

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THAÍS GHELFI DALL'ACQUA

A estabilização da tutela antecipada antecedente concedida
em face da Fazenda Pública

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THAÍS GHELFI DALL'ACQUA

A estabilização da tutela antecipada antecedente concedida
em face da Fazenda Pública

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor e Livre-Docente Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

THAÍS GHELFI DALL'ACQUA

A estabilização da tutela antecipada antecedente concedida
em face da Fazenda Pública

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor e Livre-Docente Olavo de Oliveira Neto.

Aprovada em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor e Livre-Docente Olavo de Oliveira Neto (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Paula e Guido, e à minha irmã Laura, por me darem a coragem para seguir em frente e por estarem, incondicionalmente, ao meu lado.

Ao meu noivo Leonardo, pelo companheirismo, carinho, apoio e paciência nesse importante percurso.

Ao Professor Olavo de Oliveira Neto, meu orientador, pelo auxílio prestado antes e durante a elaboração desse trabalho, pelos ensinamentos transmitidos e principalmente pela oportunidade de crescimento.

Aos meus colegas Thaís, Marcos, Mariana e Ahmad, por compartilharem essa importante fase das nossas vidas acadêmicas, tornando mais leve o caminho percorrido.

RESUMO

Visa o presente estudo discorrer sobre o instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, relacionando-o, com a condição especial da Fazenda Pública, indagando sua aplicação e propondo limites à sua incidência. A fim de possibilitar tal análise, o trabalho foi estruturado em seis capítulos. O segundo capítulo, logo após a Introdução, aborda aspectos preliminares acerca da tutela provisória, com destaque para a importância da tutela provisória na efetivação de direitos, sua relação com a cognição sumária; traçando, por fim, um breve histórico acerca da tutela provisória no sistema processual brasileiro. O terceiro capítulo trata dos aspectos gerais da tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, apontando e caracterizando suas espécies. No quarto capítulo passa-se ao estudo do instituto da estabilização, tratando dos seus requisitos, limites e procedimento e apontando-se a existência de institutos semelhantes nos sistemas processuais de outros países. No quinto capítulo, que antecede a Conclusão, será explorado o conceito de Fazenda Pública, abordando-se importantes princípios que regem a Administração Pública, discorrendo sobre suas principais prerrogativas processuais e, por fim, analisando a aplicação da estabilização da tutela antecipada antecedente quando concedida em face do Poder Público.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Fazenda Pública.

ABSTRACT

Our study aims to discuss the stabilization of interlocutory advance injunction, incorporated in the Brazilian legal system by the 2015 Code of Civil Procedure, thereby associating it with the special condition of the Treasuries, investigating its application and proposing limits to its incidence. In order to assist such an analysis, this investigation was organized in four chapters. The second chapter deals with preliminary aspects of provisional injunction, highlighting its relevance for the implementation of rights and its relation to summary cognition, as well as drawing a brief history of provisional injunction in the Brazilian procedural system. The third chapter approaches general aspects of provisional injunction in the 2015 Code of Civil Procedure, identifying and characterizing their types. In the fourth chapter, the stabilization concept as such is studied, pointing out the existence of similar concepts in the procedural systems of other countries, dealing with their requirements, limits and procedures. In the fifth and last chapter before conclusion, the conception of Treasury will be examined, addressing important principles that regulate Public Administration, discussing their main procedural prerogatives and, finally, analyzing the application of stabilization of the interlocutory advance injunction whenever granted in the face of the State.

Keywords: Provisional Injunction. Interlocutory advance injunction. Stabilization. Treasury.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA	12
2.1	Tutela jurisdicional, tutela jurisdicional diferenciada e efetivação de direitos	12
2.2	Cognição sumária e tutela provisória	20
2.3	Histórico da tutela provisória no Brasil	23
3	TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	33
3.1	Disposições gerais	36
3.2	Tutela provisória de evidência	40
3.3	Tutela provisória de urgência	47
3.3.1	Tutela cautelar	62
3.3.1.1	Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente	64
3.3.2	Tutela antecipada	68
3.3.2.1	Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente	69
3.3.3	Fungibilidade das tutelas de urgência	76
4	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE	81
4.1	Considerações iniciais	81
4.2	A técnica da estabilização no direito francês, italiano e português	84
4.3	Aplicação do instituto da estabilização apenas para a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente	92
4.4	Requisitos e limites para a estabilização	95
4.5	Procedimento para a estabilização	102
4.6	Revisão da estabilização – ação prevista no artigo 304, §2º, do Código de Processo Civil de 2015	108
4.7	Estabilização e coisa julgada	112
5	ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE CONCEDIDA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	120
5.1	A Administração Pública e os seus princípios fundamentais	120
5.2	A Fazenda Pública e suas prerrogativas processuais	128
5.2.1	A Fazenda Pública e a revelia	133
5.2.2	Da remessa necessária	135
5.2.3	Da execução por quantia certa promovida contra o Poder Público e a submissão da Fazenda Pública ao regime de precatórios	143
5.2.4	A tutela provisória e a Fazenda Pública	147

5.2.5	Pedido de suspensão de tutela provisória	155
5.3	A estabilização da tutela antecipada antecedente e as implicações de sua incidência em face da Fazenda Pública	162
6	CONCLUSÃO	176
	REFERÊNCIAS	182

1 INTRODUÇÃO

A questão do tempo no processo não é problema recente. Trata-se de um tema que os estudiosos do direito, os Poderes Judiciário e Legislativo tentam, ao longo dos anos, apaziguar.

O exorbitante número de demandas judiciais em curso (muitas vezes desnecessárias), que decorre da própria cultura do brasileiro, com litigiosidade bastante exacerbada e a falta de investimento e de estrutura no Poder Judiciário contribuem diretamente para a demora na efetiva entrega do bem da vida ao vencedor da demanda.

Esta situação se coloca como verdadeiro obstáculo ao efetivo acesso à justiça, uma vez que a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, somada aos direitos constitucionais do devido processo legal e da razoável duração do processo impõem que o processo se mostre adequado, ou seja, efetivo, garantindo que a parte vencedora, de fato, obtenha e usufrua do provimento jurisdicional pretendido.

Em face dessas novas exigências sociais e da rapidez com que se difunde o ritmo das atividades humanas e da própria informação, passou-se a reconhecer que, muitas vezes, o procedimento ordinário não se mostra apto a possibilitar uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Diante deste cenário, fez-se necessária a adoção pelo sistema processual de medidas e técnicas capazes de garantir que a tutela jurisdicional seja adequada e efetivamente prestada.

O Código de Processo Civil de 2015, com tal intuito, apresenta um novo modelo de processo, visando o respeito aos princípios constitucionais e valorizando a colaboração e a cooperação entre as partes, a celeridade processual, o contraditório, a uniformização e a estabilização das decisões judiciais.

Importantes alterações foram também introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no tema das Tutelas Provisórias. Dentre elas, citemos a reunião das tutelas de urgência, o incremento da tutela de evidência e a possibilidade de estabilização da decisão concessiva da tutela de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente.

Assim, é justamente sobre uma das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 que o presente estudo pretende discorrer. Trata-se do fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente.

Bastante controverso e polêmico sempre foi o estudo das tutelas provisórias, ainda mais quando presente o novo e complexo instituto da estabilização, o qual, mesmo após mais de dois anos da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, ainda tem sido pouco utilizado.

Em razão da escassa jurisprudência sobre o tema, diversas indagações surgem na vida prática e nos estudos e debates teóricos acerca do uso e da definitividade do instituto.

No direito estrangeiro (francês, italiano e português) podem ser identificados institutos semelhantes à estabilização, os quais serão abordados, a fim de permitir melhor compreensão do novo procedimento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse contexto deve-se considerar também a constante polêmica envolvendo a análise das tutelas provisórias quando proferidas em face da Fazenda Pública.

Isto porque, a Fazenda Pública, como representante maior do interesse público e do erário, se submete a princípios e regras específicos, especialmente o princípio da legalidade, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse e dos bens públicos.

Tais princípios e regras aplicam-se às relações jurídicas de direito material que envolvem a Fazenda Pública, não guardando pertinência com as relações das quais participem particulares. Logo, o processo que envolve a Fazenda Pública deve adequar-se a tais princípios e regras, devendo-se conferir-lhe um tratamento diferenciado, ou, como se diz, uma tutela diferenciada¹.

Dentro desse panorama, este estudo busca analisar o instituto da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, relacionando-o, ao final, com a condição especial das Fazendas Públicas, indagando sua aplicação e propondo limites à sua incidência.

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10.ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.11.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA

2.1 Tutela jurisdicional, tutela jurisdicional diferenciada e efetivação de direitos

Para que melhor se compreenda e discuta o fenômeno da estabilização da tutela antecipada concedida em face da Fazenda Pública, necessária uma breve análise acerca da tutela provisória.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, explicita os direitos e as garantias fundamentais. Dentre eles, encontram-se expressos os princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica e da razoável duração dos processos judiciais.

A Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV), garantindo assim, aos jurisdicionados, o pleno acesso à justiça.

O acesso à justiça, por sua vez, se concretiza com a prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, que na definição de Teori Albino Zavascki significa “[...] em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos”.²

Ainda sobre a prestação da tutela jurisdicional esclarecem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] tutela significa proteção, levando à conclusão de que o que se tem é a proteção de um direito mediante a atuação da jurisdição. Tal proteção, entretanto, não se limita ao dever atribuído ao magistrado de proferir uma sentença que ponha termo à controvérsia. Ela vai além deste ato final e permeia todo o processo, exigindo igualdade de oportunidades para as partes e para os terceiros, análise e valoração da prova produzida, respeito aos princípios constitucionais que norteiam o processo; tudo no desiderato de permitir a mais ampla e efetiva atuação em defesa de um direito perante o Poder Judiciário.³

Conforme ressaltam os autores, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não se limita ao acesso à justiça, mas também destina-se a garantir às partes a prestação da tutela jurisdicional, em respeito aos preceitos constitucionais, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, dando

² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.6.

³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.174-175.

oportunidade aos litigantes, em igualdade de condições, de produzir provas, realizar os debates processuais, interpor recursos, dentre outras medidas necessárias à garantia do devido processo legal. O objetivo é, ao fim, proporcionar o julgamento pelo Poder Judiciário do objeto litigioso, que, nesse caso, se dará com grau máximo de aprofundamento, sob cognição exauriente, apta à formação de coisa julgada material.

Nesse sentido explica Teori Zavascki:

[...] a tutela jurisdicional prometida na Constituição é tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica; é tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor da segurança. A essa tutela-padrão podemos denominar tutela definitiva, como o fazem os clássicos quando a diferenciam da tutela cautelar.⁴

Entretanto, por vezes, mostra-se insuficiente e ineficiente aguardar pela tutela jurisdicional definitiva (precedida de cognição exauriente); o próprio tempo do processo pode acarretar, pela natureza do direito em litígio, seu perecimento ou a ocorrência de um dano grave ou irreparável.

É o que ressalta Sérgio Shimura:

De nada adianta a *existência* dos direitos se, quando vêm judicialmente reconhecidos, ou exigidos, não mais tem utilidade prática, seja porque se alterou a situação fática, seja porque a situação emergencial já se transmutou, de dano *temido* a dano *lamentado*.⁵

Não é novidade, não apenas no sistema judiciário brasileiro, como também em diversos outros países, a excessiva morosidade dos processos judiciais. O exorbitante número de demandas em curso (muitas vezes desnecessárias), que decorrem da própria cultura do brasileiro, com litigiosidade bastante exacerbada, a falta de investimento e de estrutura no Poder Judiciário e o elevado número de recursos contribuem diretamente para a demora na efetiva entrega do bem da vida ao vencedor da demanda.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, José Carlos Barbosa Moreira apontava:

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25. O autor define tal tutela jurisdicional, como a tutela-padrão, dotada das seguintes características: “[...] (a) é construída no âmbito de um processo com cognição exauriente; e, assim, construída e prestada, (b) assume caráter de definitividade.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19).

⁵ SHIMURA, Sergio Seiji. **Arresto cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 1997, p.31.

Numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo.⁶ [...] não são raras as hipóteses em que a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado, por mais certo que se afigure.⁷

Esta situação se coloca como verdadeiro obstáculo ao efetivo acesso à justiça. Isto porque, a concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição, somada aos direitos constitucionais do devido processo legal e à razoável duração do processo, impõem que o processo se revele adequado, ou seja, efetivo, garantindo que a parte vencedora, de fato, obtenha e possa usufruir do provimento jurisdicional pretendido.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse em uma técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores.⁸

Ponderam, ainda, Eduardo Arruda Alvim e Arruda Alvim, que “modernamente, não se concebe o acesso à justiça como uma mera formalidade, a exigir do Estado que apenas permita o exercício do direito de ação”.⁹ Para os autores “[...] é preciso que o Estado aja de modo a permitir que o direito de ação seja exercido de maneira efetiva, atribuindo-se ao vencedor, efetivamente, o bem da vida pleiteado”.¹⁰

Conforme lição de Giuseppe Chiovenda,

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.89.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.89.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8.ed. v.I. São Paulo: Malheiros, 2016, p.205.

⁹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.145.

¹⁰ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.145. Conforme a lição de Cassio Scarpinella Bueno: “[...] é inócuo falar em um ‘processo justo’ ou em um ‘processo devido’, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O ‘justo’ e o ‘devido’, com efeito, vão além do reconhecimento jurisdicional do direito.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.61).

a vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas consequências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.¹¹ (grifos no original)

Importante ressaltar que além da garantia constitucional para que o processo tenha uma duração razoável (artigo 5º, LXXVIII), tal direito também foi assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)¹², ratificada pelo Brasil e aprovada pelo Decreto n. 678/1992.

Diante deste cenário, o sistema processual deve adotar medidas e técnicas capazes de garantir que a tutela jurisdicional seja adequada e efetivamente prestada.

Conforme observa José Carlos Barbosa Moreira:

Legisladores de todos os tempos e de todos os lugares têm-se preocupado em aviar receitas para atender a essas necessidades postas em xeque pela renitente propensão dos pleitos judiciais a durar bem mais que o desejável. Sem pretensão de exaustividade, pode-se traçar um quadro sintético das técnicas empregadas com maior frequência para enfrentar o problema. Elas comportam classificação em dois grupos: um formado por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente; outro, por medidas que visam a apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa.¹³

Andrea Proto Pisani, ao constatar a crise do processo, propõe a adoção de uma *tutela giurisdizionale differenziata*¹⁴.

Para o autor italiano, de forma a garantir a efetividade do direito material posto em juízo, é necessário que, considerando as peculiaridades do direito material, sejam compatibilizados o procedimento e a cognição, através da prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada¹⁵ que, por sua vez, na visão de João Batista Lopes é “um conjunto de instrumentos ou técnicas para fazer o processo atuar

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.1. Tradução de J. Guimarães Menegale, Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942, p.84.

¹² Artigo 8º – Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91.

¹⁴ PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale** n.4, v. XXXIV (II Serie), Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979, p.536-591.

¹⁵ PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale** n.4, v. XXXIV (II Serie), Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979, p.536-591.

eficazmente, em tempo razoável, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo os princípios, regras e valores constantes da ordem jurídica.”¹⁶

Sobre o tema, esclarece José Roberto dos Santos Bedaque:

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.¹⁷

Desse modo, a adoção de uma tutela jurisdicional diferenciada, seja porque submetida à cognição sumária, seja porque utilizada técnica de sumarização do procedimento (abrevia-se o rito processual, mas mantém-se a cognição exauriente)¹⁸ é medida adequada a evitar o perecimento do direito material posto em juízo em razão dos efeitos do tempo no processo.

Sobre a sumarização do procedimento explica José Carlos Barbosa Moreira:

A sumarização do procedimento pode decorrer: a) da criação de ritos especiais, com prazos menores, dispensa de certas formalidades e outras características havidas por idôneas para encurtar o itinerário processual; b) da abreviação eventual do próprio rito ordinário, sob circunstâncias capazes de tornar desnecessário o percurso total previsto qual paradigma.¹⁹

Ocorre que nem sempre a técnica da sumarização do procedimento, seja com a dispensa de certas formalidades, seja com a adoção de ritos especiais, ou até

¹⁶ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016, p.88.

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.25.

¹⁸ Conforme observa José Carlos Barbosa Moreira: “Não se afigura errôneo usar a palavra “sumarização” a propósito de ambos os gêneros de técnicas; para assinalar, no entanto, a diferença entre eles, diz-se que, no primeiro, se sumariza apenas o procedimento, ao passo que no segundo se sumariza a cognição. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber sem dificuldade o selo da coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compressões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial a de proceder a ele.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91).

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91. O autor aponta exemplo da técnica de sumarização do procedimento no Brasil ainda na vigência do CPC de 1973: “Exemplos bem conhecidos da primeira modalidade(a) são, no Brasil, o procedimento inicialmente designado por ‘sumaríssimo’, depois por ‘sumário’, de que cuidam os artigos 275 e s. do Código de Processo Civil, e o procedimento próprio dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinado nas Leis n. 9.099 e (quanto à Justiça Federal) n. 10.259. No âmbito da segunda modalidade (b) insere-se a modificação do procedimento ordinário contemplada sob a rubrica ‘Do julgamento antecipado da lide’, em que se profere a sentença logo após a fase postulatória e (se couberem) as chamadas ‘providências preliminares’, dispensada a realização de audiência de instrução e julgamento (artigo 330 do CPC).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.91-92).

mesmo com a abreviação do procedimento ordinário, é capaz de garantir a efetividade do direito material posto em juízo, principalmente diante de uma situação de urgência.²⁰

Dessa forma, por vezes, e diante de uma situação de urgência em que há risco de perecimento do bem da vida posto em juízo, é necessário utilizar a técnica de sumarização da cognição, também compreendida como forma de tutela jurisdicional diferenciada.

A sumarização da cognição, conforme avalia José Carlos Barbosa Moreira, pode dar-se de mais de uma maneira – seja tornando eventual o contraditório como ocorre na ação monitória, seja pelo adiantamento provisório do resultado do pleito (deferimento de uma tutela de urgência):

concebe-se, por exemplo, que o contraditório, em vez de necessário, se faça eventual: somente se instaurará se a iniciativa for tomada por aquele em face de quem se pede a prestação jurisdicional. Assim, na 'ação monitória', apenas se discutirá o alegado crédito caso o réu ofereça embargos, na falta dos quais, desde que haja instruído a inicial com prova escrita, o autor obterá sem mais delonga o título executivo judicial (Código de Processo Civil, artigo 1.102c, *caput*, 2ª parte). Outra modalidade de sumarização da cognição é a consistente em adiantar provisoriamente o resultado do pleito, à vista de elementos que, embora insuficientes para fundar convicção plena, permitam ao órgão jurisdicional um juízo de probabilidade favorável ao autor. Inscrevem-se nessa área providências a que as leis e a doutrina atribuem natureza cautelar e/ou antecipatória [...].²¹

Não obstante as diversas formas de tutela jurisdicional diferenciada revelem-se instrumentos aptos a combater as consequências negativas advindas do tempo no processo, interessa-nos, particularmente, neste estudo, a análise da tutela jurisdicional diferenciada sob o aspecto da sumarização da cognição.

Isto porque tal modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, precedida de cognição sumária, se concretiza justamente na possibilidade de concessão, pelo magistrado, das tutelas de urgência (de natureza cautelar e satisfativa), as quais se colocam como medidas capazes, não apenas de enfrentar o problema do tempo no processo, mas, principalmente, de garantir a efetividade do direito material posto em juízo.

Ao tratarem da tutela antecipada, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira ressaltam:

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.92.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.92.

[...] em certos casos, a prestação da tutela pelo Estado apenas no final do processo faz com que o direito pleiteado possa não ser devidamente protegido, razão pela qual há necessidade de uma antecipação da tutela que seria prestada no final do procedimento, isso como forma de evitar o perecimento do próprio direito material posto em juízo.²²

Sobre a possibilidade de deferimento de medidas que visem assegurar o resultado útil do processo ante o risco de prejuízo iminente ou irreparável, Enrico Tullio Liebman destaca:

No tempo que flui enquanto se espera para poder iniciar o processo, ou enquanto esse se realize, pode acontecer que os meios necessários a ele (isto é, as provas e os bens) fiquem expostos ao perigo de desaparecer ou de, por alguma outra forma, serem subtraídos à disponibilidade da Justiça; ou, mais genericamente, pode acontecer que o direito cujo reconhecimento se pede esteja ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável. Nesses casos, à parte interessada é permitido pedir aos órgãos jurisdicionais que conservem e ponham a salvo as provas ou os bens, ou eliminem por outra forma aquela ameaça, de modo a assegurar que o processo possa conduzir a um resultado útil [...]²³

No mesmo sentido entende Piero Calamadre:

Em um ordenamento processual puramente ideal, no qual o procedimento definitivo pudesse sempre ser instantâneo, de modo que, no mesmo momento no qual o que tem direito apresentasse o pedido, logo pudesse ser-lhe feita justiça de modo pleno e adequado ao caso, não existiria mais lugar para os procedimentos cautelares.²⁴

Assim, diante de uma situação de urgência, em que aguardar o tempo regular do processo enseje risco de o direito perecer, a adoção de uma tutela jurisdicional diferenciada, pelo magistrado, que implique na concessão de uma tutela de urgência (de natureza satisfativa ou cautelar), é medida garantidora da efetiva prestação da tutela jurisdicional. A medida põe a salvo o bem da vida cujo perecimento era iminente e permite que a parte vencedora alcance o resulta útil que se espera da demanda ajuizada.

Há que se observar, por fim, que não apenas a tutela de urgência (cautelar e antecipada) funciona como medida apta a garantir a efetividade do direito material posto em juízo. Da mesma forma, coloca-se a tutela de evidência, vez que, constatada a evidência do direito do autor, a antecipação dos efeitos da tutela final

²² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.630-631.

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.216.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.40.

pretendida, também nesse caso, visa minimizar as consequências decorrentes da demora do processo.²⁵

Sobre o tema, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ponderava Teori Albino Zavascki:

Casos há, com efeito, em que o embaraço ocorre sem que o direito afirmado esteja sob o risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Por exemplo, quando se verifica abuso do direito de defesa. Independentemente da existência ou não de dano irreparável ao direito afirmado pelo autor, o abuso do direito de defesa constitui, por si só, embaraço ao direito – que também decorre do sistema constitucional (CF, artigo 5º, LXXVIII) – à prestação da tutela em prazo razoável, sem demoras maiores que as próprias do normal desenrolar do processo. Em idêntico contexto se pode situar a hipótese em que uma parte do direito postulado seja manifestamente evidente. O retardamento de sua satisfação nessa parte, por conta da necessidade de processar o feito em relação à outra, ainda controvertida, é, igualmente, empecilho à reclamada prestação da atividade jurisdicional.²⁶

Desse modo, o tempo no processo não é problema recente, ao qual a doutrina, e os Poderes Judiciário e Legislativo tentam, ao longo dos anos, apaziguar, seja mediante a adoção de medidas de sumarização da cognição, seja através de técnicas de sumarização do procedimento. O Código de Processo Civil de 2015, em muitos de seus dispositivos, buscou minimizar o tempo do processo, seja incentivando a solução dos conflitos por mediação e conciliação, e até mesmo com a introdução da técnica da estabilização da tutela de urgência de natureza satisfativa requerida de forma antecedente, instituto que será melhor abordado posteriormente.

Há que se destacar, outrossim, que o problema do tempo no processo impõe-se não somente aos particulares, como também à Fazenda Pública, que assim como os demais litigantes, busca a efetividade da tutela jurisdicional e do direito material posto em juízo, com a ressalva de que quando em juízo, a Fazenda Pública defende um interesse maior e mais amplo, qual seja, o interesse público, o que também será melhor tratado em momento oportuno.

Destarte, ao Estado foi atribuído o papel de prestar a tutela jurisdicional, devendo, portanto, não apenas garantir a observância aos princípios constitucionais

²⁵ Nesse sentido destacam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira ao tratarem da hipótese de tutela de evidência prevista no inciso I, do artigo 301, do Código de Processo Civil de 2015: “[...] O que aqui se pretende é minimizar os malefícios que uma demora patológica pode causar ao direito da parte, ou, como se diz na linguagem do foro, inverter o ônus do tempo no processo”. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.657-658).

