

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Pablo Monteiro Lemos

EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM
CARÁTER ANTECEDENTE

RIO DE JANEIRO

2017

Pablo Monteiro Lemos

EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM
CARÁTER ANTECEDENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes – Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Hélio Borges

RIO DE JANEIRO

2017

Pablo Monteiro Lemos

EFECTOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM
CARÁTER ANTECEDENTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes – Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Dr. Hélio Borges – Orientador

Prof. Dr. Fernando Reis – Avaliador

Prof^ª. Dra. Gisele Bonatti

RESUMO

O presente trabalho de dissertação foi elaborado como requisito obrigatório para a conclusão do curso de Direito na Universidade Candido Mendes – Centro, e tem como objeto o estudo, a partir da pesquisa bibliográfica, da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente, inserida no novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. No tocante à estrutura, o estudo realizado se divide em quatro capítulos, sendo o primeiro dirigido ao estudo das tutelas provisórias existente no Código de Processo; o segundo direcionado ao instituto da tutela de urgência, bem como de sua natureza cautelar e satisfativa; o terceiro, acerca da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e; o quarto, tópico principal do nosso trabalho, se dedica a análise minuciosa da técnica de estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, como todos os seus requisitos e efeitos. De modo, buscou-se uma construção dinâmica de todo o procedimento necessário para que ocorra o fenômeno da estabilização dos efeitos da decisão concessiva e, assim, permitir o uso efetivo da técnica processual introduzida no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela antecipada antecedente. Estabilização.

ABSTRACT

The present dissertation was developed as a mandatory requirement for the conclusion of the course at the Candido Mendes University - Center, and has as its object the study, based on bibliographical research, the technique of stabilization of antecedent guardianship, inserted in the new Code of Brazilian Civil Procedure of 2015. Regarding the structure, the study is divided into four chapters, the first one aimed at the study of provisional tutelages in the Code of Procedure; the second directed to the institute of the guardianship of urgency, as well as of its precautionary and satisfying nature; the third, regarding the protection of anticipated urgency required in antecedent character and; the fourth, the main topic of our work, is devoted to a thorough analysis of the technique of stabilization of the guardianship of anticipated urgency required in antecedent character, as all its requirements and effects. we sought a dynamic construction of all the necessary procedure for the phenomenon of stabilization of the effects of the concessionary decision to occur and, thus, to allow the effective use of the procedural technique introduced in the country order.

Keywords: Temporary custody. Guardianship of urgency. Advance antecedent guardianship. Stabilization

.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	2
2.1	Tutela provisória de urgência.....	4
3	TUTELAS DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA.....	8
4	TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	10
4.1	Noções Gerais.....	10
4.2	Procedimentos.....	12
4.3	Fungibilidade.....	16
5	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	19
5.1	Noções Gerais.....	20
5.2	Pressupostos Da Estabilização.....	21
5.2.1	Requerimento Da Tutela Antecipada Em Caráter antecedente.....	21
5.2	Concessão Da Tutela Antecipada Requerida Em Caráter Antecedente.....	21
5.2.3	Inércia Do Réu.....	22
5.2.4	Ausência De Aditamento Da Petição Inicial Pelo Autor.....	27
5.2.5	Síntese Dos Pressupostos.....	30
5.3	Ação Autônoma Com Pedido De Revisão, Reforma Ou Invalidação Da Tutela Antecipada Estabilizada.....	30
5.4	Estabilização E Coisa Julgada.....	33
6	CONCLUSÃO.....	34
7	REFERÊNCIAIS.....	38

1 INTRODUÇÃO

A constituição federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, trouxe o princípio da inafastabilidade do poder judiciário e, logo em seguida, em seu inciso LXXVIII, trouxe o princípio da duração razoável do processo.

Assim, para que possamos atender ao direito de acesso à justiça, em conformidade com o texto maior, a tutela jurisdicional deve ser prestada com efetividade, de maneira adequada e de modo célere, resguardando sempre os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesse diapasão, com o intuito de se obstar o empecilho temporal e observando os preceitos fundamentais, foi criada uma técnica processual denominada estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente, medida prevista no código de processo civil de 2015, representou uma grande evolução do instituto das tutelas provisórias de urgência de natureza satisfativa, e veio como modo inovador que permitiu o encurtamento do processo quando as partes, tanto autor como réu, se encontrarem satisfeitas com a concessão da tutela antecipada antecedente.

Nesse intento, a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente se amoldou precisamente dentro dos princípios acima elencados.

Contudo, o legislador brasileiro, em que pese trazer ao ordenamento jurídico instituto tão peculiar, deixou a desejar na redação dos artigos (em especial o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015) pertinentes a técnica de estabilização, uma vez que não apresentou maiores detalhes acerca da dinâmica do procedimento, bem como orientações sobre a natureza jurídica.

Deste modo, a presente dissertação visa responder as indagações mais comuns acerca da técnica inovadora, como: i) preceitos fundamentais; ii) possibilidades de requerimento; iii) hipótese de deferimento parcial; iv) natureza jurídica da decisão concessiva e; v) ação autônoma destinada a revisão, reforma ou invalidação do ato decisório que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente.

Assim, buscamos esclarecer todas as condições necessárias para que ocorra o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, bem como as formas de desconstituição de seus efeitos, sobretudo no tocante a enorme divergência doutrinária existente entre os diversos institutos que cercam a tutela antecipada.

Inicialmente, verificaremos as noções gerais da técnica, incorporada ao nosso ordenamento jurídico para suprir a necessidade de encurtamento do processo nos casos em que existe desinteresse das partes no seu prosseguimento após a antecipação dos efeitos da tutela, para que, posteriormente, se avalie os pressupostos necessários para que ocorra a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Por fim, abordaremos questões de menor importância, como os procedimentos da ação autônoma que visa reformar, revisar ou invalidar a decisão concessiva, o cabimento de outras ações, como por exemplo a ação rescisória, a natureza do prazo de 2 (dois) anos previsto para o ajuizamento da ação autônoma e, os efeitos da técnica de estabilização após decorrido o lapso temporal de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação.

2 TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inicialmente, ao se analisar os institutos, das atualmente denominadas, “tutelas provisórias” percebe-se que houve muita discussão acerca da nomenclatura que deveria ser utilizada. Assim, ao final de todos os intensos debates, o texto legal apresentado utilizou-se da nomenclatura de “tutelas provisórias”, passando-se a constar no Código de Processo Civil 2015 em seu livro V, substituindo assim a terminologia utilizada no antigo código “tutela antecipada”.

Importante ressaltar que essa mudança de terminologia adotada pelo novo código em nada alterou, ao menos substancialmente, o conteúdo das disposições anteriormente apresentadas.

Assim, tendo em vista a nova terminologia adotada pela Lei Processual, buscamos a sua definição na doutrina de Leonardo Greco¹.

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.

Dessa definição, depreende-se que a principal característica atribuída as tutelas de urgência e de evidência seria a provisoriedade. Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 também estabeleceu o princípio da instrumentalidade, como característica das “tutelas provisórias”².

O Código de 2015 restabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo a qual a provisoriedade está sempre vinculada à instrumentalidade, de tal modo que a tutela provisória, de urgência ou de evidência, será sempre considerada uma função acessória em relação a uma outra modalidade de tutela, cognitiva ou executiva.

Dessa análise, o artigo 294 do Código de Processo Civil classificou a tutela provisória em três grandes enfoques, sejam eles, a) quanto à satisfatividade da decisão

¹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.*, Rio de Janeiro, v. XIV,n. 1 pag.296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

² GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.*, Rio de Janeiro, v. XIV,n. 1 pag.296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 14 nov. 2017. *apud*: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.)

(antecipada ou cautelar); b) quanto ao momento da decisão (antecedente ou incidental) e; c) quanto à natureza da decisão (urgência ou de evidência).

Mantendo o que já existia no antigo Código, o artigo 296 do novo código de processo dispõe que a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Já o artigo 297 possibilita ao juiz determinar as providências que considerar mais adequadas à efetivação da tutela provisória. Portanto, percebe-se que o artigo legitimou ao magistrado a utilização de instrumentos coercitivos para garantir o cumprimento do que foi determinado pela concessão da tutela provisória.

De igual forma, o artigo 298 reforçou uma das premissas fundamentais trazidas pelo novo código de processo, isto é, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Logo, na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela, o Magistrado deverá motivar seu convencimento de forma clara e precisa, sob pena de nulidade (artigo 11 do CPC/15).

