Portanto, a adequada e completa fundamentação das decisões judiciais consiste em fatores de outorga de legitimidade democrática” (WELSCH, Gisele Mazzoni. Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 142).

constitucional referente a fundamentação vinha sendo desrespeitado sistematicamente e por isso o legislador tentou, com esse dispositivo, garantir a sua aplicação, pelo menos em relação a tutela antecipada²¹⁸. Por sua vez, Araken de Assis defende a redundância na legislação pelo fato da regra específica abarcar também o indeferimento, bem como a prática relativamente comum de se referir genericamente aos termos “*fumus boni juris*” e “*periculum in mora*” e considerar fundamentada a decisão²¹⁹.

Com todo o respeito aos motivos esposados acima, entendo que a repetição do dever de fundamentação no artigo 298 do CPC revela a falta de confiança na força normativa da Constituição e na própria alteração do regime de motivação suficiente²²⁰ para o de fundamentação exauriente, perpetrado pelo artigo 489, § 1º, IV do CPC²²¹²²². Não deveria

²¹⁸ Apesar de esperançoso quanto ao futuro, o mestre baiano em 2004 fazia um verdadeiro desabafo diante da falta de fundamentação das decisões judiciais em geral e da ineficácia do Poder Legislativo, que simplesmente compensava-a com o uso de expressões fortes, como “de modo claro e preciso” ao tratar do dever de fundamentação (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pgs. 46-47).

²¹⁹ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 446-447.

²²⁰ Dinamarco bem define o sistema da motivação suficiente na seguinte fórmula: “dispensam-se minúcias e até se repudiam digressões sobre pontos colaterais e irrelevantes, mas exige-se que o essencial seja objeto da motivação. Na prática, reputa-se não-motivada a decisão judiciária que se omite sobre pontos de fato ou de direito cujo exame poderia conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado o juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pg. 943).

²²¹ A ideia de fundamentação suficiente parece não casar perfeitamente com o texto do artigo 489, § 1º, IV do CPC, que expressamente determina que é considerada nula (por falta de fundamentação) a decisão que: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O ponto central de interpretação do dispositivo é justamente a sua ressalva, ou seja, como definir quais são os argumentos capazes de em tese infirmar a conclusão do julgador. A dificuldade começa em descobrir o significado do verbo infirmar, que segundo o dicionário Aurélio pode significar, entre outros, perda de força ou anulação (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Coordenação: Marina Baird Ferreira e Margaria dos Anjos. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010, pg. 1157). Ora, se infirmar significa perder força, a ressalva só é aplicável a argumentos teratológicos para o caso concreto, pois mesmo que não se altere a convicção, caso seja razoável, o argumento necessariamente traz mais força para a visão contrária. Por outro lado, se significar anular, revogar, o juiz só precisaria enfrentar o argumento que por si só alterasse sua conclusão. Não parece ser a última interpretação condizente com a própria noção de contraditório inaugurada pelo CPC/2015, segundo a qual o juiz tem o dever de não inovar no processo (artigo 10) e o “diálogo” entre as partes se faz justamente analisando todas as suas argumentações, mesmo porque tal prática pode gerar a conformação da parte vencida, alcançando a verdadeira paz social.

²²² A doutrina é divergente quanto ao sistema de motivação das decisões judiciais vigente no ordenamento jurídico pátrio. Daniel Amorim Assumpção Neves defende que o artigo 489, § 1º, IV do CPC só é compatível com o regime de fundamentação exauriente, segundo o qual: “não bastará ao juiz enfrentar as causas de pedir e fundamentos de defesa, mas todos os argumentos que os embasam” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pgs. 189-190). Arruda Alvim parece adotar uma posição intermediária, defendendo que: “o juiz não precisa, então, falar sobre todos os fundamentos e argumentos favoráveis à sua própria decisão, mas necessariamente deve rebater todos os contrários” (ALVIM, Arruda. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

sequer persistir questionamento ou exigência específica para a fundamentação da decisão referente a tutela provisória, porém tal previsão deve ser encarada como mais um reforço ao dever de motivar as decisões judiciais.

Em se tratando de tutela antecipada antecedente, não há previsão legal de prazo para defesa da parte contrária antes do julgador proferir decisão sobre a concessão ou não da tutela antecipada requerida. Essa omissão legislativa foi proposital²²³. Isso se dá, pois como dito acima, a tutela antecipada antecedente é reservada para casos urgentíssimos, nos quais o risco de perecimento do direito sequer permite ao autor a formulação de petição inicial completa quanto mais a apresentação de defesa.

Dito isso, cumpre indagar se seria possível ao julgador conceder prazo para a parte contrária se manifestar antes de decidir o mérito da tutela antecipada antecedente, mesmo que em casos excepcionalíssimos. Intuitivamente tem-se que não haveria problema algum em conceder o contraditório, que é um dos pilares do CPC/2015 e apesar de postergado nesses casos (artigo 9º, parágrafo único do CPC), continua a ser um direito fundamental e deve sempre ser prestigiado. Por outro lado, se é possível a concessão de prazo para a parte contrária se manifestar, o direito a ser protegido não parece correr um perigo tão urgente assim e é difícil vislumbrar uma hipótese de conciliação entre a escolha desse procedimento com a possibilidade de concessão de prazo para a defesa.

Caso vislumbre a possibilidade da parte contrária sofrer danos com a efetivação da tutela antecipada, o juiz pode conceder a medida mediante caução, que por sua vez pode ser dispensada se a parte requerente não tiver condições financeiras de suportá-la (artigo 300, § 1º do CPC). A doutrina se posiciona no sentido que essa caução tem natureza de contracautela a

2016, pg. 292). Defendendo a manutenção do sistema de fundamentação suficiente, Fabrício Castagna Lunardi entende que: “como regra, não é preciso o juiz rebater aqueles argumentos que não são capazes de, se acolhidos, infirmar a sua conclusão. Isso porque o Novo CPC adota o princípio da fundamentação suficiente, e não o da fundamentação integral” (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 540). Esse último entendimento continua a ser adotado pelo STJ após a vigência do CPC/2015, como se percebe no seguinte julgado: STJ, EDcl no AgRg no ERESP 1.483.155/BA, Relator Ministro OG FERNANDES, Corte Especial, Data do Julgamento: 15/06/2016, Data da Publicação/Fonte: DJe 03/08/2016.

²²³ A título de comparação, podemos trazer a disposição do artigo 306 do CPC, que trata do procedimento referente a tutela de urgência cautelar antecedente, no qual há previsão de prazo de cinco dias, mediante citação do réu, para se manifestar exclusivamente sobre o pedido de tutela cautelar (único até então formulado), sendo que posteriormente o juiz decidirá (artigo 307 do CPC). Nesse sentido: DOTTI, Rogéria. Código de Processo Civil Anotado. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, pgs. 450-451. Em outras palavras, quando o legislador assim desejou, incluiu em procedimento

favor do réu, já que seu escopo é garantir eventual indenização pela efetivação da tutela²²⁴, na forma do artigo 302 do CPC. A idoneidade da caução deve ser direcionada tanto ao réu (possibilidade de ressarcimento) quanto ao autor (não pode inviabilizar a tutela deferida)²²⁵.

Dada a natureza da caução, sua destinação vai depender da procedência ou improcedência do pedido final, claro desde que a efetivação da tutela provisória tenha causado prejuízo ao réu. Porém, cumpre investigar qual o destino da caução se não houver procedência nem improcedência, como no caso da estabilização da tutela antecipada antecedente. De plano, esclareça-se que a exigência de caução é perfeitamente compatível com o procedimento antecedente visando a tutela antecipada. O CPC não dá uma solução para esse caso, porém a estabilização se aproxima muito mais de uma confirmação da tutela provisória (que se daria em cognição exauriente) do que uma revogação da mesma (que não ocorreu). Dessa forma, parece mais coerente com o sistema entender que se houver dano decorrente da efetivação da tutela antecipada antecedente, porém essa se tornar estável na forma dos artigos 303 e 304 do CPC, a caução depositada deve ser recolhida pelo autor²²⁶.

Fora essas condições e características especiais destacadas acima, a decisão que defere ou indefere a tutela antecipada antecedente é idêntica a uma que analisa a tutela antecipada requerida incidentalmente. Ocorre que o teor da decisão, se concessiva ou não, vai determinar o procedimento a ser seguido a partir daí.

2.4 Procedimento após a decisão de mérito acerca da tutela antecipada:

Uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a parte autora é imediatamente intimada da decisão, na pessoa de seu advogado. Em relação ao réu, além do seu dever processual em cumprir a decisão judicial (a tutela deferida), surge um ônus em interpor o recurso cabível, sob pena da decisão se tornar estável e o processo ser extinto.

antecedente uma fase para que o réu pudesse contestar o pedido (cautelar).

²²⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 241.

²²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 509-510.

²²⁶ No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 163-164.

Por sua vez, a parte autora também tem o ônus processual em aditar a petição inicial, sob pena do processo ser extinto sem resolução do mérito, na forma do artigo 303, § 1º, I do CPC.

O prosseguimento do processo após a concessão da tutela antecipada pode ser resumido da seguinte forma: o autor deve aditar a petição inicial para incluir o pedido final e a argumentação correspondente, podendo se desejar juntar novos documentos e o réu deve recorrer se desejar não ver o processo extinto e a decisão mantida estável. Muitas questões decorrem dessa explicação simplória.

Esse procedimento de tutela antecipada antecedente envolve várias questões polêmicas que serão tratadas adiante, mas antes chamo atenção em relação à “obrigatoriedade de aditamento” da inicial pelo autor após o deferimento da tutela antecipada. O próprio artigo 303, § 1º, I do CPC faz uso do verbo “deverá”, porém facilmente se percebe que não se trata propriamente de um dever processual, mas sim de um ônus, pois caso não cumpra a determinação a consequência será tão somente a extinção do processo sem resolução do mérito. Parece inédito no direito processual civil brasileiro, que é regido pelo princípio da demanda (artigo 2º do CPC)²²⁷, essa exigência legal de aditamento da inicial, com inclusão de pedido e possibilidade de inclusão de causa de pedir, para que o processo continue. Tal situação não é imune às críticas doutrinárias²²⁸, principalmente que consideram essa divisão

²²⁷ Não se desconhece as exceções legais ao princípio da ação ou da demanda, quando o julgador determina o início do processo de ofício, sem o requerimento da parte, como nos casos dos artigos 712, 730 e 748 do CPC, ou no antigo exemplo trazido pelo artigo 989 do CPC/73 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 12). A grande novidade nesse ponto é que não se trata de uma intervenção judicial (autorizada por lei) para iniciar o processo, mas determinação legal em abstrato de formulação de novos pedidos (nova demanda) sem qualquer avaliação judicial para tanto. E não se diga que no caso de indeferimento da tutela antecipada, a decisão de emenda partirá do órgão jurisdicional, pois apesar da redação do artigo 303, § 6º do CPC, não se percebe qualquer análise por parte do julgador e sim uma imposição legal para que ele ordene ao autor a realização da emenda (“o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial”). Nesse ponto não custa lembrar a lição de José Cretella Neto ao tratar do princípio da ação: “ninguém pode ser obrigado a pleitear a tutela jurisdicional, no processo civil, nem mesmo como litisconsorte ativo” (CRETELLA NETO, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pg. 329).

²²⁸ Esse é o entendimento de Araken de Assis, para quem a cisão de pedidos perpetrada no procedimento antecedente antecipado, que necessariamente separa o pedido de tutela antecipada em relação ao pedido de confirmação daquela em tutela final é artificial e impróprio. Segundo o referido autor: “Na realidade, a disciplina imposta às medidas de urgência satisfativas antecedentes no art. 303 do NCPC revela-se impraticável e, a mais das vezes, desnecessária. O autor deduz pretensão ‘completa’, porque o pedido de antecipação esgota os efeitos do provimento final” (ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 439).

de pedidos (antecipado e final) como artificial e pouco prática, observações com as quais concordo plenamente.

2.4.1. Momento da citação do réu

Outra dúvida que paira sobre esse procedimento se dá em razão de verdadeira omissão legislativa. O Código de Processo Civil não trouxe disposições claras sobre qual a ordem dos atos processuais a serem praticados a partir do deferimento da tutela antecipada. Em outras palavras, não se percebe de forma evidente nos parágrafos do artigo 303 do CPC se o autor deve aditar a petição inicial antes do réu ser citado ou se o réu só será citado após o aditamento acontecer²²⁹.

Se analisarmos topograficamente a resposta seria que primeiro cabe ao autor aditar a petição inicial e somente após, o réu seria citado e intimado para a audiência de conciliação (artigo 303, § 1º, I e II do CPC)²³⁰. Ocorre que tal interpretação parece contrariar a própria lógica do procedimento antecedente. Isso porque, ao proferir a decisão que concede a tutela antecipada na modalidade antecedente o magistrado confere um prazo para que o réu cumpra a decisão (ou eventualmente já estabelece medidas que entende necessárias para o seu cumprimento direto, na forma do artigo 297 do CPC) e para tanto o requerido necessariamente será intimado da decisão. Com a alteração do conceito legal de citação²³¹, não parece possível a intimação para o cumprimento da decisão sem a consequente citação no mesmo ato.

²²⁹ Daniel Amorim Assumpção Neves define bem a tormentosa questão: “na realidade não faz qualquer sentido o réu ser citado em um processo que dependerá de um ato positivo do autor para não ser extinto sem resolução do mérito. Por outro lado, não tem sentido deixar para citar o réu somente depois de o autor ter emendado a petição inicial porque nesse caso se postergará em demasia sua ciência do processo e sua possibilidade de impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pg. 523).

²³⁰ “No procedimento sumário de tutela antecipatória, o NCPC não prevê citação e defesa do requerido antes da decisão sobre o pedido da medida urgente, a ser liminarmente solucionado” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 659).

²³¹ Nos termos do artigo 238 do CPC/2015, citação passa a ser o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual, o que revela uma mudança substancial em relação ao antigo artigo 213 do CPC/73, que por sua vez a previa como o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

A questão, no entanto, é um pouco mais complexa. O artigo 303, § 1º, II do CPC, ao tratar da citação, imediatamente se refere à intimação para o comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, com referência ao artigo 334 do CPC, ou seja, ao procedimento comum. Isso pode significar que essa citação só se daria após o aditamento da inicial, pois até então o rito a ser seguido é exclusivamente previsto nos artigos 303 e 304 do CPC, sem qualquer previsão de realização da audiência de conciliação ou mediação, por exemplo. Não parece ser o caso. Se a citação visa apenas trazer o réu para integrar a relação jurídica processual, no momento que é intimado para cumprir a decisão que antecipa a tutela, necessariamente já estará integrando essa relação jurídica. Não há sequer justificativa para não citá-lo nesse ato, que se reveste de todas as exigências da citação.

Na verdade, não há necessidade de mencionar a exigência de citação do réu juntamente com a intimação para cumprimento da decisão que antecipa a tutela, pois é uma decorrência lógica do processo. Frise-se que não consta dos artigos 303 e 304 do CPC qualquer dispositivo referente à intimação para cumprimento da decisão antecipatória e nem precisaria haver, já que é implícita. O mesmo se diga em relação a citação, que se dá também como decorrência do sistema.

Então do que se trata a citação prevista no inciso II do parágrafo primeiro do artigo 303 do CPC? Na verdade, essa é uma segunda citação, que necessariamente deverá ocorrer após o aditamento da inicial. Tal determinação nem precisaria constar da Lei, pois após um aditamento com alteração do pedido (o pedido final não constava anteriormente) e da causa de pedir (com a complementação da argumentação) estamos diante de numa nova petição inicial, com novos pedidos e causa de pedir, o que necessariamente exige uma nova citação.

Essa interpretação ganha força quando analisamos o parágrafo segundo do artigo 303 do CPC, que estabelece que se o aditamento não for realizado, o processo será extinto sem resolução do mérito. Apesar de ser um ônus para o autor, o aditamento é obrigatório para a continuação do processo, uma verdadeira condição para o seu prosseguimento. Dessa forma, mostra-se adequado falar em citação antes de seguir o rito comum, pois como se disse, o aditamento implicará em alteração do pedido e possibilidade de alteração da causa de pedir.