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.29.

da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, como também assegurar a efetividade da prestação jurisdicional e do direito material posto em juízo, de modo que seja entregue à parte vencedora a tutela pleiteada em tempo e em condições adequadas para a fruição do bem da vida pretendido.

Logo, não há dúvida de que a tutela provisória (aqui contempladas as tutelas de urgência cautelar e antecipada e a tutela de evidência) impõe-se como medida apta, inserida pelo legislador no ordenamento jurídico para propiciar a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional, evitando, assim, que o tempo do processo inviabilize a eficácia prática e o exercício do direito material pleiteado em juízo.

2.2 Cognição sumária e tutela provisória

A tutela jurisdicional pode ser analisada sob diferentes aspectos, o que tem gerado intermináveis divergências entre os autores que tratam do tema. Nos atemos, no presente estudo, à análise da tutela jurisdicional sob o enfoque da profundidade da cognição e, como consequência, sob o aspecto do caráter definitivo ou não da tutela jurisdicional prestada.

A distinção entre a tutela precedida de cognição sumária e a tutela prestada com cognição exauriente, assim como a análise da tutela jurisdicional sob o âmbito da sua definitividade, são imprescindíveis ao estudo das tutelas provisórias (aqui contempladas a tutela de urgência e a tutela de evidência) e principalmente à correta compreensão da técnica da estabilização, ainda mais quando se trata da Fazenda Pública.

Quando a tutela jurisdicional é classificada sob o enfoque da profundidade da cognição, diz-se que será analisada quanto ao grau de aprofundamento da atividade intelectual do juiz.²⁷

A cognição, na definição de Kazuo Watanabe,

é 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 *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.²⁸

²⁷ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.46.

²⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.58-59.

Para o autor, que bastante se dedicou ao estudo da cognição, esta pode ser concebida sob dois planos: o horizontal (extensão, amplitude) e o vertical (profundidade)²⁹. No plano horizontal, o estudo da cognição se dá quanto à análise da amplitude do conflito posto em debate no processo³⁰. Nesse caso, a cognição poderá ser plena ou limitada. Sob o plano vertical, a cognição se divide em sumária ou exauriente, vez que relacionada ao grau de aprofundamento do magistrado no exame da causa para prolatar a decisão judicial, sendo exauriente quando houver completo aprofundamento pelo magistrado e sumária quando a cognição for prestada com superficial, ou incompleto, grau de aprofundamento.³¹

Destarte, considerando o plano vertical no estudo da cognição, é possível concluir que as tutelas provisórias (aqui contempladas as tutelas de urgência e de evidência³²), nas quais não há o completo aprofundamento do magistrado no exame da causa, existindo apenas um juízo de probabilidade (e não de certeza) do direito material pleiteado na demanda, podem ser classificadas como tutelas de cognição sumária³³.

Conforme pontua Teori Zavascki, “a tutela provisória é formada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade. Enquanto na tutela definitiva se busca juízo de certeza, aqui a tutela jurisdicional é conferida à base de juízos de verossimilhança.”³⁴

A tutela de cognição sumária, justamente por ensejar apenas um juízo de probabilidade do direito por parte do magistrado, não está sujeita à imutabilidade como ocorre com a tutela definitiva (precedida de cognição exauriente). Não está apta, portanto, a formação de coisa julgada material. Assim, a tutela provisória (contempladas aqui as tutelas de urgência e de evidência), por serem proferidas

²⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.111.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19.

³¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.112.

³² Observa-se que não obstante grande parte da doutrina entenda que a tutela de evidência é uma tutela precedida de cognição sumária (nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.578), existem autores que defendem tratar-se de tutela precedida de cognição exauriente. Nesse sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v. I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.657.

³³ No que tange às tutelas de urgência cautelar e antecipada: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Perfil, 2005, p.121; ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.46-49.

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.32. Segundo o autor, “a cognição, na tutela provisória, é sumária, isto é, menos profunda do que a cognição prevista para a tutela definitiva à que se acha referenciada.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.32).

com cognição superficial ou sumária³⁵ não estão sujeitas à imutabilidade decorrente da formação de coisa julgada material.

Por outro lado, a tutela jurisdicional de cognição exauriente, proferida com grau máximo de aprofundamento do magistrado no exame dos fatos e das provas produzidas no processo e fundada em um juízo de certeza, estará revestida da característica da definitividade, ou da imutabilidade, próprias da coisa julgada material.

Teori Albino Zavascki destaca a diferença entre a cognição sumária e a exauriente, e sua conseqüente relação, respectivamente, para com as tutelas provisória e definitiva:

Se a cognição exauriente se presta à busca de juízos de certeza, de convicção, porque o valor por ela privilegiado é o da segurança jurídica, a cognição sumária, própria da tutela provisória, dá ensejo a juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, mais apropriados à salvaguarda da prestação necessária a garantir a efetividade da tutela.³⁶

Sobre a tutela provisória, ainda em comparação com a tutela definitiva, esclarece o autor:

Ao contrário da tutela-padrão a que antes se faz referência, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada), a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. É, pois, tutela provisória, entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender temporariedade e a precariedade. É provisória porque temporária, isto é, com eficácia necessariamente limitada no tempo. E é provisória porque precária, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada.³⁷

Podem, portanto, ser elencadas as seguintes características da tutela provisória, que a contrapõe à tutela definitiva: a precariedade e a temporariedade. A tutela provisória é temporária uma vez que sua eficácia está limitada no tempo, e é precária por ser suscetível de modificação e revogação a qualquer tempo, não estando sujeita, portanto, à formação de coisa julgada material.

Destarte, a tutela provisória se distingue da tutela definitiva justamente pelo fato dessa primeira espécie de tutela jurisdicional (precedida de cognição

³⁵ Não obstante grande parte da doutrina entenda que a tutela de evidência é uma tutela precedida de cognição sumária, existem autores que defendem tratar-se de tutela precedida de cognição exauriente. Nesse sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.657.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.33.

³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

sumária ou superficial) não estar apta à formação de coisa julgada material, além de visar à efetividade do bem da vida buscado em juízo.

2.3 Histórico da tutela provisória no Brasil

Destacadas as principais características da tutela provisória, passaremos, então, a um breve histórico no direito brasileiro acerca das tutelas de urgência e de evidência, reunidas pelo Código de Processo Civil de 2015 sob um mesmo gênero, denominado de tutela provisória.

O Código de Processo Civil de 1939 previa no Título I, do Livro V (Processos Acessórios) as medidas preventivas, provimentos de natureza unicamente cautelar (assecuratórios).

Merecia destaque o artigo 675 do Código de Processo Civil de 1939, que introduziu no direito brasileiro o poder geral de cautela, possibilitando o uso de medidas cautelares inominadas para evitar a ocorrência de dano de difícil ou impossível reparação. Nesse sentido é a lição de Alfredo de Araújo Lopes da Costa:

O artigo 675 do Código dá ao juiz o poder de dispor uma medida preventiva a evitar que o autor sofra um dano de difícil ou impossível reparação. Se as medidas previstas no artigo 676 não forem idôneas, evidentemente que o juiz terá de escolher outra que apropriada seja. É o poder cautelar geral.³⁸

Entretanto, conforme relatado por Galeno Lacerda, na vigência do Código, a cautelar inominada não teve relevante utilização pelos aplicadores do direito³⁹. Ainda, conforme observou Humberto Theodoro Júnior, a jurisprudência também não admitia na vigência do Código de 1939, em toda a sua extensão, o poder geral de cautela atribuído pelo dispositivo citado aos magistrados.⁴⁰

³⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.157. No mesmo sentido: COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas**: medidas preparatórias – medidas de conservação. 2.ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958, p.20-22.

³⁹ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)** v.VIII. t.I: arts.796 a 812. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.74. Artigo 675 do CPC/39 – 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, fôr 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 fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p.99. Para Luiz Guilherme Marinoni: “[...] Os tribunais, entretanto, infelizmente não se mostravam sensíveis à necessidade de uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estrito do artigo 676.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006, p.125-126).

Segundo o artigo 676 do Código de Processo Civil de 1939, as medidas preventivas poderiam consistir: no arresto de bens do devedor, no sequestro de coisa móvel ou imóvel, na busca e apreensão, inclusive de mercadorias em trânsito, na prestação de cauções, na exibição de livro, coisa ou documento, em vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*, em obras de conservação em coisa litigiosa, 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), 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), na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos e na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento.

Da análise do dispositivo, observa-se que as medidas preventivas listadas pelo Código de Processo Civil de 1939 correspondiam unicamente às espécies de provimentos cautelares de natureza conservativa, ou seja, visavam apenas garantir o resultado útil do processo.

Na época, grande destaque teve a obra de Alfredo de Araújo Lopes da Costa que chamava a atenção para o fato de as medidas preventivas não visarem satisfazer o direito principal, mas apenas assegurar a futura execução:

A medida preventiva é concedida quando ainda não se apurou devidamente se o direito a assegurar existe ou não. Não tem como finalidade a declaração da existência do direito material e muito menos a condenação do réu a satisfazê-lo. Seu fim é puramente processual: garantir a execução futura para contrabalançar os riscos que pode correr o autor durante a marcha de um processo que não pode logo de início findar.⁴¹

Não se verificava, portanto, no Código de Processo Civil de 1939 qualquer menção à tutela de urgência de natureza satisfativa (tutela antecipada – conforme nomenclatura adotada pelo Código de Processo Civil de 2015); não se admitindo na vigência do diploma processual, diante de uma situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, antecipar os efeitos da tutela final pretendida.

⁴¹ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.146-147.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, foi possível observar que Alfredo Buzaid, autor do anteprojeto do Código, influenciado pela teoria do processo cautelar como *tertium genus* de Francesco Carnelutti⁴², concentrou em três livros distintos o processo de conhecimento (Livro I), o processo de execução (Livro II) e o processo cautelar (Livro III), garantindo, assim, autonomia ao processo cautelar.

Sobre as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973, Galeno Lacerda ressaltou: “na verdade, a posição de destaque conferida ao processo cautelar, em nosso Código, corresponde à autonomia hoje reconhecida à cautela como uma das espécies da função jurisdicional.”⁴³

Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 tenha garantido a autonomia do processo cautelar frente aos processos de conhecimento e de execução (já que tratado em livro próprio – Livro III), foi também adotada pelo Código a relação de instrumentalidade e de acessoriedade do processo cautelar, características típicas dos procedimentos cautelares na visão de Piero Calamandrei:

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da justiça. Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumentos do instrumento⁴⁴.

Previa, ainda, expressamente, o Código de Processo Civil de 1973, em seu Livro III, o poder geral de cautela⁴⁵, já incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 1939.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trd. Santiago Sentis Melendo. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p.61-90. Sobre Francesco Carnelutti, Humberto Theodoro Júnior esclarece: “destacou, outrossim, o grande processualista, com rigor científico, a posição do processo cautelar como destinado a realizar um dos fins da jurisdição – a prevenção – figurando, assim, como um *tertium genus* de processo contencioso, ao lado do processo de cognição e do processo de execução.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p.53).

⁴³ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)** v.VIII. t.I: arts.796 a 812. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.2.

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.42.

⁴⁵ Artigo 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz 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.

Conforme observado por Luiz Guilherme Marinoni na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o poder geral de cautela atribui “ao juiz, através do artigo 798, o poder de 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”⁴⁶.

Sobre a importância do poder geral de cautela, Galeno Lacerda, também na vigência do Código de Processo Civil de 1973, destacou:

Os artigos 798 e 799 consagram o poder cautelar geral do juiz, qualificado na doutrina como inominado ou atípico, exatamente porque se situa fora e além das cautelas específicas previstas pelo legislador. No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar “as medidas provisórias que julgar adequadas” para evitar o dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário, a discricão do juiz assume proporções quase absolutas.⁴⁷

Foram previstos, ainda, pelo Código de Processo Civil de 1973, procedimentos cautelares específicos de natureza conservativa (artigo 813 a 888).

Sobre os procedimentos cautelares específicos do Código de Processo Civil de 1973, em comparação com as medidas preventivas dispostas no Código de Processo Civil de 1939, Galeno Lacerda esclarece:

Dos 22 títulos especiais que o velho Código dedicava aos “processos acessórios”, manteve o novo apenas sete no Livro III: “caução”, “justificação”, “protestos, notificações e interpelações”, “homologação do penhor legal”, “posse em nome do nascituro”, “atentado” e “protesto e apreensão de títulos”.⁴⁸

Entretanto, não obstante as diversas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973, neste, assim como ocorrido no Código de 1939, não existia disposição expressa contemplando a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela final (tutela de urgência de natureza satisfativa).

Ante a omissão legislativa e diante de situações de iminente risco de perecimento do direito material posto em juízo, e frente à inefetividade do procedimento ordinário⁴⁹, os tribunais brasileiros passaram, então, a admitir a existência das cautelares satisfativas, possibilitando a utilização do poder geral de

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006, p.126.

⁴⁷ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)** v.VIII. t.I: arts.796 a 812. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.74.

⁴⁸ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)** v.VIII. t.I: arts.796 a 812. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.5.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006, p.126.

cautela (cautelar inominada), também para conceder medidas de urgência de natureza satisfativa.

Nesse sentido destacam Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim:

muitas vezes, era o próprio bem da vida que estava em risco, e não apenas a utilidade da sentença de mérito. Com isso, surgiram na prática forense as chamadas “cautelares satisfativas”, que se utilizavam do procedimento cautelar para obter, desde logo, um benefício da decisão de mérito favorável ao requerente da medida.⁵⁰

Este cenário gerou críticas severas da doutrina, sob o argumento de que, a fim de garantir a eficácia do provimento cautelar concedido, as cautelares satisfativas ensejavam o ajuizamento de uma ação principal com o mesmo objeto do processo cautelar proposto.⁵¹

Sobre a inadequação do uso das cautelares inominadas para se obter providências de natureza satisfativa, pondera Arruda Alvim:

até antes da edição da reforma de 1994, a única maneira de que dispunham as partes para tentar antecipar o provimento final pretendido era através da utilização do processo cautelar, que na realidade não foi projetado para este propósito, e por isso não era tecnicamente adequado a esse fim.⁵²

E prossegue:

a partir da constatação de que a prestação jurisdicional, quando é entregue tardiamente, equivale à frustração, ao menos parcial, do direito da parte, passou-se a reformar o Código de Processo Civil de 1973 em busca de um sistema de Justiça mais célere e mais eficaz.⁵³

Assim, apenas com a entrada em vigor da Lei n. 8.952/1994, que modificou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, fora expressamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de antecipar os efeitos do provimento final pretendido, “consistente na possibilidade de

⁵⁰ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.142.

⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero observam: “Diante da inidoneidade do processo civil clássico para atender às novas situações de direito substancial, a ação cautelar inominada passou a ser vista, ainda na vigência do CPC de 1973, como espécie de válvula de escape para a efetividade da tutela dos direitos. Como a ação cautelar poderia propiciar tutela célere, bastando que fossem invocados os seus pressupostos genéricos, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a prática forense passou a conceber um “uso não cautelar” da ação cautelar inominada. Esse uso não cautelar da ação cautelar inominada consistiu na invocação do procedimento cautelar para atender aquilo que poderia e deveria ser protegido pelo procedimento ordinário caso tivesse as particularidades técnicas do primeiro, especialmente a técnica antecipatória e a sentença que ordena sob pena de multa.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.59).

⁵² ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.169.

⁵³ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.169.

serem antecipados os efeitos práticos da provável sentença de mérito, satisfazendo desde logo aquele que demonstrasse a probabilidade de sagrar-se vitorioso e o risco de sofrer danos”.⁵⁴

Para Cassio Scarpinella Bueno, a reforma do Código de Processo Civil de 1973 trazida pela Lei n. 8.952/1994 “quis concretizar o modelo de tutela jurisdicional desenhado pela Constituição Federal”, visando garantir a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional.⁵⁵

Ainda segundo avalia Luiz Guilherme Marinoni,

o Código de Processo Civil teve que ser alterado, nele introduzindo-se a tutela antecipatória, não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa, mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da “ação cautelar inominada”⁵⁶.

Com estas alterações legislativas, o Código de Processo Civil de 1973 passou a apresentar um sistema com duas diferentes espécies de tutelas provisórias, ambas caracterizadas por uma situação de urgência: a primeira era a tutela cautelar (de natureza assecuratória) prevista no Livro III (Processo Cautelar) pleiteada de forma incidental ou em processo antecedente ao processo principal (que deveria ser proposto no prazo de 30 dias contados da efetivação da medida cautelar⁵⁷) e a segunda era a tutela antecipada (visando satisfazer provisoriamente o direito material posto em juízo), prevista no artigo 273 (portanto, dentro do Livro II, que tratava do Processo de Conhecimento) e pleiteada no próprio processo em que era requerida a tutela principal.⁵⁸

Os requisitos para a concessão de uma e de outra espécie de tutela de urgência eram também distintos: para a concessão da tutela cautelar, o Código de Processo Civil de 1973 exigia a existência de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*.

⁵⁴ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.143.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.24-25.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006, p.130-131.

⁵⁷ Artigo 806 do Código de Processo Civil de 1973 – “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”.

⁵⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.638.

O *fumus boni iuris* era definido como a probabilidade, a aparência da existência do direito suscitado pela parte, conforme esclarece Piero Calamandrei:

por aquilo que se refere à investigação sobre o direito, a cognição cautelar se limita em cada caso a um juízo de probabilidade e de verossimilhança. Declarar a existência do direito é função do procedimento principal: em sede cautelar basta que a existência do direito pareça verossímil, ou seja, melhor dizendo, basta que, segundo um cálculo de probabilidade, se possa prever que o procedimento principal declarará o direito em sentido favorável àquele que requeira a medida cautelar.⁵⁹

Complementa Humberto Theodoro Júnior, na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder, não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal –, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado.⁶⁰

Já para Betina Rizzato Lara, “[...] o que se analisa verdadeiramente através do *fumus boni iuris* é se existe chance de que o requerente da medida cautelar tenha êxito no processo principal ou de que o requerente da liminar tenha êxito no processo cautelar”.⁶¹

De outro lado, o *periculum in mora*, também exigido como pressuposto para a concessão da medida cautelar pelo artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973, referia-se ao fundado receio de que uma das partes, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.⁶²

Já para a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, o Código de Processo Civil de 1973 previa a necessidade da existência de prova inequívoca capaz de convencer o magistrado da verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que se caracterizasse o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.99-100.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p.76.

⁶¹ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993, p.107-108.

⁶² Humberto Theodoro Júnior entende que no artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973 houve impropriedade terminológica do legislador, sob o argumento de que “se não houve o julgamento da ação principal, que visa solucionar a lide, não se pode, ainda, falar em direito da parte, pois nem sequer se sabe ao certo se ele existe ou não. O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994, p.770).

Prova inequívoca, na definição de Cassio Scarpinella Bueno, é a “prova robusta, contundente, que dê, por si só, a maior margem de segurança possível para o magistrado sobre a existência ou inexistência de um fato.”⁶³

Por verossimilhança da alegação entende-se a aparência de serem verdadeiras as alegações formuladas pela parte. Para se antecipar os efeitos da tutela final pretendida pela parte, não bastava que o direito aparentasse ser verdadeiro, imprescindível que a parte apresentasse prova inequívoca da verossimilhança.⁶⁴

Era recorrente na doutrina, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento de que a verossimilhança da alegação necessária para se conceder a tutela antecipada deveria ser interpretada de forma mais rígida do que o *fumus boni iuris* exigido para se conceder a tutela cautelar⁶⁵. Isso porque, conforme pondera João Batista Lopes, “[...] a tutela antecipada, por implicar invasão na esfera jurídica patrimonial do réu, acarreta consequências mais graves do que a tutela cautelar, a exigir maior rigor do juiz para sua concessão.”⁶⁶

Diversamente do ocorrido com o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* exigido para a concessão de uma medida cautelar era equiparado ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação previsto para antecipar os efeitos da tutela final pretendida.⁶⁷ Esta equiparação se justificava na doutrina, em razão de entendimento consubstanciado na possibilidade de inclusão da tutela cautelar e da tutela antecipada como espécies de um mesmo gênero: o das tutelas de urgência.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.24-25.

⁶⁴ Sobre a questão, esclarece José Carlos Barbosa Moreira: “Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do artigo 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.81).

⁶⁵ Conforme aponta Cassio Scarpinella Bueno: “É comum ler na doutrina e também na jurisprudência que os pressupostos para a tutela antecipada são mais “fortes”, mais “contundentes”, mais “difíceis de serem demonstrados” do que o *fumus boni iuris* (em geral entendido como “aparência do bom direito”, como se o direito pudesse ser ruim ou mau) das ações cautelares. Rigorosamente isso é correto, até como forma de apresentar distinções à dinâmica da tutela antecipada e da tutela cautelar. Pelo menos quando se presta bastante atenção à “prova inequívoca”. Esse pressuposto é indicativo de que não basta ao requerente da tutela antecipada formular, retoricamente, seu pedido. A lei é clara quanto à necessidade de serem apresentadas provas, substratos materiais, do quanto alegado. Não basta falar (escrever); tem de demonstrar, mesmo que a prova não seja documental.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39). Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006, p.214.

⁶⁶ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.103.

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.42.

A hipótese prevista pelo artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), ao contrário da situação descrita no inciso I, não constituía situação de urgência, mas sim de evidência do direito do autor. Tal hipótese atualmente está contemplada como tutela de evidência pelo Código de Processo Civil de 2015. Importante observar que no Código de Processo Civil de 1973, também em alguns dos procedimentos especiais, reconhecia-se a existência de tutela de evidência, como, por exemplo, nas liminares das ações possessórias.⁶⁸

Por fim, o §2º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 previa que a antecipação da tutela não poderia ser concedida quando houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Diante de procedimentos distintos e diferentes requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada, além do fato de que em dadas situações a medida de urgência buscada pela parte encontrava-se em verdadeira zona cinzenta – ou seja, o que parte da doutrina entendia tratar-se de tutela cautelar, outra parte entendia como tutela antecipada – de maneira que o direito da parte não fosse prejudicado ou não lhe fosse negada sua proteção perante o Poder Judiciário em razão de divergências doutrinárias e jurisprudência, o Código de Processo Civil de 1973 fora novamente alterado pela Lei n. 10.444/2002, incluindo-se o §7º do artigo 273, que possibilitou a fungibilidade entre as providências cautelares e antecipadas.

Assim, o direito brasileiro teve grande avanço com a inclusão do artigo 273 no Código de Processo Civil de 1973, possibilitando o “poder geral de antecipação”, e posteriormente, com a inclusão do §7º no mesmo dispositivo, reconheceu-se a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.

⁶⁸ Nesse sentido explica João Batista Lopes: “Na vigência do Código de 1973, muito se discutiu sobre o conteúdo da norma do artigo 273 que consagrou o instituto da tutela antecipada. Referido artigo, na verdade, admitia não apenas a tutela de urgência, mas também, ainda que não o fizesse explicitamente, a chamada tutela da evidência. Com efeito, o *caput* do referido artigo, ao admitir a tutela antecipada, aludia à prova inequívoca e a verossimilhança como requisitos para sua concessão e admitia a providência também na hipótese de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Além disso, o parágrafo 6º contentou-se com a inexistência de controvérsia acerca de um dos pedidos do autor. Como se vê, em tais hipóteses, tornava-se desnecessário o *periculum in mora*, bastando a forte probabilidade da existência do direito ou o comportamento abusivo do réu. Também não era desconhecida a tutela de evidência em alguns procedimentos especiais. A liminar possessória é um dos exemplos, já que se prescindia da urgência para sua concessão, bastando que o autor provasse posse de menos de ano e dia e o esbulho ou turbação. Outros exemplos: a tutela monitoria, cuja concessão é admitida com fundamento em prova escrita da obrigação e busca e apreensão na alienação fiduciária em garantia.” (ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.167).

Com a revogação do Código de Processo Civil de 1973 e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, importantes alterações ocorreram em relação às tutelas de urgência e de evidência.

O Código de 2015 reuniu as tutelas de urgência cautelar e antecipada e a tutela de evidência sob um mesmo gênero, denominando-o Tutela Provisória (artigos 294 a 311).