Assim, analisando as disposições gerais que norteiam a tutela provisória Fredie Didier Jr. Ressalta três características essenciais³:

a) a sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade; b) a precariedade. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, caput, CPC). A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela. c) e, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada

Por fim, no tocante à legitimidade, poderão requerer a tutela provisória em caráter incidental todo aquele que alegar ter direito à tutela jurisdicional, isto é, o Autor, o Réu, terceiros intervenientes, o assistente simples, o substituto processual e o Ministério Público. Já, por outro lado, na tutela provisória em caráter antecedente, o requerimento somente poderá ser feito pelo Autor através da petição inicial.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V.2.11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 582.

2.1 Tutela provisória de urgência

As tutelas provisórias de urgência previstas no novo Código de Processo Civil de 2015 em seu livro V título II, são subdivididas em três capítulos: a) Disposições Gerais; b) Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente e; c) Do Procedimento da Tutela Cautelar Requerida em Caráter Antecedente.

Nesse tocante, importante ressaltar que tutela de urgência é gênero que pode ser dividida em duas espécies: Tutela de urgência cautelar e a Tutela de urgência antecipada.

Ultrapassados esses primeiros pontos e de acordo com os novos ensinamentos trazidos pelo novo Código de Processo, podemos definir a tutela de urgência como: “Uma tutela provisória, de caráter urgente, nos casos em que exista iminente perigo de perda ou lesão ao direito que a parte alega ter, o que por si só demandaria uma rápida prestação jurisdicional. ”

Sobre o requisito da urgência, ensina Leonardo Greco⁴:

É a urgência, a situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evitá-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.

Adiante, dispõe o parágrafo único do artigo 294 que as tutelas de urgência podem ser requeridas em caráter incidental ou antecedente.

A tutela de urgência de natureza cautelar ou a de natureza antecipada, podem ser requeridas de forma incidental, isto é, já no curso do processo ou na própria petição inicial da ação. Para tanto, basta se atravessar uma petição nos autos, em que existam os pedidos finais de tutela definitiva, requerendo sua concessão.

Nesse sentido explica Fredie Didier Jr⁵:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo

⁴ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*.v.4.2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 198.

⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V.2.11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585

pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória. É importante esclarecer que o pedido de tutela provisória incidental não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo (enunciado n. 496 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). (...) Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; d) ou no bojo da petição recursal.

Percebe-se que o intuito do legislador foi de simplificar o pleito que busca uma medida urgente, vez que independentemente do momento de requerimento da tutela cautelar ou antecipada, não se fará necessário a constituição de um novo processo visto que o novo pleito correrá dentro dos próprios autos.

Para que se requeria a concessão de uma tutela antecipada ou cautelar, necessário se fará demonstrar a existência dos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme disposto no artigo 300 do Código de Processo Penal de 2015.

O pressuposto de probabilidade do direito, também conhecido como *fumus boni iuris*, deverá atender sempre a verossimilhança fática e a plausibilidade jurídica, isto é, o Magistrado avaliará se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido.

Já o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo é requisito próprio da modalidade de tutela provisória, visto que busca impedir que o tempo, necessário a duração do processo e a maturação da instrução probatória, cause danos as partes.

Nesse sentido, Leonardo Feres da Silva Ribeiro, ensina que o preenchimento dos requisitos positivos autorizadores da concessão da tutela de urgência está relacionado à “regra da gangorra”⁶:

Feita a cognição sumária e desde que o magistrado enxergue alguma possibilidade na viabilidade do direito invocado, deverá voltar seus olhos para a intensidade do *periculum in mora* para decidir se concede ou não a tutela de urgência pretendida. Nesse contexto, pode-se afirmar que quanto maior o “*periculum*” maior a chance de deferimento. Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma “gangorra”. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito

⁶ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015. p. 203-204.

invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades de caso concreto. A conjugação desses fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência. É certo que, havendo algum grau de possibilidade de o direito socorrer à parte requerente, o juiz deverá preocupar-se com o *periculum in mora*, procedendo à avaliação dos males que advirão, tanto para o autor quanto para o réu parte, com a concessão, ou não, da medida. Faz-se o jogo da proporcionalidade, do juízo do mal maior, tendo como fator de maior peso para pender a gangorra, para um lado ou para o outro, o *periculum in mora*.

A “regra da gangorra” ensina que se durante a cognição sumária realizado pelo Magistrado, este enxergar alguma possibilidade no deferimento do direito invocado pela parte autora, deverá analisar a intensidade do *periculum in mora* para decidir se concede ou não a tutela de urgência. Em outras palavras, se o julgador constatar que na balança entre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, está pesa para o lado do perigo de demora, deverá nesse caso deferir a tutela de urgência requerida.

Presentes ambos os requisitos necessários, sopesado os males que acarretarão as partes no caso da concessão ou não da tutela de urgência, fará o juiz um raciocínio de proporção procurando saber para qual lado tende a “gangorra”.

Outrossim, importante ressaltar que a tutela de urgência poderá ser requerida em caráter antecedente ou incidental e concedida liminarmente, mediante a audiência de justificação prévia (artigo 300, §2º, CPC), ou ainda, após a oitiva da parte adversa.

Tal avaliação, antecedente ou incidente, deve sempre vir acompanhada de um juízo positivo de existência do direito do requerente e da inevitabilidade do dano iminente, bem como o juízo de ponderação favorável ao *periculum in mora*, visto que nesse caso será sacrificado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Destaca-se que nesse caso, tendo em vista a mitigação do direito ao contraditório e à ampla defesa, é facultado ao Juiz, como um requisito adicional, exigir caução real ou fidejussória idônea, capaz de ressarcir possíveis danos que a outra parte pode vir a sofrer (artigo 300, §1º, CPC), que poderá ser dispensada na hipótese de hipossuficiência da parte a que interessa.

Assim como no antigo Código de Processo Civil de 1973, o §3º do artigo 300 da nova Lei Processual, indica como requisito negativo, e exclusivo para a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, a inexistência de perigo de irreversibilidade, isto é, caso a concessão da tutela de urgência antecedente traga perigo de irreversibilidade da decisão, está não poderá ser concedida.

Ato contínuo, o artigo 301 dispõe que a tutela de urgência cautelar, além de poder ser realizada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem, poderá ser realizada por qualquer outro meio idôneo que assegure o direito. Ora, o artigo 301 do novo código de processo, trouxe ao judiciário um verdadeiro poder geral de cautela.

Por fim, o artigo 302 prevê as hipóteses em que a parte que requereu a concessão da tutela provisória de urgência responderá pelos danos que causar a outra parte. São elas: i) se a sentença lhe for desfavorável; ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal e; iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

3 TUTELAS DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA

O novo código de processo civil de 2015 elencou requisitos para a concessão das tutelas de urgência antecipada e cautelar que se encontram elencados no *caput* do artigo 300, inserido no capítulo disposições gerais das tutelas de urgência.

São eles: elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, percebemos, portanto, que a nova disposição processual uniformizou os pressupostos positivos necessários para a concessão das tutelas antecipada e cautelar, não havendo mais qualquer diferenciação no texto legal.

Neste diapasão, não restam dúvidas que para sua concessão, tanto a tutela antecipada quanto a cautelar, deverá o requerente demonstrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Não obstante a demonstração dos dois elementos positivos elencados, deverá ainda o requerente, caso deseje a concessão de uma tutela antecipada, demonstrar o elemento negativo, previsto no artigo 300, §3º, CPC, de inexistir perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão que a conceder.

Nas disposições gerais, ainda, o artigo 301 preceitua especificamente sobre a efetivação das tutelas de urgência de natureza cautelar, citando medidas que eram, antigamente, citadas como cautelares típicas, além de estabelecer um poder geral de cautela para medidas inominadas ou atípicas.

Deste modo, tendo em vista que o código de processo civil de 2015 não distinguiu os requisitos positivos que devem ser atendidos para a concessão de cada uma das medidas, a doutrina trouxe ressalvas quanto ao grau de cognição do magistrado ao analisar o requisito do *fumus boni iuris*, distinguindo o que relaciona a situação de perigo para cada uma delas.