A conclusão que se chega então é que ao mesmo tempo que o autor é intimado para aditar a petição inicial, o réu é intimado para cumprir a tutela (se for o caso) e recorrer a fim de evitar a estabilização da tutela antecipada concedida (artigo 304 do CPC)²³².

2.4.2 Consequências da conduta das partes

Pois bem, uma vez estabelecido que a atuação do réu não depende da atuação do autor, ou seja, que o réu só será chamado a participar do processo após eventual aditamento da inicial pelo autor, há que se analisar o prazo concedido a cada uma das partes para a prática dos respectivos atos processuais. Em relação ao aditamento da inicial, o artigo 303, § 1º, I do CPC estabelece o prazo de 15 dias ou outro prazo maior a ser concedido pelo juiz. Já o réu, possui o prazo de quinze dias para apresentar o recurso cabível (agravo de instrumento ou agravo interno), na forma do artigo 1003, § 5º do CPC.

Na prática, o prazo do autor provavelmente se encerrará antes do prazo do réu, pois como se disse, ele será intimado da decisão imediatamente na pessoa de seu advogado, já o réu pode ser intimado em dia posterior, o que levará ao término do prazo do autor antes do término do prazo do réu, considerando ambos como de quinze dias²³³. Porém, podem surgir graves problema se ambos os prazos (do autor e do réu) se encerrarem no mesmo dia.

²³² Essa parece também ser a conclusão adotada em abalizada doutrina, senão vejamos: “como se vê, a lei é silente quanto ao momento dessa citação, se imediatamente ou somente após o aditamento. Diante do silêncio, a melhor interpretação é a de que a citação é imediata; na realidade, haverá citação e intimação não spo para a audiência, como previsto na norma, como também da tutela antecipada deferida, abrindo-se ao réu a possibilidade de recorrer dessa decisão por meio de agravo de instrumento” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 561).

²³³ Ao prever tal situação como a mais provável, José Miguel Garcia Medina defende que o juiz deve se valer do disposto na parte final do artigo 303, § 1º, I do CPC para fixar um prazo maior ao autor ou outro termo inicial, de modo a permitir que o autor tenha o ônus de aditar a inicial somente após saber se o réu recorreu ou não, leia-se se a decisão se estabilizou ou não (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 522-523). A sugestão do mestre paranaense é interessante, mas além de depender da atuação do magistrado no caso concreto, parece considerar que essa possibilidade de aumentar o prazo do autor se insere em um poder discricionário do juiz, o que não se mostra o mais correto. Isso porque esse alargamento do prazo deve ser justificado em concreto, por exemplo, diante da dificuldade na realização do aditamento. Nesse sentido se manifestam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que defendem ainda que: “a dificuldade que demande mais prazo, caso haja, seja a mesma em qualquer caso; a partir do momento em que se admite essa possibilidade de o juiz alargar o prazo para o aditamento da ação, ele deveria ser possível também na situação de indeferimento do pedido” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 1004).

O CPC/2015 apresenta três soluções para quatro situações possíveis, mas mesmo nessas hipóteses previstas, há margem para incertezas e interpretações doutrinárias que precisam ser esclarecidas.

A primeira hipótese é a menos complexa e talvez a mais corriqueira no dia a dia forense: o autor adita a petição inicial e o réu recorre da decisão que concedeu a tutela antecipada. Nesse caso, haverá continuidade do processo seguindo o procedimento comum, na forma do artigo 303 § 1º, I e II do CPC.

Uma segunda situação se dá quando o autor adita a petição inicial e o réu não recorre. Nesse caso, o processo será extinto, mantendo-se estável a decisão que antecipou a tutela, nos termos dos artigos 303 § 1º, I c/c 304, caput e § 1º do CPC. Apesar da clareza dos dispositivos legais pertinentes, Alexandre Freitas Câmara propõe uma interpretação extensiva do procedimento nesse caso, com apoio do princípio da cooperação. Diz o autor que nesse caso, o juiz não deve extinguir o processo, mas sim proferir despacho advertindo o autor que o réu não interpôs recurso e possibilitando a ele desistir dos pedidos para alcançar a estabilização²³⁴.

Com todas as vênias, essa proposta não merece ser acolhida, já que a estabilização acontecerá em decorrência da inação do réu, ao não interpor recurso²³⁵. Em relação ao aditamento, se o autor incluir pedido diverso da mera confirmação da tutela antecipada, o processo deve prosseguir²³⁶, sem prejuízo dele poder requerer a desistência dos pedidos em um momento posterior, se verificar a ocorrência da estabilização (e com isso mudar de ideia em relação a continuidade do processo). Por outro lado, caso o autor somente adite a inicial para requerer a confirmação do pedido de tutela antecipada, vislumbro hipótese de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita. Isso porque o artigo 304, § § 3º e 4º do CPC deixa claro que os efeitos da decisão estável são mantidos até eventual revisão através do ajuizamento de demanda específica (via adequada), que por sua vez não se confunde com o aditamento da inicial com o único pedido de confirmação da tutela antecipada²³⁷. Não se deve

²³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 167.

²³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 385.

²³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 704.

²³⁷ Robson Renault Godinho, seguindo a doutrina de Fredie Didier Junior, vai além e defende que essa ação

falar em escolha do autor na ocorrência da estabilização, pois o requerente já fez essa escolha quando ajuizou o procedimento antecedente²³⁸.

A terceira hipótese também apresenta solução legal, que se dá quando o autor não adita a petição inicial e o réu recorre da decisão que antecipou a tutela. Nesse caso, o processo será extinto sem resolução do mérito (artigo 303, § 2º do CPC). Mais uma vez, Alexandre Câmara traz uma importante contribuição sobre o tema, especificamente quando o prazo do autor (para aditar) se encerrar antes do prazo do réu (para recorrer). O autor defende que nessa situação, o juiz não deve extinguir o processo sem resolução do mérito de plano, mas deve aguardar o fim do prazo do réu para analisar sua conduta. Explica o processualista carioca que se eventualmente o réu não recorrer, a decisão que concedeu a tutela antecipada se estabilizará, independentemente do autor não ter aditado a inicial²³⁹.

Apesar de bem construído, o entendimento acima não convence, já que o procedimento antecedente se dá em benefício e a escolha do autor e sua inação revela a clara intenção de não prosseguir com o processo, abrindo mão das suas consequências potencialmente benéficas, como a estabilização. Ademais, as soluções legais não podem ser ignoradas e se o prazo de uma das partes se encerrar antes do prazo da outra, aplica-se a consequência da conduta atinente ao primeiro prazo vencido.

Por o fim, passemos à última situação, não prevista pelo código e por isso mesmo mais problemática, que se dá quando o autor não adita a petição inicial e o réu não recorre da decisão que concede a tutela antecipada. Frise-se que a controvérsia se refere exclusivamente à estabilização ou não dos efeitos da decisão, já que em qualquer caso o processo será extinto, seja por aplicação do artigo 303, § 2º ou do artigo 304, § 1º, ambos do CPC.

Na verdade, a conclusão a ser alcançada por cada intérprete vai depender da ótica segundo a qual é analisada o instituto da estabilização e do próprio procedimento antecedente que visa a concessão da tutela antecipada.

prevista no artigo 304, § 2º do CPC pode ser manejada também com o propósito de confirmar a tutela antecipada estabilizada e com isso revesti-la da autoridade de coisa julgada material, mas nesse caso entende que o ônus de ajuizar essa demanda pertence à parte ré (GODINHO, Robson Renault. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenação: Antônio Passos Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pg. 480).

²³⁸ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pg. 493.

²³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 168.

Alguns autores defendem que o referido procedimento visa beneficiar o autor (com o que concordo) e jamais poderá prejudicá-lo (apesar de não haver qualquer base legal para essa conclusão), logo o que prevaleceria em uma eventual dúvida quanto a estabilização seria a vontade do autor no caso concreto, que poderia ser descartada, por exemplo, com a apresentação de aditamento à inicial²⁴⁰. O problema desse entendimento é que uma vez escolhido o procedimento, não cabe mais ao autor determinar, por si só, sua sorte, ou seja, as consequências das decisões tomadas, inclusive das condutas (ações ou inações) das partes.

Em sentido diametralmente oposto, há quem defenda que a estabilização ou não dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente vai depender sempre e exclusivamente da conduta do réu. Em outras palavras, se o réu não recorrer, haverá estabilização, mesmo que o autor não apresente aditamento à petição inicial²⁴¹.

Numa variação dessa última corrente, Humberto Theodoro Júnior advoga a tese que o prazo para o aditamento só começará a fluir após o término do prazo recursal do réu, razão pela qual jamais ocorreria a simultaneidade de prazos e uma vez não interposto o recurso, necessariamente haveria estabilização, sendo que o autor sequer poderia promover a estabilização²⁴².

Apesar da qualidade técnica das correntes de pensamento acima retratadas e dos autores que as representam, entendo que na lacuna da Lei, a solução deve privilegiar a pacificação (definitiva) dos conflitos sociais, o que em última análise é o objetivo da jurisdição. Com todas as vênias, a estabilização não é o objetivo do processo judicial, mesmo que estejamos diante de procedimento que visa a concessão de tutela antecipada antecedente.

²⁴⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 425-426.

²⁴¹ “Uma vez deferida, antecedentemente, a tutela antecipada (ou satisfativa autônoma), inverte-se o ônus da iniciativa no tocante à ultratividade dos efeitos da decisão. A não ser que deseje sentença de mérito que encerre a questão definitivamente, em cognição exauriente e com coisa julgada, não tem o autor que aditar a inicial (artigo 303, § 1º, CPC/2015) ou propor a ação referida no artigo 304, § 2º, CPC/2015, para garantir a ultratividade dos efeitos da decisão que lhe concedeu a tutela antecipada. Esse ônus de não permitir a estabilização dos efeitos da tutela antecipada ao prejudicado (inclusive terceiros) pela tutela antecipada, a quem competirá recorrer (*sic* atacar) a decisão proferida em cognição sumária. Não havendo recurso, em princípio estarão estabilizados os efeitos da decisão” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 1002).

²⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pg. 660.

A estabilização é uma possibilidade de desfecho desse tipo de procedimento, porém o fim (ideal) de todo processo judicial é a coisa julgada, preferencialmente material.

Como se disse acima, o procedimento que visa a concessão da tutela antecipada na modalidade antecedente foi arquitetado em benefício do autor, para que se evite o perigo do perecimento de seu direito, diante de uma situação de urgência máxima. Ora, se o autor não adita o pedido antecipado após a concessão da tutela de urgência, parece claro seu desinteresse na solução da questão. Nesses termos, essa inação da parte autora leva à extinção do processo sem resolução do mérito, com revogação da decisão concessiva da tutela antecipada e conseqüentemente não estabilização da decisão, mesmo que o réu não apresente recurso.

Não convence a argumentação que o autor não teria necessidade de aditar a inicial, após a concessão da tutela antecipada, se não fosse apresentar pedido diverso (da confirmação da tutela antecipada) e se estivesse “satisfeito” com a tutela antecipada concedida. Isso porque o aditamento faz parte do procedimento e caso o réu não interponha recurso (tendo o autor aditado a inicial), o destino do processo será a extinção, reconhecida a estabilidade da decisão concessiva da tutela antecipada.

Friso que a lógica do sistema processual como um todo não pode ser alterada pela simples escolha de um procedimento específico pelo autor. Em outras palavras, não podemos considerar que a intenção do legislador nesses casos foi gerar a estabilização, mas que apenas essa foi prevista como uma possibilidade de não se alongar o procedimento. Ora, no caso de lacuna quanto ao procedimento, deve-se interpretá-lo sistematicamente, não tendo a estabilização como fim desejado e sim uma decisão definitiva, com coisa julgada material e se essa não for possível diante de uma inação da parte (não aditar a inicial, não recorrer), que se alcance o resultado mais próximo, no caso a extinção do processo sem resolução do mérito, formando a coisa julgada formal.

Ao longo do próximo capítulo será esmiuçado o instituto da estabilização das decisões judiciais, que diga-se de passagem, sequer foi disciplinado no CPC/2015 ou em qualquer outra legislação e por isso mesmo, mostra-se carente de densidade jurídica. A estabilização ainda é uma incógnita e por isso mesmo, caso não seja absolutamente evidente o desejo das partes em alcançá-la, ela deve ser evitada a todo custo. Dessa forma, caso o autor não adite a inicial e o réu não recorra da decisão, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito,

bem como revogada a decisão que concedeu a tutela antecipada, e conseqüentemente sem estabilização.

2.4.3 O recurso como meio de impedir a estabilização

O artigo 304, caput do CPC é claro ao afirmar que: “*a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*”. A partir desse dispositivo, surgiram duas correntes doutrinárias sobre qual meio suficiente para impedir a estabilização. Uma que defende que o termo recurso deve ser entendido em sentido estrito²⁴³ e outra corrente que advoga a tese que para impedir a estabilização da tutela antecipada concedida na modalidade antecedente basta qualquer manifestação processual que demonstre a intenção do réu em não aceitar a tutela conferida²⁴⁴. Para melhor responder a essa indagação cumpre investigar o que o legislador quis dizer com o termo “recurso”, no transcrito dispositivo.

Qualquer texto legal precisa ser interpretado para que, através do uso de métodos interpretativos ou técnicas de interpretação, se possa encontrar o conhecimento científico do direito²⁴⁵. Em se tratando de dispositivos normativos, com uso de linguagem jurídica típica, a interpretação deve ser pautada com base igualmente em tais conhecimentos técnicos²⁴⁶.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, recurso é “*o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna*”²⁴⁷. Tal instituto jurídico se destina à

²⁴³ NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação de Coisa Julgada. In Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.4: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.. Organizadores: Lucas Buri de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. 2ª ed. rev. e atual. Salvador, Juspodivum, 2016, pgs. 82-84.

²⁴⁴ Nesse sentido, entre outros: MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg. 875-876 e GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 397.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pgs. 104-108.

²⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, pgs. 89-90.

²⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2013, pg. 233.

impugnar decisões judiciais, mas não é a única forma de fazê-lo, sendo que esse objetivo pode ser alcançado também através de ações autônomas de impugnação e sucedâneos recursais²⁴⁸. A própria diferenciação doutrinária desses institutos já demonstra sua não identidade e não se pode presumir que a Lei fez uso coloquial ou genérico da expressão “recurso” e sim uso técnico-jurídico.

Quando o artigo 304 do CPC se refere a recurso como meio de evitar a estabilização, devemos considerar recurso no sentido estrito²⁴⁹, com as espécies previstas no artigo 994 do mesmo código e em relação a tutela antecipada antecedente, especificamente o agravo de instrumento ou agravo interno. A maior prova disso pode ser encontrada na redação do artigo 281, § 2º do Projeto do CPC (Pl. 166/2010), na versão aprovada no Senado Federal, que trazia a seguinte redação: “*concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando sua eficácia*”²⁵⁰. O termo recurso, foi incluído na versão aprovada na Câmara dos Deputados, em substituição à impugnação²⁵¹.

²⁴⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos [livro eletrônico]. 5ª ed. em e-book baseada na 9ª ed. impressa. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, item 1 – Noções Gerais.

²⁴⁹ Esse também é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara que ensina que: “a palavra recurso aparece no CPC (excluído o art. 304, já que é o significado da palavra neste artigo que se busca determinar) com três diferentes significados. O primeiro é o sentido estrito de recurso para o direito processual, ou sejam um mecanismo destinado especificamente a impugnar decisões judiciais no mesmo processo em que proferidas, provocando seu reexame. O segundo sentido (em que o substantivo recurso aparece invariavelmente acompanhado do adjetivo tecnológico, como se dá, por exemplo, no art. 236, § 3º) é o meio, a significar o mecanismo permitido pela tecnologia para a prática de atos eletrônicos como a sustentação oral por videoconferência. Por fim, usa-se no CPC o vocábulo recursos (sempre no plural) em alguns dispositivos (como o art. 95, § 3º) para fazer menção a dinheiro” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 166). No mesmo sentido ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “apenas a interposição de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tem o condão de impedir a estabilização. A mera formulação de pedidos de reconsideração e medidas impugnativas não recursais (como a reclamação, a suspensão de liminar etc.) não serve para obstar a estabilização. O Código aludiu expressamente a recuso – e não foi casual o emprego do termo. (...) Assim, se a tutela antecipada antecedente é deferida pelo juiz de primeiro grau, o agravo de instrumento é o meio apto a impedir a estabilização, se for concedida pelo relator, em decisão monocrática em agravo de instrumento contra decisão denegatória de primeiro grau, deve-se usar o agravo interno” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória), Volume 2. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, pg. 918).

²⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados: Senado Federal PLS N. 166/2010 e Câmara dos Deputados Pl. N. 8046/2010. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 164.

²⁵¹ Ravi Peixoto não concorda com esse raciocínio, já que para ele o artigo 281 da versão do Projeto de Lei 166 do Senado Federal não dispunha especificamente sobre tutela antecipada antecedente, mas na essência, apenas de tutela cautelar. Dessa forma, o autor defende que não só os recursos em sentido estrito, mas qualquer ato processual do réu que demonstre insatisfação com a tutela antecipada deferida (PEIXOTO, Ravi. Por uma Análise dos Remédios Jurídicos Processuais Aptos a Impedir a Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente

Questão interessante diz respeito aos embargos de declaração, que apesar de recurso em sentido estrito, não visa necessariamente a alteração da decisão recorrida, mas sim seu esclarecimento. Nesse caso, parece mais adequado entender que se não foi desejado o efeito modificativo (infringente), não há que se falar em impeditivo à estabilização, mesmo porque após o julgamento dos embargos de declaração se iniciará normalmente o prazo para a interposição de recurso próprio com objetivo de impugnar a decisão em si (agravo de instrumento ou agravo interno)²⁵².

Não parece que o vocábulo recurso mereça, nesse ponto, interpretação diversa da gramatical, sob pena de ser interpretado *contra legem*, sendo clara a intenção do legislador em exigir o manejo de recurso apto a atacar a decisão concessiva da tutela antecipada²⁵³. Essa, porém, não foi a interpretação emprestada pelo Superior Tribunal de Justiça, que em recente decisão²⁵⁴ decidiu que não só a interposição de recurso de agravo de instrumento, mas qualquer meio de impugnação da decisão, como o oferecimento de contestação impede a estabilização, o que também não escapou de críticas doutrinárias²⁵⁵.

Ao determinar que a decisão se torna estável caso o réu não interponha recurso, o legislador simplesmente inverteu o ônus do contraditório, ou seja, se no procedimento comum caberia ao autor o ônus de esperar prolação de decisão definitiva (em regra) para obter os efeitos pretendidos de forma estável, com a tutela antecipada antecedente esse ônus se transfere ao réu²⁵⁶. Na verdade, o requerido passa a ter o ônus de eventualmente instaurar o processo de cognição exauriente, uma vez concedida a tutela antecipada na modalidade antecedente²⁵⁷.

de Urgência. In *Grandes Temas do Novo CPC*, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016, pgs. 250-255).

²⁵² Nesse sentido: BUENO, Cassio Scaprinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil. 9ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018, pg. 707.

²⁵³ VASCONCELOS, Ana Paula e VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC-2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 123-139, jan. 2017, pgs. 129-133.

²⁵⁴ STJ, Resp 1760966/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Órgão Julgador: 3ª Turma, Data do Julgamento: 04/12/2018, Data da Publicação/Fonte: DJe 07/12/2018.

²⁵⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pgs. 487-488.

²⁵⁶ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 718-719.

²⁵⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)*, Volume 2. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São

2.4.4 A não concessão da tutela antecipada

O artigo 303, § 6º do CPC dita o procedimento a ser seguido caso o julgador entenda que não é caso de concessão de tutela antecipada. Nessa hipótese, deve conferir ao requerente o prazo de cinco dias para emendar a petição inicial, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito. Estamos diante de uma decisão de mérito que não vislumbrou a presença de probabilidade de direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo suficiente para a concessão da tutela antecipada requerida.

Salta aos olhos que ao tratar do deferimento da tutela antecipada o legislador escolheu o termo aditamento e ao disciplinar o procedimento no caso de indeferimento utilizou a palavra emenda. Especificamente no que tange ao procedimento bifásico da tutela antecipada antecedente, os termos emenda e aditamento devem ser tratados como sinônimos²⁵⁸, já que visam exatamente o mesmo objetivo, qual seja, adequar a petição inicial ao procedimento comum²⁵⁹, o que por si só torna inexplicável a diferenciação de prazos²⁶⁰.

Importante destacar que essa emenda à inicial não se confunde com aquela prevista no artigo 321 do CPC, pelo menos no que tange aos motivos de sua determinação. Isso porque a emenda prevista no artigo 303, § 6º do CPC é parte do procedimento antecedente e não pressupõe defeitos ou irregularidades da petição, mas uma verdadeira condição de proceguibilidade do processo, agora no rito do procedimento comum. Em outras palavras, não estamos diante de uma petição inicial (simplificada) inepta, mas se não for emendada passará a ser e como tal a consequência é seu indeferimento com a extinção do processo sem resolução do mérito²⁶¹.

Paulo: Thompson Reuters, 2018, pg. 919.

²⁵⁸ Apesar de divergência doutrinária, os termos aditamento e emenda da petição inicial devem ser tratados como sinônimos, sendo indiferente se a alteração da peça inaugural se dá por iniciativa da parte ou do juiz ou ainda se a alteração é pontual ou significativa, mesmo porque em todos os casos o tratamento jurídico é similar. Nesse sentido se posicionam: MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil v. 4 – artigos 294 ao 333. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, comentários ao artigo 329, itens 1 e 2.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil – volume 1 (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 943.

²⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pgs. 993-994.

²⁶¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por

2.4.5 A decisão que encerra o processo antecedente

Podemos afirmar que, em regra, é a sentença que encerra processos de conhecimento. Uma vez ultrapassada a fase inicial e ingressado no procedimento comum, não há dúvida que o processo será encerrado por sentença, com ou sem mérito, independentemente da concessão ou não da tutela antecipada requerida. Porém, há que se investigar qual tipo de decisão que encerra o processo antecedente, quando sequer se ingressa na fase atinente ao procedimento comum.

No caso de não concessão da tutela antecipada, se o autor não emendar a petição inicial, o processo será extinto por sentença sem resolução do mérito, em razão do indeferimento da petição inicial (artigo 303, § 6º do CPC). Não vejo dúvidas em caracterizar essa decisão, assim como a decisão que extingue o processo após a estabilização como sentença²⁶², já que se enquadra perfeitamente no conceito do artigo 203, § 1º do CPC.

A grande dúvida, porém é saber qual tipo de sentença encerra o processo caso seja concedida a tutela antecipada antecedente e o réu não apresente recurso, ou seja, no caso de estabilização da decisão. O CPC/2015 mais uma vez foi omissivo nessa parte, ao mencionar tão somente que no caso da decisão se tornar estável, o processo será extinto (artigo 304, § 1º do CPC). Nesses casos é muito importante saber se a sentença de extinção do processo é com ou sem mérito, já que há consequências jurídicas relevantes nessa distinção.

De plano cabe esclarecer que a estabilização não é automática, ou seja, para se concretizar no mundo jurídico ela depende justamente da decisão que a reconhece, qual seja, a sentença²⁶³. Essa é a melhor conclusão quando analisamos o texto do artigo 304, § 5º do CPC,

parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017, pgs. 74-75.

²⁶² Fabrício Lunardi Castagna também defende se tratar de sentença, mas aponta como o mais importante na hipótese que os juízes deixem claro na decisão se entendem se tratar de decisão interlocutória ou sentença, justamente para facilitar eventual movimento recursar pelas partes, o que não deixa de privilegiar o princípio da cooperação (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 366).

²⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil – volume 1 (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 945. No mesmo sentido ensina Fabrício Castagna Lunardi: “de acordo com o art. 304, caput e §1º, do Novo CPC, essa estabilização precisa ser definida em decisão, que extingue o processo sem resolução de mérito e que diz que se torna estável a decisão anterior que deferiu a tutela antecipada preparatória. Isto é, a estabilização não é automática, mas decorre dessa decisão” (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo,

que estabelece que o termo inicial do prazo para alterar a decisão estável se inicia com a ciência da decisão que extinguiu o processo e não do fim do prazo recursal, por exemplo.

Há doutrina que defende se tratar de julgamento provisório de mérito e por isso essa sentença deveria ser resolvida na forma do artigo 487, I do CPC²⁶⁴. Outros autores tem posicionamento firme no sentido que se trata de sentença sem resolução de mérito, já que não acolhe ou rejeita pedido do autor, que ainda nem foi formulado²⁶⁵. Alguns defendem ainda se tratar de pronunciamento que não se enquadra no conceito de extinção com mérito e nem de extinção sem mérito, mas para adotar esse tipo de posicionamento haveria necessidade de previsão legal de um terceiro gênero ou pelo menos de clareza no sentido de não enquadramento em nenhum dos dois conhecidos²⁶⁶.

A sentença que extingue o processo e torna estável a tutela antecipada conferida é com resolução de mérito²⁶⁷. Isso porque houve análise e resolução do mérito da tutela antecipada antecedente, mesmo que em termos de processo cognitivo como um todo (considerado uma eventual fase regida pelo procedimento comum) não possamos falar em cognição exauriente. Ademais, quando o legislador quis tratar de extinção sem resolução do mérito no procedimento antecipado antecedente, assim o fez expressamente como verificamos pelo texto do artigo 303, §§ 2º e 6º do CPC.

Por fim, cabe esclarecer se essa sentença de extinção com resolução do mérito e decretação da estabilidade da tutela antecipada concedida contém capítulo atinente a condenação em honorários advocatícios a favor do patrono do autor. A questão parece de simples solução, considerando as premissas teóricas acima expostas.

2017, pg. 366).

²⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 1005.

²⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pg. 531.

²⁶⁶ “Não se trata de extinção com resolução demérito, pois não há qualquer pronunciamento sobre o mérito da causa, muito menos declaração sobre a causa de pedir (fatos e a respectiva valoração deles), essa sim com aptidão para gerar coisa julgada material. Também não se trata de extinção sem resolução do mérito, uma vez que o processo ultrapassou a fronteira d análise dos requisitos do processo. Os requisitos para o exame do mérito foram apreciados antes da análise do pedido de tutela antecipada e encontravam-se presentes, caso contrário, não se chegaria ao deferimento do pedido de antecipação de tutela” (DONIZETTI, Elpidio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. pg. 489)

²⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pg. 875-876.

Vale repetir que estamos diante de uma sentença que extingue o processo com resolução do mérito e aplica o direito ao caso concreto, logo para não aplicarmos o disposto no artigo 85 do CPC deveria existir motivo justo e mais que isso, disposição legal expressa. Não se pode simplesmente negar vigência a um artigo de lei por entender que o procedimento é simples, por exemplo, mesmo porque estamos diante de direito do advogado e verba alimentar.

Não vislumbro qualquer justificativa para privar essa sentença da condenação em honorários ou custas, que deveria ser expressa²⁶⁸. Por outro lado, há balizado entendimento doutrinário que defende a impossibilidade de condenação em verbas sucumbenciais no procedimento antecedente que visa a concessão da tutela antecipada antecedente²⁶⁹.

Analisado o procedimento em si da ação antecedente que visa a concessão da tutela antecipada, passemos a tratar, no capítulo seguinte de seu efeito mais controverso, qual seja, a estabilização dos efeitos da decisão.

²⁶⁸ Nesse sentido: GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pgs. 154-158.

²⁶⁹ Fabrício Castagna Lunardi apresenta assim suas justificativas: “em primeiro lugar, porque não houve citação do réu, mas apenas intimação; em segundo, por que o réu não opôs resistência, não podendo ser condenado, em terceiro, porque também não seria possível condenar o autor a pagar honorários advocatícios para o réu (numa hipótese, p. ex., de aplicação do princípio da causalidade), haja vista que esse sequer constituiu advogado (porque não recorreu); em quarto lugar, o Novo CPC não prevê que haverá condenação ao ônus da sucumbência em tal hipótese; em quinto, porque as custas processuais não devem ser reembolsadas, na medida em que, se for ajuizada a demanda principal, não haverá recolhimento de novas custas processuais (art. 303, 3º, NCPC); em sexto lugar, se houvesse condenação do réu a pagar os ônus sucumbenciais, estar-se-ia se estimulando o réu a recorrer, somente para afastar a sucumbência, o que não é consentâneo com o objetivo do Novo CPC; em sétimo, porque, sem a incidência de ônus sucumbenciais, há um estímulo para que o réu não oponha resistência desnecessariamente ou quando há grande probabilidade de perder a demanda” (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 366). Com todas as vênias ao brilhante juiz do TJDFR não concordo com os motivos apresentados. De plano, já foi esclarecido nesse trabalho que o ato pelo qual o réu é chamado para integrar o procedimento antecedente é verdadeira citação e não mera intimação, sendo que a falta de resistência não isenta a condenação em honorários que remunera o trabalho do causídico do autor, sendo que eventual advogado do réu poderia receber honorários em caso de extinção do feito sem resolução do mérito nos casos do parágrafo 6º do artigo 303. A previsão legal do artigo 85 do CPC abarca essa hipótese, já que não há ressalva expressa, sendo que as custas são reembolsáveis, seja na fase antecedente ou na regida pelo procedimento comum e a desnecessidade de adiantamento é demonstrativo apenas que estamos diante de processo único. Quanto a ausência ou presença de estímulo, não cabe ao intérprete fazer essa análise, que é restrita ao legislador.

3. A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE:

O grande desfecho possível no julgamento da ação antecipada antecedente é justamente a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão concessiva da tutela, na forma do artigo 304 do CPC. Como visto acima, o procedimento da tutela antecipada antecedente é legalmente omissivo o que gera inúmeras controvérsias doutrinárias que com o tempo (espera-se) serão resolvidas pela jurisprudência ou por alteração legislativa.

A estabilização dos efeitos da decisão em si também foi alvo dessa timidez legislativa, o que gera problemas ainda maiores, por se tratar de instituto novo no nosso ordenamento jurídico, sem qualquer definição legislativa e muito menos aplicação prática (até então). Essa lacuna deve ser suprida pela doutrina e é um dos principais pontos desse trabalho científico tentar esclarecer um pouco esse tópico.

A falta de disposição legal sobre um instituto jurídico efetivamente inovador pode gerar tais confusões (nos conceitos) e seria interessante que a introdução no nosso ordenamento jurídico fosse a mais completa possível. Vale deixar claro que situações jurídicas não necessariamente devem estar previstas em lei para existirem ou serem aplicadas no processo, mas a nossa tradição romano-germânica indica que a principal fonte do direito é realmente o texto normativo, o que também não pode ser utilizado como desculpa para não aplicar a Lei.

Porém, antes de tratar da estabilização da decisão em si e de seus efeitos precisamos encontrar um conceito de decisão estável a partir da sua correlação com institutos jurídicos semelhantes, exatamente para melhor delimitar sua aplicação prática.

3.1 A estabilidade como instituto jurídico autônomo

Estabilidade (e suas variações como estabilização) possui múltiplos significados²⁷⁰, inclusive o próprio CPC/2015 a utilizou em diversos momentos, para delimitar situações

²⁷⁰ O termo estabilização das decisões judiciais ainda pode ser utilizado em sentido totalmente diverso ao tratado nesse item, como faz José Henrique Mouta Araújo, para quem o CPC/2015, ao limitar a recorribilidade das

processuais que diferem entre si. Percebemos essa curiosa distinção no próprio artigo 304, que no seu caput se refere à decisão (que concede a tutela antecipada) estável e no seu parágrafo sexto faz alusão à estabilidade somente dos efeitos daquela decisão. Decisão estável e estabilidade dos efeitos de uma decisão seriam a mesma hipótese? A resposta parece negativa, mas será abordada mais adiante.

Antônio do Passo Cabral, em brilhante estudo sobre as estabilidades processuais no CPC/2015 defende que o código criou uma categoria (gênero) denominada estabilidade processual. Dentro desse gênero estariam englobadas várias espécies, desde as tradicionais coisa julgada material, formal, preclusão e efeito preclusivo, até mesmo as recém criadas estabilização da tutela antecipada antecedente (artigo 304 do CPC) e estabilidade da decisão de saneamento e organização do processo (artigo 357 do CPC)²⁷¹. Não há como não concordar com tal classificação, que realmente identifica essa categoria jurídica da qual o instituto da estabilidade previsto no artigo 304 do CPC faz parte.