Conforme explica José Miguel Garcia Medina, “o CPC/2015 procurou acomodar, no Livro V da Parte Geral (arts.294 e ss.) um conjunto de regras dedicadas às tutelas de urgência e de evidência”.⁶⁹

Outra grande inovação do Código de Processo Civil de 2015 foi incluir as tutelas cautelar e antecipada sob o gênero das tutelas de urgência. Assim, diversamente do Código de 1973, no Código de Processo Civil de 2015, as tutelas cautelares passaram a ser tratadas com as demais espécies de tutelas provisórias, no Livro V da Parte Geral.

Traçado este breve histórico no direito brasileiro acerca das tutelas de urgência e de evidência, denominadas pelo Código de Processo Civil de 2015 como tutelas provisórias, passaremos ao estudo dos aspectos gerais da tutela provisória e de suas espécies.

⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.479.

3 TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme exposto, o Código de Processo Civil de 2015 reuniu as tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e a tutela de evidência em um mesmo gênero, denominando-o de Tutela Provisória⁷⁰.

Sobre o tema, esclarece Eduardo Arruda Alvim:

Surge, assim, uma nova classificação das tutelas concedidas de forma provisória e sumária, sem a observância da regra da cognição exauriente. As tutelas provisórias, cujas disposições gerais estão alocadas nos arts. 294 a 299, dividem-se em tutela de urgência (arts. 300 a 310) e tutela da evidência (artigo 311). As tutelas de urgência, por sua vez, estão subdivididas em tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar. Notadamente, bem trabalha o diploma com um binômio essencial e inerente às tutelas provisórias, ora com fundamento na urgência, ora com disposição em evitar injustiças evidentes e flagrantes no plano de direito material.⁷¹

Tutela provisória, conforme define Cassio Scarpinella Bueno, pode ser entendida

[...] como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da 'urgência' ou da 'evidência', prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.⁷²

A denominação tutela provisória, adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, baseou-se na característica da provisoriedade, da qual essa espécie de tutela jurisdicional é dotada⁷³.

Provisoriade, na lição de Betina Rizzato Lara:

[...] é uma característica decorrente da cognição sumária ou superficial que fundamenta a decisão acerca de um pedido de liminar. Por ser uma

⁷⁰ Não obstante o interessante tema das liminares nos procedimentos especiais, pela amplitude do tema, no presente estudo ater-se-á à análise das tutelas provisórias elencadas no Livro V da Parte Geral, do Código de Processo Civil de 2015.

⁷¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.58.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.283.

⁷³ Não se pretende no presente estudo limitar a característica da provisoriedade à tutela provisória, até porque não se desconhece posição defendida por Piero Calamandrei, para o qual nas “declarações com dominante função executiva” (por exemplo o procedimento monitorio) há um procedimento sumário que para o autor também é um procedimento “[...] provisório que aspira a tornar-se definitivo: ele nasce provisório, mas na esperança de perder em um determinado ponto esse seu caráter de provisoriedade, e de tornar-se assim, como se tivesse sido criado no processo ordinário, o procedimento que define irrevogavelmente o mérito.” (CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.32). Para Daniel Mitidiero, “a provisoriedade e a cognição sumária dizem respeito à técnica antecipatória e não à tutela cautelar”. (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.58).

consequência deste tipo de cognição, a provisoriedade não é exclusiva das liminares mas de todas as medidas resultantes de ações sumárias.⁷⁴

A provisoriedade aqui deve ser entendida em sentido amplo, contemplando tanto a temporariedade como a precariedade, conforme elucida Teori Albino Zavascki:

Ao contrário da tutela-padrão a que antes se fez referência, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica (coisa julgada), a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado. É, pois, tutela provisória, entendida a provisoriedade em seu sentido amplo, para compreender temporariedade e a precariedade. É provisória porque temporária, isto é, com eficácia necessariamente limitada no tempo. E é provisória porque precária, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, não estando sujeita à imutabilidade própria da coisa julgada.⁷⁵

Assim, a tutela provisória é temporária porque produzirá seus efeitos apenas por um período limitado, e é precária porque poderá ser modificada e revogada a qualquer tempo.

Na lição de Piero Calamandrei, autor italiano que muito contribuiu para o estudo dos provimentos cautelares, os conceitos de temporariedade e provisoriedade são distintos:

é oportuno no entanto advertir que o conceito de provisoriedade (e como aquele, coincidentemente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito que aquele de temporariedade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não se sobreponha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado.⁷⁶

No mesmo sentido posiciona-se Alfredo de Araújo Lopes da Costa:

“Temporário”, em verdade, é o que dura determinado tempo. “Provisório”, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o “definitivo”. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; “provisório”, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue.⁷⁷

⁷⁴ LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993, p.30.

⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

⁷⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.25-26.

⁷⁷ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação**. 2.ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958, p.16.

Justamente por existir essa distinção entre os conceitos de temporariedade e de provisoriedade é que há um questionamento da doutrina acerca da terminologia (tutela provisória) adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 para abarcar a tutela de evidência e as tutelas de urgência cautelar e antecipada.⁷⁸ Isto porque, ao distinguir-se os conceitos de temporariedade e provisoriedade, conclui-se que a característica da temporariedade poderia ser atribuída à tutela cautelar, pois a eficácia da providência cautelar está, de fato, limitada a um determinado período de tempo (equivalente à duração da situação de perigo). Dessa forma, com a concretização de seu objetivo, ou seja, afastando-se a situação de perigo que ameaçava a possibilidade de fruição futura do direito acautelado, a medida cautelar terá exaurido sua finalidade e não será substituída por outra medida de igual natureza. Já a tutela antecipada seria provisória, vez que terá vigência até que seja substituída por uma decisão definitiva, o que não ocorre com a tutela de urgência cautelar⁷⁹. Assim, não se poderia atribuir a característica da provisoriedade (quando não entendida em um sentido amplo), indistintamente, a qualquer das tutelas de urgência.

É o que esclarece Teori Albino Zavascki:

[...] a distinção entre o que é provisório e o que é temporário, nos termos como posta por Calamandrei, é elemento de relevo para distinguir medidas antecipatórias e medidas cautelares propriamente ditas. As primeiras são provisórias, porque destinadas a durar até que sobrevenha a tutela definitiva, que as sucederá, com eficácia semelhante; já as cautelares são temporárias, porque, vocacionadas a ter eficácia limitada no tempo, não serão, no entanto, sucedidas por outra medida de igual natureza. Inobstante essa advertência, o que, no momento, queremos salientar é que a espécie de tutela que aqui denominamos “provisória”, nela incluídas as medidas antecipatórias e as genuinamente cautelares, tem eficácia temporal limitada.⁸⁰

⁷⁸ Sobre o tema esclarecem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira: “[...] além de alocar num mesmo setor (livro) as medidas que se aproximam em razão da sua finalidade, ainda optou por alterar a denominação tradicional dada aos institutos (tutela de urgência), rompendo com a doutrina até então dominante. Embora a denominação escolhida (tutela provisória), em nosso entender, não tenha sido a ideal, já que há situações em que essa provisoriedade se torna definitiva, trata-se de terminologia mais adequada da que constava de texto anterior do projeto, onde se transformava o que era espécie (tutela antecipada) em gênero, situação essa que poderia vir a gerar dúvida quanto à real natureza de cada uma das modalidades”. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.621).

⁷⁹ Conforme veremos mais adiante, apesar de ambas estarem sedimentadas sob o traço da urgência, se diferenciam os objetos da tutela cautelar e da tutela antecipada.

⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.35.

Não obstante a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 e eventuais críticas da doutrina acerca do assunto, importante salientar que um grande avanço foi reunir as tutelas cautelar e antecipada sob o gênero das tutelas de urgência.

3.1 Disposições gerais

Prevê expressamente o artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015 que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Assim, são espécies de tutela provisória, a tutela de urgência e a tutela de evidência.

Apesar de reunidas sob o gênero de tutela provisória pelo Código de Processo Civil de 2015, as tutelas de urgência e de evidência diferenciam-se quanto à natureza; quando fundamentada na urgência, a tutela provisória terá a finalidade de afastar uma situação de urgência, ou seja, de perigo capaz de acarretar dano ou risco ao resultado útil do processo. A tutela de evidência, por sua vez, independe da existência de uma situação de perigo, fundamenta-se exclusivamente na evidência do direito alegado pela parte, o que justifica a concessão prévia daquilo que a parte autora teria direito no caso de uma sentença de procedência.

Sobre a distinção existente entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, esclarecem Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo:

[...] a tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, serve, portanto, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela de evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo, desde já, aquilo que muito provavelmente virá a final.⁸¹

Ainda conforme Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, há urgência “[...] quando há perigo iminente de perda ou de lesão ao direito que a parte declara ter, o que implica na necessidade da obtenção de uma proteção jurisdicional rápida [...]”⁸²; por outro lado, há evidência

⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.539.

⁸² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.623.

quando for possível “[...] desde logo, reconhecer a presença de uma grande possibilidade da existência do direito alegado”.⁸³

Nada impede, entretanto, que determinada situação possa enquadrar-se tanto em uma situação de urgência, quanto de evidência. A doutrina destaca, inclusive, a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas de urgência e de evidência:

[...] a não exclusão da tutela de evidência pela tutela de urgência (e vice-versa), embora o grau de cognição judicial para o exame de seus respectivos pedidos seja diverso, nos permite desde logo afirmar que o magistrado poderá conceder uma quando a parte pleiteia a concessão da outra, desde que preenchidos os requisitos específicos da tutela concedida, sendo plenamente possível reconhecer a fungibilidade entre elas, como, aliás, reconhece parcialmente o artigo 305, parágrafo único, do CPC.⁸⁴

O Código de Processo Civil de 2015 elenca nos artigos 294 a 299, as disposições gerais aplicáveis às tutelas provisórias, sejam elas de urgência ou de evidência.

As tutelas provisórias conservam sua eficácia na pendência do processo em que foram proferidas, inclusive durante eventual período de suspensão (é o que determina o parágrafo único do artigo 296, do Código de Processo Civil de 2015). Ressalte-se, entretanto, que o artigo 314 do mesmo diploma ressalva a possibilidade de prática de atos urgentes durante a suspensão do processo, a fim de evitar danos irreparáveis⁸⁵. Assim, nada obsta, por exemplo, que seja apreciado pelo Tribunal, durante o período de suspensão do feito, pedido de efeito suspensivo (ou de antecipação da tutela recursal), formulado em agravo de instrumento interposto em face de decisão do juízo de 1º grau que concedeu a tutela provisória.

Prevê, outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 que a tutela provisória poderá ser modificada e revogada a qualquer tempo. A doutrina observa que a modificação ou a revogação devem ser precedidas de alteração fática que implique no descabimento da tutela concedida.⁸⁶

⁸³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.623.

⁸⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.623.

⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.288.

⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.542: “[...] a possibilidade de modificação ou revogação da tutela provisória pelo próprio juiz, só se dá mediante recurso que abra a possibilidade de retratação ou mediante o surgimento de novos elementos que revelem o não cabimento da medida, sob pena de a atividade jurisdicional tornar-se arbitrária e imprevisível. [...] O processo não se coaduna com incertezas; uma vez deferida a tutela provisória para aquela situação fática, salvo alguma mudança na referida situação, deve surtir efeitos até que seja

Conforme já abordado, a possibilidade de a tutela provisória ser revogada ou modificada a qualquer tempo qualifica-a como tutela precária, seja porque em razão de nova situação fática, os motivos que determinaram sua concessão desapareceram ou foram alterados, o que enseja sua revogação ou modificação; seja porque, analisadas as provas do feito, o magistrado profere decisão definitiva (precedida de cognição exauriente) que substitui a decisão que concedeu a tutela provisória.

Outra disposição comum às tutelas de urgência e de evidência, prevista expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015, é a obrigatoriedade de o magistrado fundamentar a decisão. Ainda que não houvesse disposição expressa para a necessidade de motivar a decisão que concede, modifica, nega ou revoga a tutela provisória (artigo 298), patente a imprescindibilidade de que o juiz fundamente clara e precisamente suas decisões, o que decorre do princípio constitucional da motivação, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.⁸⁷

Estabelece, ainda, o Código de Processo Civil de 2015 que para a efetivação da tutela provisória, o magistrado poderá adotar as medidas que entender adequadas (artigo 297).

Acerca da adoção de medidas coercitivas pelo juiz para garantir a efetivação da decisão que concedeu a tutela provisória, explica Arruda Alvim:

É largo o espaço de escolha e de deliberação para o juiz – há, digamos, uma cláusula geral de efetivação da tutela. E esse conjunto de instrumentos justifica-se pelo fim a ser atingido, a efetividade, a realização no mundo empírico, em tempo curto, do que o juiz haja decidido.⁸⁸

Sobre a discussão, complementam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] para a efetivação da tutela provisória poderá o magistrado aplicar qualquer tipo de medida coercitiva hábil a tornar concreto, no mundo empírico, o conteúdo da decisão proferida, tendo por limites o sistema

substituída por outra, proferida com base em cognição mais aprofundada.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.542).

⁸⁷ Para Arruda Alvim: “[...] quanto às tutelas de urgência, o dever de motivação se apresenta de forma mais intensa, já que se fala da tomada de uma decisão com base em menos elementos sobre o caso e menos tempo de maturação do que em relação a uma sentença de mérito. Frequentemente, o pedido de antecipação de tutela ocorrerá no início da lide, alegando-se urgência e impedindo até mesmo que se ouça a parte contrária antes de decidir. Isso torna o trabalho do aplicador da lei uma atividade bastante delicada, e por esse motivo é indispensável que o juiz indique de modo claro e preciso as razões de seu convencimento.” (ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.172).

⁸⁸ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.178.

jurídico e, em não se tratando de direito socialmente relevante, o princípio dispositivo, ou seja, o pedido formulado por quem pleiteou a medida.⁸⁹

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, ampliou os poderes dos juízes quanto às medidas adotadas para a efetivação da tutela provisória concedida, deixando à escolha do magistrado a adoção da medida coercitiva que melhor se adequar ao caso concreto, de forma a ver satisfeita e cumprida a decisão proferida.

Mantendo entendimento já previsto no diploma de 1973⁹⁰, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a efetivação da tutela provisória seguirá as regras para o cumprimento provisório de sentença (artigos 297, parágrafo único e 519). Prevê, ainda, que a tutela provisória será dirigida ao juízo da causa quando pleiteada incidentalmente e, quando antecedente, será requerida ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Nos Tribunais, deverão ser respeitados os regimentos internos, mas em regra, nas ações de competência originária e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito (artigo 299, do Código de Processo Civil de 2015).

Há, outrossim, expressa previsão quanto à ausência de recolhimento de custas na tutela provisória requerida em caráter incidental, ou seja, quando pleiteada no mesmo momento ou em momento posterior à formulação do pedido principal.

Por fim, relevante apontar uma importante consequência da concessão de tutela provisória nos efeitos em que o recurso de apelação será recebido. A regra geral, mantida pelo Código de Processo Civil de 2015, é a de que o recurso de apelação será recebido em seu duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Entretanto, por previsão do artigo 1012, §1º, V, do Código de Processo Civil, a sentença produzirá seus efeitos imediatamente após a publicação quando confirmar, conceder ou revogar a tutela provisória. Assim, uma vez mantida ou concedida, na sentença, a tutela provisória, o autor poderá imediatamente usufruir dos efeitos decorrentes da sentença prolatada.

⁸⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.627.

⁹⁰ Segundo Arruda Alvim: “O CPC de 1973, o artigo 273, §3º já previa que a efetivação da tutela antecipada haveria de observar os dispositivos relativos ao cumprimento de obrigações de pagar, de entregar coisa certa e de fazer. Isso já havia eliminado qualquer dúvida – infundada – quanto à possibilidade de efetivar, no plano fático, a própria tutela antecipadamente – ou seja, de satisfação do direito antes do momento “normal” para a sua ocorrência”. (ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p. 177).

Debatidos os aspectos gerais acerca da tutela provisória, passaremos ao estudo mais aprofundado da tutela de evidência e das espécies de tutela de urgência, a fim de melhor compreender o instituto da estabilização da tutela de urgência antecipada.

3.2 Tutela provisória de evidência

Para conceituar a tutela de evidência e definir suas hipóteses de incidência, primeiramente, deve-se compreender o significado da palavra “evidência”.

Evidente, segundo definição de De Plácido e Silva, “é vocábulo que designa, na terminologia jurídica, tudo que está demonstrado, que está provado, ou que é convincente, pelo que se entende digno de crédito ou merecedor de fé.”⁹¹

Para Luiz Fux, direito evidente “[...] vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente”.⁹²

Assim, direito evidente é aquele que se mostra no processo de forma patente, ou seja, a demonstração da probabilidade do direito invocado pela parte é muito forte.

Conforme destaca Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,

Há situações em que o direito invocado pela parte se revela com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna ‘evidente’. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado, pode ser considerado como uma espécie de denegação de justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo.⁹³

Para Eduardo José da Fonseca Costa, a tutela de evidência “[...] corresponde à tutela de um direito subjetivo que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional”.⁹⁴

⁹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.570.

⁹² FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p.305.

⁹³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.211-212.

⁹⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O "direito vivo" das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.54.

A tutela de evidência, destarte, na definição de Bruno Vinícius da Rós Bodart,

[...] é a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo⁹⁵.

A tutela de evidência, portanto, é a espécie de tutela provisória concedida com fundamento na evidência do direito do autor, independentemente de risco de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo.

A tutela de evidência não é uma inovação do Código de Processo Civil de 2015. Isto porque, em alguns procedimentos especiais do Código de 1973, já se observava a natureza evidente do direito pleiteado pelo autor, o que possibilitava a concessão de tutela antecipada ou cautelar fundamentada na evidência do direito levado à juízo.⁹⁶

O Código de Processo Civil de 2015, entretanto, consolidou em um único artigo (artigo 311), quatro hipóteses de tutela de evidência, das quais apenas duas já estavam previstas no Código de 1973.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro observa que

continuam existindo, é bem verdade, outras hipóteses de tutela de evidência, além daquelas previstas no artigo 311, v.g., a liminar possessória, mas é fato que tal dispositivo traz uma espécie de regra geral da tutela provisória de evidência e o faz de forma bem mais ampla que o CPC/1973.⁹⁷

Considerando essa “regra geral da tutela provisória de evidência” inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, resta analisar se o rol das hipóteses elencadas no artigo 311 seria taxativo ou meramente exemplificativo.

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, trata-se de rol meramente exemplificativo:

[...] sendo extremamente evidente o direito invocado pela parte, nada obsta que o magistrado conceda a tutela antecipada de evidência fora das hipóteses previstas pelo artigo 311, do CPC, com embasamento na gênese

⁹⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2015, p.111.

⁹⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.655.

⁹⁷ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.211-212.

constitucional das tutelas de urgência, mesmo quando se tratar de liminar onde não ocorre a oitiva da parte contrária antes da concessão da medida.⁹⁸

Já Cassio Scarpinella Bueno pondera que apesar de existirem outras hipóteses previstas no Código de Processo Civil de 2015 e na legislação extravagante que se assimilam com a tutela de evidência, tal fato não implica na ampliação das hipóteses previstas no artigo 311 do diploma⁹⁹.

O artigo em questão, por sua vez, prevê as seguintes situações para a concessão da tutela de evidência:

- (a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- (b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- (c) 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; e
- (d) 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.

Assim, diante destas hipóteses, está claro que a tutela de evidência pressupõe a demonstração de que as afirmações feitas pelo autor estão fortemente comprovadas no processo ou quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou a intenção protelatória da parte.

O artigo 311, I, trata justamente da hipótese de tutela de evidência quando houver manifesto propósito protelatório da parte ou abuso do direito de defesa. Conforme já exposto, a situação estava prevista no artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo, para caracterizar a hipótese prevista no artigo 311, I, do Código de Processo Civil, “a defesa deve ser abusiva, excessiva, anormal e inadequada, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional”.¹⁰⁰

⁹⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.660.

⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.308-309.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.578.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 destacava Cassio Scarpinella Bueno:

qualquer comportamento que possa ser entendido como abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu deve conduzir o magistrado, desde que presentes os pressupostos do *caput* do artigo 273, à antecipação da tutela fundamentada no inciso II.¹⁰¹

Para o autor, o artigo 17 do Código de Processo Civil de 1973¹⁰² era um bom referencial para comportamentos aptos a caracterizar o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório da parte. Nesses casos, entendia-se configurada a antecipação da tutela prevista no artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973 (atualmente a primeira hipótese de tutela de evidência).¹⁰³

Importante destacar que para a concessão de tutela de evidência no caso do artigo 311, I, do Código de Processo Civil de 2015, não basta o manifesto propósito protelatório da parte ou o abuso do direito de defesa, mas é necessário que o direito da parte autora também se revele evidente, ou seja, com alto grau de probabilidade.

Nesse sentido ressalta Cassio Scarpinella Bueno: “[...] o réu que litiga de má-fé deve ser sancionado como tal, nos moldes do artigo 81. Isto, contudo, nada revela sobre o direito do autor ser mais ou menos evidente para quaisquer fins, inclusive para a concessão da tutela em exame”.¹⁰⁴

Dessa forma, o direito do autor não se torna evidente simplesmente por eventual comportamento protelatório do réu, ou por ter este abusado do seu direito de defesa; a concessão da tutela de evidência, nesse caso, deve estar atrelada ao alto grau de probabilidade do direito invocado pela parte autora somado ao abuso ou à prática de atos manifestamente protelatórios pelo réu.

A segunda hipótese de cabimento da tutela de evidência se observa quando as alegações de fato invocadas pela parte autora puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

¹⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.45.

¹⁰² Correspondente ao artigo 80 do Código de Processo Civil de 2015: “Artigo 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

¹⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.45.

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.309.

O artigo 311, II, do Código de Processo Civil exige não apenas a prova documental dos fatos alegados, como também a existência de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou em súmula vinculante.

Nesse caso a evidência do direito do autor decorre da existência de outros julgados de casos repetitivos ou de súmula vinculante. Ou seja, a posição arguida pela parte autora e demonstrada documentalmente nos autos já vem sendo adotada pelos Tribunais (através do julgamento de recursos repetitivos ou de súmula vinculante), o que garante maior grau de certeza da tese defendida pelo autor.

Observa, entretanto, José Miguel Garcia Medina, que “não pode haver controvérsia, na jurisprudência, acerca da procedência do que se pede”¹⁰⁵; logo, deve ser pacífico o entendimento ou a tese sustentada pelo autor.

A doutrina tem ampliado o conceito de “tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou em súmula vinculante” para englobar também outros precedentes, como aqueles previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira propõem uma

[...] interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no artigo 927, CPC. Seria o caso de tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e nos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente)¹⁰⁶.

Conforme pondera Daniel Amorim Assumpção Neves:

É verdade que o legislador poderia ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (artigo 332, I). Ou ainda se valido da mesma técnica utilizada para prever outra hipótese de

¹⁰⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.529.

¹⁰⁶ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.638. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.310.

juízo liminar de improcedência, com fundamento em súmula de tribunal de justiça sobre direito local (artigo 332, IV, Novo CPC). Afinal, se para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior, é contraditório exigir para a concessão de tutela provisória uma tese consagrada em súmula vinculante.¹⁰⁷

Dessa forma, se houver comprovação documental dos fatos alegados e se existir tese firmada com base em precedente obrigatório, será elevada a probabilidade do direito do autor, e baixa a possibilidade de acolhimento de eventual tese de defesa apresentada pelo réu (há a possibilidade de não concessão da tutela de evidência se o réu demonstrar que o caso concreto não se enquadra na situação que deu origem ao precedente, ou se comprovar que houve superação do precedente apontado pelo autor), mostrando-se, portanto, evidente o direito do autor e possibilitando-se a concessão de tutela de evidência.

A terceira hipótese de tutela de evidência prevista pelo Código de Processo Civil de 2015 (artigo 311, III) trata do pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob pena de cominação de multa.

A situação já fora abarcada pelo Código de Processo Civil de 1973, na ação de depósito, prevista no Livro IV, que tratava dos Procedimentos Especiais.

No contrato de depósito, o depositário recebe um objeto móvel para guardar até que o depositante o reclame (artigo 627 do Código Civil). O Código de Processo Civil de 2015 admite que, na hipótese de o depositário, após solicitado, não devolver o bem, possa o depositante requerer a concessão de tutela de evidência, com base em prova documental adequada do contrato de depósito.