Entende a larga doutrina que o grau de cognição do magistrado na apreciação das diferentes tutelas de urgência deve divergir. Isto ocorre na medida que na tutela de urgência antecipada, deve a cognição do magistrado estar em um grau médio de profundidade, isto é, o grau de cognição deve levar ao juiz a um “dever ser”, a probabilidade do direito dever ser tamanha a ponto de ser possível ao juiz vislumbrar uma sentença de procedência ao final da ação, junto com o perigo da perda de um direito caso não seja deferida a medida requerida. Por outro lado, na tutela de urgência cautelar, basta que o grau de conhecimento do magistrado o leve a um “poder ser”, ou seja, deve haver a probabilidade do direito do requerente e o perigo do resultado útil do processo que advirá.

Prossegue a doutrina ao diferenciar as tutelas cautelares e antecipatórias pelo enfoque da satisfatividade, isto é, o traço que distingue as diferentes tutelas é a satisfação ou não do direito material que apresentam.

A tutela antecipada apresenta uma natureza satisfativa, eis que realiza de algum modo à pretensão relativa ao direito material. Já a tutela cautelar, possui natureza não satisfativa, visto que server apenas para assegurar o resultado útil do provimento jurisdicional.

Outra diferenciação pode ser constatada nos procedimentos adotados por cada uma delas. Ensina Leonardo Greco:

O Código não define expressamente tutela cautelar e tutela antecipada. Essas noções, extraídas da doutrina e da jurisprudência anterior (...) se descobrem veladamente em alguns dispositivos. Assim, o artigo 301, estabelece que “a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea”, deixa claro o caráter assecuratório ou conservativo endoprocessual dessas medidas, ao concluir que sempre se destinam “asseguração do direito”. Esse caráter endoprocessual da tutela cautelar também transparece na ausência de previsão de estabilização da medida provisória, com a previsão expressa, ao contrário, da sua caducidade se não proposta a ação principal (art. 309, inciso I). Já o caráter de julgamento provisório do pedido principal, na tutela antecipada, resulta necessariamente do artigo 303 que identifica o pedido de antecipação com o pedido principal, embora permita que este venha a complementar o primeiro, e do artigo 304, que prevê a estabilização da tutela provisória na regulação da relação jurídica de direito material entre as partes.

Podemos concluir então que o novo código de processo civil de 2015, diferenciou as tutelas antecipada e cautelar em duas questões principais. A natureza satisfativa, a antecipada possui natureza satisfativa e a cautelar possui natureza não satisfativa e o requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente exigir a formulação do pedido principal no prazo de trinta dias, enquanto no requerimento de tutela antecipada antecedente poderá ser dispensada a formulação deste pedido principal, sendo disciplinada sua estabilização no artigo 304 da lei processual, previsão está que inexistente no procedimento cautelar.

4 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

4.1 Noções gerais

O nosso novo código de processo civil de 2015 previu procedimentos específicos para o requerimento em caráter antecedente tanto para as tutelas cautelares como para as tutelas antecipadas. Essa inovação frente ao antigo código, é justificável visto que possibilita que tutela igualmente designadas como “tutelas provisórias de urgência” recebam o mesmo tratamento, permitindo, assim, um procedimento próprio para cada uma delas nos pedidos de caráter antecedente.

Nesse sentido prosseguimos, o procedimento para requerer uma tutela provisória de urgência, de natureza antecipada, em caráter antecedente, encontra-se previsto nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015.

O artigo 303, colacionado abaixo, traz os requisitos procedimentais iniciais da petição vestibular e os atos subsequentes em decorrência da concessão ou não da tutela antecipada.

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

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

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

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Já o artigo 304 do Código de Processo trata especificamente da estabilização da tutela, tema central do nosso estudo, que será desenvolvido posteriormente em capítulo em separado.

Outrossim, com o intuito de ilustrar o tema e esclarecer eventuais dúvidas surgidas, é que nos socorremos do Festejado Doutrinador Fredie Didier Jr⁷. em sua análise do caráter antecedente de uma tutela antecipada:

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva. ”

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

Em outras palavras, a tutela provisória antecedente é a responsável por iniciar o processo em que se pretende, no futuro, requerer uma tutela definitiva. Isto é, é um requerimento posterior à formulação do próprio pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos. Sua concepção foi pensada para os casos em que a situação de urgência é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, impossibilita a parte de dispor, em tempo hábil, os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva de modo completo e acabado.

Nesse sentido, defende a vasta doutrina de que o fator tempo é o primordial para sua concessão. O tempo necessário para se buscar os elementos necessários para a formulação de uma petição inicial, mesmo com pedido de tutela antecipada, pode levar o direito alegado pelo autor ao perecimento.

Assim, para salvaguardar o direito do autor, que se encontra em situação de emergência extrema, poderá este requerer a tutela antecipada e caráter antecedente, devendo apenas observar o procedimento que será analisado agora.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V.2.11.ed. 2. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 586.

4.2 Procedimento

Conforme já mencionado no subcapítulo anterior, o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se encontra regulamentado no artigo 303 do novo código de processo civil. Em seu *caput*, o referido artigo dispõe que “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Em suma, o autor deverá, em sua petição inicial simplificada, requerer de maneira expressa a concessão da tutela de urgência antecedente, indicar o pedido de tutela definitiva que se pleiteia, a exposição sumária da causa de pedir, o direito que se busca realizar, o perigo na demora e o valor da causa.

Assim, acerca da exposição sumária, importante tecer alguns comentários. Não há necessidade de se tecer profundas considerações sobre como os fatos se deram e de qual ou quais direito o autor possui, bem como de apresentar de forma minuciosa o contexto do evento violador do direito, bastando apenas alegar de maneira simplória e inteligível os fatos que acometeram aquela situação.

Isto ocorre visto que, no caso de concessão da tutela de urgência em caráter antecedente, o autor será intimado, no prazo de 15 (quinze) dias, aditar sua petição inicial para que complemente, agora sim de forma aprofundada, as informações anteriormente apresentadas e, no caso da não concessão da tutela, será o autor intimado para emendar sua petição inicial, no prazo de 5 (cinco) dias, para que faça constar todas as informações necessárias a petição inicial.

Outra ressalva que se faz é acerca da necessidade de se constar, de maneira expressa, na petição inicial a opção pelo procedimento da tutela provisória de urgência em caráter antecedente. Tal indicação se faz imprescindível visto que ao realizar essa indicação, estará o autor renunciando o procedimento comum.

Nesse sentido são as palavras de Olavo de Oliveira Neto⁸:

A declaração expressa do autor (§5º) de que pretende se valer do benefício previsto no art. 303, caput, do CPC, como requisito essencial da petição simplificada, mais do que uma mera opção pela via processual que permite a utilização dessa modalidade de petição, implica na opção pela adoção deste procedimento diferenciado e em verdadeira renúncia ao procedimento comum

⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. V.1. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 641.

e a prestação, pelo Estado, de uma tutela jurisdicional exauriente. Quando o autor declara esta opção, ele aceita a possibilidade de extinção do feito (art. 304, §1) sem a apreciação do seu conteúdo, dispensando a realização de instrução probatória e de uma sentença de mérito.

Ainda nesse sentido podemos compreender duas acepções. A primeira referente ao rigor da petição inicial, visto que essa será analisada com menor rigor formal frente as petições iniciais de modo geral, não sendo, portanto, considerada inepta, caso existam elementos confusos e mal formulados, afetando o próprio juízo de admissibilidade. A segunda, diz respeito a estabilização da tutela antecedente.

O procedimento previsto no código diz que uma vez recebida a petição inicial simplificada, poderá o Juiz realizar quatro coisas: i) apreciar a medida liminar pleiteada, podendo se valer, antes de decidir, da realização de audiência de justificação prévia, prevista no §2º do artigo 300; ii) indeferir a petição inicial com base nas hipóteses do artigo 330 do Código de Processo Civil; iii) determinar a emenda da petição inicial para o preenchimento dos requisitos específicos, na forma que prevê o artigo 321 do Código de Processo Civil e; iv) decretar a improcedência liminar do pedido, caso verifique alguma das situações elencadas no artigo 332 da lei processual vigente.

Caso tenha sido concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, deverá o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, ou outro maior fornecido pelo magistrado, aditar a petição inicial para que complemente sua argumentação, junte os documentos necessários a instrução do processo e confirme o pedido de tutela final, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, §2º, Código de Processo Civil).