No restrito âmbito deste trabalho, precisamos de plano analisar se a estabilidade (da decisão ou somente dos seus efeitos) prevista no artigo 304 do CPC é um instituto jurídico autônomo ou não. Em outras palavras, cumpre investigar se o legislador efetivamente teria criado um novo instituto jurídico específico ou se valido do termo (sem rigor científico) para tratar de fenômenos já conhecidos, como coisa julgada ou preclusão.

Há muita controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica dessa estabilização, sendo que muitos defendem se tratar de coisa julgada, principalmente após o prazo de dois anos do artigo 304, § 5º do CPC²⁷². Sem embargos de abalizada posição doutrinária em

decisões interlocutórias pela via do agravo de instrumento e extinguir o recurso do agravo retido, bem como com o alcance da coisa julgada sobre questões prejudiciais na forma dos artigos 503 e 504 do CPC, trouxe mais solidez (estabilidade) às decisões judiciais (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A estabilização das decisões judiciais decorrente da preclusão e da coisa julgada no novo CPC: reflexões necessárias. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 17, n. 100, p. 18-42, mar./abr. 2016). Por outro lado, podemos considerar também como decisão estável aquela decisão prolatada de forma provisória, como por exemplo, uma liminar em ação direta de inconstitucionalidade, que pela demora do órgão jurisdicional no julgamento definitivo, acaba produzindo efeitos na comunidade jurídica como se definitiva fosse, gerando uma certa estabilidade.

²⁷¹ CABRAL, Antônio do Passo. As Estabilidades Processuais Como Categoria Incorporada ao Sistema do CPC In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018, pgs. 25-28.

²⁷² Para uma visão mais completa acerca da discussão ver: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi e COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, Imutabilidade das Eficácias Antecipadas e Eficácia de Coisa Julgada: Uma Versão Aperfeiçoada. In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018, pgs. 697-

sentido contrário²⁷³, entendo que apesar de apresentar efeitos e até objetivos semelhantes a outros institutos jurídicos mais conhecidos, a estabilização do artigo 304 do CPC detém tamanhas peculiaridades que merece sim ser tratada como instituto jurídico autônomo. Não custa lembrar que o próprio legislador assim pareceu concluir, pelo menos em relação a coisa julgada, quando fez a ressalva prevista no artigo 304, § 6º do CPC²⁷⁴.

A estabilidade, pelo menos nos contornos dados pelo artigo 304 do CPC, é restrita ao procedimento da tutela antecipada antecedente²⁷⁵ e única em todo o direito processual civil. O seu grande propósito parece ser disciplinar questões meramente satisfativas, cujo desenrolar do processo (completo) não é interesse de nenhuma das partes, ambas satisfeitas com a concessão da tutela antecipada²⁷⁶. Não impede a rediscussão das questões em outro processo (ao contrário da coisa julgada) e nem parece se enquadrar nos contornos de mera preclusão. Ademais, como veremos adiante, após o prazo de dois nãos para propositura da ação específica do artigo 304, § 5º do CPC essa situação permanece inalterada.

Feitas essas breves considerações, parece seguro concluirmos que a estabilidade prevista no artigo 304 do CPC não se enquadra em nenhuma das espécies de estabilidade conhecida, sendo um instituto jurídico autônomo.

704.

²⁷³ Por todos ver: ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 493-494.

²⁷⁴ “A diferença da estabilização para a coisa julgada é evidente e a lei não deixa nenhuma dúvida. Não podemos ampliar a discussão aqui, mas se pode rapidamente lembrar que a estabilização e a coisa julgada diferem em seu objeto e efeitos. Em relação ao objeto, a estabilização atinge apenas os efeitos da decisão, enquanto a coisa julgada reveste seu conteúdo declaratório. Por este motivo, a coisa julgada tem o chamado efeito positivo, que determina a incorporação do conteúdo estável no em outros processos; a estabilização da tutela provisória não possui esse efeito” (CABRAL, Antônio do Passo. *As Estabilidades Processuais Como Categoria Incorporada ao Sistema do CPC In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018, pg. 35).

²⁷⁵ Nesse sentido: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016, pg. 396. Há que se registrar que existem posicionamentos doutrinários em contrário. Apesar de reconhecer que de acordo com a literalidade do texto legal, não há que se falar em estabilização da tutela provisória cautelar, antecipada incidental e de evidência, Daniel Amorim Assimpção Neves defende uma interpretação extensiva do sistema de tutelas provisórias, com a possibilidade de ajuizamento de ação de tutela de evidência antecedente e consequentemente a estabilização dessa, mas apenas nos casos dos incisos II e III do artigo 311 do CPC (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pg. 524).

²⁷⁶ “A principal finalidade é possibilitar ao interessado a satisfação da sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida. Obtida a tutela antecipada antecedente, o autor terá conseguido a satisfação total ou parcial de sua pretensão, ainda que em caráter não definitivo” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte). 16ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019, pg. 399).

3.2 A estabilidade e institutos afins.

Quando pensamos em estabilidade (gênero) de uma decisão judicial, em sua não-mutabilidade, o primeiro instituto jurídico que vem em mente é a coisa julgada. Para ser melhor diferenciada da estabilidade, a coisa julgada precisa ser muito bem delimitada. Ocorre que definir coisa julgada não é tarefa simples, já que ao longo da nossa história diversos estudos doutrinários apresentaram visões muitas vezes diversas, bem como o legislador deu a sua contribuição, no que tange a conceitos legais do instituto²⁷⁷.

A coisa julgada que precisa ser diferenciada da decisão estável, é a coisa julgada material. Isso porque, como a decisão estável só poderia ser revista em outro processo judicial²⁷⁸ (artigo 304, §§ 2º e 6º do CPC), seus efeitos se equivaleriam ao da coisa julgada formal. Essa similitude de efeitos não autoriza a conclusão que se tratam de institutos idênticos, mesmo porque tratam de estabilidades diversas, que tutelam situações diferentes, uma com a impossibilidade de reanalisar o processo como um todo, normalmente a partir da sentença²⁷⁹ e a outra apenas de rever a decisão concedida. É certo que ao seguir, o processo antecipado antecedente vai ser extinto e isso acarretará a coisa julgada (pelo menos formal), mas tal situação apenas demonstra que estamos diante de duas espécies do mesmo gênero (estabilidades processuais)²⁸⁰.

Sem embargo de posições diversas, a coisa julgada material é a autoridade ou qualidade da decisão que passa a ser imutável e indiscutível pela via do recurso, no processo em que foi proferida ou em outro semelhante²⁸¹. Importante destacar que coisa julgada

²⁷⁷ Para mencionar Leis mais recentes, vale trazer o conceito do artigo 467 do CPC/73: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, bem como do artigo 502 do CPC/2015: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

²⁷⁸ “A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 1145).

²⁷⁹ Vale frisar que a partir da redação do artigo 502 do CPC/2015 a coisa julgada material não está restrita à sentença, podendo ser proveniente também de decisão de mérito, logo decisões interlocutórias estáveis também poderiam ser efetivamente o alvo da coisa julgada material, em tese.

²⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, pgs. 318-324.

²⁸¹ A mera possibilidade de ajuizamento de ação rescisória não tem o condão de impedir o surgimento da coisa julgada, porém na esteira da doutrina de José Frederico Marques, uma vez ultrapassado o prazo decadencial de

material não é o efeito da decisão, pois não decorre necessariamente dela, sendo mera qualidade adquirida em decorrência da ordem pública (pacificação social) ocasionando a imutabilidade e indiscutibilidade do ato decisório²⁸².

O conceito de coisa julgada material acima transcrito, que decorre do texto legal (artigo 502 do CPC), na verdade é fruto da doutrina de Liebman, com mero aperfeiçoamento em relação ao código anterior, que inclusive reconhecia sua inspiração na sua exposição de motivos²⁸³. Foi o doutrinador italiano quem tratou da coisa julgada como autoridade da sentença e não mais como efeito dela²⁸⁴.

Cumprido mencionar que a coisa julgada é um instituto essencialmente prático, cuja missão principal é assegurar a solidez da tutela jurisdicional, sendo que o conceito a ser adotado deve ser compatível justamente com a realidade jurídica²⁸⁵. Na verdade, a coisa julgada material traz em si a noção (não jurídica, pelo menos) de estabilidade, de definitividade, como analisado acima.

A coisa julgada material só pode ser verificada em decisões judiciais que foram fruto de cognição exauriente, o que como visto acima, não é o caso do procedimento atinente a tutela antecipada antecedente. Dessa forma, a previsão legal no sentido de que a decisão estável não faz coisa julgada é um mero reforço legislativo ao entendimento consolidado na doutrina²⁸⁶, já que a decisão estável é fruto de cognição sumária.

dois anos ou julgada improcedente a ação rescisória, passamos a uma outra categoria de coisa julgada material, a chamada coisa soberanamente julgada, com mais força que a primeira (MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil v. IV. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, pgs. 386-387). Poderíamos acrescentar que essa coisa soberanamente julgada ganharia ainda mais força, caso julgada improcedente eventual *querela nullitatis insanabilis*, porém de toda a forma são ações excepcionais que não podem ser tidas como regra no ordenamento jurídico e por isso mesmo não interferem, em abstrato, no conceito de coisa julgada material.

²⁸² SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, volume 1: Processo de Conhecimento. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 900-901.

²⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, pgs. 615-616.

²⁸⁴ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert e KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 935-936.

²⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre a Coisa Julgada. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil, volume VI, Atos Decisórios, Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Coisa Julgada. Organizadores: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pgs. 681-683.

²⁸⁶ "Possuindo a natureza de provimento de urgência emitido em cognição sumária, como sói qualquer provimento de urgência, seu conteúdo não é hábil a gerar coisa julgada material, pois não se trata de sentença ou

Aliás, a definitividade é uma das principais características da jurisdição, sendo efetivada através do instituto da coisa julgada. Em outras palavras, a coisa julgada em si é o resultado ideal do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário e eventual negação da coisa julgada implicaria em uma verdadeira negação à função jurisdicional²⁸⁷.

A garantia constitucional da coisa julgada é tamanha que apesar da literalidade do texto constitucional (artigo 5º, XXXVI CRFB) a sua proteção não é limitada ao Poder Legislativo, mas também aos juízes é vedado desrespeitar a coisa julgada²⁸⁸. Por sua vez, não se vislumbra qualquer proteção constitucional à estabilidade do artigo 304 do CPC. Tamanha é a força desta garantia que alguns autores defendem que decisões judiciais transitadas em julgado, que respeitam o devido processo legal, não podem ser consideradas ilegais ou inconstitucionais, ainda que fundadas em texto normativo revogado ou suprimido por inconstitucionalidade superveniente²⁸⁹²⁹⁰.

decisão interlocutória que tenha julgado o mérito. A inércia do réu, nesse caso, não é comparável à revelia, pois não foi citado para um processo que poderia produzir coisa julgada, mas para um processo que, em razão de sua contumácia, só terá capacidade de produzir estabilização da antecipação da tutela ante causam. Admitir diversamente importa em violação da calculabilidade ou previsibilidade e, por conseguinte, da segurança jurídica, viciando de inconstitucionalidade o instituto, pois ao réu não era possível imaginar que sua omissão pudesse redundar em julgamento definitivo do conflito de interesses. A cognição, portanto, continuará sendo compatível com uma decisão prolatada sob a urgência e, portanto, naturalmente sumária, incapaz de produzir coisa julgada” (ARAÚJO, José Aurélio de. *Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 272).

²⁸⁷ SILVA FILHO, Paulo Cristóvão de Araújo. *Validade Constitucional da Coisa Julgada*. In *Curso Modular de Direito Processual Civil*. Organizadores: Tadaaqui Hirose e Maria Helena Rau de Souza. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pg. 382.

²⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. In *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, pg. 711.

²⁸⁹ Nesse sentido vale reprimir a lição de Hans Kelsen: “Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária. Nem mesmo no caso de uma decisão judicial de primeira instância atacável, quer dizer, anulável. O fundamento objetivo da sua anulabilidade não é – como pode ser afirmado pelas partes que a atacam, ou mesmo pelo tribunal de recurso – a sua ilegalidade, isto é, o fato de não corresponder à norma geral que deve aplicar – se assim fosse, seria nula, quer dizer, juridicamente inexistente, e não simplesmente anulável – mas a possibilidade pela ordem jurídica prevista de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada. Se a norma jurídica individual criada por uma decisão judicial é atacável, ela pode ser anulada pela norma com força de caso julgado de uma decisão de última instância não só quando o tribunal de primeira instância faz uso da alternativa para determinar ele próprio – com validade provisória – o conteúdo da norma por ele criada, mas também quando, de conformidade com a outra alternativa pela ordem jurídica estatuída, o conteúdo da norma individual criada pelo tribunal de primeira instância corresponde à norma geral que o predetermina” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pgs. 298-299).

²⁹⁰ Questão interessante é a disposição legal do artigos 525, § 12 e 535, § 5º, ambos do CPC, que consideram inexecutível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato

Dito isso, podemos concluir que o texto legal, ao deixar claro que a estabilização das decisões não se confunde com a coisa julgada (material), nada mais fez que reconhecer uma realidade fática. Vale repetir que a coisa julgada, como garantia constitucional que é, não pode ser comparada à estabilização, prevista em lei ordinária e que simplesmente pode ser evitada pela vontade exclusiva da parte ré.

A proteção (mais densa) da coisa julgada é verificada em concreto através de sua eficácia preclusiva, ou seja, a impossibilidade das partes, após o trânsito em julgado (material) da sentença em apresentar argumentos que poderiam ter sido apresentados para o acolhimento ou rejeição do pedido e não foram²⁹¹. Em outras palavras, é um efeito da coisa julgada que estabelece que uma vez resolvida a questão de mérito, mesmo que a parte não tenha trazido todos os argumentos que poderia trazer.

Já a preclusão não se confunde com a eficácia preclusiva da coisa julgada, efeito próprio do último instituto. Alguns autores, porém consideram a eficácia preclusiva da coisa julgada como “preclusão dotada de especificidade”²⁹². Na verdade, a preclusão é um

normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Até nesses casos, não se estaria violando a garantia da coisa julgada material, mas sim preservando a competência do Supremo Tribunal Federal, já que a própria lei ressalva a inexecutabilidade somente quando a decisão de inconstitucionalidade for proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. Essa é a conclusão da doutrina especializada: “os juízes e tribunais brasileiros estão, em síntese, proibidos de desconsiderar a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo observá-los em sua integralidade. Em vista disso, é possível dizer que a solução do novo CPC está ancorada na proteção da coisa julgada material enquanto tutela de um juízo legítimo sobre a questão constitucional. A coisa julgada não merece proteção quando o juízo não é legítimo, isto é, quando é formado mediante desconsideração de precedente constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pgs. 639-640).

²⁹¹ “De acordo com Barbosa Moreira, a eficácia preclusiva, ou a *Präklusionswirkung* do direito alemão, manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial” (ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática no Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pg. 224).

²⁹² “Simultaneamente ao trânsito em julgado da decisão final de mérito, agregase à coisa julgada este efeito de natureza preclusiva, que dela própria tem origem. Através dele, com exceção da via da ação rescisória, fica obstado rediscutir os efeitos tornados imutáveis pela coisa julgada material. Estará preclusa a possibilidade (*rectius*: faculdade) de apresentar alegações e defesas que poderiam ter sido opostas, durante o já extinto processo, objetivando o acolhimento ou a rejeição do pedido (art. 474 do CPC). Trata-se de preclusão dotada de especificidade, pois não opera no âmbito interno do processo, mas sim juntamente com a imutabilidade dos efeitos projetados para fora da relação processual, resguardando a *auctoritas rei judicatae*. Assim, embora não se confunda com a preclusão consumada dentro da relação processual (tal como prevista nos arts. 183, caput, 245, caput, e 473, do CPC), ela pode ser havida como de natureza temporal, no sentido de que, após o momento processual do trânsito em julgado, as partes não poderão mais fazer alegações de direito e de fato, visando à obtenção de provimento jurisdicional que julgue pela procedência ou improcedência da pretensão” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Revista de processo, v. 30, n. 130, p 49-63, dez. 2005, pg. 50).

fenômeno endoprocessual, cujos efeitos são restritos ao âmbito interno do processo, ao contrário da coisa julgada material, que também irradia efeitos para fora do processo. Por outro lado, cumpre registrar que balizada doutrina defende que esses institutos não deveriam ser diferenciados, pois apresentam mais semelhanças do que divergências²⁹³.

