



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CAMILA CELESTINO CONCEIÇÃO ARCHANJO

**Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida
em caráter antecedente**

Salvador
Agosto de 2018



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CAMILA CELESTINO CONCEIÇÃO ARCHANJO

**Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida
em caráter antecedente**

Trabalho apresentado ao curso de pós graduação em Direito processual civil da Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito processual civil.

Salvador
Agosto de 2018

AGRADECIMENTOS

Seria uma tarefa hercúlea nomear todas as pessoas que contribuíram para a minha trajetória acadêmica de graduação que culmina neste ponto, mas aqui gostaria de agradecer aqueles que me auxiliaram de alguma forma a ter coragem para escrever este trabalho.

Como não poderia deixar de ser, à minha mãe, Cristina, quem me mostrou a importância dos estudos e da persistência para meu crescimento como pessoa.

Ao meu pai, Cesar, por me mostrar que a tranquilidade também é essencial para o aprendizado.

À minha irmã, Carol, pela paciência e compreensão nos dias mais duros e por não se importar em dormir com a luz acesa quando eu precisava estudar.

À Caio Lucas, por toda paciência e amorosidade mesmo nos meus dias de maior impaciência e ansiedade.

Aos meus amigos da pós-graduação em processo civil e da vida, Marcelo Velame, Gabriela Almada e Alex Raposo, por tornarem mais divertidas as noites de sexta e manhãs de sábado, e fazerem ser mais leve o caminhar neste curso.

A todas as pessoas mais que me escutaram, apoiaram ou simplesmente me suportaram.

Sou muito grata.

RESUMO

O presente trabalho busca, a partir de pesquisa doutrinária, traçar os principais aspectos referentes à estabilização da tutela antecipada antecedente, uma novidade trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

O objetivo é entender essa nova espécie de estabilização do nosso sistema jurídico que não deve ser confundida com o instituto da coisa julgada. Nesse sentido, desenvolveu-se um estudo sobre o tema, considerando possíveis impactos do novo instituto em nosso cotidiano jurídico, bem como o posicionamento da doutrina frente à essa novidade.

Palavras-chave: Estabilização. Tutela antecipada. Tutela provisória. Coisa julgada.

ABSTRACT

The scope of this text is to analyze, through a bibliographic research, to outline the main aspects related to the stabilization of the **injunctive relief**, a novelty brought to the Brazilian legal system by the New Code of Civil Procedure of 2015.

The objective is to understand this new kind of stabilization of our legal system that should not be confused with the institute of *res judicata*. In this sense, we developed a study on the topic, considering possible impacts of the new institute in our legal daily life as well as the positioning of the front doctrine to this news.

Keywords: Stabilization. injunctive relief. Interim protection. *Res judicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. TUTELA CAUTELAR E TUTELA PROVISÓRIA	8
1.1. Síntese histórica	8
1.2. O processo cautelar no Brasil e a tutela antecipada no CPC/73	11
1.3. Tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil.....	17
1.4. Sobre as tutelas de urgência e de evidência.....	19
1.5. A tutela antecipada satisfativa antecedente e sua possível estabilização	22
2. COISA JULGADA	26
2.1. Aspectos gerais acerca da coisa julgada	26
2.2. Breves comentários sobre a cognição e seus tipos.....	31
2.3. Cognição e coisa julgada.....	34
2.4. Sentença cautelar e a formação de coisa julgada	37
3. ESTABILIZAÇÃO.....	41
3.1. Direito comparado e inspirações da estabilização à brasileira	41
3.1.1. Doutrina Francesa.....	41
3.1.2. Doutrina Italiana	43
3.1.3. Doutrina Portuguesa.....	44
3.2. O procedimento para estabilização no CPC/2015.....	46
3.3. Da natureza da decisão estabilizada.....	51
3.4. “Segunda estabilização” e formas de impugnação da decisão estabilizada após o período de 02 (dois) anos.....	56
3.5. Situações impeditivas à estabilização	60
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
5. REFERENCIAS	66

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça, para atender aos princípios constitucionais, deverá prestar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere. E, na realidade brasileira, dentre as diversas dificuldades na efetivação deste preceito constitucional, a morosidade na tramitação dos processos se destaca como um dos problemas corriqueiros em nosso sistema processual.

E, na tentativa de sanar a demora para se obter uma decisão final de mérito, que não é exclusividade da realidade brasileira, mas sim uma dificuldade percebida nos mais diversos sistemas processuais do mundo, criou-se algumas medidas com o objetivo diminuir o prejuízo do requerente que não pode arcar com o ônus da demora da prestação jurisdicional sob pena de ver perecer o seu direito.

Deste modo, surgem como uma alternativa ao problema as tutelas provisórias, que são destinadas não apenas a assegurar a eficácia de uma futura decisão final, por meio do acolhimento provisório, no todo ou em parte, do pedido formulado na petição inicial.

Neste cenário, desponta no Brasil, por influência das doutrinas italiana e francesa, com o advento do novo código de processo civil, a figura da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

E, em que pese a louvável tentativa em fornecer ao jurisdicionado alternativas para uma prestação jurisdicional mais célere, o novo texto que incluiu esta técnica vanguardista no sistema processual brasileiro se mostrou problemático na medida em que não oferece o detalhamento necessário sobre o procedimento.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é entender essa nova espécie de estabilização do nosso sistema jurídico que, conforme veremos, não deve ser confundida com o instituto da coisa julgada. Nesse sentido, desenvolveu-se um estudo sobre o tema, considerando possíveis impactos do novo instituto em nosso cotidiano jurídico, bem como o posicionamento da doutrina frente à essa novidade.

E, para uma maior compreensão acerca do tema, se faz necessária uma breve exposição sobre a tutela provisória e caracterização, bem como sobre o instituto da coisa julgada.

O primeiro capítulo trata sobre a tutela provisória, com sua evolução histórica e caracterização pela doutrina.

O segundo capítulo apresenta o tratamento da coisa julgada, suas especificidades e enquadramento junto ao sistema de tutela provisória.

O terceiro capítulo, por sua vez, explora a atual disciplina da estabilização da tutela antecipada, prevista no Novo Código de Processo Civil de 2015, bem como o um breve comparativo entre a realidade brasileira e a doutrina alienígena.

Por fim, o quarto capítulo fecha as com algumas considerações sobre as questões que envolvem a técnica da estabilização da tutela antecipada antecedente.

1. TUTELA CAUTELAR E TUTELA PROVISÓRIA

1.1. Síntese histórica

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com base nesse artigo, extraímos o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, de modo que deve ser assegurado a toda pessoa o acesso à justiça para defender seus direitos de lesão ou ameaça.

Ocorre que o marchar processual, com a devida observância do contraditório e do devido processo legal, costuma ser lento, de forma que o autor tem de arcar com o ônus de esperar o decorrer do tempo de tramitação do processo para só após obter uma sentença de mérito e alcançar a efetivação do seu direito. Isso sem contar com os recursos possíveis que dilatam ainda mais o tempo de espera da prestação jurisdicional.

Neste sentido, o tempo se mostra como um fator crucial à eficácia ou não de uma decisão, na medida em que existem direitos que se não exercidos em período hábil, vem a perecer, de modo que a espera pode ser inadequada nas situações em que há latente ilegalidade ou que o direito careça de maior celeridade em seu atendimento

Neste cenário, o que se nota é uma constante inobservância ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que de nada adianta uma tutela que não supra a necessidade do requerente.

A Tutela Provisória surge como um mecanismo processual do qual se utiliza o Jurisdicionado ao carecer de uma resposta jurisdicional ágil para alcançar

provimentos antecipatórios, ou seja, antes da longa fase de cognição exauriente, sejam eles de mérito ou acautelatórios.¹

Com o avanço da sociedade e a aceleração das nossas necessidades, a urgência para obtenção da tutela se tornou latente e não era mais concebível ser submetido à morosidade do antigo procedimento comum de conhecimento, deste modo, a “ação cautelar inominada” passou a ser utilizada como catalizador, permitindo ao jurisdicionado obter provimentos em caráter antecipatórios, conferindo assim maior efetividade ao procedimento.

O primeiro aparecimento da tutela cautelar é encontrado na Lei das 12 Tábuas, nas figuras do *addictus* e do *nexus*, “no *addictus* a pessoa do devedor consistia a garantia do crédito. (...) era o *nexus*, um meio de garantia e não constituía uma relação obrigacional, mas que de certo modo era uma extensão da obrigação”².

No Direito Romano, encontramos as raízes das medidas cautelares de caráter preventivo, que objetivavam assegurar o resultado de um litígio ainda não iniciado. Darci Guimarães Ribeiro³ cita duas espécies de medidas cautelares existentes no Direito Romano: “A *operis novi nuntiatio*, que é instituto antigo do *juris civilis*, servia para impedir que o vizinho, com a construção de obra nova, pudesse de alguma maneira evitar o curso natural da água, (...)” e o “*cautio damni infecti* (...) (que) consistia em ir imediatamente ao pretor, o qual não só emanava o interdito proibitório, mas ainda impunha uma *stipulatio* garantindo a prestação da *cautio*, tentando assim obter uma espécie de medida cautelar”.

¹ STUSSI, Thiago e MALUF, André Luiz. TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: REFLEXÕES PRÁTICAS SOBRE UM PARADIGMA EM CONSTRUÇÃO. Revista Jurídica Luso Brasileira. Ano 2, nº 6, 2016. P.1371-1402. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1371_1402.pdf> .

² RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997. P. 73. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22822/aspectos_relevantes_teorias_geral_acao.pdf> .

³ Op. Cit. P. 73 e 64.

Já no século XIX, a doutrina italiana, em especial os juristas Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, se deteve mais profundamente ao tema.

Segundo Darci Guimarães Ribeiro⁴, Chiovenda entendia que a principal característica da medida cautelar era sua provisoriedade:

E segundo o mestre italiano: "A medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico; se, pois, na realidade, esse dano é ou não iminente apurar-se-á na verificação definitiva..." A efetividade referida pelo autor significa que a medida provisória faz atuar uma verdadeira, uma real vontade da lei; mas vontade esta que consiste em garantir a atuação de uma outra vontade da lei "processo principal". Vincula, indissociavelmente, Chiovenda, a tutela cautelar com o processo principal, dando à primeira uma finalidade acessória do segundo, sem que com isso se perca a autonomia, é o que hoje encontramos no art. 796 do CPC. E por atual, que significa, em vista da aparência do direito no momento, e sua justificação final, ou seja, o que hoje tecnicamente se chama *fumus boni iuris*. Já o temor de um dano jurídico identifica o atual *periculum in mora*.

De acordo com Marinoni⁵, na doutrina de Calamandrei também seria determinada pela natureza provisória, independentemente do resultado proporcionado ao requerente. Segundo o autor, "Calamandrei, ao escrever a sua obra a partir da premissa de que o que define a cautelaridade é a provisoriedade, acabou falando, ainda que sem se dar conta, mais de tutela antecipatória do que de tutela cautelar."

Para Marinoni⁶, Carnelutti, seguindo a teoria unitária do ordenamento jurídico, não coaduna com a ideia dos juristas compatriotas de que o juízo de cognição sumária seria um mero juízo provisório sobre a lide. Na perspectiva, do autor udinese, seria

⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997 apud CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. SARAIVA. 1969 v I § 11 n 82.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, 12ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59, APUD CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/LEONARAADVG/antecipacao-da-tutela-marinoni>>.

⁶ Idem. P. 112.

mínima a discrepância entre as concepções de “composição provisória da lide” e “tutela do processo”, de modo que a tutela que antecipa o efeito executivo da futura sentença condenatória, ainda que constituída em cognição sumária, também seria tutela do processo.

Ou seja, Carnelutti, ao contrário de Calamandrei, entendeu o processo cautelar como uma terceira espécie de processo⁷, no qual se proporciona uma segurança ao direito material percorrido em um processo de conhecimento ou execução. E foi esta doutrina de Carnelutti que exerceu forte importância no direito processual civil brasileiro, especialmente no que tange ao processo cautelar, tema que retratamos a seguir.