O aditamento deverá ocorrer independentemente de intimação específica, visto que o autor optou pelo rito especial e, portanto, sabe as regras pertinentes ao rito, sendo realizado nos mesmo autos e sem necessidade de novo pagamento de custas ou requerimento de gratuidade de justiça, caso este já tenha sido apreciado e deferido (artigo 303, §3º, Código de Processo Civil).

Acerca do pedido de tutela final, a doutrina diverge ao debater a possibilidade de modificação ou ampliação do pedido de tutela final quando ocorrer o aditamento.

Uma parte defende a possibilidade de o autor ampliar o seu pedido de tutela final e para isso fundamenta que no momento de uma posterior apreciação pelo juízo, o juiz poderá analisar pormenorizado os fatos e os documentos juntados, logo não haveria problema acerca da cumulação posterior de pedidos.

Em sentido diverso, outra parte da doutrina, alega que se deve seguir a interpretação literal da redação processual que determina que o autor deve indicar qual será o pedido de tutela final (*caput*, do artigo 303, Código de Processo Civil), sendo essa indicação limitadora e vinculante e, portanto, vedado ao autor modifica-lo.

Ainda no aditamento da petição inicial, importante frisar que é possível ao autor indicar as provas que pretende produzir, não existindo qualquer vedação acerca da necessidade de indicação anterior de provas. Isto ocorre visto que, conforme já mencionado, o autor não dispõe de tempo hábil para a reunião de todos os documentos instrutórios da petição inicial, sendo diabólico requerer com que este apresente todas as provas que pretende produzir antes mesmo de ter acesso aos documentos instrutórios que acompanharam a petição inicial.

Ato contínuo, aberto o prazo para que o autor promova o aditamento de sua petição inicial, o magistrado deverá determinar a citação e a intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação (artigo 304 do Código de Processo Civil) e tomar ciência acerca do deferimento da tutela antecipada para que possa providenciar o seu cumprimento ou sendo caso interpor o pertinente agravo de instrumento.

Quanto ao prazo para a apresentação de contestação pelo réu, ressalta Fredie Didier Jr.⁹:

[...] o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir autocomposição, não sendo cabível a designação da audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, § 4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da petição inicial.

Ora, a ressalva feita pelo Ilustra Doutrinador nos parece lógica. O prazo para que o réu apresente a respectiva resposta somente deverá começar após a apresentação do aditamento da petição inicial.

Se assim não o fosse, o réu teria de apresentar duas respostas ao processo. A primeira quanto tomasse ciência do teor da petição inicial e a segunda após o aditamento da petição inicial, visto que foram acrescidos pedidos e causas de pedir a demanda.

Interposto recurso em face da decisão que concedeu a tutela antecipada e apresentado resposta pelo réu, se observará o procedimento comum e suas respectivas etapas. Agora, se por outro lado, o réu permanecer inerte, o procedimento tomará outro caminho, inclusive com a

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V.2.11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 616.

discutida estabilização da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente e posterior extinção do processo.

Na eventualidade de o julgador entender inexistirem elementos para a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente, conforme prevê o §6, do artigo 303 do Código de Processo Civil, este determinará a intimação da parte autora para que emende a petição inicial, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da petição e consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

Nesse sentido, uma vez sendo intimado para emendar a inicial, o autor deverá apresentar a petição inicial observando todos os requisitos previstos no código, eis que agora estará adstrito ao procedimento comum. Importante fazer uma pequena ressalva para mencionar que ao apresentar a petição inicial emendada, poderá o autor requerer uma nova tutela de urgência de natureza antecipada, mas desta vez em caráter incidental e demonstrando os requisitos do *periculum in mora e fumus boni iuris*.

Acerca da decisão que determina a emenda da petição inicial, breves considerações merecem ser feitas. De acordo com o novo Código de Processo Civil, o magistrado ao entender não estarem preenchidos os requisitos da petição inicial, deverá especificar, com precisão, o que deve ser corrigido ou complementado (artigo 321 do Código de Processo Civil).

4.3 Fungibilidade

O novo código de processo civil de 2015, ao prever o procedimento utilizado pela tutela cautelar requerida em caráter antecedente, trouxe no parágrafo único do artigo 305 o princípio da fungibilidade.

Nesse caso, se o magistrado ao analisar a petição inicial, entender que o pedido realizado pelo autor possui natureza cautelar e não antecipada, isto é, natureza diversa da requerida em petição inicial, deverá observar o disposto no artigo 303 do Código de Processo.

Entretanto, percebemos que o código não fez previsão acerca da situação inversa, qual seja, petição inicial com pedido de natureza antecipada e se entenda se tratar de natureza cautelar. Não obstante essa ausência de previsão legal, a doutrina, em sua maioria, afirmar ser possível a fungibilidade entre as “tutelas de urgência” em ambas as direções.

Desse entendimento, o Ilustre Fredie Didier Jr¹⁰ .:

Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a fungibilidade regressiva da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja de tutela provisória satisfativa. Fica admitida, assim, uma fungibilidade de mão dupla, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da conversão do procedimento inadequado para aquele que é o adequado por força de lei.

Assim, a fungibilidade entre as tutelas provisória de urgência devem ser recíprocas. Contudo, diante desse quadro, problemas podem surgir.

O Magistrado em seu caráter discricionário, na avaliação da natureza da tutela e aplicação da fungibilidade, determinará qual o procedimento será observado, sendo evidente que somente a tutela antecipada pode ser estabilizada.

Assim, caso o magistrado entenda por aplicar o princípio da fungibilidade e deste modo alterar o caráter da tutela requerida, alterará conseqüentemente o procedimento adotado. Tal situação importará no manejo de agravo de instrumento pelas partes, autor ou réu, para a modificação do entendimento acerca da natureza da tutela de urgência discutida.

Essa situação gerará ao processo um atraso incompatível com a urgência do procedimento que prejudicará sem dúvida o direito tutelado.

Nesse sentido, defende a doutrina, que o julgador, ao perceber que a natureza da tutela provisória de urgência diverge do seu entendimento, antes de decidir, deverá intimar as partes (artigo 10 do código de processo civil) para prévia manifestação, de modo a se tentar evitar as chamadas “decisões surpresas”.

Data vênia, entendemos que o posicionamento da doutrina acerca da necessidade de intimação das partes, atendendo ao princípio da não surpresa, em nada surtirá efeito acerca do manejo do recurso cabível.

Ora, em que pese a manifestação anterior da parte interessada acerca do tema, está continuará a poder manejar o agravo de instrumento para ver alterada a decisão do juízo a quo e, portanto, continuará a atrasar o procedimento urgente.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V.2.11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 630. 297 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 264.

5 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

5.1 Noções gerais

O novo código de processo civil de 2015, inovou ao prever a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente com o intuito de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário nas ações que, após a concessão da tutela antecipada, desinteressam as partes. Como exemplo podemos pensar em uma ação movida por um taxista que foi abalroado por outro veículo. Após ingressar com a ação e requerer em tutela antecipada o conserto do veículo e o recebimento do lucro cessante, este se desinteressa pelo feito, não querendo mais instruí-lo de maneira adequada.

Assim, trouxe o novo código a estabilização da tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos casos em que a decisão de concessão não for impugnada pelo réu mediante interposição de recurso.

Neste tocante, haverá a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 304, *caput* e §1º, CPC), com a consequente condenação do réu ao pagamento das verbas sucumbenciais, continuando a decisão antecipatória a produzir efeitos até a sua eventual modificação por decisão de mérito proferida em ação autônoma.

A decisão a qual põe fim ao processo tem natureza de sentença, contudo não pode ser desafiada pelo recurso de apelação. Isto ocorre, visto que o réu possuiu a opção de manejar o recurso adequado (agravo de instrumento) em face da decisão concessiva de tutela antecipada, assim, por consequência lógica, ocorre a preclusão lógica quanto à utilização do recurso para impugnar a decisão de concessão e, conseqüentemente, o trânsito em julgado da decisão.

Diferente do procedimento comum, na estabilização, existe a sobreposição dos valores da rapidez e da efetividade ao valor da segurança jurídica, uma vez que há uma redução substancial no curso do processo, o que por consequência dispensa uma análise profunda de mérito, isto é, uma cognição exauriente. Essa sobreposição de valores decorre da presunção de que as partes se encontram satisfeitas com a decisão liminar concedida, uma vez que não manejaram os recursos adequados para sua alteração/desconstituição.