Em relação a preclusão, a princípio, deveríamos ter como premissa que a estabilização também não se confunde com preclusão. Isso porque, se fosse o mesmo instituto jurídico, o legislador não teria tratado de forma diversa e muito menos tipificado em capítulos diversos do Código de Processo Civil. Por outro lado, é certo, porém, que a preclusão é tratada diretamente no artigo 507 do CPC, na seção destinada à coisa julgada, o que pode levar a conclusão que estamos diante de institutos idênticos.

Na verdade, o tratamento legal da preclusão topograficamente na mesma seção da coisa julgada se explica desde o Código de Processo Civil de 1939, que apesar de ter o mérito de primeiro regular (de forma mais rígida) o instituto da preclusão, efetivamente não teve o rigor científico de separá-lo completamente da coisa julgada, trazendo um certo nível de confusão, entre os institutos, aos estudiosos da época²⁹⁴. Frise-se que o instituto da preclusão foi adotado no direito brasileiro tendo como marco teórico os estudos de Giuseppe Chiovenda²⁹⁵, que sistematizou a preclusão a partir do tratamento da coisa julgada, apesar do próprio ter chegado a conclusão que a preclusão não se confunde com a coisa julgada²⁹⁶.

Podemos definir preclusão como a perda de uma faculdade ou direito processual, em decorrência do seu esgotamento ou pelo não exercício no prazo assinalado, tendo como

²⁹³ “Observe-se que a coisa julgada e preclusão são institutos que possuem características muito próximas: ambos decorrem de exigências formalísticas, garantias, de racionalização da atividade processual, de redução dos custos, de economia e eficiência; ambos possuem efeitos comuns, como a proibição de repetição do ato, fortes na dimensão publicista de conferir paz e segurança jurídica. Assim, vê-se que se aproximam a coisa julgada e a preclusão também nos escopos de ambos os institutos” (CABRAL, Antônio do Passo. *As Estabilidades Processuais Como Categoria Incorporada ao Sistema do CPC In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018, pg. 45).

²⁹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. (Coleção Atlas de Processo Civil: coordenação Carlos Alberto Carmona. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pgs. 84-86).

²⁹⁵ “A preclusão é um instituto geral com requentes aplicações no processo e consiste na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo. Na aplicação especial que nos interessa, a preclusão é a perda da faculdade de propor questões, da faculdade de contestar” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, pg. 450).

²⁹⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. (Coleção Atlas de Processo Civil: coordenação Carlos Alberto Carmona. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pgs. 72-75)

objetivo garantir a marcha processual e evitar o retorno a fases já ultrapassadas²⁹⁷. A ideia de preclusão é justamente fazer com que o processo caminhe para frente e por isso impede que questões incidentalmente discutidas não possam ser revisitadas a qualquer tempo.

A preclusão é a própria manifestação da segurança jurídica, muitas vezes em detrimento de eventual justiça da decisão²⁹⁸. Sem a preclusão, o processo judicial poderia ter sua marcha interrompida a qualquer tempo, sendo então uma ferramenta a garantir a efetivação da razoável duração do processo²⁹⁹, o que independe de manifestação judicial expressa (artigo 223 do CPC).

Há três tipos de preclusão bem delimitados na doutrina: a preclusão temporal, consumativa e lógica. A primeira diz respeito a impossibilidade de prática de determinado ato processual em decorrência do término do prazo (peremptório) assinalado para fazê-lo. A preclusão consumativa impede a prática de um ato processual em repetição, ou seja, não pode ser praticado novamente porque essa faculdade já foi exercida. Por fim, a preclusão lógica proíbe a prática de ato incompatível com anterior já praticado.

O artigo 507 do CPC estabelece a vedação justamente da parte discutir matérias já decididas, preclusas. Ocorre que a maioria da doutrina entende que essa vedação também se aplica ao julgador (preclusão *pro iudicato*), porém a preclusão para o juiz seria apenas a consumativa³⁰⁰. Isso porque entende-se que o magistrado está sujeito a prazos impróprios e por isso não preclusivos³⁰¹, bem como que não seria possível a prática de comportamentos

²⁹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. A preclusão no Processo Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 784, p. 11-28, fev. 2001, pg. 13.

²⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pgs. 1152-1153.

²⁹⁹ Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: Perspectivas da Magistratura / coordenação Silas Silva Santos...[et al.]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, comentários ao artigo 507.

³⁰⁰ “A doutrina brasileira é praticamente uníssona em dizer que a preclusão incide também sobre o juiz. Nesse sentido se manifestaram, como já explanado, Antonio Alberto Alves Barbosa, Celso Agrícola Barbi, José Frederico Marques, Egas Dirceu Moniz de Aragão, Manoel Caetano Ferreira Filho, Humberto Theodoro Jr., Daniel Assumpção Amorim Neves, Heitor Vitor Mendonça Sica, Maurício Giannico, Fernando Rubin entre outros. Controverte-se, no entanto, acerca de quais espécies de preclusão operam em relação a ele, sendo tranquila apenas a incidência da consumativa, consistente em obstá-lo de reanalisar e redecidir matérias já resolvidas. Neste aspecto, é também firme a não incidência de preclusão sobre os despachos de mero expediente e de simples impulso processual, porquanto desprovidos de conteúdo decisório, assim como em relação às sentenças, terminativas e definitivas, transitadas em julgado, pois acobertadas pela coisa julgada. Restam, então, apenas as decisões interlocutórias em seu âmbito de abrangência” (TOSCAN, Anissara. Preclusão Processual Civil Estática e Dinâmica [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 5.1 Segue. A preclusão incidente sobre o juiz segundo a doutrina nacional).

³⁰¹ Fredie Didier Junior, por sua vez traz um interessante exemplo, específico para julgamento no plenário virtual

processuais contraditórios³⁰². Por outro lado, é certo que a preclusão *pro iudicato* não se aplica a matérias de ordem pública³⁰³.

A estabilidade do artigo 304 do CPC tem contornos diversos da preclusão, já que além da impossibilidade de rever a decisão, seja a pedido das partes ou de ofício pelo próprio magistrado, acarreta a extinção do processo.

Um último instituto que merece ser mencionado é a estabilidade prevista no artigo 357, § 2º do CPC, que faz uso da mesma expressão do caput do artigo 304, sendo que o primeiro trata da estabilidade conferida à decisão de saneamento findo o prazo de cinco dias para as partes solicitarem ajustes ou esclarecimentos. Surge a seguinte indagação: a decisão estável do artigo 357 do CPC tem os mesmos contornos jurídicos da decisão estável do artigo 304 do CPC? O código não trouxe qualquer regulação expressa que pudesse solucionar de plano a questão, porém devemos considerar que se trata do mesmo instituto³⁰⁴, pois se fosse uma estabilidade diversa, o legislador teria feito uso de outra nomenclatura, pelo menos.

A estabilidade da decisão em ambos os casos é destinada ao julgador, mesmo porque as partes não tem o poder de determinar a alteração de qualquer decisão. O que o Código

do STF, que segundo o autor seria caso de preclusão *pro iudicato*. Diz o autor baiano: “não se cogita, doutrinariamente, preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária merece ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também pela existência de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de ministro do STF silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, pg. 429).

³⁰² “E no tocante à preclusão lógica, apesar de comumente se afirmar que também ela não diz respeito aos poderes do juiz, há quem vislumbre alguma aproximação nesse sentido, como Rubin, que entende ser possível falar em preclusão lógica nesse âmbito, na medida em que é “vedado ao magistrado desprestigiar as disposições processuais vigentes, tumultuando o procedimento com decisões incompatíveis de impulsionamento”. Igualmente, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini asseveram que a preclusão dos poderes do juiz pode ser consumativa ou, excepcionalmente, lógica, como na hipótese em que o juiz deixa de exercer juízo de retratação no agravo, dando cumprimento à decisão agravada, quando lhe ficará preclusa a possibilidade de se retratar posteriormente” (TOSCAN, Anissara. Preclusão Processual Civil Estática e Dinâmica [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, item 5.1 Segue. A preclusão incidente sobre o juiz segundo a doutrina nacional).

³⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 1155.

³⁰⁴ Ao tratarem justamente desta estabilidade, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, explicam o fenômeno como eficácia preclusiva da decisão de saneamento, um desdobramento dos artigos 505 e 507 do CPC, apesar de admitirem a possibilidade de algumas matérias já resolvidas na decisão de saneamento eventualmente serem retomadas pelo julgador (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pgs. 1126-1127).

parece instituir ao criar espécies de decisões estáveis após um determinado fato processual (ausência de recurso do réu ou ausência de questionamento das partes) é uma vedação a atuação do magistrado no sentido de rever, por conveniência e oportunidade, a decisão proferida.

A decisão de saneamento e organização do processo é um verdadeiro marco processual, momento que se atinge a estabilidade da própria demanda, nos termos do artigo 329 do CPC. O que o legislador fez, foi prestigiar essa estabilidade da demanda e conceder mais segurança à própria decisão judicial que a institui³⁰⁵.

Esse ponto é muito importante frisar. Não se questiona na doutrina a possibilidade do julgador anular decisão eivada de algum vício insanável ou até mesmo revogá-la caso tenha sido fruto de alguma fraude, com violação de norma de ordem pública³⁰⁶. A estabilidade da decisão criada pelo CPC/2015 visa atacar a simples mudança de entendimento do julgador³⁰⁷.

A estabilidade da decisão pode ser a mesma (no caso do artigo 304 e do artigo 357, § 1º do CPC), mas na prática as suas possíveis consequências mostram-se diversas em razão do caminhar processual³⁰⁸. Como visto acima, uma vez estável a decisão que concede a tutela antecipada no procedimento antecedente, o próximo passo é a prolação da sentença, com a consequente extinção do processo. Neste caso, a estabilidade é decretada no corpo da

³⁰⁵ ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no Código de processo civil de 2015. In *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 259-277, jul. 2018, pgs. 269-270.

³⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil - Volume VII (arts. 318-368). Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, José Francisco Naves da Fonseca. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 316-317.

³⁰⁷ Alguns doutrinadores, como Leonardo Greco, apresentam uma visão um pouco diferente sobre o instituto. Para ele, a estabilização da decisão de saneamento não é absoluta, mas flexível, não podendo impedir uma reanálise de questões, quando o julgador entender necessário corrigir, por exemplo. Ensina que: “se o juiz não puder corrigir, emendar, modificar, os erros ou omissões ocorridos no percurso procedimental, o judiciário não estará cumprindo a promessa constitucional de assegurar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos de quem ele recorrer. Estabilidade, sim, como regra, mas não em caráter absoluto” (GRECO, Leonardo. Saneamento do Processo, Estabilidade e Coisa Julgada. In *Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC*, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018, pg. 597). A ideia por trás desse pensamento é muito válida: de que nem o juiz nem as partes são oniscientes, livres de erros. Ocorre que parece ir contra o espírito do CPC/2015, que admite eventuais erros das partes e do juiz em prol de um processo com mais segurança jurídica.

³⁰⁸ Para Alexandre Câmara, apesar de ambos os casos serem espécies de estabilização, há uma divisão em dois níveis, com intensidades distintas, sendo que a estabilização do artigo 304 do CPC seria num nível mais profundo, de maior grau, mas nas duas hipóteses haveria um obstáculo a rediscutir a questão, que não é absoluto diante da possibilidade de recurso à decisão de saneamento ou ajuizamento da ação específica para alterar a tutela antecipada (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pgs. 305-307).

sentença, não havendo espaço/momento para que o juiz eventualmente volte atrás e revogue a decisão que concedeu a tutela antecipada, por qualquer motivo.

Já no caso da decisão de saneamento e organização do processo, muitas vezes o processo continua com a produção de alguma prova, o que ainda reserva várias oportunidades para que o juiz possa proferir decisões, antes da sentença. Dessa forma, a probabilidade de perceber algum vício que gerou a decisão estável é muito maior e mais perceptível. Mais que isso, a probabilidade de ocorrência da decisão de saneamento num processo cível é muito maior do que a de concessão de tutela antecipada antecedente não recorrida, mesmo porque nesse último caso estamos diante de um procedimento especial.

3.3 O objeto da estabilidade

O artigo 304, caput do CPC estipula que uma vez não sendo interposto o recurso pelo réu a decisão que concedeu a tutela antecipada se torna estável. O Código realmente poderia ter esclarecido melhor o que é uma decisão estável, mas dado o tratamento a seguir no mesmo artigo, estável parece ser a decisão que não pode ser alterada pelo julgador. Tanto é assim que imediatamente após trazer a consequência da estabilidade para a decisão, o CPC determina que o processo será extinto, bem como que os efeitos da decisão estável se mantêm até serem eventualmente alterados em decisão proferida em outro processo judicial.

Ora, pela simples leitura da Lei, que presumidamente não contém palavras inúteis, percebemos que a estabilização, ou seja, a impossibilidade de alteração tem dois alvos, dois objetos: o primeiro é a própria decisão (artigo 304, caput do CPC), que é reconhecida a partir da sentença de extinção do processo; já o segundo são os efeitos dessa decisão, cuja estabilidade se mantêm pelo prazo de dois anos a contar da intimação da sentença de extinção do processo antecedente (artigo 304, §§ 5º e 6º do CPC).

Se a decisão, ao se tornar estável, gera efeitos endoprocessuais, com a imutabilidade da decisão pelo juiz e conseqüente extinção do processo, a estabilidade dos seus efeitos tem atuação extraprocessual, irradiando efeitos para fora do processo, em ultratividade, sendo que

tais efeitos perduram sem data limite de expiração, até serem eventualmente alterados por outra decisão judicial³⁰⁹.

3.4 Conceito de decisão estável

Por tudo já visto, podemos definir a estabilidade prevista no artigo 304, caput do CPC como uma qualidade atribuída a decisão mediante a não interposição de recurso pelo réu, que gera uma imutabilidade do conteúdo decisório, vinculante para o julgador e que gera efeitos a partir da sentença que extingue o processo antecedente, como verdadeira ultratividade, mantendo os efeitos da decisão estáveis até outra ação específica ser ajuizada para alterá-los.

Fica claro que a decisão estável é uma espécie do gênero estabilidades processuais, o que demanda uma nova forma de pensar por parte do intérprete da lei processual civil³¹⁰. O CPC/2015 claramente deu mais força e instrumentos jurídicos para garantir a segurança jurídica, em vários níveis ou graus, sendo o maior deles a coisa julgada material e o menor a preclusão.

A estabilização da decisão é um instituto jurídico novo, autônomo, uma técnica monitoria que apresenta elementos e objetivos semelhantes com a coisa julgada material, gera na prática a coisa julgada formal (com a extinção do processo)³¹¹ e ainda tem características praticamente iguais a uma preclusão *pro iudicato*³¹².

³⁰⁹ Nesse sentido: SOUZA, Artur César de. Tutela Provisória: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, pgs. 259-262 e MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, pg. 508.

³¹⁰ “A decisão provisória demanda uma autoridade própria, tanto em relação às partes como em relação ao próprio juiz que a concedeu. Não possui autoridade de coisa julgada do principal, autoridade de coisa julgada material, mas possui uma autoridade em relação à tutela ordenada, que não poderá ser rediscutida, salvo em caso de modificação das circunstâncias. Ela insinua o definitivo na ordem do provisório” (PAIM, Gustavo Gohrer. Estabilização da Tutela Antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pg. 155).

³¹¹ “A estabilização da tutela antecipada não é coisa julgada, mas com ela tem elementos comuns; é uma técnica monitoria, mas não se confunde com a ação monitoria, sobretudo pelos escopos que lhe são atribuídos pelo sistema; é um ato jurídico processual, mas não é, de modo algum, um negócio jurídico; possui um misto de finalidade público e privada; não ofende o devido processo legal, mas devem ser respeitadas as balizas que a delimitam” (GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pg. 213).