Alerta, entretanto, Bruno Vinícius da Rós Bodart:

deve-se reputar implícita ao dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio de protesto ou de notificação extrajudicial, conforme a iterativa jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.¹⁰⁸

Assim, a comprovação da mora pelo depositante também se coloca como fator determinante para caracterizar a evidência do direito invocado pelo autor.

Nesse sentido adverte Eduardo Arruda Alvim:

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC**: Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015: inovações, alterações e supressões comentadas. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.224.

¹⁰⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2015, p.130.

[...] afigura-se-nos necessário que haja prova também da mora do depositário em restituir a coisa depositada, a fim de que se configure a probabilidade do autor – depositante – ser vitorioso na demanda, pois se não demonstrado o implemento do termo ou da condição e a não devolução da coisa pelo depositário (*mora ex re*), ou se não demonstrada a interpelação do devedor para restituição da coisa, quando o depositante pretender a devolução antes da condição ou termo ajustado, ou não houver prazo estipulado (*mora ex persona*), não terá sido demonstrada satisfatoriamente (adequadamente) a probabilidade de ser julgada procedente a demanda.¹⁰⁹

Conforme o Código de Processo Civil de 2015, a efetivação da tutela de evidência, decorrente do descumprimento do contrato de depósito quanto à ausência de devolução do bem depositado, se fará mediante a decretação de ordem de entrega do objeto custodiado, sob pena da incidência de multa.

Sobre a expressa previsão quanto à possibilidade de incidência de multa para o caso de descumprimento, compartilhamos da posição adotada por Eduardo Arruda Alvim, para o qual o juiz não está limitado a aplicar multa quando houver descumprimento da ordem de entrega do bem. O magistrado poderá valer-se de outras medidas que entender adequadas, com fulcro na regra geral prevista nos artigos 139, IV e 297 do Código de Processo Civil de 2015.¹¹⁰

A quarta e última hipótese de tutela de evidência prevista pelo artigo 311, do Código de Processo Civil se dá quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito invocado pelo autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Nessa hipótese, o autor deverá apresentar prova documental suficiente dos fatos alegados. Entretanto, o inciso IV prevê um segundo requisito para a concessão da tutela de evidência: o réu não opor prova capaz de gerar dúvida razoável.

Conforme justifica José Miguel Garcia Medina, “não exige a lei que a prova oposta pelo réu seja infundada. Basta que não tenha aptidão para demover o grau de certeza que a prova documental que instruiu a petição inicial foi capaz de inculcar”.¹¹¹

¹⁰⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.328-329.

¹¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.329-330.

¹¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.529.

Para Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, tal situação não configura espécie de tutela de evidência, mas hipótese de julgamento antecipado do mérito:

[...] se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (artigo 355, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente. Trata-se de hipótese de tutela de evidência eminentemente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória. O problema agrava-se se pensarmos que, assim, sempre que o julgamento antecipado do mérito for pela procedência do pedido do autor, seria possível cogitar uma tutela provisória, que eliminaria o efeito suspensivo da apelação – talvez seja a única utilidade do dispositivo.¹¹²

Já Arlete Inês Aurelli afasta ser caso de julgamento antecipado da lide, aceitando tal hipótese, “[...] haveria flagrante inconstitucionalidade, eis que haveria julgamento de certeza sem que tivesse sido dada oportunidade ao réu para se defender, o que feriria de morte o modelo constitucional do processo”.¹¹³

A tutela provisória de evidência, por fim, somente poderá ser requerida em caráter incidental (artigo 294, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015). Ainda, de acordo com o parágrafo único do artigo 311, somente nas hipóteses dos incisos II e III o juiz poderá decidir liminarmente.

3.3 Tutela provisória de urgência

A tutela provisória de urgência, ao contrário da tutela de evidência, pressupõe a existência de um elemento essencial: a urgência, caracterizada por uma situação crítica de perigo, de emergência, a qual exige do Poder Judiciário uma rápida e eficaz atuação a fim de evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.¹¹⁴

Sobre a urgência, José Carlos Barbosa Moreira explica:

¹¹² BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.642.

¹¹³ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entres antecipadas e cautelares? In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.48.

¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.550.

[...] a urgência pode ligar-se ao risco de que desapareçam, antes do momento em que normalmente se viria a lançar mão deles, elementos necessários à efetividade do processo, instaurado ou por instaurar, no qual se pleiteie a tutela do direito. [...] Os outros casos são de urgência relacionada com a própria natureza ou função essencial do direito invocado. Aqui, a noção primacial é a de que, se existente o direito, a respectiva satisfação não comporta dilação alguma, consoante ocorre acima de tudo na esfera das relações jurídicas não patrimoniais, em especial na dos direitos da personalidade, mas também noutras que, patrimoniais embora, têm função de peculiar relevância para a vida da pessoa (v.g.: alimentos, salário).¹¹⁵

A situação de urgência, caracterizadora dessa espécie de tutela provisória, é aquela que se impõe no plano do direito material, exigindo do Poder Judiciário eficaz proteção, sob pena de perecimento do bem da vida posto em juízo. Justamente por esta razão, a tutela de urgência será precedida de cognição sumária, na qual o magistrado se utilizará de um menor grau de aprofundamento no exame da causa, a fim de evitar o iminente perigo de perecimento do direito buscado pela parte.

Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,

[...] se a situação de direito material está em perigo a demandar uma providência imediata ou num curto espaço de tempo, não há tempo de aprofundar a cognição até que ela seja exauriente (com respeito ao *iter* obrigatório que se exige para tanto), daí porque a tutela de urgência se vale da técnica da cognição sumária, no sentido de, momentaneamente, dar prevalência à efetividade em prol da segurança.¹¹⁶

A situação de perigo imposta no plano do direito material, tanto pode exigir a adoção de providências de natureza satisfativa como também de medidas de natureza conservativa. Daí a grande diferença apontada pela doutrina entre as tutelas de urgência antecipada e cautelar.

A tutela cautelar, de natureza conservativa, visa assegurar o resultado útil do processo, garantindo que a apreciação do pedido principal não seja prejudicada pela demora na prestação jurisdicional.¹¹⁷

Na lição de Piero Calamandrei, “há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.90.

¹¹⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.181.

¹¹⁷ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.101.

assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez a exercer o direito.”¹¹⁸

Já a tutela antecipada tem natureza satisfativa, pois visa antecipar a fruição do direito posto em juízo, ou seja, “adianta aquilo que muito provavelmente virá ao final, quando do julgamento do processo.”¹¹⁹

Assim, conforme destaca Carlos Augusto de Assis, “a tutela cautelar visa a assegurar, enquanto a tutela antecipada pretende satisfazer.”¹²⁰

Para Arruda Alvim, a principal diferença entre a tutela cautelar e a antecipada está na finalidade, ou seja, no objetivo dessas duas espécies de tutela de urgência:

as medidas provisórias de natureza cautelar são provimentos judiciais que servem para garantir que os meios necessários a que o processo atinja seu resultado útil não pereçam. O objeto da medida cautelar não é a composição da lide em si, mas algo acessório a ela. Assim, se há risco iminente de que alguém, no polo passivo de uma demanda, desfaça-se dos seus bens e inviabilize a futura expropriação de seu patrimônio, há cautelaridade na medida que determina o congelamento de determinados bens, para salvaguardar o direito futuro do autor de, se vencedor, executá-los. O bem da vida discutido entre as partes não é necessariamente o bem impedido de ser alienado; a medida serve, então, como instrumento para a realização efetiva do processo. [...] Já a antecipação dos efeitos da tutela tem natureza satisfativa, no sentido de que antecipa no tempo a entrega do bem da vida almejado pela parte que requer. Através do deferimento de uma medida antecipatória, são trazidos para o início do processo efeitos que só viriam a existir quando da prolação da sentença favorável.¹²¹

Entretanto, para Cassio Scarpinella Bueno, esta distinção deve ser considerada, na situação concreta, quanto à preponderância (e não à exclusividade) das características “satisfazer” e “assegurar” no conteúdo da medida a ser adotada, vez que nem sempre é possível identificar precisamente e com certeza se determinada medida visa apenas assegurar ou também satisfazer o direito posto em juízo.¹²²

¹¹⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.42.

¹¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.181.

¹²⁰ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.118.

¹²¹ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.179. Em sentido contrário: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.212-213, o qual ainda na vigência do CPC de 1973 entendia que a eficácia satisfativa ou conservativa não poderia ser utilizada para diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada.

¹²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.285.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, José Carlos Barbosa Moreira já apontava a existência de uma zona cinzenta entre as providências cautelares e antecipatórias, na qual não se mostra de fácil identificação a linha divisória entre ambas as medidas:

A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível, e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, de faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.¹²³

Dessa forma, andou bem o Código de Processo Civil de 2015 ao reunir a tutela antecipada e a tutela cautelar sob o mesmo gênero das tutelas de urgência. Relevante ressaltar, entretanto, que, não obstante tenham sido agrupadas sob o mesmo gênero, não reservou, o Código de Processo Civil de 2015, exatamente o mesmo tratamento às tutelas cautelares e antecipadas, conforme sublinha Arlete Inês Aurelli:

A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda remanesce no sistema do novo CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há a previsão da estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. [...].¹²⁴

Quanto às disposições comuns atinentes à tutela cautelar e à tutela antecipada, previu o Código de Processo Civil de 2015 (artigo 294) a possibilidade de serem concedidas em caráter antecedente (antes da formulação do pedido principal) ou de forma incidental (quando pleiteadas no mesmo momento ou posteriormente à formulação do pedido principal).

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam:

Essa classificação considera o momento em que o pedido de tutela provisória é feito, comparando-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva. Em ambos os casos, a tutela provisória é

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v.81, jan.-mar.1996, São Paulo: RT, 1996, p.198-211.

¹²⁴ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: (Coords) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.57.

requerida dentro do processo em que se pede ou se pretende pedir a tutela definitiva.¹²⁵

O Código de Processo Civil de 2015 optou por não fazer qualquer diferenciação quanto ao procedimento para a concessão incidental das tutelas antecipadas e cautelares.¹²⁶ O mesmo não ocorreu em relação aos procedimentos previstos para a concessão de tutela cautelar antecedente e de tutela antecipada antecedente. O Código estabeleceu um procedimento próprio para cada uma delas.

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 não tenha previsto expressamente a necessidade de prévio requerimento das partes para a concessão de tutela de urgência, a concessão da medida continua a depender de prévio pedido formulado pela parte interessada, não podendo ser concedida de ofício, sob pena de violação ao princípio dispositivo (artigo 2º, Código de Processo Civil de 2015).¹²⁷

Para Arruda Alvim, “a adstrição do juiz ao pedido e à atividade jurisdicional é condicionada pelo princípio dispositivo. Desse modo, não há que se cogitar da concessão de tutela provisória independentemente de requerimento expreso do autor.”¹²⁸

Outro ponto comum às tutelas de urgência cautelar e antecipada reside na possibilidade de ambas poderem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia.

Arruda Alvim prossegue afirmando que “oferecer ao réu a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos e, inclusive, de contraditar as provas do autor,

¹²⁵ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.585.

¹²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.290.

¹²⁷ Nesse sentido Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Não consideramos possível a concessão *ex officio* da tutela provisória, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei. É o que se extrai de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência. Além disso, a efetivação da tutela provisória dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo.” (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.607). Em sentido contrário, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira: “Com a alteração do texto do projeto e com omissão da lei na redação final, que agora não veda em situação alguma a concessão de ofício de tutela de urgência, certamente abriu-se o caminho para que a corrente que sustenta a possibilidade da concessão sem pedido expreso da parte ganhar corpo e, por consequência, tornar-se a posição majoritária. É assim que pensamos, mas é necessário aguardar o que a doutrina e a jurisprudência dirão acerca do tema.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: parte geral.** v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.637).

¹²⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.694.

auxilia o debate e dá maiores subsídios para que a tutela de urgência seja analisada da forma adequada”.¹²⁹

No entanto, quando a situação de urgência exigir do magistrado uma atuação rápida e eficaz, o Código de Processo Civil de 2015 permite que a tutela de urgência seja concedida liminarmente, sem a prévia oitiva da parte contrária.¹³⁰

Sobre a concessão de liminar *inaudita altera parte*, avaliam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

aqui o magistrado se depara com situações ainda mais urgentes, nas quais não é possível nem mesmo aguardar o comparecimento da parte contrária ao processo, pois o tempo necessário à integração da demanda, com a realização do ato de citação, por si só já representa um grave risco de que a tutela prestada será ineficaz.¹³¹

Nestas hipóteses, a concessão liminar da tutela de urgência pleiteada não caracteriza violação ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, vez que o réu ainda terá a oportunidade de ser ouvido, de apresentar defesa e de interpor recurso em face da decisão que concedeu a medida liminar sem a sua participação.¹³²

Existem ainda situações nas quais, para conceder tutela de urgência, não se possa aguardar pelo decurso do prazo regular para apresentar defesa, mas entenda o magistrado pela necessidade de esclarecimentos complementares pelo autor da medida, ou mesmo, de designar audiência para oitiva das testemunhas arroladas pelo requerente para demonstrar requisitos da tutela de urgência. Trata-se, assim, de hipótese de concessão de tutela de urgência após justificação prévia, cujo “[...] objetivo é de forma célere, obter elementos de fato suficientes para poder analisar a tutela provisória”.¹³³

¹²⁹ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.174.

¹³⁰ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). “Artigo 9º – Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no artigo 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no artigo 701.”

¹³¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 634.

¹³² NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002, p.149. No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno: “A concessão liminar é absolutamente harmônica com o ‘modelo constitucional’. É situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa. Por isso mesmo é correto considerar que a hipótese envolve mera postergação (adiamento) do contraditório, não sua eliminação. Concedida a tutela provisória, é mister que o réu seja citado (para o processo) e intimado de sua concessão para reagir a ela, inclusive, se assim entender, recorrer dela por agravo de instrumento (artigo 1.015, I)”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.291).

¹³³ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.174.

Considerando, outrossim, que o autor, quando pleiteia a concessão de tutela de urgência, pretende que seu deferimento se dê imediatamente, eventual decisão do juiz postergando a análise da apreciação do pedido de tutela de urgência para momento posterior ao oferecimento de contestação pelo réu, deve ser motivada, podendo ensejar, inclusive, a interposição de agravo de instrumento pela parte autora, com fulcro no artigo 1.015, I, do Código de Processo Civil.¹³⁴

Tendo em vista que a concessão da tutela de urgência produzirá efeitos desde logo, impondo ao réu seu cumprimento e conseqüentemente tendo este que suportar um ônus financeiro sem haver ainda decisão definitiva, o Código de Processo Civil de 2015 (artigo 300, §1º) prevê a possibilidade de o magistrado exigir da parte autora, caução real ou fidejussória idônea para ressarcir eventuais danos eventualmente sofridos pela outra parte no caso de futura reversão ou revogação da medida deferida. Poderá ser dispensada a caução, quando tratar-se de parte economicamente hipossuficiente.

Já observava Piero Calamandrei que as cauções “[...] funcionam como garantia preventiva do eventual direito ao ressarcimento dos danos, que poderá surgir, se no julgamento definitivo a medida provisória for revogada, em favor daquele contra o qual esta foi cumprida [...]”.¹³⁵

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece ainda que eventual reversão ou revogação da tutela de urgência previamente concedida ensejará, independentemente da reparação por dano processual (Artigos 79 a 81 do Código de Processo Civil de 2015), a responsabilização objetiva do autor pelos danos suportados pelo réu com a efetivação da medida. Para configurar a responsabilidade objetiva, não basta a simples concessão da tutela de urgência, mas deve existir o prejuízo causado por sua efetivação.¹³⁶

O artigo 302 do referido diploma elenca as hipóteses nas quais haverá a responsabilização objetiva da parte autora:

¹³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.291-292; ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.174.

¹³⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p.74.

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.556.

- (i) sentença desfavorável;
- (ii) quando obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, o autor não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- (iii) cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; e
- (iv) quando o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.¹³⁷

Por fim, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, sempre que possível, a indenização será liquidada nos próprios autos em que a tutela de urgência tiver sido concedida. Não haverá, portanto, necessidade de novo processo para apurar e liquidar os prejuízos sofridos pelo réu em razão da efetivação da medida de urgência previamente concedida.¹³⁸

Abordadas as disposições comuns estabelecidas pelo Código de Processo Civil de 2015 para as tutelas de urgência, passaremos agora à análise dos requisitos previstos pelo citado diploma legal para a concessão das tutelas cautelar e antecipada.

Conforme argumenta Arruda Alvim, os requisitos estabelecidos na lei processual para a concessão da tutela de urgência nada mais são do que “[...] as condições para que haja segurança na cognição judicial, impedindo que decisões sejam proferidas sem indícios ou provas mínimas do direito do autor”.¹³⁹

O Código de Processo Civil de 2015, diversamente do que ocorria no Código de Processo Civil de 1973, prevê requisitos comuns para a concessão da tutela de urgência cautelar e da tutela de urgência antecipada. O legislador optou por unificar os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência.¹⁴⁰

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* exigidos pelo Código de Processo Civil de 1973 para a concessão das medidas cautelares (artigo 798), a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, previstos pelo Código de 1973 para a concessão da antecipação da tutela (artigo 273), foram substituídos no diploma atual por requisitos comuns às duas espécies de tutela de urgência: a demonstração da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

¹³⁷ Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira trata-se de rol taxativo. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.637-638).

¹³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.558.

¹³⁹ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.169.

¹⁴⁰ Artigo 300 – “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o resultado útil do processo.”

Assim, o primeiro requisito elencado pelo Código de 2015 para se conceder a tutela de urgência é a presença de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”.

Conforme verificam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “[...] o termo ‘probabilidade’ está empregado para designar um grau de convicção menor do que o suposto para o julgamento final”.¹⁴¹

Para a concessão de uma tutela de urgência pelo magistrado, a análise da causa não é realizada com grau máximo de aprofundamento, ou seja, a decisão proferida não se funda em um juízo de certeza, mas em um exame superficial dos fatos e das provas, baseado em um juízo de probabilidade, próprio das tutelas precedidas de cognição sumária. Carlos Augusto de Assis esclarece: “essa sumariedade da cognição é justificada justamente pela urgência, que inviabiliza a espera pela tutela de cognição exauriente (que busca certeza)”.¹⁴²

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, a “probabilidade é mais que mera possibilidade e menos que a certeza para decidir em caráter definitivo. Conceitua-se como a preponderância de elementos convergentes à aceitação de uma proposição, sobre os elementos divergentes”.¹⁴³

“Provável” conforme definição do Dicionário Aurélio, é o “que tem aparência de verdadeiro, de verossímil”¹⁴⁴; já a expressão “possível”, de acordo com o mesmo Dicionário, significa o “que pode ser, acontecer ou praticar-se.”¹⁴⁵ A probabilidade difere, portanto, da mera possibilidade.

Nesse diapasão pondera Arlete Inês Aurelli:

[...] probabilidade é diferente de possibilidade. Quando se diz que é provável a chance de o direito existir é bem maior que quando se diz que é possível. No sistema do CPC de 1973, os juízes se contentavam com a mera possibilidade. Não bastam, assim, meras alegações sem qualquer comprovação. É preciso ter provas robustas do quanto alegado. Se o requerente da medida não tiver prova documental que demonstre a

¹⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.908.

¹⁴² ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.124.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.857.

¹⁴⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5.ed. Curitiba: Positivo, 2010, p.1728.

¹⁴⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5.ed. Curitiba: Positivo, 2010, p.1686.

probabilidade do direito existir, poderá requerer audiência de justificação para produzir provas orais.¹⁴⁶

A probabilidade também não se confunde com o direito líquido e certo exigido no mandado de segurança, que segundo Leonardo Carneiro da Cunha, se verifica “[...] quando as alegações de fato estiverem comprovadas por prova documental pré-constituída, ou quando os fatos forem incontroversos”.¹⁴⁷

Sobre a distinção entre probabilidade e verossimilhança, Daniel Mitidiero esclarece:

A probabilidade constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade. Isso quer dizer que a probabilidade concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade. A verossimilhança, de outro lado, não diz respeito à verdade de determinada proposição. A verossimilhança apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*) e, portanto, vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral.¹⁴⁸

A probabilidade do direito passou a ser requisito comum para a concessão das tutelas de urgência, substituindo o *fumus boni iuris* (exigido para a concessão de cautelar no Código de Processo Civil de 1973) e a verossimilhança da alegação (prevista para a concessão da tutela antecipada na mesma Lei).

Assim, para a parte ter seu pedido de tutela de urgência concedido, deverá demonstrar de forma comprovada que o direito que alega em juízo é plausível, ou seja, provável, como também que no sopesamento de valores e princípios, será mais benéfica a concessão da medida requerida do que o seu indeferimento.¹⁴⁹

Entretanto, parte da doutrina ressalva que, não obstante o Código de Processo Civil de 2015 tenha unificado o requisito da probabilidade para as duas espécies de tutela de urgência, o grau de probabilidade exigido para a concessão da tutela antecipada permaneceria maior do que aquele necessário para deferir a tutela cautelar, assim como ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁴⁶ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.57.

¹⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10.ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.505.

¹⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.115.

¹⁴⁹ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.173.

Acompanhando este entendimento, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira justificam:

[...] não se deve pensar que a unificação deste requisito importa em torná-lo idêntico para a concessão da tutela de urgência antecipada e para a concessão da tutela de urgência cautelar. Isso porque o grau de cognição do magistrado difere na apreciação de ambas. Em caso de tutela de urgência antecipada deve o juiz realizar cognição sumária, ou seja, deve realizar cognição com um grau médio de profundidade; enquanto em caso de tutela de urgência cautelar deve o magistrado realizar cognição superficial, ou seja, deve realizar cognição com um grau leve de profundidade.¹⁵⁰

No mesmo sentido esclarece João Batista Lopes. Segundo ele, a probabilidade possui diferentes graus (máximo, médio ou mínimo), os quais deverão ser considerados para o deferimento da tutela de urgência. Para o autor, a tutela antecipada exigirá sempre a demonstração de maior probabilidade do direito do que a tutela cautelar, portanto, maior rigor do juiz para sua concessão, vez que interferirá na esfera jurídica patrimonial do réu.¹⁵¹

Porém, outra parte da doutrina defende que os requisitos para concessão das duas espécies de tutela de urgência foram igualados. Para tais autores não há que se diferenciar a probabilidade do direito necessária para conceder a tutela cautelar e a tutela antecipada. É o que observa Arlete Inês Aurelli:

No novo CPC essas diferenças deixam de ter importância, uma vez que tutela cautelar e antecipada estão previstas como tutelas de urgência em contraposição à tutela de evidência, sendo que ambas (antecipada e cautelar) exigem o requisito do *periculum in mora* e também do *fumus boni iuris*, este na mesma densidade independentemente do tipo de tutela de urgência. Não há mais que se averiguar se há mera possibilidade de existência do direito afirmado em juízo, quando se tratar de cautelar, ou a grande probabilidade de o direito ser procedente, no caso de tutela antecipada. A aparência do bom direito será analisada em cognição sumária e não exauriente, sendo totalmente despicienda a preocupação com os graus de intensidade com que ele se apresenta, para fins de distinção entre as formas de tutela.¹⁵²

Da mesma forma posiciona-se Cassio Scarpinella Bueno:

[...] não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada (“prova

¹⁵⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.632.

¹⁵¹ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.102-103.

¹⁵² AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.55.

inequívoca da verossimilhança da alegação”) seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar [...]¹⁵³

O Código de Processo Civil de 2015 previu um segundo requisito para a concessão das tutelas de urgência: “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Para Carlos Augusto de Assis, trata-se da “existência de uma situação de perigo que impele a uma providência imediata”.¹⁵⁴

Conforme definem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “o risco da demora é o risco da ineficácia”.¹⁵⁵ Assim, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, compreendem que para ser concedida a tutela de urgência, a situação de perigo deve ser real; exige-se a demonstração objetiva de sua ocorrência pela parte que pleiteia a medida.¹⁵⁶

Observam, outrossim, os autores, que o requisito do “perigo de dano” seria aplicável às tutelas antecipadas (ante a sua natureza satisfativa) enquanto o “risco ao resultado útil do processo” seria pressuposto dirigido à tutela cautelar:

Também o segundo requisito para a concessão da tutela provisória de urgência, que é o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, antes denominado *periculum in mora*, não se apresenta de modo idêntico para a tutela antecipada e para a tutela cautelar. Isso porque a situação de perigo no caso da tutela antecipada existe com relação à perda ou a lesão do próprio direito material, enquanto no caso da tutela cautelar o perigo diz respeito ao resultado útil que advirá do processo.¹⁵⁷

Embora pareça ideal vincular o requisito do perigo de dano à concessão da tutela antecipada (justamente em razão de sua natureza satisfativa) e o requisito do risco ao resultado útil do processo ao deferimento de tutela cautelar (de natureza assecuratória ou conservativa), necessário observar que o Código de Processo Civil

¹⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.291. No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.152; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.550-551; Enunciado n.143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do artigo 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo da demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

¹⁵⁴ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.128.