Nesse sentido, defende o querido professor Fredie Didier Jr. ao afirmar que “a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente: i) afasta o perigo da demora com a tutela de urgência; e ii) oferece resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu”.

Temos, desta forma, que o principal objetivo da técnica inovadora trazida pelo novo código de processo é a de tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir os conflitos submetidos ao Estado-Juiz, sendo certo que se tenha havido antecipação da tutela e que o réu tenha permanecido inerte contra a decisão que a concedeu. Tal procedimento torna-se sumarizado a um só tempo, o da cognição da concessão da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Podemos concluir então que a estabilização é uma técnica processual, prevista no código de processo civil de 2015, na qual possibilita o trânsito em julgado da decisão que conceder a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente quanto desta não for interposto recurso, permitindo assim a execução definitiva da decisão.

5.2 Pressupostos da estabilização

Os pressupostos para a estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente não se encontram presentes na lei processual de forma a não deixar dúvidas, uma vez que não foi precisa o suficiente abordando todos os focos necessários a sua eficaz aplicação pelo jurisdicionado.

Deste modo, é necessário que façamos uma interpretação das disposições do artigo 304, *caput* e §1º “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.”

Por essa redação podemos perceber que, somente, se tornará estável a tutela antecipada concedida em caráter antecedente quando não for interposto recurso em face desta decisão, sendo posteriormente extinto o processo sem resolução do mérito, mas conservando os efeitos da decisão.

Acerca dos pressupostos para essa estabilização existe uma grande divergência doutrina, a qual estudaremos agora.

5.2.1 Requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente

O primeiro pressuposto apresentado pela doutrina se encontra expresso na primeira parte do *caput*, do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015: “a tutela antecipada concedida nos termos do artigo 303”.

Em interpretação literal e restritiva do dispositivo, verificamos que este não faz nenhuma menção à concessão incidental, então conclui-se que para a estabilização é necessário que o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente deve ser antecedente e conter previsão expressa na petição inicial da intenção de sua utilização (artigo 303, §5º do Código de Processo Civil).

Fredie Didier Jr., ressalta que o requerimento da tutela antecipada antecedente deve traduzir a intenção do autor em vê-la estabilizada, isto é, é necessário que o autor tenha requerido, de maneira expressa, a concessão da tutela provisória satisfativa em caráter antecedente. Somente esse pedido do autor possui aptidão para estabilizar a decisão nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Converge a doutrina ao afirmar que para a concessão dos efeitos da estabilização na concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é a expressa menção, na petição inicial, da intenção do autor e que está seja requerida em caráter antecedente, visto que incabível sua estabilização nas tutelas satisfativas requeridas em caráter incidental.

Apesar de, na prática forense, parecer plausível a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter incidental, não podemos concordar com esta aplicação, uma vez que não foi esta a opção do legislador pátrio no momento em que a inseriu somente no procedimento da antecipação da tutela antecipada em caráter antecedente. Esta distinção é muito importante, eis que o autor ao requerer a estabilização da concessão da tutela antecipada antecedente faz opção por um procedimento próprio.

5.2.2 Concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

O segundo pressuposto para a estabilização, se encontra, também, no trecho do *caput* do artigo 304, no mesmo trecho transcrito acima, devendo haver, além do requerimento expresso pelo autor, a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Nesse entendimento, Fredie Didier Jr. ensina que somente terá aptidão para tornarem-se estáveis os efeitos das decisões concessivas de tutela antecipada antecedentes proferidos: i) por juízo de primeiro grau de jurisdição; ii) em sede de recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão denegatória, podendo inclusive ser esta decisão monocrática ou colegiada; e iii) em processo de competência originária de tribunal.

Outrossim, não há necessidade de a decisão ser proferida liminarmente, visto que poderá igualmente sofrer os efeitos da estabilização da tutela antecipada antecedente a decisão

concedida após a audiência de justificação prévia prevista no §2º do artigo 300 do código de processo civil de 2015.

Contudo, merece ressalva o item “ii”. A decisão proferida em segunda jurisdição, nos autos do recurso interposto contra a decisão denegatória de primeira instância, deverá ser proferida antes que o autor adite a petição inicial e formule o seu pedido de tutela definitiva. Além disso, converge a doutrina em afirmar que é possível a estabilização dos efeitos da decisão que concede apenas de forma parcial a tutela antecipada¹¹.

Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304 (...). Restaria saber se a tutela provisória fosse deferida em 2º grau de jurisdição, após o manejo de agravo de instrumento contra a decisão de 1º grau que indeferiu a providência (art. 1.015, I) e antes que tenha havido o aditamento da peça inicial (art. 303, § 1º, I). Fiel à premissa aqui acolhida, entendo que se ao tempo da decisão do tribunal o autor não houver ainda promovido a emenda à peça inicial, com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, § 1º, I), pode-se cogitar da estabilização da decisão (monocrática ou colegiada) que houver deferido a medida em grau recursal (hipótese em que o réu será intimado da decisão para que se lhe dê oportunidade de recorrer).

5.2.3 Inércia do réu

O terceiro pressuposto para a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é verificado também de forma expressa no *caput* do artigo 304 do código pátrio de processo civil. O trecho é o seguinte: “[...] torna-se estável se da decisão que a conceder não foi interposto o respectivo recurso”.

Ao analisarmos o trecho supra, percebemos que o terceiro pressuposto é a inércia do réu em não interpor recurso contra a decisão de concessão. Tal pressuposto é unanimemente aceito pela doutrina, contudo muito se debate acerca do teor específico do que se consideraria ‘inércia’, isto é, a inércia do réu consistiria em não interpor o respectivo recurso em face da decisão de concessão e não se manifestar expressamente em sua contestação de forma contrária a concessão ou apenas da não interposição do recurso, mesmo que se manifeste de forma contrária a decisão em sua resposta?

¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 239.

Nesse sentido é acalorada o debate doutrinário. De um lado temos Eduardo Scarparo criticando a escolha do legislador ao condicionar a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente à não interposição de recurso pelo réu, visto que qualquer meio de impugnação apresentado deveria ser meio idôneo para fazê-lo¹².

De antemão se pode criticar que não é uma escolha adequada subordinar a estabilização de uma decisão liminar à propositura ou não de um recurso eventualmente cabível. Afinal, na verdade, se pretende estabilizar a situação originariamente provisória em razão da não impugnabilidade da decisão pela parte requerida, o que é diferente da noção de recorribilidade. Não impugnar a concessão de uma tutela jurisdicional e veicular o recurso cabível não se trata do mesmo. A distinção entre “não recorrer” e “não impugnar” é bastante relevante, quando se pretende atribuir a condição de estabilização também a antecipações de tutelas satisfativas concedidas em grau recursal. Por exemplo se, no primeiro grau, é indeferida a medida liminar e, mediante agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC/2015) ela é obtida no tribunal, haveria motivo para excluir a possibilidade de sua estabilidade? Ter-se-ia de exigir do requerido a formulação de Recurso Especial ou Extraordinário a título unicamente formal? E tal inclusive nos casos em que não forem cabíveis tais recursos, dadas as estritas hipóteses dos art. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal? Ora, condicionar a estabilização a um exame recursal se trata evidentemente de um erro do legislador. A melhor solução é condicionar a estabilização ao requerimento das partes de continuidade do processo, seja mediante a continuidade do exercício da ação pelo autor, seja pela resistência do réu a essa atuação. É com uma impugnação que o réu manifesta oposição ao exercício da ação processual pelo autor, exercendo direito de defesa. Essa resistência à pretensão do autor motiva a continuidade do exercício da ação processual e, conseqüentemente, justifica a não aplicação do regime de estabilização.

De outra sorte defende o preciso Fredie Didier Jr. Argumentando que para que exista a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, além de ocorrer a inércia do réu pela não interposição do respectivo recurso em face da decisão de concessão, este deverá, ainda, não apresentar qualquer tipo de impugnação contra a decisão, o que incluiria a resposta e um simples pedido de reconsideração da decisão, desde que este último ocorre dentro do prazo de interposição do recurso.

Desta mesma sorte, defende ainda a possibilidade de existir a possibilidade de uma inércia parcial do réu.