³¹² “A estabilidade do art. 304, § 1º, do CPC/2015, em verdade, não tem a mesma natureza jurídica da coisa julgada material. Esta é imutabilidade sobre o comando da decisão judicial; aquela é uma preclusão sobre a eficácia. A estabilização é mais próxima da preclusão *pro iudicato* do que da coisa julgada material, inclusive, pois a coisa julgada ostenta efeitos negativos (impedir a rediscussão do que foi decidido) e positivos (obrigar à observância no futuro, em outros processos). A tutela estabilizada não parece ter essa feição positiva” (ALVIM, Arruda. Novo Contencioso Cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pg. 189).

A principal característica da estabilização da tutela antecipada é transformar uma decisão que é provisória em essência numa decisão de provisoriedade eventual, quiçá com elementos semelhantes à definitividade, mesmo porque há prescindibilidade de posterior decisão judicial fundada em juízo de certeza³¹³.

3.5 Vedações à estabilidade

A impossibilidade de estabilização de alguma decisão que eventualmente conceda tutela antecipada pode se dar por motivos processuais ou de direito material. Algumas situações já foram tratadas ao longo dos capítulos anteriores, como no caso do réu não recorrer, mas apresentar defesa, o que para parte significativa da doutrina seria um impedimento à estabilização. Vejamos outras hipóteses alvo de discussão doutrinária.

Um primeiro caso, claramente de ordem processual, seria nas situações em que a Lei exige a nomeação de curador especial (artigo 72 do CPC). Alguns autores entendem que nesses casos, de incapazes com interesses conflitantes com os do seu representante legal e réus presos ou citados fictamente revéis, não seria possível a formação da estabilização, mas na verdade a estabilização não se mostra impedida por essas circunstâncias, mas pelo dever do curador especial apresentar defesa, no caso o recurso³¹⁴.

Mais que isso, não é possível se falar em revelia no procedimento antecedente, já que sequer iniciou-se o prazo para apresentação de contestação. Porém, nesse ponto deve ser feita uma interpretação sistemática para garantir a nomeação de curador especial ao réu preso ou citado fictamente que não constitua advogado³¹⁵.

Há quem defenda que também não é cabível a estabilização quando a causa versar sobre direitos indisponíveis, numa analogia à não aplicação dos efeitos materiais da revelia

³¹³ REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Autossatisfativa e Estabilização da Tutela Antecipada. In *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Junior*. Organização: Edgard Audomar Marx Neto ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pg. 303.

³¹⁴ “Não será possível a estabilização da tutela se o réu for citado por edital ou estiver preso, ou, ainda, se for incapaz sem representante legal ou se os seus interesses estiverem em conflito com o de seu representante legal. Nesses casos, será imperiosa a nomeação de curador especial para a realização da defesa, inclusive para a interposição do respectivo recurso contra a concessão da tutela antecipada” (SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, pg. 255).

³¹⁵ Nesse sentido: GOMES, Frederico Augusto. *A Estabilização da Tutela Antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pg. 140.

nesses casos³¹⁶. Com todas as vênias, não parece ser o caso. Isso porque a não apresentação do recurso não tem o condão de tornar presumidamente verdadeiros os fatos alegados para depois levar a uma decisão, mas ao contrário, estabilizar uma decisão já concedida, que inclusive pode ser alterada em ação posterior movida pela parte que entender necessidade.

Frise-se que em tema de direitos indisponíveis, temos um grande, senão o maior litigante do Judiciário brasileiro: a Fazenda Pública. É importante dizer que nem todo interesse público (diga-se fazendário) pode ser considerado indisponível³¹⁷. Mais que isso, há expressas vedações legais à concessão de tutela antecipada em face do Poder Público (o que não escapa de críticas doutrinárias³¹⁸), que inviabilizam a possibilidade de estabilização³¹⁹.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência³²⁰ tem entendido perfeitamente admissível a eventual estabilização de tutela antecipada proferida contra a Fazenda Pública³²¹,

³¹⁶ SICA, Heitor Vítor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, pgs. 430-431.

³¹⁷ Na verdade, a melhor forma de identificar o interesse realmente indisponível é adotar a célebre classificação entre interesse público primário e secundário, sendo o último a preocupação pontual do Ente Estatal, normalmente atrelada a questões patrimoniais, que não decorrem da proteção privilegiada, por não serem superiores a eventuais interesses privados. Assim explica Marçal Justen Filho: “o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo: O interesse público não consiste no ‘interesse do aparato estatal’. O Estado, como sujeito de direito, pode ter interesses de modo semelhante ao que ocorre com qualquer sujeito privado, que age segundo uma lógica de conveniência. Esses interesses do aparato estatal não podem ser reconhecidos como ‘interesse público’. Configura-se a distinção apontada por Renato Alessi entre ‘interesse público primário’ e ‘interesse secundário’, difundida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello. É imperioso ter em vista que nenhum ‘interesse público’ configura-se como ‘conveniência egoística da administração pública’. O chamado ‘interesse secundário’ (Alessi) ou ‘interesse da Administração Pública’ não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são ‘interesses’, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. Somente para os interesses privados e no âmbito da atividade privada é que se admite a busca pela maior vantagem possível, mas sempre respeitados os limites do direito. Essa conduta não é admissível para o Estado” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pgs. 155-156).

³¹⁸ “De acordo com o art. 1.059 do Código de Processo Civil, à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009”. O código de 2015 reprisa regras inconstitucionais, voltadas a impedir a concessão de liminar de natureza cautelar e antecipada contra a Fazenda Pública. O art. 1.059 é uma regra que representa o viés autoritário da maioria parlamentar que o aprovou. Imaginou-se que, por ser ré a Fazenda Pública, seria possível ignorar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – exatamente o direito fundamental imprescindível à tutela de todos os demais direitos –, bem como retirar do Judiciário o poder de definir, diante dos casos concretos, quando a tutela urgente deve ser concedida para tutelar os direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pg. 137)

³¹⁹ São exemplos de casos em que há proibição à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública: compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (artigo 7º, § 2º c/c artigo 7º, § 5º, ambos da Lei 12016/2009 c/c artigo 1059 do CPC/2015).

³²⁰ “A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição

o que é inclusive objeto de enunciado possibilidade inclusive alvo do enunciado 130, da II Jornada de Processo Civil do CJF (“é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública”). Questão interessante é se há necessidade de remessa necessária para que a decisão estável produza efeitos, posicionando-se a doutrina especializada pela dispensa dessa revisão³²².

Uma hipótese tem causado bastante controvérsia: a possibilidade de estabilização de decisão parcial. Essa decisão parcial poderia se dar em mais de um cenário, como quando o julgador concede apenas parte do pedido, ou em se tratando de mais de um pedido, concede a tutela antecipada sobre algum deles e ainda, numa terceira hipótese, da concessão ser total, mas o réu recorrer apenas parcialmente da decisão.

Alguns autores defendem que a estabilização parcial não seria possível em razão do risco de litispendência (parcial), que poderia ocorrer em eventual ação de revisão da decisão estável envolver o mesmo mérito (relação jurídica) da questão principal não estabilizada³²³. Outro argumento utilizado para combater a possibilidade de estabilização parcial seria a economia processual, pois parte do processo já iria continuar de qualquer forma, não havendo ganho efetivo de tempo com a estabilização de apenas parte do intento do autor, além do grave risco de confusão procedimental³²⁴. Esse último poderia ser caracterizado, por exemplo, quando um pedido do autor é concedido e o outro negado, sendo que ao mesmo tempo o

exauriente sujeita a remessa necessária” (TJMG, Apelação Cível 1.0348.16.000489-4/001, Relatora Desembargadora Heloisa Combat, Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 03/11/2016, Data da publicação da súmula: 08/11/2016).

³²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 169.

³²² Leonardo Carneiro da Cunha apresenta interessantes argumentos contrários a existência de remessa necessária nesses casos: “não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada. Além do mais, não cabe tutela de urgência contra o Poder Público nos casos vedados em lei e nos casos de pagamento de valores atrasados, que exija expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Não sendo possível tutela de urgência com efeitos financeiros retroativos, a hipótese não alcança valor que exija a remessa necessária, aplicando sua hipótese de dispensa prevista no § 3º do art. 496 do CPC” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 345).

³²³ SOUZA, Artur César de. Tutela Provisória: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, pgs. 249-250.

³²⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pgs. 525-526.

requerente deveria aditar a inicial em 15 dias (referente a parte concedida) e emendar a exordial em 5 dias (em relação a parte negada)³²⁵.

Realmente as situações acima transcritas soam desagradáveis para a boa praxe processual e possivelmente causadoras de situações indesejáveis. Porém, a simples possibilidade de confusão ou de risco de litispendência ou ainda que pensássemos em eventual perigo de decisões contraditórias não é suficiente para afastar a aplicação de um instituto previsto em Lei. Nesse ponto parece correta a doutrina que defende a possibilidade de estabilização parcial, na parte da decisão que concedeu a tutela antecipada e não foi alvo de impugnação por recurso³²⁶.

3.6 A ação “rescisória” para rever, reformar ou invalidar a decisão estável e o seu prazo decadencial de dois anos

Como visto acima, a estabilidade da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente acarreta a extinção do processo antecedente, mas pode ser revista, reformada ou invalidada, através de nova demanda, que pode ser proposta por qualquer das partes (artigo 304, § 2º do CPC)³²⁷. Se a comparação entre a estabilidade e a coisa julgada material é um ponto comum na doutrina, também passa a ser possível associação entre essa demanda posterior e a ação rescisória. De plano, cabe esclarecer que não se trata propriamente de ação

³²⁵ SOUZA, Artur César de. *Tutela Provisória: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, pgs. 250-251.

³²⁶ “Questão interessante é saber se a decisão que concede a tutela antecipada apenas parcialmente tem aptidão para a estabilização. Parece-nos que sim: ela tem aptidão para a estabilização justamente na parte em que atendeu ao pedido provisório do autor. Neste caso, sobrevivendo a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos apenas desse capítulo decisório, prosseguindo-se a discussão quanto ao restante” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pg. 689).

³²⁷ A própria existência dessa ação traz dúvida para parte da doutrina acerca da “utilidade” no aditamento determinado pelo artigo 303 do CPC. Dizem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “neste caso, torna-se um pouco nebulosa a intenção do legislador com a previsão do CPC 303. Cremos que o disposto neste CPC 304 se justifica apenas se a tutela a ser concedida consistir no único objeto da ação principal a ser proposta. Mesmo assim, para que, então, haver uma ação principal se a revisão do requerimento deverá ser feita por meio de uma ação em separado? O julgamento da ação principal, no caso do CPC 303, não poderia se prestar a isso, já que existe sempre a possibilidade de rever a antecipação concedida?” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pg. 1005). A preocupação parece um pouco infundada, já que no caso do artigo 303 do CPC, há uma expectativa que a parte ré se manifeste se deseja ou não continuar com o processo e discutir todas as questões postas, inclusive a tutela antecipada concedida e caso não haja tal interesse, com a extinção do processo, a Lei criou um mecanismo para possibilidade de revisão dessa tutela concedida em cognição sumária.

rescisória e esse termo só deve ser utilizado entre aspas, como forma de comparação analógica³²⁸, para se referir à ação sob análise, justamente para evitar confusão entre institutos diversos. Para fins didáticos passaremos a nomear essa ação prevista no artigo 304, § 2º do CPC como ação revisional.

Dito isso, tais ações tem algumas semelhanças, podendo inclusive se valer de mesmos argumentos para alcançar o mesmo objeto, por exemplo, quando uma das partes buscar a anulação do julgado em razão de ter sido proferido por juízo absolutamente incompetente. Note-se que apesar da ação rescisória possuir fundamentação vinculada (às hipóteses do artigo 966 do CPC), nada impede que a ação revisional, de fundamentação livre, faça uso de uma das hipóteses previstas para a primeira³²⁹.

Talvez a similitude que mais chama atenção é o prazo decadencial³³⁰ de dois anos, que abrange tanto a ação rescisória quanto essa ação revisional. Trata-se, porém, de uma mera coincidência, sem qualquer sinal de alguma ligação mais forte entre essas duas demandas. Ademais, há uma especificidade do prazo exclusivamente em relação a ação rescisória, pois apesar de decadencial, pode ser prorrogado se findar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense (artigo 975, § 1º do CPC). Tal disposição não se aplica à ação revisional tendo em vista se tratar de exceção, que vai contra as principais características do prazo decadencial, improrrogável como regra.

A ação rescisória é proposta sempre perante um Tribunal, por determinação constitucional³³¹, já a ação revisional é processada e julgada no mesmo juízo que concedeu a

³²⁸ “*Mutatis mutandis*, essa nova ação projeta-se sobre a tutela estabilizada como a ação rescisória se projeta sobre as decisões de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada. Aqui não se tem uma coisa julgada nem essa é uma ação rescisória, mas sua função sistemática é equivalente – e, tanto quanto se dá quando se propõe a ação rescisória, os efeitos da tutela estabilizada só cessam quando tal ação venha a ser julgada procedente, ditando sua desconstituição, sendo ela sujeita ao mesmo biênio decadencial do direito à ação rescisória” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 894).

³²⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pgs. 1006-1007.

³³⁰ Para Fabrício Castagna Lunardi não se trata de prazo decadencial (ou prescricional), sendo uma nova forma de extinção da possibilidade de reforma da decisão judicial, completamente diversa e independente em relação aos prazos prescricionais e decadenciais do Código Civil (LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 365).

³³¹ Artigo. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”; artigo 105: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”; artigo 108: “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais

tutela antecipada objeto do julgamento, que se torna prevento (artigo 304, § 4º do CPC), até por uma questão de lógica³³². A ação rescisória tem rito próprio (artigos 968 e seguintes do CPC), podendo ser ajuizada pelas partes, terceiro interessado, Ministério Público e por interventor obrigatório que não foi ouvido (artigo 967 do CPC). Por outro lado, a ação revisional pode se valer de qualquer via eleita, seja procedimento comum ou especial (cabível), que tenha em seu bojo pedido para rever, reformar ou invalidar a decisão estável, não havendo um procedimento pré-determinado para tanto³³³, cuja legitimidade para a propositura é restrita às partes³³⁴.

Importante destacar que essa ação revisional não precisa ter necessariamente como único (e principal) pedido a reavaliação da decisão estável, que pode ser tratada inclusive como pedido subsidiário. Dessa forma, tal demanda não pode ser identificada obrigatoriamente como demanda principal³³⁵, apesar de ser uma das facetas possíveis dessa ação.

Todas essas diferenças deixam claro o acerto do enunciado 27 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), ao estipular que: “*não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015*”, mesmo

Federais: I - processar e julgar, originariamente: b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região; artigo 125, § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

³³² ARAÚJO, Fabio Caldas de. Curso de Processo Civil: Parte Geral – Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pg. 1002. O que o Código fez nesse aspecto foi criar uma espécie de competência funcional (absoluta) para que o juízo que concedeu a tutela antecipada antecedente seja o mesmo, em razão da função, a julgar eventual ação revisional (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, pg. 533).

³³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 1006. Arruda Alvim vai além e defende que essa revisão pode ser operada através de uma nova medida provisória, desde que respeitados os requisitos legais, diante da falta de vedação expressa e com base no acesso à justiça e efetividade (ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, pg. 731).

³³⁴ O artigo 304, § 2º do CPC é claro ao limitar a legitimidade ativa (e também passiva) ao estipular que: “qualquer das partes poderá demandar a outra”, sem menção a nenhum outro legitimado.

³³⁵ Esse parece ser o entendimento de Humberto Theodoro Junior ao apontar que: “o código, por outro lado, deixa aberta a porta para posterior ajuizamento da ação principal, de cognição plena, para rediscutir o direito material objeto da tutela editada no processo antecedente – revendo, reformando ou invalidando a tutela satisfativa –, conforme se extrai do art. 304, § 2º” e continua afirmando que essa ação de cognição plena “observará o procedimento comum” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 719).

porque faltaria interesse de agir, diante da inadequação da via eleita³³⁶. Questão controvertida na doutrina é saber se após o transcurso do prazo inicial de dois anos, excluindo-se a possibilidade de ajuizar ação revisional, seria possível ajuizar ação rescisória³³⁷. Em outras palavras, a discussão se limita a saber se após os dois anos, a decisão estável mantém sua natureza jurídica ou se transforma em coisa julgada material.