¹⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.909.

¹⁵⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.633.

¹⁵⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.632. Em sentido contrário: BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.291.

de 2015, quando tratou da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (artigo 305), mencionou a necessidade de demonstração do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, utilizando, assim, o legislador, indiscriminadamente os citados requisitos para ambas as espécies de tutela de urgência.

Acerca da necessária correlação entre os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, relevante destacar o argumento de Eduardo José da Fonseca Costa, que ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ressaltava: “[...] a prática forense demonstra a existência de um único pressuposto, que é o resultado da valoração que o juiz faz a respeito do estado de tensão entre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tal como configurados *in concreto*”.¹⁵⁸

Já Leonardo Ferres da Silva Ribeiro propõe o uso da “teoria da gangorra”.¹⁵⁹ Para o autor, os requisitos para a concessão da tutela de urgência devem ser analisados no caso concreto, funcionando como uma espécie de gangorra. Assim, quanto maior for o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo constatados no caso concreto, menor será a necessidade de se demonstrar a probabilidade do direito:

Vem daí a analogia com uma “gangorra”. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto. Faz-se, portanto, o jogo da proporcionalidade, do juízo do mal maior, tendo como fator de maior peso para *pender a gangorra*, para um lado ou para o outro, o *periculum in mora*.¹⁶⁰

Entendemos, respeitados os posicionamentos em sentido contrário, que para a concessão de qualquer das tutelas de urgência, devem ser integralmente cumpridos ambos os requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015: a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, ainda que, no caso

¹⁵⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O "direito vivo" das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.105.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.194-196.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.195-196.

concreto, haja urgência na concessão da tutela provisória, o magistrado deve se certificar da existência de elementos mínimos que garantam a probabilidade do direito pleiteado pelo autor, sob pena de indeferimento da medida de urgência pleiteada.

Por fim, importante destacar a existência de um pressuposto negativo¹⁶¹. Entretanto, tal requisito somente será observado para a concessão da tutela de urgência antecipada (de natureza satisfativa), conforme previsão do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 300, §3º): a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo, o requisito da irreversibilidade dos efeitos da decisão fora direcionado apenas para a tutela de urgência de natureza antecipada, pois em razão da natureza conservativa da tutela de urgência cautelar, esta, em princípio, não tem potencial de irreversibilidade.¹⁶²

Observa-se, outrossim, que o que será antecipado são apenas os efeitos da decisão final, vez que conforme defende Eduardo Arruda Alvim, não se pode “[...] jamais, antecipar, por cognição sumária, o próprio acerto do direito [...]”.¹⁶³

Dessa forma, a irreversibilidade tratada no artigo 300, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 diz respeito apenas aos efeitos da decisão de mérito vislumbrada pela parte.

Para José Carlos Barbosa Moreira (ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973): “O provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no §4º, que autoriza o juiz a revogar ou modificar a medida, a qualquer tempo”.¹⁶⁴

¹⁶¹ Para Cassio Scarpinella Bueno: “trata-se de verdadeiro “pressuposto negativo”, que quer inibir a antecipação da tutela no caso do que é comumente chamado de “*periculum in mora inverso*””. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.292).

¹⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.553. No mesmo sentido Cândido Rangel Dinamarco: “no tocante à tutela de natureza cautelar, que se projeta somente sobre o processo e nada altera na vida exterior dos litigantes (infra, n. 1.503), não se cogita da reversibilidade ou irreversibilidade – até porque, extinto o processo, desaparecem os efeitos da tutela cautelar eventualmente concedida em seu curso”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.853).

¹⁶³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.169.

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.82. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.553.

Assim, a irreversibilidade exigida pelo Código de Processo Civil de 2015 deve corresponder à situação fática e não jurídica. É o que esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a tutela não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade de fato, que impede a concessão da medida. Quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a medida pode, em tese, ser concedida.¹⁶⁵

Arruda Alvim sentencia: “a regra geral, [...], é a de que apenas aquilo que puder ser integralmente revertido pode ser objeto de concessão de tutela de urgência”.¹⁶⁶

A observância desta regra com rigor excessivo poderá, entretanto, ensejar a ausência da adequada prestação jurisdicional àquele que dela precisa. Assim, no caso concreto, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os bens da vida envolvidos, de forma que o que esteja em posição de maior risco, seja privilegiado.

José Carlos Barbosa Moreira, sobre este aspecto, avalia:

efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consiste em proceder a uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor.¹⁶⁷

Eventual impossibilidade de retorno à situação pretérita poderá se resolver no campo ressarcitório. É o que visualiza Arruda Alvim:

[...] em casos extremos, de perecimento da pretensão do autor ou de dano que só com a antecipação da tutela pode ser evitado, a solução que poderá corretamente vir a ser adotada é a de resolver-se o assunto até assumindo o risco das perdas e danos.¹⁶⁸

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16.ed. São Paulo: RT, 2016, p.932.

¹⁶⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.710.

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.83.

¹⁶⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.710.

Dessa forma, além dos requisitos elencados, o magistrado deverá observar, ao analisar o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, se a concessão da medida acarretará eventual impossibilidade fática de retorno à situação pretérita. Nesse caso, deverá observar o princípio da proporcionalidade, ponderando os bens da vida envolvidos e priorizando o bem que estiver em posição de maior risco; havendo, ainda, a possibilidade de os eventuais prejuízos decorrentes da irreversibilidade dos efeitos da decisão que concedeu a providência de urgência serem resolvidos no campo ressarcitório.

Conforme exposto, não obstante o Código de Processo Civil de 2015 tenha previsto disposições e requisitos comuns para as tutelas cautelar e antecipada, por estabelecer de forma expressa diferentes procedimentos para a concessão da tutela cautelar antecedente e para a tutela antecipada antecedente, além de tratar do fenômeno da estabilização apenas nos casos de tutela antecipada pleiteada em caráter antecedente, o legislador não quis adotar um regime único para as tutelas de urgência. Estes aspectos serão melhor analisados neste estudo, quando abordadas as espécies da tutela provisória de urgência, quais sejam, tutela cautelar e tutela antecipada, e seus respectivos procedimentos.

3.3.1 Tutela cautelar

Conforme destacado, a tutela cautelar tem natureza assecuratória, vez que sua concessão visa proteger ou garantir o resultado útil do processo.

Para William Santos Ferreira, a tutela cautelar:

[...] destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido judicialmente o cabimento de tal pretensão, aí sim o bem da vida seja entregue, sendo isto possível porque a eficácia prática da sentença foi protegida, acautelada. [...]¹⁶⁹

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu as cautelares típicas previstas no Código de Processo Civil de 1973, mantendo apenas o poder geral de cautela, pelo qual, preenchidos os pressupostos gerais do artigo 300 do diploma atual, quais sejam, probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

¹⁶⁹ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000, p.132.

resultado útil do processo, poderá ser concedida medida idônea para assegurar o direito posto em juízo.

Não obstante tenha o Código de 2015 excluído as cautelares típicas, foram indicadas no artigo 301¹⁷⁰, de forma exemplificativa, algumas dessas medidas, sem, entretanto, qualquer conceituação ou indicação de procedimento, o que tem gerado inúmeras críticas na doutrina.

Sobre o assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo registraram:

[...] o NCPC, ao mesmo tempo em que não prevê mais as cautelares típicas, cita-as, ao mencionar que a tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem. O rol é exemplificativo, mas traz consigo uma dificuldade: o que seria então, “arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem”? O NCPC não dá a resposta.¹⁷¹

A situação tem levado os aplicadores do direito a recorrerem às definições previstas no Código de Processo Civil de 1973. No entanto, ante a ausência de norma expressa, não há como admitir a exigência dos requisitos e procedimentos específicos previstos no Código revogado para as medidas cautelares indicadas de forma exemplificativa no Código de Processo Civil de 2015.

É o que destaca Cassio Scarpinella Bueno:

[...] é importante que a doutrina e a jurisprudência se preocupem menos com a literalidade das técnicas enunciadas no artigo 301 – afastando-as de qualquer saudosismo de seus pressupostos no âmbito do CPC de 1973 – e mais com a viabilidade de pleno exercício do “dever geral de cautela” pelo magistrado com fundamento na parte final do dispositivo, o que, de resto, já está suficientemente garantido nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da CF.¹⁷²

Preenchidos os requisitos previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, poderá ser concedida medida idônea para assegurar o direito, independentemente dos requisitos e procedimentos do Código revogado para a

¹⁷⁰ “Artigo 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 asseguarção do direito.”

¹⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.555.

¹⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.293.

concessão das providências cautelares, exemplificativamente, indicadas no Código de Processo Civil de 2015.

Importante alteração trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a eliminação do processo cautelar¹⁷³, possibilitando-se a concessão de tutela de urgência de natureza cautelar de forma incidental ou antecedente. O diploma, entretanto, previu, expressamente, apenas o procedimento para conceder a tutela cautelar em caráter antecedente.

3.3.1.1 Procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente

A tutela cautelar será antecedente quando pleiteada antes da formulação do pedido principal. Conforme apontam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o objetivo da tutela cautelar antecedente é: “[...] i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa”.¹⁷⁴

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu as cautelares preparatórias¹⁷⁵, prevendo um procedimento especial para a concessão da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

Este procedimento, conforme observado, não se assemelha ao procedimento previsto para a concessão de tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente – esta, por sua vez, está disposta nos artigos 305 a 310 do Código de Processo Civil de 2015.

Por se tratar de tutela cautelar pleiteada em caráter antecedente, e não havendo, portanto, ação previamente ajuizada, seu requerimento deverá se dar mediante a distribuição de petição inicial que atenda aos requisitos gerais previstos pelo artigo 319 do Código de Processo Civil de 2015 e indique a lide e seu

¹⁷³ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.104.

¹⁷⁴ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.627.

¹⁷⁵ Sobre a denominação “cautelar preparatória”, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira esclarecem: “Como uma medida de natureza cautelar não é requisito para que seja formulado o pedido principal, então não é possível denominá-la preparatória. Daí o acerto da denominação cautelar antecedente, indicando que a classificação se refere a critério meramente cronológico, isto é, trata-se de uma medida antecedente porque foi pleiteada antes do momento em que se formulou o pedido principal”. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.650).

fundamento, expondo sumariamente o direito que se objetiva assegurar e demonstrando o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O Código de Processo Civil de 2015, encerrando a discussão quanto ao requisito do perigo de dano referir-se exclusivamente à tutela de urgência antecipada e o risco ao resultado útil do processo ser característico da tutela cautelar, atribui, de forma expressa e indiscriminada, a esta última, a necessidade de demonstrar o risco ao resultado útil do processo ou o perigo de dano.

Distribuída a inicial, será realizado juízo de admissibilidade pelo magistrado, podendo recebê-la, indeferi-la ou determinar sua emenda.¹⁷⁶

Nada impede que admitida a petição inicial, e havendo pedido expresso nesse sentido, seja concedida liminarmente a tutela cautelar requerida (artigo 300, §2º, do Código de Processo Civil de 2015), desde que demonstrado que a espera pela oitiva da parte contrária, para a concessão da tutela cautelar pleiteada, poderá ocasionar à parte requerente dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim, recebida a petição inicial, o magistrado apreciará eventual requerimento expresso para concessão liminar da tutela cautelar – ordenando sua efetivação em caso de deferimento da medida – e determinará a citação do réu, para que, em cinco dias, apresente contestação ao pedido cautelar formulado e indique as provas as quais pretende produzir.¹⁷⁷

O artigo 306 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que o réu será citado para contestar o pedido, sem mencionar a possibilidade de oferecimento de reconvenção pelo requerido.

Sobre a impossibilidade de se oferecer reconvenção no procedimento da tutela cautelar antecedente, Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira esclarecem:

[...] o artigo 306, do CPC, ao se utilizar do termo “contestar” e não do termo “resposta”, não cometeu qualquer impropriedade, mas foi preciso para indicar que não há possibilidade de utilização de reconvenção no caso da tutela cautelar antecedente, embora essa possa ser ofertada depois de formulado o pedido principal. Isto porque não há como o direito alegado em sede cautelar ser plausível tanto para o autor, quanto para o réu; e, porque a inserção do procedimento da reconvenção no curso do procedimento da

¹⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.1. São Paulo: Verbatim, 2015, p.651.

¹⁷⁷ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.627.

tutela cautelar antecedente atenta contra a estrutura do próprio procedimento cautelar, que exige celeridade na sua solução.¹⁷⁸

Não contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu¹⁷⁹. O magistrado irá decidir em cinco dias (artigo 307 do Código de Processo Civil). Entretanto, apresentada contestação, será observado o procedimento comum (artigo 307, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015), podendo, inclusive, ser dada oportunidade ao autor para apresentar réplica, conforme Enunciado n. 381 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹⁸⁰

No que tange à possibilidade de produzir provas, João Batista Lopes esclarece que no procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, “a instrução probatória deve ser célere e simplificada para atender à sumariedade da cognição”¹⁸¹. Portanto, é mais compatível com a produção de prova testemunhal e documental.

Diante da celeridade exigida para o procedimento, ressalta o autor: “não haverá lugar, por exemplo, para se realizar perícia no modelo padrão previsto pelo Código, devendo o juiz entrar em contato com o ‘expert’ para obter os elementos necessários”.¹⁸²

Uma vez concedida a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, esta deverá ser efetivada em 30 dias, sob pena de cessação de eficácia (artigo 309, II, do Código de Processo Civil de 2015). Nesse caso, presume-se que, não diligenciando o autor para efetivar a medida, houve a perda de interesse pela tutela cautelar previamente requerida. No entanto, se a medida não se efetivar no prazo fixado por causas alheias à vontade do autor, a ele não poderá ser imputada a consequência prevista no artigo em questão.¹⁸³

¹⁷⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 651.

¹⁷⁹ Para Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “a presunção de veracidade desta revelia segue o regime jurídico geral, previsto no artigo 344, CPC”. (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.627).

¹⁸⁰ Enunciado n.381 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – “É cabível réplica no procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente.”

¹⁸¹ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.105.

¹⁸² ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.105.

¹⁸³ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.627.

Uma vez efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pela parte autora nos mesmos autos em que apresentado o pedido cautelar, em 30 dias¹⁸⁴, sob pena de cessação da eficácia da medida concedida (artigo 309, I, do Código de Processo Civil de 2015). Esta consequência legal é pertinente, pois,

se a razão de ser da tutela cautelar é garantir o resultado (favorável) de um futuro provimento de mérito, o desinteresse do autor em deduzir o pedido principal demonstra que a tutela cautelar, em si, já não tem mais por que se prolongar no tempo, prejudicando o réu desnecessariamente.¹⁸⁵

Sobre o início do prazo para o autor formular o pedido principal, ponderam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

o termo inicial deste prazo não é o momento da concessão da medida ou da sua intimação, mas sim o momento da sua efetivação, conforme alerta expressamente o artigo 308, *caput*, *ab initio*, do CPC; mesmo que essa efetivação seja apenas parcial. Isso porque não parece razoável que o prazo somente passe a fluir com a completa efetivação da medida, já que mesmo em caso de efetivação parcial o réu já estará sofrendo os efeitos práticos da decisão judicial, que nesses casos geralmente produz imediatos efeitos no mundo de fato.¹⁸⁶

A formulação do pedido principal poderá se dar conjuntamente ao pedido de tutela cautelar, ou posteriormente (30 dias após a efetivação da medida), caso em que poderá ser aditada a causa de pedir e não se exigirá novo pagamento de custas (artigo 308, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015).

Formulado e admitido o pedido principal, as partes serão intimadas para comparecerem na audiência de conciliação ou mediação, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu (artigo 308, §3º, do Código de Processo Civil de 2015).

Se não houver composição entre as partes, o prazo para contestar será contado na forma do artigo 335 do Código de Processo Civil de 2015, prosseguindo

¹⁸⁴ Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, trata-se de prazo decadencial, que deverá ser contado sem a suspensão dos feriados forenses. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.653).

¹⁸⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.734.

¹⁸⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.652.

o feito pelo procedimento comum, com a prolação de sentença ao final, que confirmará, modificará ou revogará a medida cautelar previamente concedida.¹⁸⁷

Como já previa o Código de Processo Civil de 1973, uma vez cessada a eficácia da tutela cautelar, o autor somente poderá formular novo pedido se alterar a fundamentação (artigo 309, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015).

Observa-se, por fim, que conforme o artigo 310, do Código de Processo Civil de 2015, ainda que indeferido o pedido de tutela cautelar, o autor poderá formular o pedido principal¹⁸⁸. O indeferimento não influencia no julgamento do pedido principal¹⁸⁹, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou prescrição.

3.3.2 Tutela antecipada

Conforme destacado, a tutela de urgência antecipada tem natureza satisfativa, ou seja, visa antecipar os efeitos da sentença de mérito objetivada pelo autor, conforme explicam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolveu denominar de “tutela antecipada”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.629. A improcedência ou a extinção do feito sem resolução do mérito ocasionará a imediata cessação da medida cautelar concedida (artigo 309, III, do Código de Processo Civil de 2015).

¹⁸⁸ Para Cassio Scarpinella Bueno: “[...] independentemente de o autor pretender reverter a decisão que indeferiu o pedido de “tutela cautelar” em grau recursal, caberá a ele, querendo, formular o “pedido principal”, valendo-se, para tanto, do mesmo processo e obedecendo o procedimento do artigo 308 (v. n. 7.2 supra). O prazo para tanto não fica sujeito aos trinta dias do *caput* do artigo 308, prazo processual cuja inobservância conduz à cessação da eficácia da tutela cautelar (artigo 309, I e II). Para a hipótese aqui aventada, só se pode cogitar da observância dos prazos prescricionais, que variarão consoante às múltiplas pretensões de direito material a serem levadas ao Estado-juiz.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.308).

¹⁸⁹ Conforme destaca João Batista Lopes: “Considerando que o NCPC aboliu o processo cautelar, não terá mais cabida a discussão que lavrou na vigência do Código de 1973 sobre a existência de mérito na decisão sobre tutela cautelar. Para confirmar isso, o artigo 310 é expresso no sentido de que o indeferimento da cautelar não impede a formulação do pedido principal, nem influi em seu julgamento.” (ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.106).

¹⁹⁰ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.582-583.

Assim como a tutela cautelar, a tutela antecipada poderá ser requerida em caráter incidental ou antecedente. É o que destacam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

Tendo o autor a necessidade de pleitear tutela antecipada já no momento em que propõe a ação, poderá optar pela elaboração de uma petição inicial que siga a regra dos arts. 319 e 320, do CPC; ou, na forma do artigo 303, do CPC, elaborar uma petição inicial simplificada, para depois adequá-la à regra geral. Essa opção deriva da necessidade que a parte tem, por vezes, de obter uma tutela praticamente imediata, sob pena do perecimento do direito que alega possuir. Nesses casos, até mesmo o tempo gasto para a elaboração da petição inicial pode constituir óbice à efetivação da pretensão levada à juízo.¹⁹¹

Destarte, a tutela incidental é aquela requerida no mesmo momento, ou em situação posterior, à formulação do pedido definitivo. Já a tutela antecipada requerida em caráter antecedente “é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva”.¹⁹²

3.3.2.1 Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente

A tutela antecipada requerida em caráter antecedente é uma das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. A possibilidade de se requerer uma tutela de urgência em caráter antecedente existia no Código de Processo Civil de 1973, apenas na figura do processo cautelar preparatório. Não existia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição acerca da possibilidade de requerimento de tutela de urgência de natureza satisfativa, em momento anterior ao da formulação do pedido principal. Sobre este aspecto, Arruda Alvim escreve:

No CPC/1973, o requerimento de tutela antecipatória dependia da instauração, prévia ou concomitante, de processo de conhecimento que visasse à resolução definitiva de mérito. Existente o processo, a antecipação de tutela poderia ser concedida a qualquer tempo, sendo o ajuizamento da petição inicial, referente a tal processo, a primeira oportunidade para sua postulação.¹⁹³

¹⁹¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: parte geral**. v.1. São Paulo: Verbatim, 2015, p.640.

¹⁹² BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.586.

¹⁹³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.712.

Assim, visando priorizar a celeridade processual, o legislador inseriu no Código de Processo Civil de 2015 um procedimento inédito que permite à parte autora apresentar uma petição inicial simplificada visando conceder a tutela antecipada, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação.

Conforme ressalta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Em face de uma “urgência contemporânea à propositura da ação” (ou seja, a impossibilidade de, naquele determinado momento, dada uma situação de urgência urgentíssima, instruir adequadamente a ação que complete o pedido final) poderá o autor da demanda formular uma “petição inicial” para requerer tão somente a antecipação da tutela, limitando-se a indicar “o 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”.¹⁹⁴

Daí se extrai o primeiro requisito necessário para a concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, qual seja, a “urgência contemporânea à propositura da ação”. Conforme destaca Cassio Scarpinella Bueno, “a exigência da contemporaneidade da urgência à ‘propositura da ação’ é o traço marcante desta espécie de tutela antecipada”.¹⁹⁵

Dessa forma, não basta uma mera situação de urgência. É necessário que a urgência tenha causa recentíssima e exija uma rápida atuação do Judiciário na apreciação da questão (o que, inclusive, justifica a ausência de tempo hábil para elaborar petição inicial completa e apresentar toda a documentação atinente ao caso), sob pena de perecimento do direito posto em juízo.

Segundo Arruda Alvim, para a concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, “a iminência da necessidade do provimento deve ser tamanha que justifique seu requerimento antecipadamente, sem que se aguarde o processamento da petição inicial”.¹⁹⁶

Além desse requisito específico, devem ser, igualmente, cumpridos os requisitos gerais previstos para se conceder a tutela de urgência: demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

O procedimento previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente se inicia com a distribuição de

¹⁹⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.201.

¹⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.295.

¹⁹⁶ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.181-182.

uma petição inicial simplificada; conforme observado por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, sem a necessidade de atender todos os requisitos genéricos exigidos pelos artigos 319 e 320 do mesmo diploma.¹⁹⁷

No entanto, deverão ser observadas as regras de competência para distribuição da inicial; além disso, as partes deverão ser minimamente identificadas, a fim de possibilitar a citação ou a intimação do réu.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira destacam outro ponto:

todavia, mesmo que distribuído o feito a juízo absolutamente incompetente, se houver imediata possibilidade de perecimento do direito, decorrente da não apreciação da medida, deverá o magistrado apreciar o pleito liminar, antes mesmo de remeter o feito para o juízo competente para conhecê-lo e decidi-lo.¹⁹⁸

A petição inicial simplificada deverá conter requerimento para a concessão da tutela antecipada¹⁹⁹ e indicar o pedido de tutela final.

A petição simplificada poderá limitar-se a demonstrar a probabilidade do direito e a urgência contemporânea à propositura da ação, capaz de acarretar perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que justifiquem a concessão da tutela antecipada pleiteada. Para Arruda Alvim,

nesse caso, a petição não conterà ainda a fundamentação aprofundada do pedido em si, limitar-se-á à demonstração da urgência iminente que justifica o deferimento de uma medida provisória, e da probabilidade das alegações deduzidas.²⁰⁰

A petição deverá indicar também o valor da causa (considerando o pedido final objetivado pelo autor)²⁰¹; ao autor caberá recolher as custas iniciais, salvo os casos de concessão da justiça gratuita.

¹⁹⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.201.

¹⁹⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.641.

¹⁹⁹ Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, nas hipóteses em que há possibilidade do perecimento do direito, o magistrado poderá conceder a tutela antecipada ainda que não haja pedido expresso da parte. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.642.)

²⁰⁰ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016, p.182.

²⁰¹ Para Cassio Scarpinella Bueno: “o mais correto, do ponto de vista sistemático, é permitir ao autor que, naquele momento, limite-se a indicar o valor da causa condizente com o pedido da tutela *antecipada*. Se houver necessidade de aditamento da petição inicial [...] aí sim caberá ao autor a indicação escoreta do valor da causa, levando em conta a totalidade de sua pretensão, vale dizer, a ‘tutela final’”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.296).