Há que considerar, ainda, a possibilidade de inércia parcial do réu. Isso se dará quando, concedida a decisão antecipatória com mais de um capítulo, o réu só

¹² SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca (Org.). *Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC* - v. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336

impugnar em sede de recurso, contestação ou outra via de questionamento, um dos capítulos decisórios, caso em que só os outros, não impugnados, serão alcançados pela Estabilização.

Em síntese, caso o réu apenas manifeste sua insatisfação contra, apenas, um dos pedidos do autor, concedido pelo juiz na antecipação de tutela antecedente, o outro capítulo não impugnado seguiria para a estabilização do processo, não podendo, portanto, ser mais debatido dentro dos autos.

Em posição mais ampla temos Heitor Vitor Mendonça Sica, ao discorrer que se o recurso for tempestivamente interposto, obstar-se-ia a estabilização da tutela, mesmo que posteriormente o recurso viesse a não ser conhecido. Afirma também que outros meios de impugnação, além do respectivo recurso, são hábeis a impedir a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente¹³.

Em se tratando de decisão proferida em 1º grau de jurisdição, o recurso interponível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria que se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada. (...) Outro aspecto a ser enfrentado concerne à hipótese em que o recurso manejado pelo réu contra a decisão concessiva de tutela provisória “estabilizável” não for conhecido, ante a falta de algum dos requisitos de admissibilidade. Para solucionar esse problema, parto do entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido. Uma última observação se faz necessária. Há que se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres 335 e a reclamação 336).

O autor, continua, ao dizer que o réu tem à sua disposição inúmero meios de obstar a estabilização, mesmo que não o faça através da interposição do recuso em face da decisão de concessão, bastando que apresente contestação com elementos convincentes que permitirá ao Juiz revogar a tutela antecipada, e, deste meio, evitar sua estabilização.

¹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v.4.2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 239-240

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

Já, Leonardo Greco, afirma que, para a estabilização, somente considerar-se-á inerte o réu que, além de não interpor o recurso contra a decisão concessiva, deixar de apresentar sua contestação, visto que por motivos lógicos, uma vez apresentada a contestação, constatar-se-á as causas de pedir e o pedido da inicial. Para ele, somente se atendido esses dois requisitos é que se configuraria a inércia do réu.

Por outro lado, Fredie Didier Jr., discorda do posicionamento acima mencionado, no sentido que a ausência de contestação do réu seja um pressuposto necessário, ressaltando, contudo, que, após a concessão da tutela antecipada, a apresentação de defesa no prazo recursal, isto é, outro meio de se insurgir contra a decisão concessiva, seria meio idôneo para se obstar a estabilização¹⁴.

(...) não nos parece que a revelia seja um pressuposto necessário para a incidência do art. 304. O normal é que o prazo de defesa somente comece a fluir a partir da audiência de conciliação ou de mediação (art. 335, I, CPC) ou da data do protocolo do pedido de cancelamento dessa audiência (art. 335, II, CPC). O art. 303, §1º, II, CPC, diz que, concedida a tutela antecipada antecedente, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. O inciso III do art. 303, §1º, por sua vez, diz que “não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335”. Se o caso não admite autocomposição, não é preciso designar audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, I, CPC). O prazo de defesa, contudo, somente deve começar a correr a partir da intimação feita ao réu do aditamento da petição inicial. Assim, o prazo de defesa, em regra, demora um pouco para ter início. O art. 304 não exige que se espere tanto para que se configure a inércia do réu apta a ensejar a estabilização da tutela antecipada. Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode

¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 621-622.

negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada. Em suma, a eventual apresentação de defesa no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência da revelia.

Não obstante o posicionamento acima, o ilustre Doutrinador Alexandre Câmara, defende que não é facultado ao réu se valer de outro meio de impugnação que não o agravo de instrumento, conforme previsto no Código de Processo Civil¹⁵.

Deve-se afirmar, em primeiro lugar, que a referência a ‘recurso’, no caput do art. 304, pode ser compreendida de duas maneiras diferentes: como recurso stricto sensu (o que significaria, então, afirmar que só não haveria a estabilização da tutela antecipada se o réu interpusse agravo contra a decisão concessiva da medida de urgência); ou, em um sentido mais amplo, como meio de impugnação (o que englobará outros remédios sem natureza recursal, como a contestação). Vale recordar que é este sentido mais amplo que o Código Civil faz alusão a recurso em seu art. 65. Não há, porém, razão para a atribuição deste sentido mais amplo ao texto do art. 304 (diferentemente do que acontece no caso do art. 65 do CC, que fala em ‘recurso’ para impugnar um ato do Ministério Público, contra o qual sequer se admitiria recurso stricto sensu, motivo suficiente para afastar a outra interpretação). (...) o texto do art. 304 faz uso do verbo interpor (‘se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’), o qual é, no jargão do direito processual, empregado apenas quando se trata de recursos stricto sensu. Junte-se a isto o fato de que se faz alusão ao recurso contra uma decisão, e tudo isso só pode indicar que a norma se vale do conceito estrito de recursos. Assim, é de se considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio, como – no caso do Poder Público, por exemplo – postular a suspensão da medida liminar) não será suficiente para impedir a estabilização.

Diante do exposto, devemos concordar com Alexandre Câmara, ao afirmar que o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil deve ser interpretado de maneira restritiva, não cabendo ao interprete alargar os meios de se insurgir contra a decisão concessiva. Ao ampliar-se os meios de impugnação, reduzir-se-ia as hipóteses de incidência do instituto da estabilização da tutela, eis que qualquer forma de insurgência do réu contra o pedido seria meio hábil a obstar a estabilização da tutela antecipada.

5.2.4 Ausência de aditamento da petição inicial pelo autor

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 162-163.

Outro pressuposto defendido pela doutrina, mesmo que sem previsão expressa no artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, é a ausência de aditamento da petição inicial pelo autor. Afirma-se que a conduta de inércia do autor, aliada a não interposição de recurso pelo réu, seriam os pressupostos necessários para a estabilização da tutela concedida.

De maneira mais precisa, Fredie Didier Jr, defende que além da inércia do autor ao não aditar a petição inicial, deverá o autor, em pressuposto negativo, não se manifestar na petição inicial sobre sua intenção de prosseguir com o feito após a concessão da tutela antecipada antecedente.¹⁶

É preciso que o autor não tenha manifestado, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da pretendida tutela antecipada. Trata-se de pressuposto negativo. (...) Assim, se o autor tiver a intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial. (...) é possível vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, em não impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, permitindo a sua estabilização: a diminuição do custo do processo (art. 701, caput e §1º, do CPC, aplicáveis por analogia)³⁵⁷. Essa interpretação da regra funciona como estímulo para o réu não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, já que, ainda que estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma (art. 304, §2º, CPC). Permite-se que uma tutela estável acabe sendo oferecida de modo mais rápido e econômico. Sendo, assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304. O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentendendo-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304. Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, §1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento – de 15 dias, no mínimo – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, §2º c/c art. 231, CPC). Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo para aditamento, isso poderia prejudicar o réu que, confiando na possibilidade de estabilização, deixará de recorrer.

Explica o autor que não pode o autor, em petição inicial, se manifestar sobre a intenção de alcançar a tutela definitiva. A função deste requisito seria somente informativa para que o

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 619-620.

réu assuma uma posição sobre recorrer ou não da decisão concessiva da tutela antecipada. De acordo com o informado, se o autor não se manifestar na inicial sobre a intenção de prosseguimento do processo, o Réu, vislumbrando vantagem na estabilização da tutela antecipada, não iria interpor o recurso cabível. Já, de outro lado, se tiver intenção em evitar a estabilização, terá este a ciência que será necessário a interposição do agravo de instrumento contra a decisão de concessão.

Não concordamos com este posicionamento ante a ausência de pressuposto legal do não fazer do autor, bem como não pode ser o autor, obrigado a se manifestar sobre sua futura intenção de continuar ou não com o processo e, deste modo, se ver vinculado a manifestação exordial.

Ultrapassado este ponto, analisaremos de forma minuciosa, se é possível que os efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tornam-se estáveis ainda que seja, posteriormente, realizado o aditamento da petição inicial.

Nesse sentido, a lei processual nada fala sobre a ausência de aditamento ou de emenda à petição inicial como sendo este um requisito necessário para a concessão do efeito de estabilização da tutela antecipada deferida. Isto porque, a lei debatida, somente traz como requisito necessário para a estabilização dos efeitos da decisão de concessão, a não interposição do recurso de agravo de instrumento.