Uma vez extinto o processo antecedente, os efeitos da decisão que se tornou estável são mantidos até eventual ação revisional, dessa forma, em um primeiro momento temos uma estabilidade provisória, que pode ser alterada por qualquer ação judicial, como visto acima. Mas um dos grandes questionamentos atuais da doutrina é o que acontece justamente após esse prazo decadencial de dois anos³³⁸.

Duas ressalvas merecem ser feitas antes de tratarmos do tema: a primeira é que não se verifica qualquer problema na utilização de mera nomenclatura para designar o fenômeno da decisão estável após o prazo para ajuizar a ação revisional, mas sim quando se discute alteração da natureza jurídica do instituto em si. Em outras palavras, alguns autores nominam a decisão estável, uma vez ultrapassado o prazo decadencial de dois anos, de “marcadamente

³³⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, pg. 1007.

³³⁷ “Na verdade, porém, não cabe cogitar de ação rescisória na espécie, pela simples razão de que por disposição expressa da própria lei a decisão estabilizada não assume a autoridade de coisa julgada, e a rescisória, também por expressa previsão legal, só se presta a desconstituir decisão acobertada pela coisa julgada material (NCP, art. 966). Logo, após o biênio do art. 304, § 5º, qualquer tentativa de discutir em juízo a questão resolvida na decisão estabilizada esbarrará na barreira intransponível, não da *res iudicata*, mas da decadência, como sói acontecer com qualquer direito extinto por ultrapassagem do prazo fatal do exercício” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 720).

³³⁸ André Luiz Bäuml Tesser resume bem o tipo de questionamento que se tem sobre o assunto: “ora, se o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada será extinto (e, portanto, deve se reputar o prazo de dois anos para fazê-lo como prazo decadencial), o que acontecerá com a decisão que foi estabilizada, se não há formação de coisa julgada material? Que fenômeno processual será esse? Uma hipótese de preclusão qualificada, sem formação de coisa julgada material?” (TESSER, André Luiz Bäuml. Código de Processo Civil Anotado. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, pg. 447.

estável”³³⁹, “estabilização definitiva”³⁴⁰, “superestabilização da tutela antecipada”³⁴¹, “estabilização irreversível”³⁴², entre outros.

A segunda observação é que não se verifica qualquer dificuldade quando efetivamente há modificação no estado de fato ou de direito envolvendo a decisão estabilizada e o prazo de dois anos já se esgotou. Isso porque, em tais casos, o que se verifica é uma nova demanda, que sequer está limitada por eventual coisa julgada material, podendo ser rediscutida pelo Poder Judiciário normalmente³⁴³.

A doutrina se divide muito nesse ponto.

Há doutrinadores que defendem que essa “estabilidade definitiva”, que não pode mais ser revista pela ação revisional efetivamente gera coisa julgada material, mesmo se tratando de decisão interlocutória³⁴⁴. O grande problema desse entendimento parece ser a falta de fundamentação legal, bem como a contrariedade da conclusão com o próprio instituto da coisa julgada, já que não estamos diante de decisão proveniente de cognição exauriente e ainda não há nova decisão para alterar a natureza jurídica dos efeitos, mas a simples extinção da possibilidade de ajuizamento de uma ação.

Alguns autores defendem que durante o prazo de dois anos, estamos diante de um fenômeno denominado coisa julgada em condição suspensiva, já que não haveria propriamente a coisa julgada material, que surgiria após o prazo, através de uma interpretação conjugada com o artigo 502 do CPC³⁴⁵. Além do inconveniente de violar texto expresso de lei

³³⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, pg. 509.

³⁴⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017, pg. 364.

³⁴¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pgs. 432-433.

³⁴² DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pg. 490.

³⁴³ “Note-se, ainda, que, mesmo que ultrapassado o prazo previsto no § 5º do art. 304, pode a parte pedir revisão da decisão se, posteriormente, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito (se isso é possível mesmo diante da decisão de mérito que faz coisa julgada, *ex vi* do art. 505, I do CPC/2015, deve ser também *a fortiori*, em relação à decisão sumária cujos efeitos tornaram-se estáveis, se ultrapassado o prazo referido no § 5º do art. 304 do CPC/ 2015)” (MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018, pg. 510).

³⁴⁴ SOUZA, Artur César de. Código de Processo Civil: Anotado, Comentado e Interpretado: Parte Geral (arts. 1 a 317, volume I. São Paulo: Almedina, 2015, pg. 1354.

³⁴⁵ Nesse sentido é o posicionamento de Misael Montenegro Filho, que ainda defende a possibilidade de ação rescisória para eventualmente atacar essa coisa julgada material formada após o prazo para ajuizamento da ação revisional (MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pgs. 275-276).

(artigo 304, § 6º do CPC), esse entendimento parece desconsiderar o próprio conceito de coisa julgada, pois o artigo 502 do CPC se refere a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, o que faz crer que se exige uma efetiva decisão apta a gerar coisa julgada após prazo recursal, o que não é o caso tratado, no qual a decisão de mérito em si gerou apenas a estabilidade. Para que pudéssemos considerar como apta a gerar a coisa julgada uma decisão com eficácia dúbia e cuja natureza se altera com o transcurso de prazo decadencial, haveria necessidade de expressa disposição legal.

Outros vão defender que nesse caso estamos diante de uma “quase coisa julgada”, mas no sentido de institutos equiparáveis e não no sentido de algo no caminho de se tornar coisa julgada³⁴⁶. A ideia dessa formulação é justamente que alguns efeitos da coisa julgada podem ser constatados na decisão estável não mais sujeita ao ajuizamento de ação revisional. Com todas as vênias, tal entendimento parece ignorar a autonomia do instituto ou pior transmutar sua natureza jurídica pelo simples fato de possuir efeitos semelhantes a outro, o que por si só não diz nada, já que ambos, assim como a preclusão em geral, visam trazer estabilidade ao ordenamento jurídico.

Humberto Theodoro Junior tem uma posição interessante, no sentido que após o prazo decadencial de dois anos a decisão estável não se transforma em coisa julgada, mas apesar disso continua imutável, pois opera-se a decadência do direito à sua revisão, reforma ou invalidação³⁴⁷. O problema desse posicionamento é que seja chamando de decadência ou de coisa julgada, a verdade é que uma vez conferindo a força da imutabilidade total ao provimento estável, há verdadeira equiparação com o instituto da coisa julgada material, sem que o processo anterior tivesse condições de alcançar tal grau de estabilidade.

Outros autores mantêm o entendimento que a decisão estável não faz coisa julgada material mesmo ultrapassado os dois anos da intimação da extinção do processo antecedente e

³⁴⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pg. 433.

³⁴⁷ “Em suma, não se trata de conferir a autoridade de coisa julgada material à decisão provisória estabilizada nos termos do art. 304, mas simplesmente de submetê-la ao regime da prescrição e decadência, fenômenos que impedem a demanda, apresentando-se como causas de extinção liminar do processo, com resolução do mérito. Não é preciso, pois, instaurar-se uma celeuma em torno da verificação ou não da coisa julgada na espécie, quando o que o legislador fez foi simplesmente estabelecer um prazo de decadência” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pgs. 720-721).

defendem que essa decisão estável não pode mais ser revista, reformada ou invalidada, porém argumentos contrários a essa medida poderiam ser levantados pela parte prejudicada em eventual outro processo³⁴⁸.

De forma contundente Daniel Mitidiero faz uma importante análise acerca do problema da eficácia da decisão estável após o transcurso do prazo de dois anos, para chegar a conclusão que apesar de não ter dito expressamente, o legislador equiparou, nesse caso, a decisão estável à coisa julgada material, já que aquela decisão se tornou imutável e indiscutível³⁴⁹. Com todas as vênias, não parece ser essa a melhor conclusão, seja pela expressa previsão legal em contrário ou ainda pela possibilidade de se rediscutir a questão de fundo novamente, mesmo que não se possa mais atacar diretamente a decisão estabilizada, como se verá no item seguinte.

A primeira questão a ser resolvida é se a decisão estável, após o prazo de dois anos, faz coisa julgada material ou não e nesse ponto tenho plena convicção que não há qualquer possibilidade de mutação da natureza jurídica de decisão estável para coisa julgada. Acertado nesse ponto o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno, para quem após aquele prazo, há *“mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica”*³⁵⁰.

Quanto à possibilidade de alteração dos efeitos da decisão estável, após o transcurso do prazo decadencial de dois anos, entendo que eles podem sim ser revistos, mas não de forma direta, não como objeto de uma “nova ação revisional”, tendo em vista a extinção desse direito pela decadência. Ocorre que como se trata de uma estabilidade (mesmo que mais poderosa do que a estabilidade inicial) que tem menos força que a coisa julgada material. Logo, uma ação posterior, que tenha outro pedido, mas que trate da mesma relação jurídica, pode afetar os efeitos estabilizados da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, mesmo que ultrapassado o prazo decadencial de dois anos.

³⁴⁸ TESSER, André Luiz Bäuml. Código de Processo Civil Anotado. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, pg. 447.

³⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, pgs. 876-877.

³⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pgs. 711-712.

Devemos compatibilizar as lições doutrinárias que temos acerca dos institutos jurídicos em análise, seja a coisa julgada, seja a preclusão e até a estabilização da decisão com os ditames legais expressos, como o do artigo 304, § 6º do CPC, que é cristalino no sentido de que tal decisão não produz coisa julgada.

3.7 Diferenciação entre coisa julgada e a decisão estável definitiva: a possibilidade da decisão estável ter seus efeitos mitigados por ação diversa transitada em julgado.

Como visto no item anterior, a grande questão sobre a estabilização é como compatibilizar o maior grau de definitividade da coisa julgada material e eventual colisão dessa com a estabilização dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, após o transcurso do prazo decadencial de dois anos para ajuizar a ação revisional. Quando uma for posta em sentido contrário à outra, deve prevalecer a decisão com força de coisa julgada material, mesmo porque tal garantia vem da sua previsão constitucional.

Não basta diferenciar esses institutos jurídicos no plano teórico, sendo que a prática exige uma preparação de como prosseguir em caso de colisão entre eventual decisão estável e outra com a autoridade de coisa julgada material.

Vejamus uma questão prática para melhor esclarecer o ponto. Imaginemos que uma pessoa teve seu nome incluído em cadastros restritivos de crédito, de forma indevida, na sua visão. Ajuíza então uma ação de tutela antecipada antecedente, alegando o ato ilícito de inclusão e requerendo tão somente a exclusão do apontamento. O juiz concede a tutela antecipada, o réu não recorre e o processo é extinto, sendo estabilizada a decisão. Passam-se dois anos e meio e o réu da ação antecedente resolve ajuizar ação de cobrança referente a mesma dívida que gerou a negativação anterior. Nessa outra demanda, em cognição exauriente, é decidido que a dívida era válida e a cobrança é julgada procedente. Com o trânsito em julgado da segunda decisão, o credor pode não só se valer dos meios adequados para receber a quantia devida, mas inclusive proceder a nova inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito. Essa atitude pode até violar a decisão estável anterior, mas

respeita a decisão com força de coisa julgada material, que como vimos acima é mais forte que a mera decisão estável³⁵¹.

Elpídio Donizetti, analisando o exemplo acima chega a conclusão semelhante, mas com outra justificativa. Para o professor mineiro, uma vez transitada em julgado a segunda ação, uma nova inscrição em cadastros restritivos de crédito teria novo fundamento, seria um outro ato, o que não levaria a um desrespeito à decisão estável em si. Não se pode concordar com esse posicionamento, pois se a dívida é a mesma, a intenção com a negativação é a mesma (coerção para pagamento), não há mudança no fundamento, já que a sentença simplesmente reconheceu a validade da dívida e não a criou. O que se tem é uma autorização de força maior para descumprir uma determinação com força menor, ambas provenientes do Poder Judiciário.

Daniel Mitidiero defende que eventual previsão de coisa julgada como qualidade atribuída a decisão não proferida mediante cognição exauriente seria inconstitucional. Na verdade, a mera equiparação dos efeitos da estabilização da decisão à coisa julgada já seria uma interpretação contrária a constituição. Para ele, o procedimento atinente a concessão da tutela antecipada antecede não tem o condão de produzir uma decisão justa, já que não detém de ampla liberdade probatória e de contraditório³⁵².

Com todo o respeito ao posicionamento acima, esse não parece ser o melhor entendimento. Na verdade, não há que se falar em coisa julgada por expressa posição política do legislador nesse sentido e penso que tal previsão seria até mais útil e constitucional do que trazer um instituto jurídico sem qualquer formatação legal, que causa tantas dúvidas na doutrina, como analisado no item anterior. Não veria qualquer inconstitucionalidade em

³⁵¹ “Uma vez condenado e transitada em julgado a decisão condenatória, poderá o nome do requerente da tutela estabilizada ser reinscrito no referido serviço de proteção ao crédito. A reinscrição não era possível tendo por fundamento a mera existência da dívida, com base em título extrajudicial, porquanto esta, com base em cognição sumária, foi reputada inexistente. Agora, pode-se proceder à inscrição originária, com base em outro fundamento, ou seja, a coisa julgada emergente da decisão condenatória” (DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, pg. 261).

³⁵² “O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. (...) sendo a obtenção de uma decisão justa uma das suas finalidades, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa –e, pois desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo” (MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos

eventual previsão de concessão de coisa julgada, já que as limitações do contraditório e da produção de prova só existem se a parte vencida não interpuser o respectivo recurso, ou seja, se encontrar satisfeita com a decisão. Se o juiz não entendesse que há provas mínimas, não concederia a tutela antecipada, logo não se pode equiparar essa decisão a uma injustiça.

Parece claro, depois de toda as explicações acima é que a estabilidade prevista no artigo 304 do CPC é um meio termo entre preclusão e coisa julgada, um instituto novo com graduação de força intermediária entre aqueles dois.

Dito isso, entendo ser inconstitucional eventual preavalecimento da decisão estável (seus efeitos) em face de uma outra decisão com força de coisa julgada material. Essa inconstitucionalidade decorre de expressa violação do artigo 5º, XXXVI da CRFB, já que se até a lei deve respeitar a coisa julgada, parece óbvio que eventual decisão estável não pode prevalecer ao decido definitivamente.

Frise-se a decisão estável não é mais alterada ou passível de alteração após o transcurso do prazo decadencial de dois anos, porém os seus efeitos não são imutáveis, podendo ser alterados em decorrência de decisão transitada em julgado contrária. A decisão com coisa julgada pode inclusive justificar o descumprimento da decisão estável sem qualquer consequência, pois no caso de decisões contraditórias “definitivas”, prevalece a de maior envergadura constitucional.

CONCLUSÃO

A atual sociedade é dinâmica e cada vez mais tem necessidades urgentes. A urgência é um elemento essencial no nosso meio de vida e o Poder Judiciário, como órgão do Estado apto a resolver os conflitos sociais não pode se furtar a solucionar as questões postas também de forma a levar em consideração o tempo.

Como vimos, a tutela antecipada veio para atingir esse propósito, assim como as tutelas provisórias em geral. Especificamente em relação a tutela antecipada na modalidade antecedente, a intenção claramente foi resolver situações que o sistema anterior não conseguia solucionar de forma célere, ou seja, os casos de decisões satisfativas que dispensavam a instauração de um processo completo, por completa falta de interesse (fático, não jurídico) das partes, em ambos os polos.

Não tenho dúvidas quanto ao desacerto em criar o procedimento antecedente antecipado da forma como foi instituído, ou seja, com a possibilidade de estabilização da decisão, simplesmente para atacar esse tipo de situação. Em primeiro lugar porque a litigiosidade no nosso sistema é muito grande e a verdadeira satisfação da parte vencida é algo raro na prática forense. Mais que isso, na prática, esse procedimento vai incentivar a

interposição de recursos nem que seja para que a parte ré possa produzir provas ou apresentar defesa, mesmo que se satisfaça com a decisão definitiva de primeira instância.

A sumarização do procedimento não deixa de ser uma tendência como revela a própria ação monitória. Por outro lado, falta um estudo detalhado que possa esclarecer sua relevância, ou seja, se a porcentagem de processos em que não são apresentados embargos justifica a existência desse procedimento autônomo ou se na maior parte das vezes o processo seguirá pelo procedimento comum. Como visto na introdução desse trabalho, a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada veio da Europa, sendo que é bastante utilizada na França e Itália, porém a “importação” não foi completa, já que veio sem a sua definitividade, ou seja, não constou a previsão que o uma vez estabilizada a decisão, esta fará coisa julgada.