Segundo o Código de Processo Civil de 2015 (artigo 303, §5º), o autor deve requerer expressamente na petição inicial simplificada a opção pelo procedimento especialmente previsto para as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira explicam:

A declaração expressa do autor (§5º) de que pretende se valer do benefício previsto no artigo 303, *caput*, do CPC, como requisito essencial da petição simplificada, mais do que uma mera opção pela via processual que permite a utilização dessa modalidade de petição, implica na opção pela adoção deste procedimento diferenciado e em verdadeira renúncia ao procedimento comum e a prestação, pelo Estado, de uma tutela jurisdicional exauriente. Quando o autor declara esta opção, ele aceita a possibilidade de extinção do feito (artigo 304, §1º) sem a apreciação do seu conteúdo, dispensando a realização de instrução probatória e de uma sentença de mérito. Como essa opção pelo procedimento diferenciado também deve ser aceita pelo réu, a não interposição de recurso acaba por representar uma verdadeira aceitação tácita de submissão ao procedimento, dando ensejo à estabilização da tutela liminarmente concedida (artigo 304, *caput*).²⁰²

Sobre tal ponto também esclarece Cassio Scarpinella Bueno:

[...] cabe ao autor, na petição inicial em que requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, manifestar sua vontade de valer-se do “benefício previsto no *caput deste artigo*” (artigo 303, §5º). Este “benefício” merece ser compreendido, a despeito da remissão legislativa, em duas acepções. A primeira diz respeito ao que aqui interessa: para que a petição inicial elaborada com menos rigor formal tolerado pelo *caput* do artigo 303 não seja mal compreendida, comprometendo, quiçá, seu próprio juízo de admissibilidade. A segunda relaciona-se com a possibilidade de a tutela concedida vir a estabilizar-se na hipótese do artigo 304.²⁰³

Assim, para grande parte da doutrina, o requerimento do autor, expresso na petição inicial, de que pretende utilizar-se do procedimento previsto para a concessão das tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, seria suficiente para permitir, preenchidos os demais pressupostos previstos em lei, a automática estabilização da tutela antecipada.

²⁰² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.1. São Paulo: Verbatim, 2015, p.641-642.

²⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.296. No mesmo sentido, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Se o autor expressamente declara sua opção pelo benefício do artigo 303 (nos termos do artigo 303, §5º, CPC) subentende-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do artigo 304”. (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.620).

Importante destacar, outrossim, a posição de Carlos Augusto de Assis para quem, na petição inicial simplificada, a parte autora também deverá se manifestar acerca do interesse na estabilização da tutela antecipada pleiteada:

Há quem diga que, presente a situação prevista em lei (falta de recurso), a estabilização irá ocorrer automaticamente, a não ser que a parte tenha expressamente se manifestado no sentido de que pretende obter a tutela final. Somos do entendimento de que a estabilização depende de requerimento expresso da parte quando pleitear a antecipação. Isso porque existe um direito à tutela de cognição exauriente que não pode simplesmente ser retirado automaticamente, sem que a parte tenha se manifestado que se contentaria com a antecipação de tutela. O legislador consagra o princípio da primazia do julgamento de mérito (artigo 4º), o que significa que o processo, como regra, deverá seguir até a resolução final do conflito.²⁰⁴

Acompanhando o posicionamento acima, consideramos relevantíssima a exigência, vez que, estando a estabilização da tutela antecipada diretamente relacionada pelo Código de Processo Civil de 2015 à adoção do procedimento previsto para a concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, se o autor deixar de indicar na petição simplificada que pretende utilizar-se desse procedimento e do instituto da estabilização, o réu poderá ser surpreendido com uma decisão estabilizada sem a possibilidade de se opor e de evitar sua ocorrência.

Assim, além de a parte autora indicar na petição simplificada que pretende utilizar o procedimento previsto para a concessão das tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, deve também manifestar-se sobre o interesse na estabilização da tutela antecipada pleiteada.

Caso a petição inicial simplificada não cumpra os requisitos específicos exigidos em lei, poderá ser indeferida com fulcro no artigo 330 Código de Processo Civil de 2015, no que couber, ou poderá ser determinada sua emenda (artigo 321). O magistrado poderá ainda decretar a improcedência liminar do pedido (artigo 332) reconhecendo, por exemplo, a prescrição.²⁰⁵

Não ocorrendo qualquer das hipóteses de indeferimento ou de emenda da petição inicial, nem de improcedência liminar do pedido, recebida a petição inicial, será apreciado pelo juiz o pedido de tutela antecipada.

²⁰⁴ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.162.

²⁰⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.643.

Deferida a tutela antecipada, começa o prazo de 15 dias (ou período maior fixado pelo juiz) para o autor aditar a petição inicial. Conforme ressaltado por Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira “[...] ao optar pela via do procedimento especial, o autor assume o dever de promover o aditamento, que decorre *ope legis*, [...]”.²⁰⁶

Ao apresentar o aditamento da petição inicial (nos mesmos autos em que formulado o pedido de tutela antecipada antecedente), o autor deve complementar sua argumentação prévia, juntar os documentos pertinentes (inclusive aqueles existentes antes da apresentação da petição simplificada)²⁰⁷ e confirmar o pedido de tutela final, sem necessidade de recolher novas custas processuais. Nada impede, entretanto, que no aditamento, o pedido previamente formulado pelo autor seja ampliado ou cumulado com outros pedidos.²⁰⁸

A ausência de aditamento da petição inicial acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, §1º, do Código de Processo Civil de 2015); como consequência, a medida de urgência concedida perderá eficácia.

Concomitantemente com o prazo para o aditamento da petição inicial pelo autor, o réu será citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação e mediação (artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015).

Conforme observa Cassio Scarpinella Bueno, o mandado de citação e intimação do réu deve mencionar a possibilidade de estabilização da decisão, caso não interposto o recurso competente em face da decisão que concedeu a tutela antecipada pleiteada, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.²⁰⁹

Se infrutífera a audiência, o prazo para apresentar contestação será contado na forma do artigo 335 do Código de Processo Civil.

Concedida a tutela antecipada, aditada a petição inicial pelo autor, impugnada, pelo réu, a decisão concessiva da tutela antecipada (o que será

²⁰⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.644.

²⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.561.

²⁰⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.644. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.296. Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.561.

²⁰⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.297-298.

abordado no próximo capítulo) e apresentada a contestação, o feito prosseguirá pelo rito comum.

Entretanto, se o órgão jurisdicional entender que não há elementos para conceder a tutela antecipada, o magistrado determinará a emenda da petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito (artigo 303, §6º, do Código de Processo Civil de 2015).

O dispositivo acima tem gerado a seguinte discussão doutrinária: se essa emenda consistiria apenas no aditamento da inicial para aprofundar o pedido principal, ou se abriria a possibilidade de o autor emendar a petição inicial inclusive para nova apreciação do pedido de tutela antecipada.

Eduardo Arruda Alvim entende tratar-se de mero aditamento da petição inicial, tal como previsto no artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil de 2015.²¹⁰

Já Arruda Alvim conclui tratar-se de hipótese em que o magistrado permite a emenda da petição inicial para corrigir vícios que inviabilizam a apreciação do pedido de tutela antecipada:

possivelmente, ao aludir à ausência de “elementos para a concessão de tutela antecipada”, o legislador se tenha referido à falta da simples invocação dos pressupostos inerentes a tal medida, ou a algum vício de forma facilmente sanável, como a apresentação de determinado documento, referido na própria inicial.²¹¹

Sobre a questão, Cassio Scarpinella Bueno pondera que diante do caso concreto, o juiz deve esclarecer se a emenda da inicial deverá se destinar a uma nova análise do pedido de tutela antecipada antecedente (sujeita inclusive à estabilização) ou ao aditamento do pedido final:

Não vejo como recusar aprioristicamente a juridicidade das duas alternativas. Justamente por isso, compreendo que cabe ao magistrado, por força do precitado artigo 321, esclarecer em que consiste precisamente a emenda da inicial por ele pretendida, justificando o seu entendimento: trata-se de “reforçar” o pedido de tutela antecipada antecedente, visando, até mesmo, a sua estabilização, nos termos do artigo 304 ou, diferentemente,

²¹⁰ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.154-155. No mesmo sentido: Comentários aos artigos 294 a 311. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**: de acordo com as alterações de Lei 13.256/2016. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.832.

²¹¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.714. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.562.

trata-se de deixar de lado aquele pedido antecedente, em prol da tutela “final”, hipótese em que, isso é irrecusável, poderá o autor formular *incidentalmente* pedido de tutela antecipada.²¹²

Assim, diante da ausência de elementos para conceder a tutela antecipada requerida, o magistrado deverá expor de forma expressa e fundamentada os termos em que pretende ver emendada a petição inicial: se para uma nova apreciação do pedido de tutela antecipada antecedente, ou se para confirmar o pedido final, possibilitando à parte autora adotar as providências necessárias, a fim de evitar o indeferimento da inicial e a extinção do feito sem resolução do mérito.

3.3.3 Fungibilidade das tutelas de urgência

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já se apontava a existência de uma zona cinzenta entre certas providências cautelares e antecipadas, o que dificultava delimitar a natureza dessas medidas urgentes.

Assim, de forma a assegurar que o direito posto em juízo não fosse prejudicado ou negado em razão de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, no acesso da parte litigante à justiça, o Código de Processo Civil de 1973 fora alterado pela Lei n. 10.444/2002, que incluiu o §7º no artigo 273²¹³, permitindo a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipadas.²¹⁴

²¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.298.

²¹³ Artigo 273, §7º, do Código de Processo Civil de 1973 – “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”.

²¹⁴ Nesse sentido: “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – Medida de urgência para suspensão do contrato e não inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito – Admissibilidade – Presentes os requisitos ensejadores (CPC, 798 e 804) – Aplicação do princípio da fungibilidade das medidas de urgência (CPC, 273, §7º) – Agravo não provido” (TJSP. Agravo de instrumento n. 916.021-0/2. Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. j.06-12-2005); “Prestação de serviços. Ação declaratória de nulidade de débito. Decisão monocrática concedendo antecipação da tutela para determinar à ré a manutenção/restabelecimento do fornecimento de energia elétrica ao imóvel do autor/agravado. Alegação, pela concessionária agravante, da ocorrência de fraude. Impossibilidade de ocorrer o corte no fornecimento enquanto se discute, judicialmente, sobre a existência ou não da fraude alegada pela concessionária. Aplicação do disposto no §7º, do artigo 273 do CPC. Concessão a título de antecipação de tutela, de providência de natureza cautelar (determinar o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica). Recurso improvido, com observação” (TJSP. Agravo de instrumento n. 969837- 0/8. Rel. Des. Ruy Coppola. j. 10.11.2005); “AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDATO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Fungibilidade. Tutela cautelar de urgência (CPC/273, §7º). Cabimento. Bloqueio de valores provenientes de eventuais créditos e de honorários advocatícios sucumbenciais. Garantia de futura execução e não satisfação do direito afirmado. Requisitos legais para a sua concessão. Existência. Alegação de impenhorabilidade. Não reconhecimento. Bloqueio limitado a 30%. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Decisão mantida. Admissível a antecipação da tutela cautelar, que visa garantir a futura execução e não a satisfação do direito afirmado, presentes os requisitos necessários, é cabível a liminar. RECURSO IMPROVIDO” (TJSP. Agravo de instrumento n. 1225148-0/5. Rel. Des. Walter Zeni, j. 12-03-2009).

Pelo dispositivo, o Código de Processo Civil de 1973 permitia a concessão de medida cautelar quando requerida como tutela antecipada, mas nada mencionava sobre a hipótese inversa, conforme destaca Cassio Scarpinella Bueno:

a leitura do §7º do artigo 273 dá a entender que, o legislador, disse menos do que deveria ter dito, não obstante sua inspiração ter sido, claramente, o artigo 5º, XXXV, da CF, segundo o qual as *ameaças* devem ser postas a salvo pela atuação do Judiciário – devem ser imunizadas, não devem virar “lesões” – independentemente da forma pela qual isso vai ser feito ou, mais rigorosamente, independentemente da *técnica processual* a ser admitida para o atingimento daquela finalidade.²¹⁵

Esta restrição legislativa não obstou, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência também garantissem a concessão de tutela antecipada quando requerida como medida cautelar, desde que atendidos os requisitos específicos previstos para a concessão de cada medida.²¹⁶

Nesse diapasão prossegue Cassio Scarpinella Bueno:

[...] o que menos importa para a solução do problema é a presença ou a ausência de texto expresso na *lei* em um ou em outro sentido. A “fungibilidade” ou a “conversão” de um requerimento no outro é providência *impositiva* ao magistrado e que deriva não da lei, mas do sistema processual constitucional. [...]²¹⁷

Considerando as críticas doutrinárias à restrição feita pelo Código de 1973, imaginou-se que o legislador, ao aprovar o Código de Processo Civil de 2015, resolveria tal questão, possibilitando de forma expressa a fungibilidade de ‘mão dupla’.²¹⁸ Não foi o que ocorreu. O Código de Processo Civil de 2015, no parágrafo único do artigo 305 dispõe que se a medida cautelar antecedente pleiteada pela parte tiver natureza de tutela antecipada, o magistrado deverá observar o procedimento especialmente previsto para a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015 permaneceu omissivo quanto à possibilidade de concessão de medida cautelar quando requerida como tutela

²¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.143.

²¹⁶ Nesse sentido: “PETIÇÃO INICIAL – Indeferimento – Sustação de protesto – Ação cautelar convertida em ordinária com pedido de tutela antecipada – Possibilidade, em atenção aos princípios da fungibilidade, instrumentalidade de formas e da economia processual – Inteligência do artigo 273, §7º do CPC – Apelação provida – Sentença reformada” (TJSP. Apelação n.7.195.214-0. Rel. Des. Ademir Benedito. j.13-05-2009); “Medida cautelar de sustação de protesto. Indeferimento da inicial. Carência da ação. Falta de interesse processual. Tutela jurisdicional buscada satisfativa e não assecuratória. Inadequação da via eleita. Irrelevância da tutela pretendida. Inteligência do §7º do artigo 273 do CPC. Princípio da fungibilidade. Sentença anulada. Apelo provido, com observação” (TJSP. Apelação n.7311442-8. Rel. Des. Soares Levada. j.05-03-2009).

²¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.144.

²¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.145.

antecipada. A despeito desta postura, assim como já se aceitava na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não há como negar tal possibilidade com a entrada em vigor do novo diploma.²¹⁹

Conforme Cândido Rangel Dinamarco, a norma do artigo 283 do Código de Processo Civil de 2015 possibilita que se admita a conversão de mão dupla, inclusive no caso de a medida de urgência ter sido requerida em caráter incidental e não antecedente:

Não há razão para receber o pedido de tutela cautelar como pedido de antecipação e não receber o pedido de antecipação como pedido de medida cautelar, quando for o caso – ou seja, não se vê uma razão para permitir somente uma conversão de *mão única*. Nem há por que abrir portas somente para a conversão entre medidas postuladas *em caráter antecedente* e não fazer o mesmo entre as postuladas *incidentalmente* ao processo principal já pendente. Essa insuficiência do artigo 305 do Código de Processo Civil é, porém, suprida pela norma de superdireito contida em seu artigo 283, segundo a qual “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais”. Graças ao que ali está disposto, permitem-se todas aquelas conversões de pedidos formulados de forma inadequada.²²⁰

A possibilidade de conversão de uma medida em outra também foi favorecida no Código de Processo Civil de 2015 pela unificação dos requisitos para a concessão das tutelas cautelar e antecipada²²¹.

Conforme já discutido, o Código de Processo Civil de 1973 não elencava os mesmos requisitos para a concessão de tutela antecipada e de tutela cautelar, o que dificultava a fungibilidade, vez que o magistrado somente poderia converter uma tutela de urgência cautelar em tutela antecipada e vice-versa, se cumpridos os requisitos específicos para cada uma delas.

No Código de Processo Civil de 2015, basta ao juiz intimar as partes para atender às exigências específicas de cada procedimento²²², vez que, não obstante

²¹⁹ Nesse sentido: BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.630; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.569.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.874.

²²¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.696.

²²² Conforme esclarece Cassio Scarpinella Bueno: “[...] para bem cumprir as exigências específicas que o CPC de 2015 faz para cada um daqueles *procedimentos*, o magistrado determinará que o autor faça as correções e complementações que considerar devidas, sempre (e invariavelmente) indicando-as (artigo 321)”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.304). Ainda, nos termos do enunciado n.45 editado na I Jornada de Direito Processual Civil pelo Centro de Estudos da Justiça

tenham sido unificados os requisitos para a concessão de tutela de urgência, foram previstos procedimentos distintos para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada requeridas em caráter antecedente. É sobre este aspecto que adverte Arlete Inês Aurelli:

imagine-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a dessa forma. O réu é citado e intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então, percebe-se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial, principalmente quando se fala em estabilização.²²³

Assim, a fim de evitar patente prejuízo às partes, conforme observa Carlos Augusto de Assis, tratando-se de tutela antecipada antecedente requerida como tutela cautelar antecedente e reconhecida a fungibilidade pelo magistrado, “[...] para não gerar surpresas e atender o dever de cooperação, o juiz deverá consultar a parte se ela quer que a tutela provisória pleiteada se estabilize em ocorrendo a hipótese figurada no artigo 304”.²²⁴ Deverá, outrossim, ser o réu alertado no mandado de intimação e citação acerca da possibilidade de estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada (pleiteada inicialmente como tutela cautelar), sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Há que se destacar que presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência, e visando evitar o perecimento do direito em juízo, a medida deve ser apreciada e deferida de pronto pelo magistrado, ainda que adaptações procedimentais devam ser realizadas pela parte requerente, o que deverá ser determinado logo após pelo juiz.²²⁵

Isto porque, tal como avalia Arruda Alvim,

[...] o juiz é dotado de poderes amplos para, em situações de urgência, evitar que a dificuldade de categorizar a medida prejudique o autor, tolhendo-o de seu direito fundamental à efetividade do processo.[...] O que importa é que o requerente, individuando de forma precisa a lide, – o pedido e as causas de pedir – tenha condição de apontar qual o provimento

Federal: “aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

²²³ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.57.

²²⁴ ASSIS, Carlos Augusto de Assis; LOPES, João Batista. **Tutela provisória: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.124.

²²⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.914.

urgente, dando lastro jurídico às suas alegações. Sendo verificada a urgência e a probabilidade do direito, a medida deve ser deferida.²²⁶

Não há como negar a possibilidade de fungibilidade de mão dupla no Código de Processo Civil de 2015, o que já era aceito sob a vigência do Código revogado, sob pena de serem inviabilizados o acesso à justiça e a efetividade do processo.

²²⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.696.

4 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

4.1 Considerações iniciais

Em face de novas exigências sociais e da rapidez com que se difunde o ritmo das atividades humanas e da própria informação, passou-se a reconhecer que, muitas vezes, o procedimento ordinário não é o mais apto a possibilitar uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Diante deste cenário, foi necessário adotar no sistema processual medidas e técnicas capazes de garantir a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Como uma dessas técnicas, aponta-se, justamente, a estabilização da tutela antecipada, inédita até então no direito brasileiro, mas já bastante utilizada em outros países.

A ideia de se instituir a técnica da estabilização da tutela antecipada no sistema processual brasileiro fora inicialmente contemplada em Anteprojeto de Lei (visando alterar o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973), elaborado por uma comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, e apresentado ao Ministério da Justiça em 31/01/2007.²²⁷

De acordo com a exposição de motivos do Anteprojeto de Lei:

A proposta de estabilização da tutela antecipada procura, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. Não importa se se trata de antecipação total ou parcial. O que se pretende, por razões eminentemente pragmáticas – mas não destituídas de embasamento teórico – é deixar que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda e sua definição nos termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes, cognição plena e exauriente do juiz e a correspondente sentença de mérito. [...]²²⁸

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010., p.19-24.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010., p.21.

Conforme aponta Carlos Augusto de Assis, “embora o Projeto não tenha sido convertido em lei, teve decisiva influência no Projeto que gerou o novo Código de Processo Civil [...]”.²²⁹

Nota-se que a intenção de incorporação da técnica da estabilização no sistema processual civil brasileiro, influenciada pelo direito estrangeiro, já vinha sendo cogitada por processualistas e pelo Legislativo ao longo dos anos, o que se concretizou com a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Já no Projeto n. 166/2010 que tramitou perante o Senado Federal e que deu origem à Lei n. 13.105/2015 fora expressamente prevista a possibilidade de estabilização. Nele o réu poderia evitar a estabilização mediante a apresentação de qualquer forma de impugnação; também não havia menção à formação de coisa julgada decorrente da estabilização, cujos efeitos perdurariam por prazo indeterminado até que fosse proferida decisão de mérito. A estabilização, ainda de acordo com o Projeto n. 166/2010, se aplicava às tutelas cautelares e antecipadas.²³⁰

Tal projeto fora, então, remetido à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei n. 8.046/2010) e sofrera diversas alterações: a tutela antecipada passou a ser denominada tutela antecipada satisfativa, a qual, requerida em caráter antecedente, estava sujeita à estabilização caso não interposto recurso em face da decisão que a concedeu (fora, portanto, substituída a possibilidade de apresentação de qualquer forma de impugnação pela expressa necessidade de interposição de recurso para impedir a estabilização). Fora também prevista a possibilidade de se ajuizar ação, no prazo de dois anos, para rever, modificar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa. Não havia, nas alterações propostas pela Câmara, menção à possibilidade de estabilização da tutela cautelar e das medidas concedidas em caráter incidental. Também não havia menção expressa acerca da formação ou não de coisa julgada em decorrência do procedimento da estabilização.²³¹

Após as alterações realizadas na Câmara, o projeto retornou ao Senado Federal, passando por novas modificações. Ao final, foi aprovado e, posteriormente,

²²⁹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.25.

²³⁰ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.717.

²³¹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.32-33.

sancionado pelo Presidente da República, dando origem ao Código de Processo Civil de 2015.

Das alterações realizadas no projeto após o retorno ao Senado Federal, importante destacar a modificação da nomenclatura de Tutela Antecipada para Tutela Provisória e a expressa menção quanto à inexistência de coisa julgada material no procedimento da estabilização.

Dessa forma, embora já existisse relevante corrente doutrinária pela inserção da técnica da estabilização no direito brasileiro, apenas com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 passou-se a admitir no sistema processual o procedimento da estabilização, pelo qual se permite

[...] uma redução abrupta do curso do processo, dispensando-se uma análise mais aprofundada do mérito, que seria proferida em cognição exauriente, sob a presunção de que as partes, inertes diante da decisão liminar, estão satisfeitas com a tutela concedida.²³²

Conforme esclarece Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

A ideia central da estabilização é que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente, produza e mantenha seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes se conformarem com tal decisão. Noutras palavras, se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o novo Código não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material.²³³

Para Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira “a estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu”.²³⁴

²³² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.639.

²³³ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.) 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.224.

²³⁴ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.617. No mesmo sentido entende Leonardo Carneiro da Cunha: “[...] a estabilização da tutela provisória de urgência (CPC, art. 304) e a ação monitória (CPC, arts. 700 a 702) formam um regime jurídico único ou um microssistema. Na estabilização, o juiz concede uma tutela provisória satisfativa de urgência antecedente. Não havendo recurso do réu, a decisão estabiliza-se, com extinção do processo. Na ação monitória, o juiz, à vista da prova escrita apresentada pelo autor, expede mandado de pagamento ou de cumprimento da obrigação. Não sendo opostos os embargos pelo réu, aquela ordem de pagamento ou cumprimento da obrigação estabiliza-se.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.489).

Assim, a estabilização consiste em técnica de abreviação do procedimento que permite às partes a opção por uma solução mais célere, ainda que sem a prolação de decisão precedida de cognição plena.