Explica-se.

Exigir das partes uma dupla inércia para ocorrer o fenômeno da estabilização geraria um complicador, eis que não seria razoável, na prática, exigir que o autor saiba à postura do réu, isto é, para saber se este vai ou não se utilizar do recurso do agravo de instrumento, já que seu prazo para aditar a inicial começa, em regra, a partir da intimação do réu da antecipação da tutela requerida em caráter antecedente.

E, se negada a antecipação da tutela no juízo de 1º instância e interposto o recurso de agravo de instrumento, o autor terá, inevitavelmente, que emendar a petição inicial no prazo de cinco dias, conforme prevê o artigo 303, §6º do Código de Processo Civil, devido a três consequências: i) evitar a extinção do processo; ii) não ter condições de saber qual será o resultado do recurso interposto e; iii) não ter ciência de qual será a posição adotada pelo réu em face de eventual concessão da tutela antecipada pelo Tribunal.

Em resposta, dois posicionamentos existem. 1) O magistrado pode, inicialmente, dilatar o prazo do autor para aditar a inicial, de modo que permita ao autor verificar a conduta do réu após a concessão da tutela e; 2) no caso de não existir a dilação do prazo, deverá o autor realizar o aditamento e, sendo, posteriormente, constatado a ausência de impugnação recursal do réu,

deverá o autor ser intimado para se manifestar acerca do interesse no prosseguimento do feito ou do desejo de ver a demanda estabilizada.

5.2.5 Síntese dos pressupostos

Após a análise dos pressupostos necessários para a ocorrência da estabilização, podemos concluir que se faz necessário quatro requisitos para que a tutela antecipada se torne estável: a) o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente; b) a concessão integral ou parcial da tutela antecipada em caráter antecedente; c) a inércia do réu consistente na não interposição do recurso previsto na legislação processual e; d) ausência de aditamento, ou emenda, e se já aditada, o pronunciamento do autor quanto ao desinteresse no prosseguimento do feito.

5.3 Ação autônoma com pedido de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada

Depois de atendidos os pressupostos acima indicados, e estabilizado a tutela antecipada concedida, seus efeitos serão conservados até eventual revisão, reforma ou invalidação por decisão de mérito proferida em ação autônoma (Artigo 304, §2º e 3º, do Código de Processo Civil).

A ação autônoma poderá ser ajuizada no prazo de dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, não comprometendo, assim, a garantia constitucional do contraditório.

Artigo 304: A tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso
§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

De acordo com a ampla doutrina, o prazo previsto no §5º do artigo 304 é decadencial, isto é, o parágrafo 5º aduz que o direito de rever, reformar ou invalidar o ato se extingue em 2 anos. Logo, se o objeto da ação é exatamente o direito de modificar o ato anteriormente estável, o prazo de dois anos vem para fulminar o próprio mérito da ação e não o exercício do direito de ação.

A natureza da ação é constitutiva negativa, eis que visa desconstituir a tutela antecipada concedida em caráter antecedente estabilizada, devendo, ainda, preencher os

requisitos previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil de 2015, sendo vedado ao demandante cumular qualquer outro tipo de pedido que não o de revisão, reforma ou invalidação. Contudo, admite-se a formulação de pleitos “conexos”, como a responsabilização do beneficiário da tutela antecipada pelos danos dela decorrente.

O juízo prevento para receber ação será o juízo que concedeu a medida antecipatória estabilizada, facultando a qualquer uma das partes requerer o desarquivamento dos autos em que ocorreu a concessão da tutela antecipada para a instrução da petição inicial (artigo 304. §4º do Código de Processo Civil de 2015).

De acordo com Fredie Didier Jr¹⁷, o autor da ação originária igualmente poderá se valer da ação autônoma para, em cognição exauriente, ser confirmada a tutela antecipada concedida.

In verbis:

Em uma primeira leitura do § 2º do artigo 304 do Código de 2015, além da confirmação da tutela antecipada estabilizada, em cognição exauriente nesta ação autônoma, entendemos que poderia o Autor também requerer a revisão desta tutela, de modo a ampliar os seus efeitos e obstar eventual risco de dano. Em um exemplo simples, podemos pensar em uma tutela estabilizada que impossibilita a inscrição de uma dívida em cadastro por determinado órgão de restrição ao crédito e posteriormente o Autor acaba sendo negativado por um segundo órgão de mesma natureza. Desta forma, poderia requerer a revisão e a ampliação dos efeitos da tutela antecipada para impedir que qualquer órgão restritivo de crédito venha a inscrever esta dívida em seu respectivo cadastro, cuja cobrança o Autor considera indevida.

Assim, podemos entender que, o processo autônomo reabre a discussão outrora encerrada, aprofundando a cognição sobre a matéria. Nesse sentido, diverge a doutrina acerca do ônus da distribuição da prova.

De um lado, parte da doutrina, defende que não há que se falar em redistribuição do ônus da prova, visto que se trata do mesmo processo outrora adormecido pela inércia das partes. De outro, em posição contrária, outra parte da doutrina defende que caberá ao autor da nova demanda, isto é, autor ou réu da demanda já extinta, o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Concordamos com o posicionamento da doutrina que defende a redistribuição do ônus da prova de acordo com o autor da demanda, ou seja, o autor da nova demanda autônoma, terá a incumbência de provar os fatos constitutivos do seu direito, sendo, outrossim, admitido ao

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. V. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 624.

magistrado realizar a distribuição dinâmica da prova (artigo 373, §1º e §2º do Código de Processo Civil).

Tópico importante é trazido por Leonardo Greco¹⁸, que argumenta ser possível a concessão de tutela antecipada na ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada.

A propositura de nova demanda não significa necessariamente, em minha opinião, que a decisão antecipada somente possa ser revista ao final desse novo procedimento comum, podendo a revogação ser igualmente antecipada, até mesmo liminarmente nessa nova ação ou em procedimento a ela antecedente, se evidenciados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Afinal, há uma conexão sucessiva entre os dois procedimentos, reconhecida pelo legislador ao considerar prevento para a demanda revocatória o juízo em que a tutela antecipada foi concedida e ao prever que os autos do procedimento antecedente poderão vir a instruir a petição inicial da nova demanda (§4º).

De outro lado, temos o posicionamento de Olavo de Oliveira Neto ao defender que não será permitido ao magistrado a concessão de antecipação de tutela nesta ação autônoma visto que existe expressa vedação legal pelo §3º do artigo 304 do Código de Processo Civil. “Artigo 304 [...] § 3o A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por **decisão de mérito** proferida na ação de que trata o § 2o.”.

Defende Olavo que o artigo 304 do Código de Processo exige uma decisão de mérito para que seja revista a tutela antecipada anteriormente proferida. Tal posicionamento também impede o chamado “regresso ao infinito”, isto é, a concessão de tutelas requerida em caráter antecedente que se estabilizariam de modo infinito e, desta forma, exigindo sempre a interposição de uma nova ação autônoma para desconstituir a tutela anterior.

5.4 Estabilização e coisa julgada

Ultrapassados os argumentos anteriores, adentramos a tema da “estabilização e da coisa julgada”, com a análise da jurisprudência.

O artigo 304, §4º do Código de Processo Civil de 2015 traz a seguinte previsão: “§ 6o A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o deste artigo.”

¹⁸ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 193

Assim, constata-se que há uma nítida distinção entre coisa julgada e estabilização dos efeitos da decisão concessiva, visto que esta última pode ser revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito em ação autônoma.

Portanto, a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, enquanto a estabilização atinge os efeitos da decisão. Isto é, na coisa julgada, o conteúdo da decisão torna-se indiscutível e na estabilização a eficácia da decisão é conservada.

Fredie Didier Jr., em razão da distinção existente, afirmar que não caberá ação rescisória em face da decisão que concedeu a tutela antecipada, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento de ação autônoma que vise a sua revisão, reforma ou invalidação.

Neste diapasão, verifica-se que a decisão não transita materialmente em julgado após o decurso do prazo de dois anos, a circunstância de não haver meios de rever, reformar ou invalidar a decisão não faz com que esta transite materialmente em julgado. Existe, nesse caso, uma mera coincidência de regimes jurídicos em prol da própria segurança jurídica. Logo, não é cabível a aplicação da ação rescisória, eis que esta é uma técnica processual prevista pelo ordenamento jurídico para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses.