1.2. O processo cautelar no Brasil e a tutela antecipada no CPC/73

A partir da independência e do reconhecimento de sua soberania, com o distanciamento de Portugal, o Império brasileiro passou a criar sua própria normativa sobre a Justiça Civil.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha⁸,

(...) por meio da Lei de 29 de novembro de 1832, promulgou-se o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Naquela época imperial brasileira, o processo civil regulava-se por tal lei, com aplicação das ordenações portuguesas. No regime das Ordenações do Reino, havia as ações de manutenção e de reintegração de posse, que eram sumárias, se acaso fossem intentadas dentro de um ano e dia. **Não havia, entretanto, previsão de provimento liminar ou antecipatório, muito embora sua admissibilidade na prática do foro fosse manifesta.** (grifo nosso)

⁷ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108.

⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência: relatório nacional (Brasil). Civil Procedure Review, v.4, Special Edition: 263-309, 2013. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=78&embedded=true>.

Como bem dito pelo autor supracitado, no direito processual civil brasileiro, o processo cautelar não era visto como um outro gênero de processo nas Ordenações do reino e, até o Código de Processo Civil de 1939, existiam tão somente algumas medidas preventivas ainda não sistematizadas.

Apenas com o advento do Código de Processo Civil de 1939, que, em seu livro V intitulado “Dos processos acessórios”, foram inseridas medidas preventivas de natureza cautelar, previstas no artigo 675⁹ e esmiuçadas no artigo 676¹⁰.

Conforme bem discorrido pelo professor Luiz Guilherme Marinoni¹¹, à época, não havia um consenso sobre a existência de um “Poder Geral de Cautela” no Código de 1939:

(...) a maioria dos processualistas entendeu estar presente na norma referida um poder geral de cautela. Os tribunais, entretanto, infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram

⁹ Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I - quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II - quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;

III - quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

¹⁰ Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

I - no arresto de bens do devedor;

II - no sequestro de coisa móvel ou imóvel;

III - na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito;

IV - na prestação de cauções;

V - na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222);

VI - em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuan memoriam;

VII - em obras de conservação em coisa litigiosa;

VIII - na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

IX - no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

X - na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. Texto que serviu de base à conferência pronunciada na Universidade de Coimbra, no dia 11 de novembro de 2013, a convite do Senhor Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques. 2013. Disponível em: < https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/tutela_cautelar_a_tutela_antecipatc3b3ria_marinoni.pdf >.

muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676.

A partir da evolução do direito processual no país, com destaque para a vinda de Liebman para o Brasil¹², a postura de parte da doutrina itálica – principalmente o pensamento de Carnelutti de destacar o processo cautelar das demais espécies e assim criar um terceiro gênero, influenciou fortemente Alfredo Buzaid¹³, de modo que este destinou um livro próprio ao processo cautelar no Código de Processo Civil de 1973.¹⁴

O Código de Processo Civil de 1973 foi vanguardista na medida em que foi o primeiro a estabelecer um livro específico para o processo cautelar, de forma independente das outras espécies de processo, além de sistematizar o procedimento de cautela. O Código de 1973, Livro III, “Do Processo Cautelar”, Título Único “Das Medidas Cautelares”, foi composto por 02 (dois) capítulos: o primeiro trazia as disposições gerais e o segundo, os procedimentos cautelares específicos.

¹² GRINOVER, Ada Pelegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. Texto redigido originalmente em italiano, para a Rivista di Diritto Processuale. Tradução de Cândido da Silva Dinamarco. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67069/69679> >.

¹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. Revista de Processo, vol. 183, p. 165-194. São Paulo: RT, Mai / 2010. p. 169-171. Disponível em:< https://www.academia.edu/3223794/O_processualismo_e_a_forma%C3%A7%C3%A3o_do_C%C3%B3digo_Buzaid_-_Revista_de_Processo_183>.

Além disso, a própria “Exposição de Motivos” do Código de Processo Civil de 1973, faz menção à obra “Diritto e processo” de Carnelutti, segundo o qual “O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um tertium genus, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.

Código de Processo Civil. Histórico da Lei. V. 1 Tomo I. Senado Federal Subsecretaria De Edições Técnicas. 1974. P. 17. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>>

¹⁴ BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, v. 72, N 1. 1977. p. 131-152. São Paulo: RT, Jul - Set / 1982. p. 24). Disponível em:< <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795>>.

No primeiro capítulo, em seu artigo 798, havia o “Poder Geral de Cautela”, o qual previa que “(...) o juiz (poderia) determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Vê-se a preocupação do legislador em conferir ao juiz o poder cautelar geral para garantir o amparo aos interesses das partes nas mais diversas situações, as quais não poderiam ser previstas de forma específica em lei, dada a infinidade de situações de perigo iminente possíveis de ocorrer.

Dentre as disposições gerais do código processual de 73, sobressaem-se como relevantes: i. artigo 796 e a possibilidade de a medida cautelar ser instaurada de forma preparatória ou incidental¹⁵; ii. artigo 804 e a possibilidade de concessão liminar da medida cautelar, em momento anterior à manifestação do Réu (*inaudita antera pars*)¹⁶; iii. artigo 806 e a determinação para que a parte Autora ajuizasse a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias a partir da efetivação da medida cautelar, quando concedida em procedimento preparatório¹⁷; e iv. artigo 807 e a possibilidade de o Juiz, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida cautelar concedida¹⁸.

Importante observar, contudo, que algumas das medidas previstas no segundo capítulo do Livro III ultrapassavam a ideia de uma mera tutela de segurança e

¹⁵ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

¹⁶ Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

¹⁷ Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.

¹⁸ Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a medida cautelar conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

satisfaziam, ainda que temporariamente, o direito pleiteado, ou seja, eram provimentos antecipatórios da tutela perquirida.

Como exemplos desta situação, temos, no código de 73, que tratava sobre a fixação pelo juiz de alimentos provisórios já susceptíveis de execução pelo alimentando, expresso no texto dos artigos 852 a 854¹⁹.

Com a popularização do instituto, este passou a ser empregado não somente aos casos de urgência em caráter assecuratório, no sentido de preservar um direito futuro, mas também em caráter satisfativo, antecipando a concessão do bem pleiteado antes do fim da lide, como observou Marinoni:

A lentidão da justiça, a gerar graves e insuportáveis injustiças concretas, transformou a tutela cautelar em técnica de sumarização, ou, em outros termos, em verdadeiro remédio contra a solene falta de efetividade do procedimento ordinário (...)

20

Importante refletirmos neste ponto sobre a dita “ação cautelar satisfativa” e como esta denominação é contraditória na medida em que a própria distinção do processo cautelar das demais espécies de processo jaz no fato de que a espécie cautelar se

¹⁹ Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;

III - nos demais casos expressos em lei.

Parágrafo único. No caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.

Art. 853. Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais.

Art. 854. Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.

Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela, 12ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 118-119.

resume a uma mera tutela de segurança, para assegurar o cumprimento da decisão final ou o prosseguimento da lide e, por conseguinte, não faz sentido que a tutela concedida em caráter antecipatório do provimento final seja também nomeada “cautelar”. Como diz Natália Cançado Scarpelli ²¹: “Trata-se, pois, de um “cachorro-gato” ou mistura homogênea da água e óleo, o que, pelas leis naturais, não existe”.

Há que se registrar o posicionamento de José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni ²² sobre as tutelas antecipatórias satisfativas que geravam efeitos irreversíveis no plano fático e não havia regulamentação em nosso CPC.

Os autores trazem à baila o caso de uma decisão liminar que determina a realização de uma transfusão de sangue, nessa situação, obviamente, não há que se falar em provisoriedade ou temporariedade da decisão, ante sua latente irreversibilidade. Contudo, a jurisprudência brasileira admitia a utilização dos procedimentos cautelares para esta finalidade, criando-se, como já discutido, as “cautelares satisfativas”.

Foi só a partir da reforma ocorrida em 1994, na qual instituiu-se no Código de Processo Civil de 1973 o art. 273, que regulava a denominada “tutela antecipatória”. A reforma, entretanto, não solucionou todas as questões, a exemplo da aplicação do inciso II do art. 588²³.

Há que se frisar, contudo, que o fenômeno da antecipação da tutela não é uma novidade no sistema normativo brasileiro trazida com a reforma de 94, pois existiam algumas hipóteses pontuais já previstas pelo sistema, como: o artigo 84, § 3º²⁴ do CDC, que previa a antecipação dos efeitos da tutela nas obrigações de fazer

²¹ SCARPELLI, Natália Cançado. Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

²² MEDINA, José Miguel Garcia. Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição.../ José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²³ Alterado posteriormente pela Lei 10.444, de 7/5/2002, que possibilitou a alienação do bem penhorado, desde que prestada caução.

²⁴ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a

ou não fazer, e o §1º do artigo 59 da Lei nº 8.245/1991²⁵, que disciplina as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas referentes.

Isso não reduz a importância do artigo 273 do Código de 1973, uma vez que ampliou as possibilidades de aplicação do instituto às mais diversas situações, além do rol limitado dos exemplos supracitados.

Importante destacar que, mesmo com o avanço, na prática forense grande confusão havia acerca do cabimento da tutela, o que não raro acabava embaraçando a efetiva prestação. Neste sentido, buscando solucionar as mazelas geradas pela antiga colcha de retalhos que era o antigo diploma processual, a Lei nº 10.444/2002 alterou o artigo 273 do Código de 1973 para incluir o § 7º²⁶, que previa expressamente a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas cautelares e a antecipação de tutela, dirimindo, assim, os prejuízos causados pela confusão entre os institutos.

O novo regime jurídico de Tutela Provisória trazido pelo novo Código de processo nos artigos 294 a 299, mostra uma perspectiva inovadora, em termos de Brasil, que analisaremos no próximo tópico.

1.3. Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil

Conforme vimos no tópico anterior, não há uma na doutrina uma pacificação quanto ao tema tutelas de urgência. E, ainda que o CPC/1973 tenha adotado a tutela antecipada como forma de se prevenir o “mau” uso da tutela cautelar, persiste a ideia clássica italiana em que as tutelas antecipatórias e satisfativas são vistas como modalidades de tutela cautelar.

tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”

²⁵ Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário. § 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (...)

²⁶ “Art. 273. (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Durante sua tramitação nas casas legislativas, o Projeto de Lei nº 166/2010 sofreu diversas alterações, sendo significativas as modificações sofridas pelo título das Tutelas Provisórias até a aprovação do texto final.

A começar pela própria terminologia, o texto legal do Projeto foi alterado no sentido de constar no Código de Processo Civil de 2015 um dos livros para dispor sobre “Tutela Provisória” em substituição à expressão utilizada anteriormente de “Tutela Antecipada”, gênero em que são espécies as “Tutelas de Urgência” – de natureza cautelar ou antecipada – e a “Tutela da Evidência”, uma inovação da terminológica.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que o texto final do Código de 2015 não foi muito feliz ao optar por esta nova terminologia:

(...) quando o referido projeto voltou para o Senado, substituiu-se o termo ‘Tutela Antecipada’ por ‘Tutela Provisória’, reservando-se a expressão ‘Tutela Antecipada’ exclusivamente para aquelas tutelas provisórias de caráter satisfativo. Não foi a opção mais adequada, (...) pois não há uma tutela antecipada definitiva, que se oporia à tutela antecipada provisória. Antecipar é técnica. Satisfazer tem a ver com o tipo de tutela. A tutela provisória é, isso sim, uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, sendo esta última (a tutela definitiva) a única que goza da autonomia necessária para ser designada de ‘tutela’, representando funções jurisdicionais próprias de certificação, a efetivação e o acautelamento do direito. E essa tutela antecipada tanto pode ser satisfativa como não satisfativa.