Conforme apontado por Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, a técnica da estabilização não acarreta violação ao modelo constitucional do processo, vez que prioriza a efetividade e a celeridade do acesso à justiça, à segurança jurídica, facultando às partes a opção por um procedimento abreviado, mas sem afastar a possibilidade de utilização do procedimento ordinário com acesso à ampla defesa e sujeito à decisão precedida de cognição exauriente:

Trata-se de uma nova via procedimental onde se privilegia a rapidez em detrimento da segurança jurídica, razão pela qual o *iter* do procedimento acaba por ser abreviado e por dispensar formalidades que são essenciais num procedimento pleno e de trâmite dilatado, onde uma eventual desconformidade com o Modelo Constitucional do Direito Processual Civil acabaria por dar ensejo à inconstitucionalidade do rito, em especial pelo desrespeito aos Princípios Constitucionais do Contraditório, da Inafastabilidade do Direito de Ação e da Ampla Defesa. Realmente, a imposição desse novo rito às partes sem qualquer tipo de ressalva tornaria o procedimento inconstitucional, o que somente não acontece porque as próprias partes aderem ao novo sistema e porque a lei também lhes faculta a oportunidade da utilização de uma via ampla e sem limitações impostas para a obtenção dessa tutela superantecipada.²³⁵

Assim, a estabilização da tutela antecipada, inédita até então no sistema processual brasileiro, busca minimizar o tempo do processo, priorizando a celeridade e a efetividade em face da segurança jurídica, dispensando a análise aprofundada do mérito e deixando que as partes decidam sobre a conveniência ou não de se obter uma decisão de mérito, precedida de cognição exauriente.²³⁶

4.2 A técnica da estabilização no direito francês, italiano e português

Não obstante a estabilização só tenha sido inserida no sistema processual brasileiro com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, esta técnica já vinha sendo amplamente utilizada no direito estrangeiro.

²³⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.344.

²³⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: parte geral**. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.639.

Quando da elaboração do Anteprojeto de Lei visando alterar o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ada Pellegrini Grinover destacou:

[...] outros ordenamentos conferem à antecipação característica da definitividade.²³⁷

[...] no *référé* francês e na tutela antecipatória italiana, o provimento antecipatório pode ser o resultado de um processo autônomo, independente do processo principal (de conhecimento), tendo esse processo autônomo um fim em si mesmo e submetendo-se a um regime próprio. Não se atribui à parte o ônus de ajuizar a demanda principal, que permanece como mera eventualidade. E a medida antecipatória é dotada de estabilidade, ainda que de caráter precário, pois pode ser modificada ou revogada no processo autônomo (artigo 669 – *decies* do CPC italiano) ou cassada pela sentença de mérito da demanda de mérito eventualmente ajuizada. Mas se não houver modificação ou revogação da medida antecipatória no processo autônomo, ou se não ocorrer o ajuizamento da demanda de mérito, o provimento antecipatório estabiliza-se.²³⁸

Assim, não resta dúvida de que os modelos francês e italiano muito influenciaram o legislador brasileiro, servindo de inspiração para a inserção da técnica da estabilização no Código de Processo Civil de 2015.²³⁹

No sistema processual francês há um procedimento chamado *référé*, que permite que a medida antecipatória se estabilize, originando um provimento de natureza executiva.

Gustavo Bohrer Paim destaca que o *référé* francês nasceu no século XVII, em Paris, mas foi institucionalizado com o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1806, estendendo-se por toda a França²⁴⁰:

[...] sob o império do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), generalizou-se o acesso a um *juge des référés*, em resposta à urgência, fundamento da competência do juízo presidencial. Inicialmente admitidas exclusivamente perante o Tribunal Civil, precursor do Tribunal de *Grande Instance*, as tutelas provisórias passaram a ser progressivamente instituídas perante as diferentes jurisdições.²⁴¹

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19.

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19-20.

²³⁹ ASSIS, Carlos Augusto de Assis; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.158.

²⁴⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁴¹ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

Conforme explica José Carlos Barbosa Moreira, a *ordonnance de référé* é definida pelo artigo 484 do Código francês como:

[...] uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz que não é o da causa principal o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.²⁴²

Dessa forma, como se pode observar, no *référé* há a prolação de decisão provisória (baseada, portanto, na aparência ou na verossimilhança do direito), por juiz distinto daquele que teria competência para apreciar a demanda principal.²⁴³

Conforme explica Gustavo Bohrer Paim, o artigo 808 do Código de Processo Civil francês dispõe sobre o *référé* geral, pelo qual

em todos os casos de urgência, o presidente do tribunal de grande *instance* poderá ordenar, em *référé*, todas as medidas que não enfrentem uma contestação séria ou que justifiquem a existência de um *différend*. A urgência aparece como condição comum para as tutelas provisórias previstas nesse artigo.²⁴⁴

Também está expressamente prevista pelo Código de Processo Civil francês (artigo 809), uma outra modalidade de *référé*, chamada *référé* especial, pelo qual, mesmo diante da apresentação de contestação séria pelo réu, poderá o juiz determinar a adoção de medidas conservatórias ou de reabilitação, a fim de prevenir um dano iminente ou para fazer cessar situação manifestamente ilícita.²⁴⁵

Assim, conforme destaca Gustavo Bohrer Paim, “a resposta à urgência é a função clássica, a função histórica e primeira da jurisdição do *référé*”.²⁴⁶

Sobre o procedimento do *référé*, esclarece o autor:

[...] é extremamente rápido e simplificado, desprovido de qualquer formalismo supérfluo, encontrando limite no essencial respeito ao princípio do contraditório e na possibilidade de o juiz do *référé*, diante de uma controvérsia complexa, enviá-la para uma formação colegial da jurisdição competente. Não é mais necessária a constituição de advogado. Cita-se o

²⁴² No original: “L’ordonnance de référé est une décision provisoire redue à la demande d’une partie, l’autre présente ou appellé, dans l’ecas où la loi confere à um juge quei n’est pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.96).

²⁴³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.486.

²⁴⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁴⁵ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p.158; PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁴⁶ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

demandado para comparecer a uma audiência, com data e hora precisas, devendo-se assegurar que, entre a citação e a audiência, haja tempo suficiente para que o réu prepare sua defesa. É possível que a citação seja para comparecer a qualquer momento, inclusive na hora seguinte, seja dia útil ou feriado, dia ou noite, na sala de audiência, no gabinete do magistrado ou, até mesmo, em sua residência. O procedimento será concluído com uma decisão provisória, que não tem autoridade de coisa julgada.²⁴⁷

Daniel Mitidiero observa sobre o *référé*: “[...] consubstancia-se em uma “*décision provisoire*” (artigo 484) que investe o juiz no “*pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires*” (artigo 484), sendo “*exécutoire à titre provisoire*” (artigo 489)”.²⁴⁸

Assim, na ordem de *référé* há a formação de um título executivo que pode ser executado desde logo. Nesse caso, o juiz poderá exigir a constituição de uma garantia para prosseguir a execução provisória.²⁴⁹

Conforme ainda destaca Daniel Mitidiero, no *référé* há: “[...] uma decisão que “*n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée*” (art. 488), podendo ser alterada em caso de “*circonstances nouvelles*” (art. 488)”²⁵⁰. Nesse contexto Giovanni Bonato explica que a decisão proferida no *référé* somente poderá ser modificada ou revogada no próprio procedimento do *référé* se alteradas as circunstâncias iniciais²⁵¹. Entretanto, observa Gustavo Bohrer Paim:

há sempre a possibilidade de instaurar um processo de cognição plena, com todas suas garantias, não havendo qualquer eficácia preclusiva na ordem do *référé*, o que representa um contrapeso e a garantia essencial para o direito de defesa da parte.²⁵²

O processo de cognição plena poderá ser instaurado por qualquer das partes, mas não é obrigatório, conforme explica Carlos Augusto de Assis:

²⁴⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.87. Tradução livre: “[...] consubstancia-se em uma decisão provisória (artigo 484) que investe o juiz no poder de determinar imediatamente as medidas necessárias (artigo 484), sendo executado à título provisório”.

²⁴⁹ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.87. Tradução livre: “é uma decisão que não adquire qualidade de coisa julgada (artigo 488), podendo ser alterada em caso de novas circunstâncias (artigo 488)”.

²⁵¹ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, n.273, nov. 2017, São Paulo: RT, 2017, p.191-253. No mesmo sentido: VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 21.ed. Paris: Dalloz, 1987, p.187-188.

²⁵² PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

O *référé* pode gerar provimento de caráter satisfativo, sem força de coisa julgada, mas que permanece eficaz enquanto não for desfeito em virtude de processo de cognição exauriente, proposto por qualquer das partes. A propositura de ação de cognição exauriente, porém, não é obrigatória, ficando a critério das partes.²⁵³

Destarte, conforme pondera Gustavo Bohrer Paim, “como nada obriga que o beneficiário do *référé* instaure um processo de mérito, é possível que a decisão definitiva não intervenha jamais e que o provisório se torne, de fato, definitivo”.²⁵⁴

Sobre os aspectos temporais da eficácia do provimento de *référé*, complementa Giovanni Bonato:

Quanto aos aspectos temporais da eficácia do provimento de *référé*, o Código francês não contém nenhuma disposição a esse respeito. No silêncio da lei, a interpretação dominante na jurisprudência e na doutrina sempre foi aquela de indicar uma vida autônoma do provimento de *référé* em relação ao juízo principal de mérito: é, portanto, uma decisão dotada de efeitos ultrativos e temporalmente ilimitados, que – adotando-se a terminologia italiana – podemos definir como eficácia indefinidamente protraída. Em razão da reconhecida autonomia e independência do provimento de *référé* do sucessivo juízo de mérito de cognição plena e exauriente, o modelo em questão vem sendo denominado como sistema “provisório independente”.²⁵⁵

Existe, ainda, no sistema processual francês o *référé provision*, previsto na alínea 2ª, do artigo 809 do Código de Processo Civil francês, e concedido, mediante um procedimento sumário, sempre que uma das partes requerer a constatação de uma obrigação (de pagar quantia em dinheiro e de fazer) “não seriamente contestada”. Nesse caso, não é necessário existir uma situação urgente, basta que a alegação do autor não tenha sido seriamente contestada pelo réu.²⁵⁶

Justamente por não se exigir a análise da urgência no *référé provision*, que tal espécie de *référé* se afasta do modelo clássico e inicialmente proposto no sistema processual francês. Entretanto, no *référé provision*, a decisão proferida

²⁵³ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.27.

²⁵⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁵⁵ BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, n.273, nov. 2017, São Paulo: RT, 2017, p.191-253.

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3.ed. São Paulo: RT, 2017; p.87; PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

também constituirá título executivo que poderá ser integralmente executado, não havendo que se aguardar eventual decisão proferida em processo de mérito.²⁵⁷

Gustavo Bohrer Paim ressalta, ainda, a importância do *référé provision* vez que tal modalidade repercute diretamente na economia processual e na prevenção contra o abuso do direito de defesa:

o credor que obteve a integralidade de seu crédito não terá qualquer motivo para levar a causa ao juízo de mérito, enquanto que o devedor sucumbente somente se dirigirá ao juízo de mérito caso esteja seguro de não dever aquilo a que foi condenado.²⁵⁸

É possível notar grande similaridade entre o *référé provision* com uma das hipóteses de tutela de evidência prevista pelo Código de Processo Civil de 2015 (artigo 311, IV) na qual se possibilita a concessão de uma tutela provisória quando 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.

Entretanto, diversamente do ocorrido no direito processual francês, no Código de Processo Civil de 2015 não há previsão quanto à possibilidade de estabilização da decisão concessiva de uma tutela provisória de evidência.

No sistema processual italiano, o qual fora fortemente influenciado pelo sistema francês, também se observa a técnica da estabilização.

Carlos Augusto de Assis explica que o modelo italiano está basicamente disposto nos artigos 186-*ter* e 186-*quarter* e no mais recente artigo 669-*octies*.²⁵⁹

O artigo 186-*ter* prevê uma ordem de injunção que, conforme esclarece José Roberto dos Santos Bedaque, embora seja tutela provisória, mantém sua eficácia com a extinção do processo, podendo, a depender das circunstâncias do processo, formar coisa julgada.²⁶⁰

Já no artigo 186-*quarter*, segundo discorre Carlos Augusto de Assis:

[...] não se fala em coisa julgada. Trata-se da possibilidade de, a requerimento da parte, e, depois de encerrada a instrução, ser expedida

²⁵⁷ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁵⁸ PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012, p.99-118.

²⁵⁹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.27-28.

²⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização)**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.52.

uma ordem de pagamento de quantias, liberação ou entrega de bens, a respeito dos quais já entenda ter havido a devida prova.²⁶¹

Dispõe o §6º, do artigo 669-*octies* do *Codice di Procedure Civile* italiano, por sua vez, que os provimentos antecipatórios concedidos em procedimento preparatório não perdem sua eficácia se não fora proposta a ação principal por qualquer das partes²⁶², assemelhando-se ao *référé* francês.

Sobre o dispositivo em questão, acrescenta Ada Pellegrini Grinover:

[...] no sistema italiano, primeiro pela disciplina dada à matéria no processo societário (artigo 23 do decreto legislativo n. 5, de 17 de janeiro de 2003, em atuação da lei de delegação n.366, de 3 de outubro de 2001) e, depois, com a reforma de 2005, introduzida pela Lei n. 80, pelo artigo 669-*octies*, inciso 6º, do *Codice di Procedure Civile*, aplicável somente às medidas antecipatórias, desfazendo a dúvida criada pelo artigo 23 da lei societária. Com o artigo 699-*octies*, inciso 6º, do CPC, como regra geral do ordenamento, o provimento antecipatório (e não o cautelar, definido no artigo 700 do CPC) conserva sua eficácia independentemente do ajuizamento da demanda de mérito, pelo que a doutrina fala em *instrumentalidade atenuada*.²⁶³

Ainda acerca do artigo 669-*octies* do Código Processual italiano, Érico Andrade explica tratar-se de hipótese em que há a possibilidade de resolução do conflito de direito material utilizando-se técnica sumária (sem processo de cognição plena), independentemente da existência de situação de urgência:

Nessa linha, o desenvolvimento da tutela sumária também se desvincula não só do processo de cognição plena, mas também do contexto de urgência, ou seja, de ser passível de utilização só em hipóteses de urgência: parte-se para a possibilidade da técnica sumária para resolver, por si só, o conflito ou crise de direito material de forma autônoma, desvinculada do processo de cognição plena, e por isso mais célere, prestando uma tutela diferente daquela dada pelo processo de cognição plena, independentemente da questão da urgência ou do perigo. [...] Nesse contexto, pois, é que aparecem as duas técnicas, chamadas na Itália, de tutela sumária “cautelar” (deferida em contexto de urgência) e tutela sumária “não cautelar” (deferida fora do contexto de urgência), e que podem ser utilizadas seja em procedimento próprio, autônomo, seja incidentemente dentro do processo de cognição plena, mas, de um jeito ou de outro, hábeis, por si só, a encerrar o conflito, sem se seguir, necessariamente, o processo de cognição plena ou o desfecho deste até o final. [...]²⁶⁴

²⁶¹ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.28.

²⁶² ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.470-471.

²⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19-20.

²⁶⁴ ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. **Revista de Processo**, v.179, p.175-216, jan. 2010. São Paulo: RT, 2010.

Ademais, assinala o autor:

[...] a essa decisão antecipatória sumária não se ligam os efeitos da imutabilidade ou perenidade decorrente da autoridade da coisa julgada, mas certa estabilidade de efeitos, independentemente, repita-se, da instauração do processo de cognição plena ou de mérito.²⁶⁵

Conforme constata José Carlos Barbosa Moreira, nos sistemas francês e italiano:

[...] a concessão da tutela de urgência vai tendendo a assegurar ao interessado, de direito ou ao menos de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado. Isto é: a solução em princípio simplesmente provisória do litígio adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final²⁶⁶.

Passaremos agora a analisar os principais aspectos do instituto português chamado de *inversão do contencioso*. Este regime está previsto no sistema processual português, no artigo 369, n. 1, da Lei n. 41/2013:

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.

De acordo com Eduardo Arruda Alvim, a *inversão do contencioso* prevista no sistema processual português “[...] permite, em linhas gerais, eximir o requerente da providência cautelar de propor a ação que visa discutir o mérito, propriamente dito, caso sejam observados alguns requisitos”.²⁶⁷

Conforme sintetiza Miguel Teixeira de Souza, são dois os requisitos para se decretar a *inversão do contencioso*:

O juiz tem de formar a convicção segura da existência do direito acautelado, o que implica que a prova sumária (ou seja, a prova que se basta com a probabilidade séria da existência do direito acautelado) que é suficiente para decretar a providência cautelar (cf. artigo 365.º, n.1, 388.º, n.2, 392.º, n.2, e 405.º, n.1) é insuficiente para decretar a inversão do contencioso; esta inversão pressupõe uma prova *stricto sensu* do direito acautelado; portanto, o que conta é que o juiz forme a convicção segura da existência do direito que a providência se destina a acautelar, não a convicção segura da procedência da providência; a providência decretada tem de ser, pela sua própria natureza, adequada a realizar a composição definitiva do litígio; esta condição é justificada pelo facto de, tendo sido decretada a inversão do contencioso e não tendo o requerido proposto a ação de impugnação, a

²⁶⁵ ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. **Revista de Processo**, v.179, p.175-216, jan. 2010. São Paulo: RT, 2010.

²⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.99.

²⁶⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.481.

tutela cautelar se convolar *ex lege* em tutela definitiva; logo, tem de se exigir que a providência decretada se possa substituir à tutela definitiva que o requerente da providência poderia solicitar na ação principal se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso.²⁶⁸

Assinala, ainda, Danilo Barth Pires que “a inércia do réu é o ponto central da estabilização da tutela provisória no direito processual português”.²⁶⁹ Isto porque, após a notificação, o réu terá 30 dias para promover a ação para discutir o mérito, sob pena de que a providência cautelar previamente deferida se consolide como composição definitiva do litígio.²⁷⁰

Diversamente do ocorrido no *référé* francês e na *instrumentalidade atenuada* italiana, o sistema processual português permite na *inversão do contencioso* uma composição definitiva do litígio decorrente de uma tutela sumária. Nesse sentido expõe Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Com esta nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio a quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza.²⁷¹

Assim, traçados os principais aspectos do *référé* francês, da *instrumentalidade atenuada* italiana, e do instituto português da *inversão do contencioso*, não obstante fique bastante claro que cada sistema possui suas particularidades, é inegável que o legislador brasileiro inspirou-se no direito estrangeiro para inserir a técnica da estabilização no Código de Processo Civil de 2015.

4.3 Aplicação do instituto da estabilização apenas para a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente

Conforme dispõe o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, “a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

²⁶⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. **As providências cautelares e a inversão do contencioso**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

²⁶⁹ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.54.

²⁷⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.483.

²⁷¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.181.

O diploma preocupou-se em delimitar a espécie de tutela provisória passível de estabilização. Com tal finalidade, mencionou expressamente, o legislador, que estará sujeita à técnica da estabilização apenas a tutela provisória de urgência, de natureza satisfativa, e desde que concedida com a observância do procedimento especificamente delineado para as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente.

Assim, pela interpretação literal do Código de Processo Civil de 2015 não estão sujeitas à estabilização as demais espécies de tutela provisória, dentre elas, a tutela de evidência, a tutela de urgência cautelar (seja ela requerida em caráter antecedente ou incidental) e a tutela antecipada requerida incidentalmente.

Conforme anunciam Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo, não há razão para se cogitar que a tutela de urgência cautelar poderia estar sujeita à estabilização, isto porque se trata de medida de natureza conservativa e temporária, cuja finalidade é justamente garantir a eficácia do provimento final:

[...] a técnica conservativa empregada pela tutela cautelar presume a adoção de uma providência protetiva temporária, que deve ser eficaz até que a parte possa ser satisfeita pelo pedido principal. Utilizando-se desse raciocínio, fica difícil imaginar a estabilização de efeitos cautelares. [...] Exemplifica-se com o arresto. Como se justifica que tal medida subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor? [...] Assim, a técnica da estabilização volta-se à tutela antecipada e não à tutela cautelar.²⁷²

Logo, está excluída a possibilidade de estabilização da tutela cautelar, seja quando requerida de forma incidental, seja quando pleiteada em caráter antecedente.²⁷³

Quanto à impossibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter incidental, alerta Eduardo Arruda Alvim:

²⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.563.

²⁷³ Nesse sentido: "Ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária. Concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de ISS, na qual consignada a necessidade de interposição de recurso pela municipalidade para evitar a estabilidade de que trata o artigo 304, *caput*, do CPC/2015. Pretensão à reforma especificamente quanto à estabilização da tutela. Acolhimento. Decisão que concedeu tutela de urgência de natureza cautelar (suspensão da exigibilidade artigo 151 do CTN), caso em que não há que se falar em estabilização da tutela. Decisão reformada em sua parte final. Recurso provido." (TJSP. Agravo de instrumento n. 2086995-26.2016.8.26.0000. Rel. Des. Ricardo Chimenti, j.22-09-2016).

[...] a essência do instituto da estabilização não se ajusta à tutela provisória estabelecida em caráter incidental, já que a técnica é adotada, e isso se afere a partir dos grandes modelos estrangeiros vistos no item anterior, para evitar a litigiosidade com a satisfação fática das partes com a tutela sumariamente obtida de forma prévia e simplificada. Isso não parece ter sentido se a discussão do mérito, propriamente dito, já estiver instalada.²⁷⁴

No que tange à tutela provisória de evidência, parece-nos que o legislador brasileiro, diversamente do sistema processual francês, optou por restringir o instituto da estabilização apenas à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, excluindo, portanto, a possibilidade de estabilização da tutela de evidência. Assim verificam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “É preciso que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente. Somente ela tem aptidão para estabilizar-se nos termos do artigo 304 do CPC”.²⁷⁵

Considerando-se que a regra no sistema processual brasileiro é a de que as partes tenham amplamente assegurados o contraditório e o devido processo legal, com ampla instrução probatória e prolação de decisão de mérito, decorrente, portanto, de cognição exauriente, não há como aceitar qualquer interpretação ampliativa da norma para abarcar na técnica da estabilização também a tutela de evidência, a tutela de urgência cautelar e a tutela antecipada requerida em caráter incidental.

Diante do exposto, e com respeito aos posicionamentos em sentido diverso, entendemos que a única espécie de tutela provisória passível de estabilização no sistema processual brasileiro é a tutela antecipada requerida em

²⁷⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.208. Parte da doutrina admite a estabilização também para a tutela antecipada requerida em caráter incidental. Assim entendem Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo: “A melhor interpretação, segundo pensamos, é aquela que confere a maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso da tutela antecipada deferida incidentalmente. Obviamente, a hipótese aqui levantada está circunscrita às situações de antecipação de tutela em caráter liminar, ainda que requerida incidentalmente. Não há qualquer sentido em se cogitar da estabilização quando o processo prosseguiu e já houve contestação, instrução probatória etc.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.564).

²⁷⁵ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.618. No mesmo sentido: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.719-720. Em sentido contrário, pela possibilidade de estabilização da tutela de evidência: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.564. Para Cassio Scarpinella Bueno há possibilidade de estabilização da tutela de evidência quando o pedido do autor esteja fundamentado nos incisos II ou III do artigo 311, do CPC. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.312).

caráter antecedente, cujo procedimento específico fora disciplinado no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015.

4.4 Requisitos e limites para a estabilização

Para que a tutela antecipada antecedente se estabilize é necessário o preenchimento de alguns requisitos, conforme elenca Arruda Alvim:

[...] a) indicação expressa do autor que pretende beneficiar-se do artigo 303 do CPC/2015; b) o deferimento de tutela antecipada em caráter antecedente; c) deferimento da tutela antecipada sem a oitiva da outra parte; d) a inércia do réu em impugnar, via recurso, a decisão concessiva da medida de urgência.²⁷⁶

Desse modo, para que a estabilização se concretize, o autor deverá indicar na petição inicial simplificada a opção pelo procedimento especialmente previsto para as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, concordando com a possibilidade de estabilização da tutela antecipada pleiteada. Observar este requisito visa justamente evitar que o réu seja surpreendido com uma decisão estabilizada sem a possibilidade de se opor e de evitar a ocorrência da estabilização.²⁷⁷

Esse é o raciocínio de Eduardo Arruda Alvim:

[...] além da adoção do procedimento antecedente pelo autor, parece-nos correto afirmar que é necessária a expressa manifestação quanto à aplicação do artigo 304 do CPC/2015. É necessário que ele expressamente afirme que se subordina à estabilização, o que significa dizer que ele se contenta, ao menos de imediato, com a “mera” resolução prática do problema, dispensando, a princípio, a resolução do litígio. [...] Diga-se, ademais, que a opção do autor do pedido de tutela antecipada já na petição

²⁷⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.720. No mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.403-408. Já Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira apontam os seguintes pressupostos para a estabilização: “(i) o requerimento do autor, no bojo da petição, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (artigo 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização; (ii) a ausência de requerimento, também no bojo da petição inicial, no sentido de dar prosseguimento ao processo após eventual decisão concessiva de tutela antecipada; (iii) a prolação de decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente; (iv) e a ausência de impugnação do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.” (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.623).