Isto exposto, tendo em vista os diversos posicionamentos sobre o assunto, nos parece mais acertada a posição de Fredie Didier Jr., ao defender que não haverá formação de coisa julgada material após a estabilização da tutela antecipada e extinto o processo sem resolução de mérito, mesmo que ultrapassados os dois anos do prazo decadencial para a interposição da ação autônoma.

Acerca da ação rescisória, a lei processual é clara ao afirmar que a decisão só poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma dentro do prazo decadencial de dois anos, excluindo-se a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória. Tal entendimento foi consolidado pelo enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”.

Por fim, entendemos que havendo o transcurso do prazo de 2 (dois) anos, sem que tenha sido interposto ação autônoma para a revisão, reformar ou invalidação da decisão estabilizada, tornado os seus efeitos estabilizados de forma soberana, não sendo cabível outra ação para infirmar a antecipação de tutela.

6 CONCLUSÃO

Com este trabalho buscamos apresentar, da forma mais ampla possível, perpassando por todos os pontos importantes, bem como trazendo as divergências doutrinárias, as disposições processuais que regem o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e, principalmente, a técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

O estudo mais aprofundado acerca das questões polêmicas envolvidas será desenvolvido em futuro trabalho de pesquisa. Logo, preferimos esclarecer a dinâmica de todo o procedimento que permitirá a ocorrência da estabilização, com o atendimento dos pressupostos necessários.

Isto exposto, elencaremos nossas conclusões:

As tutelas de urgência, previstas no Código de Processo Civil de 2015, podem possuir natureza cautelar ou antecipada, podendo, ainda, serem requeridas em caráter antecedente ou incidental.

Especificamente, em relação ao requerimento antecedente, as tutelas de urgência cautelar e antecipada possuem procedimentos próprios previstos no código de processo civil, sendo a técnica de estabilização prevista somente no capítulo que disciplina o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Desta forma, a estabilização ocorrerá nos casos em que o autor requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, sendo inaplicável nos casos de: (i) tutela de evidência; (ii) tutela de urgência cautelar, requerida em caráter antecedente ou incidental; e (iii) tutela de urgência antecipada requerida em caráter incidental.

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente (artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil de 2015), uma vez concedida, deverá o autor aditar a petição inicial no prazo de quinze dias ou em outro prazo maior se concedido pelo juiz, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 303, §2º do Código de Processo Civil de 2015.

Após a concessão da tutela antecipada, o magistrado deve determinar a citação do réu para o comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação previsto no artigo 332 do Código de Processo e, no mesmo ato, intimar o réu acerca da decisão concessiva de tutela antecipada.

Se entender o juiz pela inexistência dos elementos para a concessão de tutela antecipada, indeferindo-a (§ 6º do artigo 303 do Código de 2015), deverá determinar a emenda da petição inicial pelo autor no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de ver indeferida a inicial e, consequentemente, extinto o processo sem resolução do mérito.

O princípio da fungibilidade, artigo 305, parágrafo único, Código de Processo Civil de 2015, pode ser aplicado no procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente e, possibilitará o magistrado observar o procedimento disposto no artigo 303, caso este entenda que o requerimento constante na petição inicial tenha natureza de tutela antecipada, em que pede estar constante na petição inicial sua natureza cautelar.

Mesmo inexistindo previsão expressa em sentido contrário, entende-se possível a utilização do princípio da fungibilidade inverso, isto é, o procedimento cautelar em procedimento antecedente se constatado que o pedido dito de natureza antecipada, seja na realidade cautelar. Importante ressaltar que antes de o magistrado decidir acerca da aplicação do princípio, este deverá submeter o assunto as partes (artigo 10 do Código de Processo).

Podem ser estabilizadas as tutelas antecipadas antecedentes concedidas por juízo monocrático de primeiro grau, ou, pelo tribunal em grau recursal ou em processo de competência originária. Outrossim, permite-se, também, a estabilização dos efeitos da decisão que conceder somente de forma parcial a tutela antecipada requerida.

A interpretação do artigo 304, caput, do Código de Processo Civil, deve ser restritiva no tocante a previsão de não haver interposição do “respectivo recurso” para que ocorra a famosa estabilização da tutela antecipada. Importante vislumbrar que se concedida a tutela antecipada antecedente em primeira instância, somente o agravo de instrumento será meio hábil a ilidir o fenômeno da estabilização. Outrossim, caso a concessão se dê pelo Tribunal, isto é, em grau recursal ou em razão da competência originária, o recurso a ser interposto será o agravo interno, se monocrática, e o recurso especial, se colegiada. Destaca-se que é possível a estabilização parcial dos efeitos da decisão se o recurso interposto versar somente sobre uma parte da decisão concessiva.

Os pressupostos para a tutela antecipada somente se tornaram estáveis se: i) houver o requerimento, por parte do autor em sua petição inicial, pelos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente; ii) ocorrer a concessão, integral ou parcial, da tutela antecipada antecedente; iii) houver a inércia do réu, isto é, este não poderá interpor recurso em face da decisão concessiva, sendo certo que o único meio capaz de elidir a estabilização é o agravo de instrumento, se a decisão concessiva ocorrer em primeira instância; iv) deve ocorrer a ausência de aditamento (ou emenda) da petição inicial, ou se já tiver sido aditada, deve o autor se manifestar acerca do interesse de ocorrer, ou não, os efeitos da estabilização da tutela antecipada.

Ocorrendo o fenômeno da estabilização da tutela antecipada, o processo será extinto sem resolução do mérito, na forma do artigo 304, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, com a

condenação do réu ao pagamento das verbas de sucumbência, podendo, ainda, ser reduzido os honorários advocatícios pela metade do mínimo geral, isto é, 5% (cinco por cento). A decisão que põe fim ao processo tem natureza de sentença, contudo é irrecorrível.

Uma vez estabilizada a tutela antecipada, seus efeitos serão conservados até que eventual revisão, reforma ou invalidação, por decisão de mérito, proferida em ação autônoma o determine. O prazo para o ajuizamento da ação autônoma que busque a revisão, reforma ou invalidação dos efeitos da tutela concedida possui natureza decadencial, com prazo de 2 (dois) anos. O prazo será contado da data em que se tomar ciência da decisão (sentença) que extinguiu o processo originário. Outrossim, admite-se a formulação de pleitos distintos nesta ação, ou seja, pleitos que não sejam a revisão, reforma ou invalidação dos efeitos da decisão. Importante ressaltar que os pleitos distintos devem estar afetos a causa de pedir, como por exemplo, danos materiais e morais em decorrência da tutela antecipada outrora existente.

Sendo interposta uma ação autônoma de execução, em regra, o ônus da prova recairá sobre o autor desta nova ação, o qual deverá demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Vislumbra-se que não será permitido a concessão de tutela antecipada, uma vez que somente por decisão de mérito pode a decisão estável ser reformada, revisada ou invalidada.

Existe uma distinção entre coisa julgada e a técnica de estabilização trazida pelo novo código de processo civil de 2015. Enquanto a primeira recai sobre o conteúdo decisório, a segunda se apresenta sobre os efeitos da decisão. Nesse entendimento, uma decisão proferida em cognição sumária, sem o amplo contraditório, não será capaz de formar uma coisa julgada material, mesmo que ultrapassados o prazo decadencial de 2 (dois) anos. A lei processual foi clara ao dizer que os efeitos da decisão estável somente serão reformados, revistos ou invalidados por decisão de mérito em ação autônoma. Logo, ao nosso ver, após o lapso temporal bial, se produzirá a chamada estabilização qualificada, isto é, a decisão estável não mais poderá ser revista, reformada ou invalidada pela ação autônoma, visto que esta decaiu, pela ação rescisória, uma vez que está na se encontra prevista para esta hipótese, bem como por qualquer outra ação que pretenda modificar os efeitos da decisão já proferida em tutela antecipada.

Por fim, conclui-se que o exposto acima será útil para a criação e aperfeiçoamento do instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente prevista nos artigos 303 e 304 da Lei Processual Civil. A técnica mencionada é capaz de trazer enorme pacificação social, uma vez que trará a segurança jurídica pretendida pelas partes, bem como uma economia processual, eis que não mais será necessário se enfrentar todo um processo

judicial se as partes estiverem de acordo com o que foi deferido na tutela antecipada antecedente.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. v. 4. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015.

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2017.