No mesmo sentido, é a posição de Mateus Pereira Costa²⁷:

(...) não é possível rotular a tutela cautelar como provisória; mesmo porque, provisório é o que não se faz para sempre e, cediço, as "cautelares podem ser definitivas"; as cautelares são temporárias ou temporâneas (...) No ensejo, quando o legislador, impropriamente, adjetivou a tutela de provisória, teve em mente sua contraposição à definitividade (provisório/definitivo), o que não testifica, em absoluto, qualquer coisa sobre o conteúdo ou objeto das tutelas (de direito material), isto é, ação cautelar (≠ 'ação'). Daí a assertiva que também constou do proêmio: o legislador da "tutela provisória" negligenciou o

²⁷ PEREIRA, Mateus Costa. Tutela provisória de urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência histórica + equívocos legislativos. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). Tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

direito material, desenvolvendo uma técnica não permeável às necessidades da tutela de direito (que não é dúctil à ação material).

O Novo CPC traz um Título próprio, do artigo 307 ao artigo 312, para regulamentação das tutelas cautelares requeridas antes da instauração do processo principal (Título II do Livro V). Todavia, aqui, a autonomia dessa modalidade de cautelar é meramente procedimental, mantendo-se o entendimento que impera no Código vigente. No Novo CPC, não havendo mais cautelares típicas, entende-se que tal procedimento é genérico e aplicável, portanto, a toda e qualquer requerimento de medida cautelar antecedente.

1.4. Sobre as tutelas de urgência e de evidência

O artigo 294 do Novo CPC afirma que “a tutela provisória (independente de sua natureza satisfativa ou cautelar) pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. Percebe-se neste artigo a intenção do legislador do CPC/2015 em subdividir a tutela provisória em dois subtipos: “tutela de urgência” e “tutela de evidência”.

Neste diapasão, a urgência e a evidência seriam classificadas de acordo com os próprios fundamentos para sua concessão.

Prevista pelo artigo 300²⁸, *caput*, do NCPC, a tutela de urgência é aquela concedida com base no *periculum in mora*, ou seja, quando a demora do procedimento provavelmente causará lesão grave ou de difícil reparação à parte, ou, ainda, quando houver risco ao resultado útil do processo.

Já a tutela de evidência, prevista no art. 311 do NCPC²⁹, ocorre quando a tutela é

²⁸ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

²⁹ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

concedida em razão da fortíssima probabilidade de que a parte tenha razão, o chamado *fumus boni iuris*, probabilidade esta verificada, por exemplo, ante o rico acervo probatório apresentado pelo requerente para sustentação de seu pedido de antecipação da tutela.

Deste modo, na tutela de evidência, não se faz necessária presença do elemento urgência, na medida em que sua concessão será fundamentada tão somente na “maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada por uma das partes no processo”³⁰

Necessário destacar aqui o disposto no artigo 297 do NCPC ³¹, o qual prevê que o juiz tem poder discricionário para determinar qualquer medida necessária para a efetivação da tutela antecipada e seu parágrafo único, que determina a observância às regras do cumprimento provisório de sentença, naquilo que for cabível, quando da efetivação da tutela provisória.

Voltando agora, sobre a tutela de urgência, prevista pelo artigo 300, *caput*, do NCPC³², nota-se de pronto que o novo código exigiu para a sua concessão, além da

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. 1^oed, 2^o tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³¹ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

³² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

necessidade de se evidenciar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, a plausibilidade do direito alegado.

Deste modo, temos que para a concessão da tutela antecipada urgente, além do perigo na demora, o famigerado *periculum in mora*, se faz cogente a demonstração também da razoabilidade do pedido.

Por conseguinte, no código processual de 2015, o juiz, ao conceder uma tutela de urgência, independente de sua natureza cautelar ou satisfativa, precisa observar para além da demonstração do risco, *periculum*, iminente, e constatar que houve demonstração da verossimilhança do direito, *fumus boni iuris*, alegado pelo requerente, através de qualquer substrato probatório.

Neste diapasão, se observa que o *fumus boni iuris* é fundamental para concessão de ambas as tutelas (seja urgência ou de evidência).

O art. 301³³ do NCPC é outro ponto notável trazido pelo legislador, no que se refere às tutelas de urgência, pois prevê a possibilidade de se efetivar a tutela antecipada “mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra a alienação o de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, ou seja, mediante qualquer medida de natureza assecuratória.

Merece destaque também o §3º ³⁴ do artigo 300, do CPC/2015, o qual veda a concessão de tutelas urgentes de caráter irreversível. Neste ponto, percebe-se a manutenção da prudência do artigo 273, §2º, do antigo Código de 73³⁵, ainda que tal salvaguarda não seja absoluta, pois, como discutido anteriormente, há casos em que concessão da tutela cautelar irreversível é a única forma de se coibir o perecimento

³³ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

³⁴ § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

³⁵ § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

do direito³⁶.

Fazer jus a nossa atenção, ainda, o artigo 302, que prevê a responsabilidade objetiva do requerente de tutela antecipada cautelar. Percebe-se o mantimento do artigo 811 do Código de Bouzaid, inovando apenas no que tange à possibilidade de se responsabilizar civilmente o requerente que teve seu pedido de tutela antecipada satisfativa concedido que terminou por causar prejuízos ao réu e, ao final do processo, em sede de sentença, teve esta decisão revogada.

A diferença entre os artigos 811 do CPC/73 e 302 do CPC/2015 reside no fato de que o Código de Bouzaid não fazia a relação entre responsabilidade civil do requerente e tutela satisfativa concedida, como fez o NCPC.

1.5. A tutela antecipada satisfativa antecedente e sua possível estabilização

O CPC de 2015 traz no artigo 303³⁷ a possibilidade de concessão de tutela de

³⁶ Vide capítulo 1.2.

³⁷ 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.

urgência satisfativa antecedente. Deste modo, preenchidos os requisitos, será possível, antes mesmo da ação principal, a instauração de procedimento autônomo que visa concessão de tutela satisfativa.

Importante ressaltar que o autor precisará, ainda nesta primeira manifestação, indicar o valor da causa considerando o pedido de tutela final, indicar, ainda, que pretende se valer do benefício de apresentar posteriormente o pleito principal na forma do *caput* do artigo 303.

Se o magistrado entender que inexistem as condições para o deferimento da medida, deverá intimar a requerente a emendar a inicial no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de extinção sem julgamento de mérito.

Uma vez deferida a medida, o autor deverá aditar a inicial, no sentido de complementar sua argumentação, por meio da juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final no prazo de 15 (quinze) dias ou outro prazo (maior) a ser fixado pelo juiz.

Após o aditamento, o réu deverá citado e intimado para comparecer em audiência de conciliação, conforme artigos 334 e 335 do CPC/2015.

Ressalte-se, entretanto, que, na hipótese do artigo 303, não há previsão de uma tutela de urgência satisfativa autônoma, e sim acessória, na medida em que a efetividade à qual se refere o texto legal depende de aditamento da petição inicial para complementação do pedido de tutela final, conforme preconiza o §1º, inciso I, do referido artigo 303.

§ 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.

Caso a parte ré não interponha o recurso pertinente, no caso, agravo de instrumento ou agravo interno, ocorrerá a estabilização da decisão antecipatória, nos termos do artigo 304, do CPC/2015 ³⁸.

Se faz necessário frisar que apenas a tutela antecipada está sujeita à estabilização, diferentemente da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, conforme explica Adriano Soares da Costa ³⁹:

Dada a natureza conservativa da tutela cautelar, a concessão de medida liminar acautelatória não se estabiliza em hipótese alguma, porque a sua finalidade é simplesmente acessória da pretensão assegurada (não do processo, notem bem!); (b) se não houver o exercício da pretensão assegurada, a pretensão a assegurar se extingue; (c) a sua natureza é sempre temporária e nunca se tende à definitividade.

Analizadas as especificidades desta forma de requerimento de tutelar cautelar, dedicaremos o próximo capítulo ao estudo da natureza da estabilização da tutela

³⁸ 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.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

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

³⁹ COSTA, Adriano Soares da. Morte processual da ação cautelar? In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37.

antecipada requerida em caráter antecedente, de modo a desenvolvermos o tema de forma mais profunda, avaliando os posicionamentos da doutrina quanto a a decisão que concedeu a tutela antecipada uma vez estabilizada, se esta fará coisa julgada, ou não, uma vez que a decisão que concede a tutela é feita em sede de cognição sumária, ou seja, através de mera probabilidade, verossimilhança, do direito.

2 COISA JULGADA

Antes de adentrarmos no assunto principal deste trabalho, que é a estabilização da decisão que concede a tutela antecipatória, se faz imprescindível discorrermos um pouco acerca da coisa julgada e sua natureza.

2.1. Aspectos gerais acerca da coisa julgada

Sabe-se que a coisa julgada tem origem em uma necessidade prática: impedir o perpetuamento dos litígios, com o objetivo de garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

Não pode ser ilimitada a possibilidade de recurso contra decisões judiciais⁴⁰, de modo que se faz imperioso que o ordenamento jurídico garanta a permanência daquilo já decidido, evitando, assim, a intranquilidade nas situações jurídica submetidas à apreciação do Judiciário.

Dos grandes sustentáculos do Estado democrático de direito, a segurança jurídica surge como um direito fundamental no qual o conteúdo contém a noção de coisa julgada. No ordenamento pátrio percebemos esse entendimento a partir do conteúdo do art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental⁴¹.

Neste diapasão, se torna irrecorrível uma decisão judicial quando, pelo esgotamento dos recursos elencados na lei ou, ainda, pela ausência de interposição do recurso

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela | Fredie Didier Jr., Paula Sa o Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

cabível no prazo disciplinado, a ocorrer o seu trânsito em julgado, o que faz surgir a coisa julgada.

Necessário destaque merece aqui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, (Decreto-Lei nº 4.657/42) a qual consolida o conceito de coisa julgada em seu artigo 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Antes da alteração promovida pela Lei 3.238 de 1957, o referido artigo previa apenas que a lei nova deveria respeitar situações juridicamente constituídas ⁴².

Segundo Fredie Didier Jr.⁴³, a coisa julgada “(...) é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”.

Enquanto para Theodoro Júnior ⁴⁴ faz uma cisão da coisa julgada em duas partes: “(...) a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença”.

E para o ilustríssimo Barbosa Moreira ⁴⁵, a coisa julgada seria um instituto que objetiva assegurar a estabilidade da tutela jurisdicional franqueada pelo Estado.

⁴² CPC/73: Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito.

⁴³ DIDIER JR., Fredie e outros. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.v. 2. Salvador: JusPodivim, 2009. P . 408.

⁴⁴ THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 595.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. AINDA E SEMPRE A COISA JULGADA. Revista dos Tribunais. RT 416/9. jun./1970. Disponível em:< https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>.

A lei, no antigo Código Processual Civil, em seu artigo 467 positivou a coisa julgada nestes termos: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

O NCPC⁴⁶, em rápida comparação ao Código anterior, traz algumas atualizações importantes em sua construção.

O novo código sensatamente substituiu o termo “sentença” por “decisão de mérito”, de modo a torna-lo mais coerente com o nosso ordenamento ⁴⁷, ainda que no Código anterior fosse pacífico que os acórdãos e as decisões monocráticas finais de relatores seriam sim resguardadas pela coisa julgada, o novo termo ampliou o rol de atos judiciais abarcados para incluir, além da própria sentença, a decisão interlocutória, decisão monocrática de relator e acórdão, de forma expressa.

Ressalte-se que esta atualização se faz necessária na medida em que o novo sistema processual conhece expressamente decisões interlocutórias que analisem o mérito da causa e, por consequência lógica, passíveis de serem acobertadas pelo manto da coisa julgada. Como exemplo desta situação, temos o art. 356 ⁴⁸ do NCPC, o qual prevê o julgamento antecipado parcial do mérito.

⁴⁶ CPC/2015: Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

⁴⁷ DELLORE, LUIZ. Conceito de coisa julgada no Novo CPC: avanços e oportunidade perdida. Site Jota. Coluna opinião e análise. 22/01/2018. Disponível em:< <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/conceito-de-coisa-julgada-no-novo-cpc-avancos-e-oportunidade-perdida-22012018#sdfootnote3sym>>.