Alguns doutrinadores, como visto acima, defendem a impossibilidade de decisão proferida em sede de cognição sumária gerar coisa julgada, mas se a Lei assim o determinar, com respeito ao contraditório e ampla defesa, não consigo vislumbrar qualquer inconstitucionalidade em tal previsão. A sumarização do procedimento, ou seja, a falta de oportunidade para defesa ou apresentação de provas e defesa, se for escolhida pelo vencido, tendo ele próprio desejado abrir mão de maiores garantias, não incorre em qualquer violação à Constituição.

O que defendo é a impossibilidade da decisão estável prevalecer sobre a coisa julgada material, o que aconteceria se eventual ação posterior, com decisão de mérito transitada em julgado não pudesse alterar efeitos de uma decisão estável, que não mais possa ser revisada em razão da ocorrência da decadência. O legislador criou um instituto jurídico autônomo “decisão estável”, que difere da coisa julgada na força e proteção constitucional, apesar de ambos pertencerem ao mesmo gênero “estabilidades processuais”.

Essa falta de definitividade gera ainda maiores problemas quando lembramos o pequeno âmbito de atuação para esse tipo de procedimento, qual seja, situações urgentes que são tão urgentes que impedem a elaboração de petição inicial completa. Essa é uma das ideias centrais do trabalho, ou seja, o procedimento atinente a tutela antecipada antecedente é subsidiário em relação ao pedido de tutela antecipada incidental. Essa é a única conclusão possível quando analisamos que a tutela antecipada em si é a mesma, só a modalidade de pedir que muda, só o procedimento. Procedimento é matéria de ordem pública e não seria crível trabalhar com a hipótese que o legislador criou dois institutos (procedimentos)

diferentes que visam exatamente o mesmo objetivo (concessão da tutela antecipada) cabendo exclusivamente ao autor a escolha entre cada um deles, sem motivo justo para tanto³⁵³.

O que justifica a criação desse procedimento monitorio é essa urgência maior que a urgência “tradicional”, que impede a elaboração da petição inicial hígida, completa. Por isso, não pode ser usado em qualquer hipótese, sob pena de inadequação da via eleita (falta de interesse de agir). Esse controle da urgência e logo dos requisitos de admissibilidade da tutela antecipada antecedente deve ser feito pelo magistrado no momento do recebimento da petição inicial de forma rigorosa.

A ideia do procedimento atinente a concessão da tutela antecipada antecedente é interessante, mas além de visar combater uma ínfima porção de situações processuais tem a potencialidade de causar severos problemas em um número muito grande de processos. Defendi ao longo do trabalho, que a estabilização não é um efeito automático da decisão, após a não interposição de recurso pelo réu, mas é juridicamente aceitável o entendimento que a estabilização não dependeria de qualquer decisão expressa do magistrado, ao encerrar o processo. Agora imaginemos uma situação infelizmente muito comum: a parte autora pede a tutela antecipada antecedente de forma equivocada (sem respeitar os requisitos legais), o juiz concede a tutela antecipada sem fazer qualquer menção ao procedimento e eventualmente ele é extinto. Para a corrente que defende a estabilização automática, houve estabilização e a continuidade de processo dessa forma seria um erro processual grave. Note-se que poderíamos ter milhares de processos com decisões estáveis que sequer as partes tenham real noção que houve estabilização.

Os problemas não param por aí. Não se sabe ao certo como se dá a extinção do processo, uma vez estabilizada a decisão se com ou sem mérito, sendo que ambos os entendimentos podem ser validamente argumentados. Ao longo do trabalho, defendi que a extinção é sim com mérito, pois mesmo que não se trate do mérito da demanda principal, em cognição exauriente, o mérito da ação antecedente foi efetivamente resolvido.

³⁵³ No rito dos juizados especiais cíveis de âmbito estadual teríamos uma situação de escolha livre do autor, que poderia preferi-lo ao procedimento comum. Não me parece um bom exemplo a ser seguido em relação a tutela antecipada antecedente, já que no caso dos juizados, tanto no procedimento da Lei 9.099/95 quanto no procedimento comum, há possibilidade de se alcançar a coisa julgada, independentemente da vontade do réu, o que não ocorre no rito dos artigos 303 e 304 do CPC. Mais que isso, os Juizados Especiais Cíveis tem assento constitucional (artigos 24, X e 98, I CRFB) e uma importância ímpar no que se refere ao acesso à justiça, principalmente nas causas que dispensam a capacidade postulatória.

A inovação legislativa sempre tem o objetivo de resolver problemas, sejam processuais ou de direito material. No caso, apesar da boa intenção, parece que os problemas se multiplicaram ou pelo menos, podem se multiplicar. Como resolvê-los então? São tantas as polêmicas e situações difíceis que penso que a melhor solução seria revogar por completo a modalidade antecedente para a concessão de tutela antecipada. talvez outra solução menos radical seria extirpar do mundo jurídico a estabilidade e trazer efetivamente a qualidade de coisa julgada material à decisão que concede a tutela antecipada e não é alvo de recurso.

Temo que esse tipo de problema nunca vai se resolver por completo, mesmo porque a história do nosso direito mostra exatamente isso. A panaceia de todos os problemas sempre parece ser a próxima solução dada pelo legislador, o próximo procedimento especial, a nova forma de requerer algo que torna o processo mais célere. A questão é que muitas vezes saber o que é o antídoto e o que é o veneno, vai depender da quantidade a ser aplicada.

Gostaria de terminar com as palavras do mestre José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado em 2001³⁵⁴, tratando sobre as questões polêmicas da tutela antecipada, mas infelizmente ainda muito atual:

“É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver; e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador, e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia-a-dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito, e até de desfazê-lo, se preciso for. **Em matéria processual, como a de que estamos cuidando, o primeiro passo consistirá necessariamente na observação escrupulosa do que sucede no foro, com a utilização das técnicas próprias.** Colhidos os resultados, cumpre examiná-los atentamente e sem idéias preconcebidas, para concluir com segurança. Isso é o que se deveria

³⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da tutela: Algumas Questões Controvertidas. Revista de Processo, São Paulo, v. 26, n. 104, p. 101-110, out./dez. 2001, pg. 110.

fazer - estar fazendo - em relação às inovações introduzidas em nosso sistema processual, desde o instante em que cada uma principiou a viger. Tudo indica que já se perdeu bastante tempo; mas nunca é tarde demais para começar. Estarei regamente pago do esforço se lograr convencer os ouvintes da necessidade de pôr mãos à obra, em matéria de antecipação da tutela e em qualquer outra análoga” (sem grifo no original).

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Novo Contencioso Cível no CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15: volume 4 – arts. 260 ao 329.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. Curso de Processo Civil: Parte Geral – Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, José Aurélio de. Cognição Sumária, Cognição Exaustiva e Coisa Julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A estabilização das decisões judiciais decorrente da preclusão e da coisa julgada no novo CPC: reflexões necessárias. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 17, n. 100, p. 18-42, mar./abr. 2016.

ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Manual dos Recursos [livro eletrônico]. 5ª ed. em e-book baseada na 9ª ed. impressa. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Processo Civil Brasileiro, volume II, Tomo II: Parte Geral: Institutos Fundamentais. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Carlos Augusto. A Antecipação de Tutela e a sua Estabilização. Novas perspectivas. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016.

AURELLI, Arlete Inês. Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao Código de Processo Civil – volume 1 (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de processo civil brasileiro de 2015 : (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 273, p. 191-253, nov. 2017.

_____. Os référé. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 250, p. 217-239, dez. 2015.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, vol. 1. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil: Parte Geral do Código de Processo Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela antecipada. Tutela Cautelar. Procedimentos Cautelares Específicos. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Projetos de Novo Código de Processo Civil Comparados e Anotados: Senado Federal PLS N. 166/2010 e Câmara dos Deputados Pl. N. 8046/2010. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. As Estabilidades Processuais Como Categoria Incorporada ao Sistema do CPC In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares. Servanda, Campinas/SP, 2000.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção Antecipada de Prova e o Novo CPC. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 5: Direito Probatório. Coordenador Geral, Fredie Didier Jr.; Coordenadores: William Santos Ferreira e Marco Félix Jobim. Salvador, Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Colisão de direitos fundamentais, direito à saúde e tutela antecipada. In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 43-55, maio/jun. 2006.

_____. Lições de Direito Processual Civil: volume 1. 24ª ed. Atlas: São Paulo, 2013.

_____. O Novo Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. Será o fim da categoria "condição da ação"?: uma resposta a Fredie Didier Junior. Revista de processo, v. 36, n. 197, julho de 2011.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert e KAZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CANOTILHO, J.J. GOMES [et al.]. comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa, Portugal: Gradiva, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil v. 1 (tradução de Adrián Sotero De Witt Batista). Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO FILHO. Milton Paulo de. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: Perspectivas da Magistratura / coordenação Silas Silva Santos...[et al.]. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo, volume I. São Paulo: Ltr, 1999.

CASTRO, Roberta Dias Tarpinian de. O sentido de Antecedente e a Estabilização da Tutela Provisória Antecipada. In Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, V. III. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Junior. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

COELHO, Gláucia Mara. Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo. José Roberto Cruz e Tucci , coordenador. São Paulo: Lex Editora, 2010.

COSTA, Bruno Vinícius da Rós Bodart da. Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo Fonseca da. Enunciados FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Organizados por Assunto, Anotados e Comentados. Coordenador Ravi Peixoto. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Moacir Lobo da. Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura. São Paulo: RT/Edusp, 1970.

CRETELLA NETO, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. A Causa Petendi no Processo Civil. 2ª ed., rev, atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil - Volume VII (arts. 318-368). Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, José Francisco Naves da Fonseca. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Normas Fundamentais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.8. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm 2016.

_____. Será o fim da categoria condições da ação?: uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Revista de processo, v. 36, n. 198, agosto de 2011.

DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil v. 2: Do Processo de Conhecimento, arts. 102 a 242*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DESSAUNE, Marcos. O prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos: Direito, Ação, Eficácia e Execução. 2ª ed. em ebook baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. Será o fim da categoria "condição da ação"?: um elogio ao projeto do novo código de processo civil. Revista de processo, v. 36, n. 197, julho de 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, v. I. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Nova era do processo civil, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Código de Processo Civil Comentado. Coordenação José Sebastião Fagundes Cunha (coordenador geral), Antônio César Bochenek e Eduardo Cami. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Liminar, Extinção do Processo e Apelação. In Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Coordenação: Marina Baird Ferreira e Margaria dos Anjos. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, tomo I: do processo de conhecimento, arts. 270 a 281. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; e OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC 2015: Parte Geral. Volume 1. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

_____. Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: Comentários ao CPC 2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In Revista de processo, v. 30, n. 130, p 49-63, dez. 2005.

GODINHO, Robson Renault. In Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenação: Antônio Passos Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Frederico Augusto. A Estabilização da Tutela Antecipada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso de Direito Processual Civil, volume1: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte). 16ª ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Comentários ao Código de Processo Civil. Coordenadores: Angélica Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi e COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, Imutabilidade das Eficácias Antecipadas e Eficácia de Coisa Julgada: Uma Versão Aperfeiçoada. In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRECO, Leonardo. Cognição Sumária e Coisa Julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 6, n X, jul.-dez. 2012.

_____. Instituições de Processo Civil, volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Saneamento do Processo, Estabilidade e Coisa Julgada. In Coisa Julgada e Outras Estabilidades Processuais – coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.12. Coordenação Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAMY, Eduardo de Avelar. A Distinção entre Medidas Urgentes e Tutela de Urgência: Conseqüências para o Escopo de Sistematização. Revista de processo, v. 29, n. 118, p 289-302, nov./dez. 2004.

LEMOS, VINÍCIUS SILVA. A Necessidade de Separação da Tutela Provisória Antecipada Antecedente em Duas Espécies Diferentes. In Doutrinas Essenciais Novo Processo Civil, V. III. Organizadores: Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Junior. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Volume I. 3ª ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LIMA, Bernardo Silva e GABRIELA, Expósito. "Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. Revista de Processo, São Paulo, v. 250, pgs. 167-187, dezembro de 2015.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. rev. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Provisória: Interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre Tutela Provisória. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil v. 4 – artigos 294 ao 333. 1 ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. 1ª edição, 2ª tiragem. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.

_____. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. 2ª ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, Volume II. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório [livro eletrônico]. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil v. II. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

_____. Instituições de Direito Processual Civil v. III. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

_____. Instituições de Direito Processual Civil v. IV. 1ª ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29ª ed. atual. e compl. Por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

MIRANDA, Vicente. Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1992.

MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.]. 3ª ed. rev. e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

_____. Colaboração no Processo Civil [livro eletrônico]: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 1ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In Temas de Direito Processual: Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Antecipação da tutela: Algumas Questões Controvertidas. Revista de Processo, São Paulo, v. 26, n. 104, p. 101-110, out./dez. 2001.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2013.

_____. O Novo Processo Civil Brasileiro (exposição sistemática do procedimento). 27ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Temas de Direito Processual: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Temas de Direito Processual: Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOTTA, Francisco José Borges e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. In *Comentários ao Código de Processo Civil*. Organizadores: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NAGAO, Paulo Issamu. O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

_____. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

_____. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação de Coisa Julgada. In Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.4: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. 2ª ed. rev. e atual. Salvador, Juspodivum, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da Tutela Antecipada à Tutela Superantecipada: Breves Considerações Acerca dos Requisitos Essenciais da Petição Inicial Simplificada. In Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

PAIM, Gustavo Gohrer. Estabilização da Tutela Antecipada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Da Antecipação da Tutela in Ensaios e Artigos v. 1. Editora JusPodivm: Salvador, 2014.

PEIXOTO, Ravi. Por uma Análise dos Remédios Jurídicos Processuais Aptos a Impedir a Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente de Urgência. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo volume 1: Teoria Geral do Processo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAATZ, Igor. Negócios jurídicos processuais e elasticidade procedimental sob o enfoque do modelo democrático-constitucional de processo. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 26, n. 101, jan./mar. 2018.

_____. Tutelas Provisórias no Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, Modificação e Negociação da Tutela de Urgência Antecipada Antecedente: Principais Controvérsias. In *Grandes Temas do Novo CPC*, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela Autossatisfativa e Estabilização da Tutela Antecipada. In *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Junior*. Organização: Edgard Audomar Marx Neto ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, volume 1: Processo de Conhecimento. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, volume 2. 27 ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. In *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015*. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

_____. Preclusão Processual Civil. (Coleção Atlas de Processo Civil: coordenação Carlos Alberto Carmona. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil Volume 1 – Processo de Conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Do Processo Cautelar. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA FILHO, Paulo Cristóvão de Araújo. Validade Constitucional da Coisa Julgada. In *Curso Modular de Direito Processual Civil*. Organizadores: Tadaaqui Hirose e Maria Helena Rau de Souza. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SOUZA, Artur César de. Código de Processo Civil: Anotado, Comentado e Interpretado: Parte Geral (arts. 1 a 317, volume I. São Paulo: Almedina, 2015.

_____. Tutela Provisória: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das Tutelas de Urgência. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil, volume V, Tutela de Urgência e Procedimentos Especiais. Organizadores: Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Adequações Procedimentais para a Tutela Satisfativa Antecedente no Código de Processo Civil/2015. In Grandes Temas do Novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr. Coordenadores: Mateus Pereira, Roberto Gouveia, Eduardo José da Fonseca Costa. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TESSER, André Luiz Bäuml. Código de Processo Civil Anotado. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A preclusão no Processo Civil. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 90, n. 784, p. 11-28, fev. 2001.

_____. *Código de Processo Civil Anotado*. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum - v. 1. 60ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOSCAN, Anissara. Preclusão Processual Civil Estática e Dinâmica [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VASCONCELOS, Ana Paula e VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC-2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 123-139, jan. 2017.

VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ORIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. Tutela Provisória: Questões Polêmicas. In *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/73 ao CPC/2015*. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno... [et al.]. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória)*, Volume 2. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4 ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2012.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no Código de processo civil de 2015. In *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 259-277, jul. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.