⁴⁸ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

Outra alteração foi a deleção da alusão a recurso cabível “ordinário ou extraordinário” não acarreta em uma mudança relevante, mas é importante na medida em que simplifica a definição legal de coisa julgada. Até porque é notório que uma vez interposto recurso, qualquer que seja, é indubitável não se operará o trânsito em julgado e, portanto, não há que se falar coisa julgada.

Segundo Didier et al.⁴⁹, a princípio, existem 04 (quatro) pressupostos para que haja eficácia da coisa julgada material:

a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal; b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) **o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente**; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal). (grifo nosso)

Sobre o primeiro pressuposto, segundo o qual a para que se opere o trânsito em julgado deve-se tratar de decisões judiciais, e sua relação com a coisa julgada administrativa e sua possível existência, Theodoro Júnior⁵⁰ pondera que:

Onde as questões que envolvem o Estado são objeto de composição fora do Poder Judiciário, por meio do contencioso administrativo, as respectivas decisões revestem-se da mesma autoridade assumida pela sentença judicial. Isto é, fazem também coisa julgada. No Brasil, porém, não existe contencioso administrativo. Dessa maneira, os órgãos que julgam os procedimentos instaurados perante Tribunais como [...] o Tribunal de Contas e o Conselho de Contribuintes, proferem

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie e outros. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.v. 2. Salvador: JusPodivim, 2009, p. 410

⁵⁰ THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 593

decisões definitivas, para a esfera da Administração. **Não adquirem, entretanto, a indiscutibilidade própria da ‘res iudicata’, de sorte que, instaurado o processo judicial, o Judiciário não estará impedido de reapreciar o conflito** e de dar-lhe solução diversa da decretada pelo órgão administrativo. Inexiste, entre nós, a verdadeira coisa julgada administrativa, porque, por força de preceito constitucional, nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). **A este cabe o monopólio da jurisdição, perante o qual se alcançará sempre a última palavra em termos de solução dos litígios (inclusive os que envolvam a Administração Pública).** (grifo nosso)

O segundo pressuposto o qual determina que só haverá coisa julgada uma vez decidido o mérito da lide, o retro mencionado autor Theodoro Júnior⁵¹ desenvolve o raciocínio de que

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgado da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, **não transitam em julgado, materialmente, as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência da ação.** Tais decisórios geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes e, por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual.

De modo que, por dedução lógica, uma vez que não há decisão de mérito, e, por conseguinte, não se opera a coisa julgada material, a ação poderá ser novamente intentada, desde que seja sanado o defeito que impediu o julgamento de mérito da primeira vez ⁵².

⁵¹ THEODORO JR, Humberto. Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 596

⁵² GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 275.

O terceiro pressuposto será analisado nos tópicos seguintes, de modo que passaremos ao pressuposto de número quatro.

O quarto pressuposto afirma que para a ocorrência da coisa julgada material, deve-se necessariamente ter ocorrido a coisa julgada formal, ou seja, preclusão máxima, sendo impossível a interposição de recurso, seja por não haver mais recurso cabível, seja por ter decorrido o prazo para sua interposição sem que o tenham feito.

Neste diapasão, percebemos que o pressuposto derradeiro se encontra intrinsecamente associado aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois somente após decorridas todas as possibilidades de defesa que uma decisão poderá ser acobertada pelo manto da coisa julgada material⁵³.

2.2. Breves comentários sobre a cognição e seus tipos

O terceiro pressuposto pronuncia que para a ocorrência de coisa julgada material sobre uma decisão de mérito é necessário que esta tenha sido proferida em sede de cognição exauriente, isto é, toda matéria dos autos deve ter sido analisada de forma profunda.

E, antes de discutirmos este ponto, se faz imperiosa a dissecação do instituto da cognição e seus tipos, o que faremos agora.

Segundo o professor, Kazuo Watanabe ⁵⁴, considera-se a cognição:

⁵³ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p. 84. APUD DIDIER JR., Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Revista diálogo Jurídico. N 10. Jan. 2002.

“prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”.

Já Marinoni ⁵⁵, entende a cognição como o ato através do qual se dá a relação entre o sujeito cognoscente, que objetiva conhecer, e o objeto cognoscível, a ser conhecido.

Para Fredie Didier Jr.⁵⁶, trata-se de uma técnica processual utilizada pelo magistrado com o objetivo de resolver as questões de fato ou de direito que dependam de pronunciamento judicial, em síntese: os pedidos, e são submetidas à sua apreciação.

Passemos então à análise da tipologia da cognição, que pode ser dividida em dois planos, vertical e horizontal ⁵⁷

Segundo Fredie Didier⁵⁸, o plano horizontal refere-se à extensão e amplitude da questão objeto da cognição judicial, em outras palavras, da questão posta para apreciação do magistrado.

Neste sentido, a cognição pode ser plena, quando não existem limitações impostas ao juiz quanto ao objeto a ser conhecido, e parcial (limitada), quando lhe é restringido o objeto de conhecimento. Um exemplo de situação em que há restrição à extensão do conhecimento do magistrado é a ação de desapropriação na qual não se pode

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.p. 21.

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento f Fredie Didier Jr.- 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. P. 505.

⁵⁷ Idem. P. 506

⁵⁸ Idem. P. 506.

discutir quanto à legitimidade do ato administrativo, mas tão somente quanto aos valores.

Segundo Marinoni⁵⁹, esta estratégia foi utilizada pelo legislador com o objetivo de acelerar a marcha processual.

Seguindo a linha de Fredie Didier, o plano vertical diz respeito ao modo pelo qual as questões colocadas à análise judicial serão conhecidas pelo magistrado. De forma que de acordo com a profundidade da imersão na questão a ser examinada, podemos ter uma cognição sumária (rasa) ou exauriente (profunda).

A cognição exauriente é aquela na qual o juiz faz um exame aprofundado das questões postas em juízo, o que confere às decisões um maior grau de segurança.

Neste sentido, Fredie Didier⁶⁰ afirma que:

Há aqueles de cognição plena e exauriente, os quais compõem a regra, sendo principal exemplo o rito ordinário. A solução dos conflitos de interesses é buscada através de provimento que se **assente em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição**. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas dos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de produção de coisa julgada material. **Prestigia-se o valor segurança.** (grifo nosso)

No que se refere à cognição sumária entendemos ser aquela que menos se aprofunda no objeto cognoscível, na qual o juiz não esgota a análise da questão que lhe foi posta.

Muito bem explica Fredie Didier⁶¹ quanto ao seu uso, conforme vemos:

⁵⁹ Op. Cit. p. 27.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Revista diálogo Jurídico. N 10. Jan. 2002. P.4.

⁶¹ Ibid. P.5.

Quanto à cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame completo), tem-se que é **permitida, normalmente, em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência (demonstração processual do direito) do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto.** No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas na maneira como o magistrado enxerga as razões das partes (causa de pedir). Exemplo da possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa, superficialmente, se houve posse (causa remota) e o esbulho (próxima). São ambientes propícios à cognição sumária: a) processo de conhecimento que admite liminar não-cautelar; b) processo cautelar; c) processo de conhecimento com a tutela sumária de mérito genérica. São exemplos: a cognição utilizada nas medidas liminares, antecipatórias ou assecuratórias. **Conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou seja, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.** Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar); realizar antecipadamente um direito: a), em vista de uma situação de perigo (tutela de urgência sumária satisfativa); b) em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista do custo do procedimento ordinário; c) quando o direito do autor surge como evidente e a defesa abusiva (art. 273, II, CPC). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material. (grifo nosso)

Em resumo, por tutela sumária compreende-se uma cognição simplificada e reduzida ante a necessidade de acelerar o andamento do processo, facilitar o acesso à Justiça e abreviar a obtenção do seu resultado ⁶².

Passemos agora à análise da relação entre as formas de cognição e a coisa julgada.

2.3. Cognição e coisa julgada

⁶² GRECO, Leonardo. COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro. 2012. P. 275 - 301.

A cognição exauriente, como vimos no tópico anterior, é o único tipo de cognição que permite ao juiz a formação de um juízo de certeza logo, apenas nesta variante de cognição é que o juiz será capaz de afirmar com profundidade as razões para aplicar as normas jurídicas cabíveis ao caso.

Por conseguinte, se somente a cognição exauriente permite a prolação de uma decisão fundamentada em juízo de certeza, apenas por meio desta é que será instituída a coisa julgada material, carimbo que marca com o escudo de indiscutibilidade e de imutabilidade o conteúdo desta decisão.⁶³

Esta construção perpassa a seguinte lógica: se a cognição exauriente é a única a permitir o entendimento pleno da matéria posta para análise judicial por parte do magistrado, logo, esta será a única modalidade que permitirá a existência de coisa julgada material, tendo em vista a observância aos princípios basilares do Estado democrático de direito, a saber: a segurança jurídica e o princípio da ampla defesa, conforme vimos no capítulo 1, que são deduzidos a partir da interpretação do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior.

Neste sentido, Eduardo Talamini⁶⁴ nos diz que a cognição sumária seria incompatível com ideia de coisa julgada porque não se pode privar ninguém dos seus bens ou sofrer condenação de qualquer natureza sem que lhe seja concedido o direito de defesa, com uso todos os instrumentos processuais possíveis, em decorrência do princípio fundamental do devido processo legal cumulado com os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos em nossa Lei Magna nos incisos LIV e LV, do artigo 5º ⁶⁵.

⁶³ LIEBMAN. Enrico Tullio. Efficacia ed autorità della sentenza. reimpressão. Milão: 1962, p. 40. apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. AINDA E SEMPRE A COISA JULGADA. Revista dos Tribunais. RT 416/9. jun./1970. P. 2. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>.

⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Na mesma linha, afirma Fredie Didier Jr. e outros⁶⁶ que antes de existir a coisa julgada material deve haver a coisa julgada formal, em outras palavras, a preclusão do direito de recorrer, sendo indiferente o nome da decisão (fazendo aqui referência ao antigo código que mencionava apenas a sentença como passível de ser acobertada pela coisa julgada) desde que estejam preenchidos todos os requisitos mencionados no tópico anterior, 2.1.

Já se disse que a coisa julgada é um efeito jurídico. Como efeito jurídico, decorre de um fato jurídico, que, no caso, é composto. A coisa julgada é resultado da combinação de dois fatos: a) uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente; b) o trânsito em julgado.⁶⁷

Temos então, por consequência lógica que a cognição sumária acarreta em decisões fundadas em juízos de verossimilhança e probabilidade, razão pela qual a não fará coisa julgada material,

Há que se ter em vista que uma a decisão proferida sob a égide do juízo de probabilidade possui elevado grau de incerteza e, conseqüentemente, instabilidade, o que ocorre notadamente com a tutela de urgência, na qual a celeridade é privilegiada, em prol de um juízo com maior acuidade.

De modo que somente a cognição exauriente, que respeita o direito dos litigantes de que seu processo seja analisado com amplitude cognitiva e absoluto respeito à todas as garantias constitucionais do processo⁶⁸, a qual leva ao juízo de certeza, por ser mais estável, menos passível de ludibriação, será recoberta pelo manto da

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** | Fredie Didier Jr., Paula Sa o Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10 . ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.v.2. p.514

⁶⁷ idem. p.516

⁶⁸ GRECO, Leonardo. **COGNIÇÃO SUMÁRIA E COISA JULGADA**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 2012.

imutabilidade ínsita à coisa julgada, que é o grau máximo de segurança de nosso sistema judicial.

Ante o exposto, declarar que a cognição exauriente é pressuposto necessário da coisa julgada material expressa, em uma análise valorativa, que apenas aquilo que é estável pode acobertado pelo manto da segurança jurídica e sua imutabilidade.

2.4. Sentença cautelar e a formação de coisa julgada

Há quem defenda que no processo cautelar, o juiz ao proferir uma sentença de procedência ou improcedência necessariamente se utiliza de cognição exauriente, o que faria, portanto, coisa julgada material, que incidiria sobre a declaração de existência/inexistência de direito à segurança vindicada. Neste sentido, a coisa julgada formada neste processo cautelar não teria vínculo algum com o mérito da ação principal.

Este é o ponto de vista de Eduardo José da Fonseca Costa⁶⁹, segundo o qual na tutela cautelar, a falta de amadurecimento diz respeito tão somente à situação de direito que se pretende garantir.

Neste caso, a pretensão à segurança será analisada com base em cognição exauriente, logo, seria correto dizer que haverá formação de coisa julgada material tão somente no que se refere ao direito à cautela, o que não significa que o direito acautelado também será acobertado pela coisa julgada, uma vez que este não é examinado esmiuçadamente com base em cognição exauriente, na oportunidade em que será concedida a cautelar.⁷⁰

⁶⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

⁷⁰ RAATZ, Igor. TUTELA ANTECIPADA, TUTELA CAUTELAR E TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015 Periódico

A linha de raciocínio aqui seguida é no sentido de que o magistrado ao proferir uma sentença de procedência em um processo cautelar, ele termina por reconhecer a existência da pretensão de direito material à segurança afirmada em juízo pelo requerente. Deste modo, estaria declarada a existência de um “direito substancial de cautela” e, conseqüentemente, a sentença cautelar favorável de mérito faria sim coisa julgada material, conquanto pautada em um juízo exauriente naquilo que tange ao direito de cautela.

Ou seja, o magistrado pronunciaria um juízo de certeza, ainda que em cognição horizontal limitada ao ponto do direito à cautela em si mesma.

Isto posto, teria a sentença cautelar força declaratória necessária para a formação de coisa julgada material⁷¹, de modo que o juiz ao declarar a pretensão à segurança, e ocorrer a coisa julgada formal, ou seja, terminarem as possibilidades de recurso desta decisão, esta tornar-se-á irrecorrível e nunca mais será possível a sua “rediscussão” em outra ação com o mesmo objeto.

Há que se ressaltar aqui que o véu de indiscutibilidade recairia apenas sobre a pretensão material à segurança, objeto da ação cautelar, de forma alguma sobre a pretensão de direito material a ser assegurada, que seria objeto da ação principal.

Nestes termos, é necessário frisar que uma vez formada coisa julgada material no processo cautelar, ficaria vedada, apenas e tão somente a rediscussão específica da lide cautelar, com mesmas partes, causa de pedir e pedido, e de forma alguma a rediscussão da lide principal. O que impediria a postulação da mesma ação cautelar repetidamente, quando esta fosse denegada.

Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.

⁷¹ Este ponto, refere-se à teoria quinária da constante 15 de Pontes de Miranda, que não foi explorada aqui por não ser o foco deste trabalho. Para mais informações: SILVA, Clovis V. do Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 100, p. 249-256, out./dez. 1988 | *Ajuris*, v. 15, n. 43, p. 69-79, jul. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181856/000438753.pdf?sequence=1>>.

Os adeptos dessa orientação doutrinária defendem que esta seria uma das possibilidades previstas na inteligência do parágrafo único do art. 808, do antigo CPC/73⁷².

Por este ângulo, José Eduardo da Fonseca Costa vai de encontro à Ovídio Batista, uma vez que este último fixou entendimento de que no processo cautelar existiria apenas coisa julgada formal.

Para o excelentíssimo magistrado paulista, José Eduardo⁷³,

o problema [do posicionamento de Ovídio] é que a coisa julgada material produzida pela jurisdição cautelar não diz respeito à relação jurídica acautelada, mas sim à relação jurídica lateral, na qual está inserido o chamado 'direito substancial de cautela'.

Ainda em sua crítica ao pensamento do Ilustríssimo professor Ovídio Batista, Eduardo José diz que possivelmente o professor gaúcho estaria “deixando-se induzir pela natureza probabilística do *fumus boni iuris*”, quando defendia que sentenças cautelares são proferidas sob a égide da cognição sumária.

Ainda segundo Eduardo José⁷⁴,

⁷² Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806;

II - se não for executada dentro de 30 (trinta) dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.

⁷³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

⁷⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011. Disponível em: < <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada.pdf> > p. 13.

na fundamentação da sentença cautelar, quando o juiz certifica a presença do fumus boni iuris, ele outra coisa não faz senão elaborar um juízo de certeza a respeito de um elemento que habita o plano da existência. A fortiori, quando aponta na decisão liminar a presença do fumus boni iuris, fá-lo mediante emissão de juízo de simples verossimilhança ou probabilidade. Ou seja: a) no processo cautelar, quando o juízo sentencia, tem a certeza de que o “direito substancial de cautela” existe; b) quando concede a liminar (isto é, quando antecipa os efeitos práticos da tutela jurisdicional acautelatória pretendida ao final), entende simplesmente que a existência do “direito substancial de cautela” é verossímil ou provável. (grifo nosso)

Entretanto, há que se frisar que é corrente na doutrina, incluído aqui o já citado e altivo professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, defende que o processo cautelar não faz coisa julgada material, pois sua cognição é rasa, em razão da necessidade de maior celeridade neste feito, ponto com o qual concordamos veementemente pelos fundamentos apontados nos tópicos anteriores. Neste diapasão, em sede de cautelar apenas poderá haver coisa julgada formal.

3. ESTABILIZAÇÃO

3.1. Direito comparado e inspirações da estabilização à brasileira

A própria Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada no ano de 2009 pela Presidência do Senado Federal, que resultou em nosso atual código de processo civil, nos diz que

Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, **inspirado no sistema italiano e francês**, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária.⁷⁵ (grifo nosso)

De modo que nos parece necessário tecer breves considerações sobre como o direito processual alienígena se refere ao instituto, principalmente os sistemas francês e italiano. Também dialogaremos com o estatuto processual português, dada a sua recente reforma ocorrida em 2013 e adoção da técnica de inversão do contencioso pelos lusitanos.

3.1.1. Doutrina Francesa

No que tange à tutela provisória a doutrina francesa é uma das que recebem maior destaque e é um dos mais citados pelos autores. De modo que a *jurisdiction des référés* parece ser um modelo eficaz na solução de litígios.

A solução adotada pelo sistema processual francês aos casos de direito material que exigem uma rápida prestação jurisdicional é a *ordonnance*, uma espécie de decisão concedida dentro do procedimento *référé*⁷⁶.

⁷⁵ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. p. 34-35. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>

⁷⁶ AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em

Humberto Theodoro Júnior⁷⁷ elucida o procedimento do *référé*:

(...) cumpre o papel da tutela de urgência permitindo a adoção rápida de equacionamento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela no direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo. São, pois, características do sistema francês do *référé*: a) a autonomia do procedimento de urgência; b) a provisoriedade da decisão neles proferida; c) a ausência de coisa julgada.

Segundo Jacques Vuitton e Xavier Vuitton, citados por Natália Cançado Scarpelli, o maior objetivo do *référé* é "a estabilização de uma situação, a interrupção de uma ilicitude ou a paralisação de um abuso"⁷⁸. Sendo este procedimento limitado ao plano da emergência, possuindo provimento próprio e independente de um outro processo.

Importante frisar que o *référé*, ainda que não dependa do ajuizamento de ação principal, não substitui uma ação de cognição exauriente.

Uma vez que a sua função é tutelar a urgência do caso concreto, priorizando, portanto, a agilidade da prestação jurisdicional, sua tutela é pautada em um juízo de cognição sumária, em que deve ser analisado o perigo de dano e verossimilhança do direito alegado. Neste ponto, percebemos que esta tutela concedida no *référé* não possui aptidão para alcançar a dignidade da coisa julgada, que somente poderia ser atingida através de cognição exauriente, conforme observa Humberto Theodoro Jr.⁷⁹:

Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 87. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AmorimPC_1.pdf> .

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008. p. 135.

⁷⁸ VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. Paris: Litec, 2003. p. 205. *Apud* SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>>

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Antecipada. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e Direito Europeu*. Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2008.

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

Segundo Paula Amorim ⁸⁰ , o instituto do *référé* tem características, como a possibilidade de ultra atividade da *ordonnance* (tutela antecipada) a qual goza de relativa estabilidade, mantendo sua eficácia mesmo após a extinção do *référé*, o que, contudo, não alcançaria a mesma dignidade da coisa julgada material.

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

Percebemos que o *référé* francês foi uma forte inspiração para a adoção da técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente no novo Código de Processo Civil brasileiro, ante as notórias semelhanças entre os dois procedimentos.

3.1.2. Doutrina Italiana

⁸⁰ AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.90. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AmorimPC_1.pdf> .

Quanto ao sistema processual italiano, Natália Cançado Scarpelli ressalta que a tutela sumária só veio a ser positivada a partir do Decreto Legislativo 05/2003, sendo, através da Lei nº 80/2005, desenvolvida no *Codice di Procedura Civile*, no artigo 669.

A inovação, em muito parecida com o *référé* francês, fez com que as tutelas jurisdicionais fossem mais “hábeis a resolver a situação de crise do direito material em contexto de maior eficácia e de menor duração do processo”⁸¹.

Assim como ocorreu aqui no Brasil, na Itália houve a remoção da disposição que condicionava a eficácia da medida provisória ao ajuizamento da ação principal. Desta forma, a decisão concedida em caráter provisório passou se estabilizar, sem produzir, contudo, coisa julgada, até que a decisão dada em juízo de cognição sumária fosse revista em nova ação de cognição exauriente.

Segundo Paula Amorim⁸²:

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

3.1.3. Doutrina Portuguesa

⁸¹ ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 184.

⁸² AMORIM, Paula Cristina de Abreu. Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho: uma visão comparativa (...) op. cit. p.115.

O Código de Processo Civil português, aprovado pela Lei nº 41/2013, prevê no seu art. 369, I⁸³, a introdução de um novo instituto de direito processual dentre as tutelas antecipadas, chamado “inversão do contencioso”.

O Código processual português antecessor, previa que as medidas cautelares eram acessórias e dependentes da ação principal. Desta forma, a “inversão do contencioso” surgiu como uma relevante inovação introduzida na nova lei processual portuguesa.

A doutrina, nomeadamente a prestigiada professora Paula Costa e Silva⁸⁴, expunha o desserviço que a antiga legislação prestava,

Ora, um sistema que faça depender a vigência – não temporalmente limitada – de uma decisão cautelar de uma ulterior decisão definitiva confirmativa, porque propiciaria o desperdício e a desadequada afetação de recursos humanos, seria um mau sistema processual de realização de justiça. Havia que mudá-lo. Foi este o ponto de partida da Comissão de reforma do código de processo civil [português].

Assim como o código de processo italiano, o sistema processual português com a inovação da “inversão do contraditório”, foi muito influenciado pelo regulamento francês e a *jurisdiction des référés*.

Dar maior ênfase e relevância ao processo cautelar, permitir que a decisão proferida sob juízo de cognição sumária goze de relativa estabilidade e dispensar a parte autora do ônus da propositura da ação principal são medidas possivelmente tornarão a prestação jurisdicional mais célere.

Em outras palavras, processo português igualou as dignidades atribuídas às tutelas antecipada e de evidência. Ou seja, aquele juiz que tiver verdadeira convicção do direito favorável à parte autora, poderá deferir a tutela antecipada e decretar a inversão do contencioso. Deste modo, caberá ao réu o ônus de interpor a ação

⁸³ Art. 369, I, do Código de Processo Civil Português: “Mediante requerimento, o juiz, na decisão que decreta a providência, pode dispensar o requerente do ônus de propositura da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio”.

⁸⁴ SILVA, Paula Costa e. *Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar*. In: Debate ‘a Reforma do Processo Civil 2012’ - Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público, no 11. Lisboa, 2012. p. 138. Disponível em: <https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_252_16.pdf>.

principal para rediscutir a decisão proferida, sob pena de ter referida medida convertida em sentença transitada em julgado, recoberta sob o manto da coisa julgada material⁸⁵.

3.2. O procedimento para estabilização no CPC/2015

Uma das inovações mais interessantes trazidas pelo novo código de processo civil no que se refere às tutelas provisórias é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, instituto novo na legislação brasileira, mas comum em doutrinas alienígenas, como pudemos ver em capítulo próprio.

E este novo procedimento, haja vista as particularidades necessita uma análise acurada e cuidadosa.

Importante destacar aqui o posicionamento doutrinário que defende que a estabilização também pode ser alcançada pela via negocial, conforme o Enunciado nº 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC⁸⁶, segundo o qual “as partes poderão negociar a estabilização, mediante acordo expresso e em seus devidos termos”.

Em breve síntese, o procedimento de estabilização ocorre da seguinte forma: tendo em vista a situação de urgência, o requerente indicará na petição inicial que seu pedido de concessão de tutela antecipada é requerido em caráter antecedente, conforme inteligência do art. 303, §5º do NCPC ⁸⁷, bem como o valor da causa,

⁸⁵ CUNHA, Philipe Silveira Carneiro. A SEGUNDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECEDENTE: A imutabilidade da medida antecipada. 2017. 60f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 42. Disponível em: < <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-philipe-silveira-carneiro-da-cunha> >.

⁸⁶ O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) é um evento anual que reúne especialistas em direito processual civil de todo Brasil no qual são debatidos diversos temas sobre o Novo CPC. A cada encontro são elaborados os enunciados, bem como uma Carta da cidade na qual ocorreu o evento com a consolidação de todas as conclusões do fórum.

Necessário informar que a própria carta do FPPC explica que “O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26.03.2014; na versão final do CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo ‘tutela antecipada’, tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por “tutela provisória”; de outro lado, o termo “satisfativa”, que constava da versão da Câmara, foi substituído por ‘antecipada”

⁸⁷ 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,

considerando desde já seu pedido de tutela final art. 303, §4º ⁸⁸.

Uma vez concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o autor aditará sua exordial, a fim de complementar sua argumentação, podendo nesta oportunidade juntar novos documentos e pedir a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior a ser fixado pelo magistrado.

Sendo que este novo pedido de tutela final ocorrerá nos mesmos autos, diferentemente do que ocorria no Código de 1973, em que era prevista uma duplicidade de processos, no caso a ação cautelar e a ação principal, conforme visto nos capítulos anteriores.

As custas serão pagas no ato da distribuição do feito, não havendo incidência de novas custas quando do aditamento da petição inicial, em consonância com o art. 303, §3º ⁸⁹. Caso o requerente não venha a aditar a petição inicial conforme §1º ⁹⁰ do referido artigo, o processo será extinto sem resolução de mérito, nos termos do art.

com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

(...)

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

⁸⁸ § 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.

⁸⁹ § 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.

⁹⁰ § 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 auto composição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

303, §2º⁹¹.

Destaque-se que obstar essas decisões concedidas sob este caráter antecedente, aptas à estabilização, o réu deverá impugna-las através da interposição do respectivo recurso, caso contrário, tornar-se-á estável a tutela concedida.

Merece destaque aqui o enunciado nº 501 do Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, segundo o qual “a tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário”⁹².

Deste modo, o NCPC põe o autor em uma posição inicial mais benéfica, na medida em que a inércia do réu não lhe será prejudicial e, ante a urgência do pedido, esta se mostra um posicionamento louvável do Código, na medida em que evita o perecimento de um direito.

Segundo Igor Raatz e Natascha Anchieta⁹³,

Há, na estabilização da antecipação da tutela antecipada, assim como no procedimento monitorio, uma inversão do contraditório, que será eventual. Dito de outro modo, a inércia do réu irá influir diretamente na profundidade da cognição judicial, que somente será exauriente se houver impugnação à decisão em que concedida a tutela antecipada. (grifo nosso)

O exemplo trazido pelos autores retro citados é a concessão de tutela antecipada para a realização de uma cirurgia sob as expensas do Estado ou até mesmo para a obtenção de um medicamento, o que retrata bem esta espécie de antecipação, pois

⁹¹ § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

⁹² Disponível em: < <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf> >

⁹³ RAATZ, Igor, ANCHIETA, Natascha. **TUTELA ANTECIPADA, TUTELA CAUTELAR E TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Jan a Jun 2015. P. 288

uma vez satisfeito o direito, o requerente não terá interesse no prosseguimento do feito, ou seja, uma vez que não haverá necessidade de um novo processo porque o problema já teria sido solucionado⁹⁴.

Se deferido o pedido de tutela antecedente, o réu deverá ser intimado da decisão e após, uma vez tenha expirado o prazo para o recurso, deverá o autor ser intimado para proceder com o aditamento da petição inicial, nos termos do já visto art. 303, §1º, I ⁹⁵ do CPC/2015.

Se prazo do réu correr *in albis*, sem que ele interponha o recurso cabível, o processo será extinto, conforme §1º do art. 304 ⁹⁶.

Caso o réu recorra da decisão, deverá determinada a sua citação e intimação para a audiência conciliatória, conforme inteligência do art. 334 do NCPC ⁹⁷ e o processo

⁹⁴ Op. Cit. 288

⁹⁵ § 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;

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a auto composição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na auto composição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

passará pela fase de conhecimento tradicional, com prazo de contestação segundo art. 335⁹⁸, do NCPC.

Neste diapasão, percebemos que o recurso interposto pelo réu tem dois objetivos: 1) expor o interesse do réu na causa e, conseqüentemente, afastar o véu de estabilização da tutela antecipada e 2) insurgir-se contra a decisão que concedeu a antecipação da tutela.⁹⁹

O código deixa uma lacuna e não responde o que ocorrerá em seguida, caso de o recurso não seja provido e se mantenha a decisão antecipatória. Há autores que, nesse caso, entendem que haverá a estabilização da tutela antecipada, pois defendem o posicionamento de que o novo Código pretendia prestigiar o instituto da estabilização e atender à sua finalidade de maior celeridade¹⁰⁰.

Ainda há dúvida quanto à condenação do réu ao pagamento de despesas processuais e honorários, se ocorrer a estabilização da tutela antecipada vindicada.

Neste caso, Raatz e Anchieta adotam uma posição moderada, com a qual

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

⁹⁸ Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

⁹⁹ Ibidem. P 293.

¹⁰⁰ Ibidem. P 294.

concordamos:

(...) parece adequado que se aplique o mesmo regime da ação monitória quando o réu cumpre no prazo legal o mandado monitório. Com efeito, o réu deverá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios em 5% sobre o valor da causa (art. 701), ficando isento do pagamento das despesas processuais (art. 701, §1o).¹⁰¹

Após a estabilização e conseqüente extinção do processo, como já vimos, as partes terão o prazo de 02 (dois) anos, contados a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo¹⁰², para propor uma nova ação, sem que sejam restritas as matérias possíveis de alegação, com o objetivo de revisar, reformar ou invalidar os efeitos da referida decisão de antecipação.

Há que se ressaltar aqui que a decisão favorável à antecipação da tutela de forma alguma produzirá coisa julgada, seja por força de lei, conforme inteligência do §6º do art. 304 do CPC/2015, seja por lógica, uma vez que a ausência de cognição exauriente, não confere à esta decisão a segurança necessária para que a ela se confira o grau máximo de imutabilidade. Mas, a ausência de coisa julgada de modo algum pode ser confundida com ausência de estabilidade da decisão. Conforme veremos no próximo tópico.

3.3. Da natureza da decisão estabilizada

Uma vez ocorrida a estabilização, sabemos que não ocorrerá coisa julgada, mas resta a dúvida: qual a natureza dessa estabilização e a extinção da decisão que a concedeu é com ou sem resolução do mérito?

Neste ponto percebemos que a doutrina não é convergente. Há autores que defendem que a dita extinção é sem resolução do mérito¹⁰³, bem como autores que defendem o

¹⁰¹ Ibidem. P 294.

¹⁰² Art. 304, § 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.

¹⁰³ Como exemplo deste posicionamento podemos mencionar: SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada.** In

oposto, e, neste sentido, concordamos com COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi ¹⁰⁴, uma vez que

a extinção sem resolução (...) tem eficácia cassatória das decisões anteriormente proferidas, algo que não se sustenta [no caso das decisões antecipatórias estabilizadas], uma vez que a decisão antecipatória da tutela não só resta hígida como (mais) estabilizada.

E mais: não há como negar que a decisão antecipatória da tutela decide sobre o mérito da causa, ainda que, a princípio, de modo provisório. O próprio nome do instituto nos remete à uma “antecipação do mérito”. Além do já mencionado fato de que essa sentença de extinção rege a solução do problema posto mesmo após sua extinção após a sua estabilização.

Os autores retro citados entendem que:

Em verdade, a sentença de extinção do processo (de análise provisória do mérito), além da eficácia desconstitutiva (finda a litispendência), contém, mesmo que de modo implícito, **declaração da ocorrência da estabilização**, que se dá, como visto acima, de modo compulsório. **Assim, a sentença de extinção incorpora a decisão antecipatória da tutela, que se estabilizou.** A sentença é que passa a ser impugnável, seja por um eventual recurso, seja pelas ações previstas no § 2º do art. 304¹⁰⁵, CPC. ¹⁰⁶ (grifo nosso)

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 343 – 445.

¹⁰⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. ESTABILIZAÇÃO, IMUTABILIDADE DAS EFICÁCIAS ANTECIPADAS E EFICÁCIA DE COISA JULGADA: UMA VERSÃO APERFEIÇOADA. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 564.

¹⁰⁵ § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

¹⁰⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. ESTABILIZAÇÃO, IMUTABILIDADE DAS EFICÁCIAS ANTECIPADAS E EFICÁCIA DE COISA JULGADA (...). P. 564.

Neste diapasão, a estabilização se mostra como um “nível um pouco mais alto na gradação da estabilidade das decisões”¹⁰⁷, que forma coisa julgada formal (ante o corrimento *in albis* do prazo recursal) e conduz apenas à cessação da litispendência. Não há que se falar, neste caso, em efeito positivo da coisa julgada¹⁰⁸, na medida em que não há qualquer óbice para que o *dictum* da decisão estabilizada seja rediscutido em outro processo dentro do prazo de 02 (dois) anos.

Heitor Sica nos remonta à ideia da inesquecível professora Ada Pellegrini¹⁰⁹, que de forma vanguardista, nos trouxe o pensamento de aproximação entre técnica da estabilização e aquela empregada no processo monitorio¹¹⁰.

Neste mesmo sentido, Eduardo Talamini¹¹¹ nos diz que, em que pese tenha havido a exclusão da ação monitoria como procedimento geral, há o emprego da técnica monitoria no instituto da estabilização, pois:

A estabilização da medida urgente preparatória reúne todas as características essenciais da tutela monitoria: **a) há o emprego da cognição sumária com o escopo de rápida produção de resultados concretos em prol do autor; b) a falta de impugnação da medida urgente pelo réu acarreta-lhe imediata e intensa consequência desfavorável; c) nessa hipótese, a medida urgente permanecerá em vigor por tempo indeterminado - de modo que, para subtrair-se de seus efeitos, o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente.** Ou seja, sob essa perspectiva, inverte-se o ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) não haverá coisa

¹⁰⁷ Ibidem. P.565.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela | Fredie Didier Jr., Paula Sa o Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2. p. 514

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de processo, n. 86, v.22, abr-jun./1997, p. 191-195.

¹¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada.** In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). **Tutela provisória.** Salvador: Juspodivm, 2016. P. 343 – 445.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, Revista de Processo, n. 209, p.13-34). P. 212.

julgada material. (grifo nosso)

Entretanto, a proposta da Ilustríssima professora Ada era no sentido de que a execução da medida antecipatória deveria ser como uma execução provisória e que com não impugnação por parte do réu à concessão da tutela antecipada haveria conversão da mesma em sentença de mérito, de forma que esta decisão convertida seria protegida pela qualidade da coisa julgada.

Até entendemos que houve uma aproximação entre os institutos na medida em que em ambos os casos é exercida cognição sumária pelo magistrado e, com base nela, é determinada uma decisão que deverá ser cumprida pelo réu, no caso da monitória, há a expedição de mandado para pagamento e no caso da estabilização, há uma decisão antecipatória do mérito. Se o réu não opuser o recurso cabível, a decisão dada inicialmente será confirmada, ainda que pautada em cognição sumária.

Nas duas circunstâncias também, caso o réu interponha o recurso, o procedimento será convertido ao comum, que, conseqüentemente, resultará numa sentença final proferida mediante exercício de cognição exauriente.

Os dois institutos, do mesmo modo, estariam próximos, pois ambos não formam coisa julgada, de forma que o réu pode, eventualmente, rediscutir a matéria decidida em ulterior processo.

Heitor Sica ¹¹², entretanto, nos mostra três pontos em que há o afastamento entre os dois institutos:

Apesar das semelhanças, há três claras diferenças entre a técnica monitória e a técnica da estabilização: (a) a desnecessidade de demonstração de urgência para manejo do processo monitório; (b) no processo monitório, a efetivação da decisão sumária ocorre apenas após a estabilização, ao passo que na da tutela antecipada sua eficácia é liberada mesmo antes da estabilização; e (c) a desnecessidade de prova escrita de obrigação líquida e certa para pleitear a tutela antecipada urgente satisfativa em caráter antecedente (embora seja difícil imaginar que o autor convença o juiz da probabilidade de seu

¹¹² Op. Cit. p. 352-353

direito sem qualquer prova escrita)

Se faz necessário destacar que a coisa julgada material tem duas funções: 1) impedir que o mesmo litígio seja novamente judicializado, conforme art. 304, §5º do CPC/2015 (função negativa) e 2) a decisão deve ser observada em eventuais processos futuros com as mesmas partes e causa de pedir (função positiva).

Ainda seguindo Sica¹¹³, não seria possível que uma decisão estabilizada tenha a função positiva retro mencionada. Após os 02 (dois) anos da decisão extintiva do feito, ocorreria uma “estabilidade qualificada” não confundível com a imunidade pela inexistência de uma feição positiva, pois não haveria como estabelecer-se a coisa julgada e a consequente imutabilidade, sem que houvesse cognição exauriente.

Neste diapasão, Guilherme Thofehrn Lessa nos diz que

A tutela antecipada, ao se tornar estável, mantém seu caráter cognitivo, bem como seu caráter provisório, uma vez que resguardada a possibilidade uma das partes ingressar com ação autônoma, a fim de revisar, alterar ou invalidar a tutela estável. Após a preclusão do direito à ação autônoma, o caráter provisório da tutela antecipada é substituído pelo seu caráter definitivo.¹¹⁴

Lessa interpreta o texto do art. 304, §5º, o qual estabelece a extinção do direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, depois de transcorrido o prazo de 02 (dois) anos, a contar da ciência da decisão, e conclui que, após o biênio, haveria uma estabilidade.

Então surge um novo problema, qual seria a natureza dessa estabilização após os 02 (dois) anos?

¹¹³ Op. Cit. 353.

¹¹⁴ LESSA, Guilherme Thofehrn. CRÍTICAS À ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA: A COGNIÇÃO EXHAURIENTE COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO. Revista de Processo, ano 41, vol. 259, set/2016, p. 159-174.

3.4. “Segunda estabilização” e formas de impugnação da decisão estabilizada após o período de 02 (dois) anos

A doutrina tem se esmerado para enquadrar essa “segunda estabilização” ocorrida após os dois anos da decisão de extinção do processo em uma das classificações já existentes, investigando a sua natureza, bem como a existência de um recurso cabível contra esta.

Há parte da doutrina que advoga que decorridos os 02 (dois) anos, haverá coisa julgada material a acobertar a decisão provisória estabilizada.

A exemplo de Leonardo Greco, segundo o qual:

Os §§ 2º a 5º do artigo 305 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, de tutela antecipada antecedente estabilizada nos termos do artigo 305, não pode o juiz de ofício revogar a qualquer tempo a tutela provisória, não se aplicando a regra geral do artigo 297, **inclusive porque, passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada.** ¹¹⁵ (grifo nosso)

Por essa lógica, ultrapassados os dois anos da estabilização, com o advento da coisa julgada, estaria iniciado o prazo para o cabimento de ação rescisória, nos termos do art. 975 do NCPC¹¹⁶.

Seguindo esta tese, essa conclusão seria possível porque o §6º do art. 304¹¹⁷ se referiria somente quanto à ausência de coisa julgada da decisão estabilizada, mas não da situação jurídica que viria a existir após os 02 (dois) anos.

¹¹⁵ GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 305 Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> >.

¹¹⁶ Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

¹¹⁷ § 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.

Esta não nos parece ser um posicionamento razoável, na medida em que o texto de lei é bastante claro quanto à não ocorrência de coisa julgada. Se o legislador quisesse atribuir o grau de solidez e imutabilidade da coisa julgada poderia ter feito, uma vez que, nas palavras de Marcelo Barbi Gonçalves: “Não há nada, absolutamente nada, no ordenamento jurídico que impeça a atribuição definitiva de um bem da vida com base em uma cognição sumária”¹¹⁸

O mesmo entendimento é o de Costa, Gouveia Filho e Peixoto¹¹⁹:

(...) o §6º, do art. 304 parece vedar, por completo, a existência da coisa julgada. **Não há qualquer indicação de que essa estabilização poderia se transformar em coisa julgada material após passados os dois anos da ação de revisão.** A discussão, de fato, não deve passar pela (in)existência de cognição exauriente, uma vez que nada impediria que o legislador impusesse a produção da coisa julgada material nesse procedimento. Situação semelhante ocorre na ação monitória, em que, mesmo uma tutela de evidência – também de cognição provisória -, tem aptidão para, caso não seja embargada, ser acobertada pela coisa julgada material (art. 701, CPC/2015). **O óbice existente para esse novo procedimento é legislativo, não cabendo à doutrina modificar a natureza da estabilização para a coisa julgada. É uma tentativa de suprir uma lacuna axiológica de forma ilegítima, devendo ser afastada.** (grifo nosso)

Nos parece que o raciocínio mais coerente, com uma interpretação mais razoável ao texto da lei, será que após os 02 (dois) anos da estabilização, não haverá a formação da coisa julgada material.

¹¹⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Estabilidade soberana da tutela provisória e coisa julgada: uma proposta de sistematização. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 26-39, jul./ago. 2017. Disponível em:< https://lex.com.br/doutrina_27634555_ESTABILIDADE_SOBERANA_DA_TUTELA_PROVISORIA_E_COISA_JULGADA_UMA_PROPOSTA_DE_SISTEMATIZACAO.aspx>

¹¹⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. ESTABILIZAÇÃO, IMUTABILIDADE DAS EFICÁCIAS ANTECIPADAS E EFICÁCIA DE COISA JULGADA: UMA VERSÃO APERFEIÇOADA. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 554.

Ainda para os autores retro citados, “o seu objetivo [da estabilização] não é este [a formação de coisa julgada], mas tão somente o de satisfação fática da parte”¹²⁰, pois se a parte visasse o a obtenção da coisa julgada material deveria optar ingressar com o feito pela via procedimental comum e “impor a formação da coisa julgada material no procedimento de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar a estabilização”¹²¹

Também não há consonância dentre os que admitem a inexistência da coisa julgada material.

Há doutrina que entende que uma vez transcorridos os dois anos conforme art. 304, §5º, do CPC/2015, não seria mais oportuna uma rediscussão em juízo sobre o mesmo direito material, tendo em vista a preliminar de coisa julgada do art. 485, V, NCPC¹²².

Entretanto, uma reanálise do mérito e eventual extinção com base na prescrição ou decadência seria possível, nos termos do art. 487, II, NCPC¹²³.

Segundo Dierle Nunes e Érico Andrade¹²⁴,

Nesse sentido, sob o aspecto prático, a decisão de estabilização inicialmente na forma do arts. 303 e 304 do novo CPC, e posteriormente atingindo a estabilização definitiva (art. 304, §6º, do novo CPC), não se poderá mais ter acesso à ação de cognição exauriente para rediscutir a matéria (art. 304, §§ 2º e 4º), mas **mesmo que tal ação venha a ser ajuizada ou em outra ação distinta venha a matéria a ser**

¹²⁰ Op. cit. P. 555.

¹²¹ Op. cit. 556.

¹²² V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

¹²³ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

¹²⁴ NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 90.

novamente invocada, o juiz não poderá extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 485, V) de plano ou sem maiores indagações, mas sim terá de adentrar o mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório, seguindo-se, após, se se reconhecer que a matéria encontra-se estabilizada de forma definitiva na forma do citado art. 304, §6º, a extinção do processo com resolução de mérito (art. 487, II), como se passa no caso de se ajuizar ação cujo direito material tenha sido acobertado pela prescrição ou decadência. (grifo nosso)¹²⁵

Por fim, ainda existe posicionamento quanto ao cabimento da ação rescisória aos casos de estabilização, ainda que sem a existência de coisa julgada, sob a justificativa de que o §2º, do art. 966¹²⁶, do CPC/2015, consente com o uso de ação rescisória contra a decisão transitada em julgado que seja terminativa, ou seja, que impeça a repositura da demanda.

De modo que restaria dilatadas as possibilidades de cabimento da referida ação para casos em que não há coisa julgada. Ou seja, a existência de coisa julgada não seria mais um pré-requisito para o ingresso de ação rescisória.

Entretanto, se faz necessária aqui a ressalva de que as partes podem, dentro do prazo de dois anos, ingressar com uma nova ação com o objetivo de revisar a tutela antecipada anteriormente concedida e estabilizada.

Não nos parece justo que esta nova modalidade de tutela antecipada tenha um prazo maior para ser combatida, este é, inclusive, o posicionamento de Eduardo José da

¹²⁵ Op. Cit. P. 101.

¹²⁶ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
(...)

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

Fonseca Costa, Roberto P. Campos Gouveia Filho e Ravi Peixoto,¹²⁷ com o qual concordamos.

Merece destaque a iniciativa do FPPC em orientar a aplicação da norma que torna tão instável o trabalho jurídico através do preciso enunciado nº 33, segundo o qual “não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.”¹²⁸

3.5. Situações impeditivas à estabilização

Como bem observa Eduardo Talamini¹²⁹, existem algumas situações problemáticas que possivelmente impedirão a incidência da estabilização.

São eles:

- a) quando o réu do processo urgente preparatório for citado por edital ou hora certa (modalidades de citação ficta). (...)
- b) causas que envolvam direitos indisponíveis. (...)
- c) processos urgentes preparatórios em face da Fazenda Pública.

O autor retrata algumas hipóteses para exemplificar, usando como referência o antigo procedimento de ação monitoria e seus problemas.

Quanto à citação do réu por edital ou hora certa, em casos nos quais a citação da parte ré ocorrer em modalidades fictas, não deverá ser possível imputar a

¹²⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. ESTABILIZAÇÃO, IMUTABILIDADE DAS EFICÁCIAS ANTECIPADAS E EFICÁCIA DE COISA JULGADA: UMA VERSÃO APERFEIÇOADA.(...) Op. Cit.

¹²⁸ “O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26.03.2014; na versão final do CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação, final, o termo ‘tutela antecipada’, tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por ‘tutela provisória’; de outro lado, o termo “satisfativa”, que constava da versão da Câmara, foi substituído por ‘antecipada’”

¹²⁹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 209. p. 13. Jul. 2012.

consequência da estabilização ao réu que não comparecer ao processo. Em respeito ao princípio da razoabilidade e ampla defesa, deverá ser designado um curador especial que necessariamente apresentará todas medidas cabíveis na defesa do réu, de modo que restará inviabilizada a estabilização.

E, ainda que assim não fosse, o próprio código traz os meios necessários a impedir essa situação, o inciso I do art. 9º do CPC/2015 reza que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Do mesmo modo deverá o juízo proceder com relação ao réu incapaz que não tenha representante legal ou, ainda, quando o réu estiver preso.

No que tange aos litígios relativos à direitos indisponíveis. Haja vista que a tutela monitória pretende estabilizar as decisões proferidas em benefício do autor, nas oportunidades em que o réu deixar de impugnar a tutela concedida, por lógica, ele (o réu) apenas poderá dispor de direitos que sejam disponíveis, tendo em vista não ser possível renunciar a direitos indisponíveis. Ainda que seja difícil imaginar uma lide em que a parte autora requeira em regime de urgência a violação a algum direito indisponível do réu, vale a ressalva.

No que se refere à possibilidade de existência de decisão estabilizada em desfavor da Fazenda Pública, não parece que seja razoável que a Fazenda seja punida de alguma forma por sua inércia neste caso, tomando como parâmetro a ação monitória, na qual também havia esta limitação.

Eduardo Talamini, destaca que apesar de o STJ elaborar a antiga súmula 339¹³⁰, segundo a qual seria possível o emprego da ação monitória em face da Fazenda Pública,

No entanto, **examinando-se os precedentes que amparam a edição da Súmula, nota-se que apenas uma parte deles admitiu propriamente o emprego do mecanismo monitório em face dos entes públicos** (i.e., a formação automática do título executivo, em caso de inércia do réu). Outra parcela dos julgados embasadores da súmula, embora admita o emprego formal da ação monitória em face da Fazenda Pública, descarta a formação automática do título executivo caso não haja nem cumprimento nem embargos ao mandado

¹³⁰ Súmula 339/STJ – “É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”.

(afirmando a necessidade de que, mesmo nesse caso, o juiz profira uma sentença, revendo o inicial juízo de plausibilidade da existência do direito do autor - sentença essa que seria, conforme o caso, submetida inclusive ao reexame necessário) (grifo nosso)

Talamini¹³¹ frisa, ainda, que

uma situação jurídica não tem como ser constituída ou desconstituída mediante a técnica da estabilização. [pois] A tutela declaratória (ou seja, a eliminação definitiva de dúvidas) e, no mais das vezes, a tutela constitutiva (ou seja, a alteração de estados jurídicos) só têm serventia ao jurisdicionado se forem revestidas da estabilidade da coisa julgada material. Para o jurisdicionado não basta (e nem mesmo parece ser algo logicamente concebível) a eliminação provisória da dúvida sobre a existência ou não de uma relação de filiação; não basta a invalidação provisória de um contrato; não há como se ficar apenas provisoriamente divorciado - e assim por diante. (grifo nosso)

¹³¹ Op. cit. p. 213

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, não se buscou defender ou criticar a efetividade do instituto da estabilização da tutela no processo civil brasileiro, ou, ainda, fazer uma análise acerca de benefícios e malefícios dessa efetividade. O objetivo era tão somente realizar uma análise do instituto, principalmente no que tange à natureza da “segunda estabilização” da tutela antecipada antecedente, resultado do transcurso *in albis* do prazo decadencial de 02 (dois) anos, e considerar essa noção de estabilização com o instituto da coisa julgada.

Buscamos na doutrina os conceitos de tutela provisória e coisa julgada, observamos que a primeira é edificada sobre um juízo de verossimilhança, em outras palavras, em cognição sumária pautada na probabilidade do direito e/ou urgência, de modo a exigir do Estado uma prestação jurisdicional ágil, sendo possível, inclusive, a postergação do contraditório, com o objetivo de alcançar a tutela de forma mais célere e socorrer o requerente em sua necessidade.

Percebemos, ainda, a incompatibilidade entre o juízo de cognição sumária e a coisa julgada, por esta última fundar-se em cognição exauriente, demanda contraditório efetivo em respeito aos princípios constitucionais de ampla defesa e segurança jurídica.

Concluimos que o instituto da coisa julgada e a técnica de estabilização não são confundíveis, na medida em que a primeira recai sobre o conteúdo decisório, enquanto a estabilização alcança tão somente os efeitos da decisão, enquanto não houver pedido de revisão, reforma ou invalidação por decisão de mérito proferida em ação autônoma.

Entendemos que uma decisão proferida sem o contraditório pleno e efetivo, em sede de cognição sumária, não poderá gozar do prestígio de coisa julgada material, ainda após o prazo bienal de decadência para o ajuizamento de ação autônoma de revisão, reforma ou invalidação.

Além de que, o comando processual do art. 304, §6º do NCPC, é cristalino no sentido de que a tutela antecipada estabilizada não faz coisa julgada.

Após o decurso do prazo decadencial de dois anos, concordamos com os doutrinadores que entendem haver uma espécie de “estabilidade qualificada”, de modo que não será cabível ação rescisória.

Acreditamos que a busca por meios que confirmem maior efetividade e eficiência à tutela jurisdicional é válida e necessária, entretanto, não podemos utilizar o argumento da morosidade do processo judicial e o abarrotamento do Poder Judiciário que são reais e legítimos como justificativa para relativizar a aplicação de princípios fundamentais.

Neste diapasão, concordamos com o posicionamento de Guilherme Thofehr Lessa, segundo o qual “qualquer procedimento previsto pelo legislador infraconstitucional que conceda imutabilidade a um provimento proferido em cognição sumária acarreta em ofensa ao processo justo, e carece de legitimidade constitucional”¹³².

Além do mais, a ausência de estatísticas sobre o desempenho dos institutos processuais em nosso judiciário dificulta uma avaliação confiável sobre sua eficácia. Não conseguimos, então, sem esses dados, dizer com firmeza se é válido abrimos mão de uma maior segurança jurídica em prol de uma celeridade e eficiência que talvez nem existam.

Como bem observa Eduardo Talamini¹³³,

Não se sabe em que medida a técnica monitoria, no procedimento especial que hoje a emprega, tem sido eficiente na eliminação de conflitos. Quantos mandados monitorios não são embargados? Quantos são cumpridos espontaneamente? São frequentes ações autônomas para rediscutir créditos objeto de mandados monitorios não embargados? Todas essas questões precisariam ser objetivamente respondidas, com base em dados estatísticos, para se saber se convém estender a técnica monitoria a outro terreno.

¹³² LESSA, Guilherme Thofehr. **Críticas à estabilização da tutela**: a cognição exauriente como garantia de um processo justo. Revista de Processo, ano 41, vol. 259, set/2016, p. 159-174.

¹³³ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, Revista de Processo, n. 209, p.13-34. P. 32.

Neste sentido, concordamos com o posicionamento de Heitor Sica¹³⁴, segundo o qual “(...) nosso sistema já tem meios adequados para tanto, em especial o julgamento antecipado da lide fundado no art. 330, II, do CPC de 1973 (repetido no art. 355, II, do novo CPC)”, de modo que o novo instituto de estabilização pode se mostrar como um “tiro pela culatra” atrapalhando mais do que auxiliando a celeridade da marcha processual e o alcance da satisfação do direito.

O tema é dos mais importantes dentre as novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e por certo merece nossa atenção e cuidado em aplica-lo, ante os diversos entendimentos doutrinários.

¹³⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada**. In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 343 – 445

5. REFERENCIAS

AMORIM, Paula Cristina de Abreu. **Estabilização da tutela sumária no processo civil e do trabalho**: uma visão comparativa – Brasil, Itália e França. 2011. 192 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p.90. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AmorimPC_1.pdf/> .

ANDRADE, Érico. **A técnica processual da tutela sumária no direito italiano**. Revista de Processo, vol. 179, p. 175-216. São Paulo: RT, Jan / 2010. p. 184.

BUZAID, Alfredo. **A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, v. 72, N 1. 1977. p. 131-152. São Paulo: RT, Jul – Set. 1982. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66795>>.

Código de Processo Civil. Histórico da Lei. V. 1 Tomo I. Senado Federal Subsecretaria De Edições Técnicas. 1974. P. 17. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf>>

COSTA, Adriano Soares da. **Morte processual da ação cautelar?** In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEREIRA, Mateus Costa (Orgs.). Tutela provisória. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 6. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 37.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos e PEIXOTO, Ravi. **Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada**: uma versão aperfeiçoada. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 554.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Sentença cautelar, cognição e coisa julgada**: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011. Disponível em:<<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Sentenca-cautelar-cognicao-e-coisa-julgada.pdf>> p.13.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Tutela jurisdicional de urgência**: relatório nacional (Brasil). Civil Procedure Review, v.4, Special Edition: 263-309, 2013. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.Php?id=78&embedded=true>.

CUNHA, Philipe Silveira Carneiro. **A segunda estabilização da tutela antecedente**: A imutabilidade da medida antecipada. 2017. 60f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 42. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-philipe-silveira-carneiro-da-cunha>> .

DELLORE, LUIZ. Conceito de coisa julgada no Novo CPC: avanços e oportunidade perdida. Site Jota. Coluna opinião e análise. 22/01/2018. Disponível em:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/conceito-de-coisa->

julgada-no-novo-cpc-avancos-e-oportunidade-perdida-22012018#sdfnote3sym>.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela | Fredie Didier Jr., Paula Sa o Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

DIDIER JR., Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro**. Salvador: Revista diálogo Jurídico. N 10. Jan. 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento f Fredie Didier Jr.- 19. ed. · Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Estabilidade soberana da tutela provisória e coisa julgada**: uma proposta de sistematização. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 26-39, jul./ago. 2017. Disponível em:< https://lex.com.br/doutrina_27634555_ESTABILIDADE_SOBERANA_DA_TUTELA_PROVISORIA_E_COISA_JULGADA_UMA_PROPOSTA_DE_SISTEMATIZACAO.aspx>

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 275.

GRECO, Leonardo. **A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 305 Disponível em:< <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>.

GRECO, Leonardo. **Cognição sumária e coisa julgada**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X. Rio de Janeiro. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. 2012. P. 275 - 301.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil**. Texto redigido originalmente em italiano, para a Rivista di Diritto Processuale. Tradução de Cândido da Silva Dinamarco. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67069/69679> >.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de processo, n. 86, v.22, abr-jun./1997, p. 191-195.

LESSA, Guilherme Thofehr. Ausência de Colaboração e Evidência do Direito. RePro n. 246, São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Texto que serviu de base à conferência pronunciada na Universidade de Coimbra, no dia 11 de novembro de 2013, a convite do Senhor Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques. 2013. Disponível em: < https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/tutela_cautelar_a_tutela_antecipatoria_marinoni.pdf >.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDINA, José Miguel Garcia. Processo civil moderno, v4, **Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição...**/ José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **O processualismo e a formação do Código Buzaid**. Revista de Processo, vol. 183, p. 165-194. São Paulo: RT, Mai / 2010. p. 169-171. Disponível em:< https://www.academia.edu/3223794/O_processualismo_e_a_forma%C3%A7%C3%A3o_do_C%C3%B3digo_Buzaid_-_Revista_de_Processo_183>.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Revista dos Tribunais. RT 416/9. jun./1970. Disponível em:< https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2955551/mod_resource/content/1/ainda%20e%20sempre%20a%20coisa%20julgada%20-%20BARBOSA%20MOREIRA.pdf>

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 90.

PEREIRA, Mateus Costa. **Tutela provisória de urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência histórica + equívocos legislativos**. COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). Tutela provisória. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAATZ, Igor, ANCHIETA, Natascha. **tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Jan a Jun 2015. P. 288

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Aspectos relevantes da teoria geral da ação cautelar inominada**. Revista de Processo, vol. 86, p. 56-75. São Paulo: RT, Abr - Jun / 1997

SCARPARO, Eduardo. **A supressão do processo cautelar como tertium genus no Código de Processo Civil de 2015**. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108.

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente**. 2016. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016. Disponível em:< <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>>

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada.** In COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coords). **Tutela provisória.** Salvador: Juspodivm, 2016. P. 343 – 445.

SILVA, Paula Costa e. **Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar.** In: Debate ‘a Reforma do Processo Civil 2012’ - Contributos, Cadernos da Revista do Ministério Público, no 11. Lisboa, 2012. p. 138. Disponível em: <https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/PCN_MA_25216.pdf>.

STUSSI, Thiago e MALUF, André Luiz. **Tutela provisória no novo código de processo civil:** reflexões práticas sobre um paradigma em construção. Revista Jurídica Luso Brasileira. Ano 2, nº 6, 2016. P.1371-1402. Disponível em:<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1371_1402.pdf> .

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil:** a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, Revista de Processo, n. 209, p.13-34.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu.** Revista de Processo, vol. 157, p. 129-146. São Paulo: RT, Mar / 2008. p. 135.