²⁷⁷ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni: “não há necessidade que o autor, ao lado de requerer a tutela antecipada, solicite a estabilização da tutela para o caso de ausência de reação do demandado. A estabilização da tutela é um efeito automático da falta de reação do réu”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. v.279, p.225-243, maio, São Paulo: RT, 2018).

inicial (artigo 303, §5º), com sujeição à estabilização, caso não seja interposto recurso, não se destina unicamente a permitir que o magistrado possa, ao receber a petição inicial, analisar o pedido de tutela antecipada independentemente de qualquer providência (emenda da petição inicial, por exemplo), mas também para prestigiar o princípio da bilateralidade da audiência, pois dessa forma o réu poderá, desde logo, saber se o autor se satisfaz ou não com a estabilização, sobretudo para avaliar se interpõe ou não o respectivo recurso.²⁷⁸

Além deste requisito, há outro pressuposto essencial para a estabilização, este último, exclusivamente, a cargo do réu. Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, para que a tutela antecipada antecedente se estabilize, o réu deve manter-se inerte quanto à interposição de recurso em face da decisão que concedeu a medida antecipatória.

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira,

[...] a opção pelo procedimento especial exige conduta comissiva do autor e conduta omissiva do réu, ou seja, exige o preenchimento de dois requisitos que são a opção expressa do autor e a não impugnação da decisão concessiva da tutela por parte do réu.²⁷⁹

Quanto à necessidade de o autor indicar expressamente que optou pelo procedimento próprio previsto para o requerimento, em caráter antecedente, da tutela antecipada, não há dúvida na doutrina. Divergências existem, entretanto, quanto ao segundo pressuposto, qual seja, a ausência de interposição de recurso pelo réu.

Isto porque, parte da doutrina entende que a norma deva ser interpretada de forma ampliativa, a fim de possibilitar que qualquer forma de impugnação ou defesa apresentada pelo réu (independentemente de se tratar de providência recursal) seja apta a evitar a estabilização.

Esse é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo:

Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso.²⁸⁰

²⁷⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.215.

²⁷⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.646.

²⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.565. No mesmo sentido: BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie;

Para os autores, a interpretação literal do dispositivo poderia acarretar um aumento no número de recursos interpostos nessa situação, vez que a parte requerida dependeria obrigatoriamente da interposição do recurso competente para garantir o prosseguimento da demanda e o julgamento do mérito.²⁸¹

Outros doutrinadores, no entanto, com os quais concordamos, defendem que apenas a interposição de recurso em face da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente teria o condão de afastar a estabilização, adotando-se, portanto, uma interpretação literal da norma.²⁸²

Quando o Código de Processo Civil de 2015 utiliza a expressão “recurso”, trata, na maioria dos casos, do agravo de instrumento, recurso hábil à impugnação de decisões interlocutórias proferidas no primeiro grau de jurisdição. No entanto, nada impede seja considerada a interposição de agravo interno, em face de decisão monocrática proferida pelo relator em ações de competência originária dos tribunais, ou até mesmo dos recursos especial ou extraordinário quando se tratar de acórdão.²⁸³

Para Cassio Scarpinella Bueno, nada obsta, outrossim, que a oposição, pelo réu, de embargos de declaração (considerado recurso pelo Código de Processo Civil de 2015) evite a estabilização da tutela antecipada antecedente, desde que seja demonstrado no recurso o inconformismo com relação à tutela antecipada concedida:

[...] a decisão concessiva da tutela antecipada também é sujeita a embargos de declaração, que, na sistemática do CPC de 2015, é *recurso* (artigo 994, IV). A apresentação de embargos de declaração será capaz de evitar a estabilização nos termos do *caput* do artigo 304? A melhor resposta, na minha opinião, é a positiva, desde que – e a ressalva, diante do que escrevo abaixo, é fundamental – os embargos queiram infirmar a concessão da tutela, isto é, manifestem de alguma forma o inconformismo do réu com

OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.621-624; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.299-300.

²⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.565. Em recente acórdão, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de que “[...] a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.” (STJ. REsp 1.760.966-SP. Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, j.04-12-2018).

²⁸² ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.162; OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.645-647.

²⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.299.

relação àquela decisão, e não apenas o intuito de seu esclarecimento, complementação ou integração para fins de adequado cumprimento.²⁸⁴

Conforme pondera Eduardo Arruda Alvim, “[...] basta a interposição do recurso de forma tempestiva pelo requerido da tutela provisória para que seja obstada a estabilização. O artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 fala da mera interposição do recurso, pelo que deve ser interpretado restritivamente”.²⁸⁵

No que tange à análise da possibilidade do pedido de suspensão de tutela provisória (previsto no artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992²⁸⁶ e de natureza jurídica controversa na doutrina) obstar a estabilização da tutela antecipada concedida contra a Fazenda Pública será tema abordado posteriormente neste trabalho.

Dessa forma, considerando que o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 condicionou a estabilização à ausência de interposição de recurso pelo réu, entendemos, respeitando posicionamentos contrários, que, por expressa opção legislativa, somente a interposição do recurso competente (seja ele, a depender da situação concreta, agravo de instrumento, agravo interno, recursos especial e extraordinário e embargos de declaração – desde que seja manifestado o inconformismo do réu com a tutela antecipada concedida), poderá evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Importante esclarecer se a estabilização dependeria apenas do requerimento expresso do autor quanto à utilização do procedimento previsto no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015 e da ausência de recurso do réu, ou se também estaria vinculada ao aditamento da petição inicial pela parte autora.

A ausência de aditamento da petição simplificada pelo autor, no prazo de 15 dias (ou em prazo maior fixado pelo magistrado) contado da concessão da tutela antecipada, acarretará na extinção do feito sem resolução do mérito (artigo 303, §1º, I, c/c §2º, do Código de Processo Civil de 2015).

²⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.299. Em sentido contrário explica Eduardo Arruda Alvim: “No que diz respeito aos embargos de declaração (que de regra não têm efeito suspensivo *ex vi* do disposto no *caput* do artigo 1.026 do CPC/2015), temos que a estabilização dos efeitos da tutela antecipada não será impedida por sua oposição, mas apenas postergada para depois de seu julgamento, quando se reinicia o prazo para interposição do “respectivo recurso” de agravo. Assim, transcorrido o prazo recursal, iniciado com a intimação da decisão sobre os embargos de declaração, sem interposição de recurso pelo réu, dar-se-á a estabilização”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.221).

²⁸⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.222.

²⁸⁶ Artigo 4º – “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

A ausência de recurso do réu, por outro lado, enseja a estabilização da tutela antecipada concedida e a consequente extinção do feito. Resta saber, se mesmo diante da inércia do réu, a estabilização se manteria se não aditada a petição inicial pelo autor.

A doutrina diverge sobre a questão.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini posicionam-se no seguinte sentido:

[...] se o prazo para a formulação do pedido principal encerra-se depois do prazo para o réu recorrer da decisão concessiva da antecipação, e esse recurso não é interposto, estabiliza-se a tutela antecipada, o processo extingue-se – e o autor não precisa mais formular o pedido de tutela principal (artigo 304 do CPC/2015).²⁸⁷

Eduardo Arruda Alvim e Arruda Alvim também ressaltam que a condição necessária para a estabilização é o processo estar vivo no momento do decurso do prazo para a interposição de recurso pelo réu:

com efeito, se o prazo para aditamento se vencer antes do prazo recursal, parece ser necessária a prática do ato, pois o preenchimento da hipótese de incidência do §2º, do artigo 303 ensejará a aplicação do preceito normativo, que é a extinção do processo sem julgamento de mérito, com a cassação da decisão antecipatória de tutela. De outro lado, se o prazo recursal se vencer antes do prazo para aditamento, parece não haver necessidade da prática deste último ato, afinal terá sido preenchida a hipótese de incidência do artigo 304, §1º, incidindo o *caput* desse dispositivo. Somente será necessário o aditamento se o réu recorrer da decisão, caso em que não incidirá o artigo 304 do CPC/2015.²⁸⁸

Já para Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo, só haverá estabilização se ambos, autor e réu, tiverem cumprido as disposições previstas nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015:

[...] é importante mencionar que não haverá estabilização da tutela antecipada, mesmo diante da ausência de recurso (ou resistência) do réu, quando o autor não aditar a petição inicial (inciso I do artigo 303), o que implicará a extinção do processo (artigo 303, §2º), com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida.²⁸⁹

²⁸⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.917.

²⁸⁸ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017, p.160. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.300-301.

²⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.565.

Conforme sustenta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Poder-se-ia cogitar da extinção do processo com a estabilização da tutela antecipada, porquanto é conferida às partes a ação prevista no §2º do artigo 304 para rever, invalidar ou reformar a antecipação de tutela. A vingar tal raciocínio, nenhum autor se preocupará em proceder ao aditamento que a lei lhe impõe, na medida em que o arquivamento do processo lhe favorecerá, pois obrigará o réu a ingressar com uma ação para discutir a tutela antecipada. A hipótese de extinção do processo com a estabilização da tutela antecipada deve ser confinada à hipótese de inércia do réu em não impugná-la.²⁹⁰

Entendemos que para existir e ser mantida a estabilização, além da inércia do réu quanto à interposição do recurso competente, a parte autora deve aditar a petição inicial simplificada no prazo fixado, a fim de evitar a extinção do feito sem resolução do mérito e conseqüentemente a perda da eficácia da tutela antecipada concedida.

Para a aplicação da técnica da estabilização, além dos pressupostos citados, é necessário, certificar-se quanto à inexistência, no caso concreto, de hipóteses que obstam a estabilização.

Segundo ponderam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “há óbices gerais, sistemáticos, que impedem a incidência do mecanismo da estabilização a todo e qualquer tipo de conflito”.²⁹¹

Para os autores, no procedimento para requerer tutela antecipada antecedente, quando o réu for incapaz sem representante legal (ou com interesses conflitantes com o de seu representante), quando o requerido estiver preso, ou na hipótese de citação por edital ou por hora certa (por se tratarem de modalidades de citação ficta), não há que se falar em estabilização. Neste caso deve ser nomeado curador especial para adotar as medidas pertinentes à defesa do réu.²⁹²

Constituem, outrossim, limites à estabilização as causas que tratam de direitos indisponíveis (aquelas que envolvam as ações de estado ou as demandas ajuizadas contra a Fazenda Pública).²⁹³

²⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.228.

²⁹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.919.

²⁹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.919-921.

²⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.668.

Direitos indisponíveis, na definição de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, “[...] são os direitos que, por sua relevância, a lei impede o seu titular deles dispor [...]”.²⁹⁴

Acerca da impossibilidade de incidência da técnica da estabilização em demandas que versem sobre direitos indisponíveis, Eduardo Talamini pontua:

[...] a tutela monitoria tem por função estabilizar a produção de resultados concretos em prol do autor naqueles casos em que o réu, podendo dispor de seu direito de defesa, abre mão de impugnar a medida concedida. Há íntima relação entre o mecanismo monitorio e o princípio da disponibilidade – como notava Calamandrei. E esse pressuposto de disponibilidade da defesa não está presente quando o objeto do litígio é um direito propriamente indisponível. Por exemplo, seria apta a estabilizar-se uma medida de antecipação de tutela de exoneração de alimentos, concedida em caráter antecedente?²⁹⁵

Para o autor, inviável, outrossim, cogitar-se a estabilização de tutela declaratória e de algumas tutelas constitutivas:

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.²⁹⁶

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 não tenha feito ressalva expressa quanto a certas hipóteses que obstarão a estabilização da tutela antecipada concedida, certo é que a análise sistemática da legislação processual e de conceitos consolidados pela doutrina impõe a existência de situações que impedem a incidência da técnica da estabilização.

Assim, entendemos que a estabilização da tutela antecipada antecedente está atrelada ao cumprimento dos seguintes pressupostos: (i) a indicação expressa pelo autor na petição inicial simplificada de que optou pelo procedimento especialmente previsto para as tutelas antecipadas requeridas em caráter

²⁹⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: tutela de conhecimento. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.145.

²⁹⁵ 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**, v.209, p.13-34, jul. 2012. São Paulo: RT, 2012.

²⁹⁶ 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**, v.209, p.13-34, jul. 2012. São Paulo: RT, 2012.

antecedente, mostrando-se também expressamente concordante com a possibilidade de estabilização da tutela antecipada pleiteada; (ii) o deferimento de tutela antecipada em caráter antecedente sem a prévia oitiva da parte contrária; (iii) a inércia do réu em impugnar, mediante a interposição do recurso cabível, a decisão concessiva da medida de urgência; (iv) o aditamento da petição inicial simplificada pela parte autora, a fim de se evitar a extinção do feito sem resolução do mérito e consequentemente a perda da eficácia da tutela antecipada concedida; e (v) que não reste configurada nenhuma hipótese que obste a estabilização.

4.5 Procedimento para a estabilização

Se o autor optar pelo procedimento especialmente previsto para o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente (artigo 303, do Código de Processo Civil), após a distribuição de petição inicial simplificada, o magistrado analisará o pedido de tutela antecipada formulado; presentes os requisitos necessários para sua concessão, a tutela de urgência de natureza satisfativa será deferida.

Com o deferimento da tutela antecipada inicia-se para o autor o prazo para aditar a petição inicial (artigo 303, §1º, I, do Código de Processo Civil de 2015), o qual deverá ser cumprido pelo requerente sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito e perda da eficácia da tutela antecipada concedida.

Conforme sustentam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, “[...] ao optar pela via do procedimento especial, o autor assume o dever de promover o aditamento, que decorre *ope legis*, independentemente de determinação judicial”.²⁹⁷

Após a concessão da tutela antecipada pelo magistrado, o réu será intimado acerca da decisão concessiva da medida de urgência e citado para comparecer em audiência de mediação ou conciliação (artigo 303, §1º, II, do Código de Processo Civil)²⁹⁸.

²⁹⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.644. Em sentido contrário: Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira para os quais, após a concessão da tutela provisória satisfativa antecedente, o juiz deverá determinar a intimação do autor para que promova o aditamento da petição inicial. (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.616).

²⁹⁸ Ponderam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência

Com a intimação do réu acerca da tutela antecipada deferida, a fim de evitar a estabilização, conforme o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, a parte requerida deverá interpor o respectivo recurso que, a depender da situação concreta, poderá ser o agravo de instrumento, o agravo interno, os recursos especial e extraordinário e embargos de declaração (desde que nesse último seja de alguma forma impugnada a medida de urgência concedida).

Interposto o recurso pelo réu, não restará estabilizada a tutela antecipada concedida, e o feito prosseguirá com o aditamento da petição inicial pelo autor (providência que deverá ser adotada pelo autor no prazo fixado, ainda que o réu não interponha o recurso competente).

Citado para comparecer em audiência de mediação ou conciliação, e não havendo composição entre as partes, o prazo para a contestação será contado na forma do artigo 335 do Código de Processo Civil de 2015, prosseguindo o feito pelo procedimento comum, com a prolação de sentença ao final, que confirmará, modificará ou revogará a providência antecipatória concedida.

Entretanto, se o autor aditar a petição inicial simplificada (o que impedirá a extinção do feito sem resolução do mérito e a perda da eficácia da tutela antecipada deferida), e não houver interposição de recurso pelo réu em face da decisão que concedeu a tutela de urgência de natureza satisfativa, a tutela antecipada concedida estará estabilizada e o feito será extinto (artigo 304, §1º, do Código de Processo Civil de 2015).

Conforme destaca Leonardo Ferres da Silva Ribeiro,

A ideia central da estabilização é que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente, produza e mantenha seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes se conformarem com tal decisão.²⁹⁹

Nada impede que a estabilização se dê apenas parcialmente, hipótese em que não haverá a extinção do feito. Nesse caso, requerida a tutela antecipada em caráter antecedente, mas concedida parcialmente pelo magistrado, não interposto o recurso competente pelo réu, e aditada a petição inicial pelo autor, a

inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza". (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.616).

²⁹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.) 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.224.

tutela antecipada se estabilizará e o feito prosseguirá em relação ao pedido não estabilizado.

Nesse sentido recomenda Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

quando houver antecipação de tutela a apenas parcela do pedido formulado ou a apenas um dos pedidos cumulados, pode-se falar em estabilização, porém o processo não se extingue, prosseguindo quanto à parcela do pedido ou demais pedidos não abrangidos pela decisão de concessão da tutela antecipada. Ocorre nesse caso uma espécie de desmembramento do objeto litigioso, como se dá no julgamento parcial de mérito (artigo 356).³⁰⁰

Pondera, entretanto, Heitor Vítor Mendonça Sica, que a estabilização de apenas uma parte da tutela antecipada pleiteada poderá ocasionar certa incongruência com a decisão final de mérito proferida no feito que teve seu regular prosseguimento:

há, decerto, o risco de a decisão final ser desfavorável ao autor, e se produzir certa contradição com a decisão antecipatória estabilizada. Mas trata-se de mera contradição lógica (não jurídica) que é assumida como natural pelo sistema todas as vezes em que não há o *simultaneus processus*. [...]. O problema se agrava em se tratando de acolhimento do pedido subsidiário de tutela antecipada. Pense-se no exemplo do autor, que, alegando-se proprietário de um imóvel, pede, em caráter principal, a imissão provisória na posse e, em caráter subsidiário, que o réu seja obrigado a reconstruir parte do imóvel que foi demolida. Se o juiz deferir a segunda providência e o réu não recorrer, persiste o interesse do autor no prosseguimento do processo para análise do pedido principal em sede de cognição exauriente, cuja improcedência – o reconhecer que o autor não tem direito sobre o bem – prejudicará a antecipação do pedido subsidiário de tutela. Nesse caso, entendo que a estabilização não poderia ser aplicada.³⁰¹

Destarte, se a tutela antecipada pleiteada for deferida parcialmente, sua estabilização dependerá, no caso concreto, da análise de eventual contradição ocasionada pelo necessário prosseguimento do feito com o julgamento em cognição exauriente dos demais pedidos formulados pelo autor.

Outra questão surge em relação à possibilidade ou não de estabilização quando a tutela antecipada requerida em caráter antecedente for indeferida pelo magistrado de primeiro grau e, após a interposição de recurso de agravo de instrumento pelo autor, for concedida pelo tribunal. Nesta situação, ocorrida antes da citação e da intimação do réu (já que o réu somente será citado e intimado após a

³⁰⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.) 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.231.

³⁰¹ SICA, Heitor Vítor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.414.

concessão da tutela antecipada antecedente – artigo 303, §1º, II, do Código de Processo Civil de 2015), entendemos que uma vez concedida a medida antecipatória pelo tribunal, tal decisão será comunicada ao juízo de primeiro grau, o qual intimará as partes acerca da decisão, iniciando-se o prazo para interposição do recurso competente pelo réu (agravo interno no caso de decisão monocrática e recursos especial ou extraordinário ao se tratar de decisão colegiada), como também o prazo de aditamento da inicial pelo autor. Assim, não interposto o recurso competente pelo réu, perante o tribunal em que se processa o agravo de instrumento interposto pelo autor, e desde que, no prazo fixado, o autor adite a petição inicial, o magistrado, decretará a estabilização e extinguirá o feito sem resolução do mérito.

Ressalte-se que a estabilização e a extinção do feito serão determinadas de ofício pelo magistrado, independentemente de prévio requerimento da parte autora.³⁰² O Código de Processo Civil de 2015 prevê que estabilizada a tutela antecipada, o feito será extinto, não deixando claro se tal extinção será com ou sem resolução do mérito.

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, posição com a qual concordamos, trata-se de extinção do feito sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, X, do Código de Processo Civil³⁰³:

Presentes ambos os requisitos exigidos pela lei e tornada estável a tutela, independentemente de requerimento específico das partes, deverá o juiz, de ofício, extinguir o processo sem resolução do mérito, na forma prevista pelo artigo 304, §1º, c.c. 485, X, do CPC, o que se dará mediante sentença, já que o artigo 316, do CPC, é expresso ao dizer que “a extinção do processo dar-se-á por sentença³⁰⁴.”

³⁰² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.646.

³⁰³ “Artigo 485 – O juiz não resolverá o mérito quando: [...] X – nos demais casos prescritos neste Código.”

³⁰⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.646. Em sentido diverso entende Eduardo Arruda Alvim: “Temos por correto dizer, então, que houve a criação, pelo CPC/2015, de uma terceira espécie de extinção do processo, que não aquelas relativas aos arts. 485 (que acaba por cassar as decisões antecipatórias de tutela) e 487 (que faz coisa julgada). A extinção prevista no artigo 304, §1º, do CPC/2015, portanto, seria basicamente a extinção da relação jurídica processual decorrente de estabilização daquela decisão antecipatória que, bem por isso, resolve a crise de direito material apenas no campo dos fatos, sem fixar uma norma jurídica individualizada que deva ser aplicada pelas partes (decisão de mérito propriamente dita). Não há, com efeito, nem cessação da decisão antecipatória de tutela, como ocorre, de ordinário, quando há extinção do processo sem julgamento do mérito, nem muito menos coisa julgada, que se dá quando há extinção do processo com julgamento do mérito”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.226). Já para Bruno Garcia Redondo trata-se de extinção do feito com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, I, do CPC (REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, v.244/2015, p.167-192, jun. 2015, São Paulo: RT, 2015).

Por tratar-se, portanto, de sentença que extingue o feito sem resolução do mérito, estará sujeita à interposição de recurso de apelação³⁰⁵. Entretanto, vedada estará qualquer impugnação acerca da tutela antecipada concedida, ante a ocorrência de preclusão decorrente da não interposição, pelo réu, do recurso competente, no momento oportuno.

Pode, entretanto, tal sentença ensejar a interposição de recurso de apelação, quanto à observância dos requisitos necessários para a estabilização³⁰⁶; por exemplo, para aqueles que entendem que a estabilização depende também do aditamento da inicial pelo autor, eventual estabilização e consequente extinção do feito sem resolução do mérito sem atender ao pressuposto poderia ensejar a interposição de apelação. Há também a possibilidade de interposição de apelação para discutir a fixação das verbas sucumbenciais.

No que tange à fixação das verbas sucumbenciais, apesar de não haver norma expressa, por tratar-se de sentença que extingue o feito sem resolução do mérito, é plenamente possível aplicar a regra geral prevista nos artigos 82, §2º e 85 do Código de Processo Civil, devendo haver condenação do réu ao pagamento das verbas sucumbenciais.³⁰⁷

Pondera, entretanto, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, que na fixação da verba honorária, deverão ser considerados tanto o trabalho do advogado do autor, que teve a tutela antecipada deferida, como também a opção do réu de não oferecer resistência, o que segundo o autor deve levar à fixação de honorários advocatícios reduzidos:

se, de um lado, o trabalho do advogado do autor – que teve a tutela antecipada deferida deve ser remunerado, de outro, deve ser levada em conta a opção do réu de não oferecer resistência. Cabível, assim, como defendem alguns, fazendo-se interpretação sistemática e teleológica, a aplicação da redução dos honorários pela metade, tal como previsto, pelo

³⁰⁵ Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira: “Como essa sentença é prolatada apenas na presença dos requisitos legais, entendemos que dela não é possível apelar, já que a opção do autor e a inércia do réu acabam por gerar preclusão lógica quanto à utilização deste recurso.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.646-647).

³⁰⁶ Eduardo Arruda Alvim esclarece: “[...] é de se dizer que poderá ser interposto recurso de apelação contra tal sentença, considerando-se, é claro, que as razões deverão versar sobre o quanto decidido neste pronunciamento. Assim, convém notar que a sentença deverá analisar o preenchimento dos pressupostos para a estabilização, de que tratamos no item 3.8.1, precedente, ou seja, não se aborda o preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência satisfativa propriamente dita, mas daqueles relativos à estabilização de seus efeitos. O recurso de apelação interposto contra tal sentença, portanto, somente poderá versar sobre a observância dos requisitos para a estabilização”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.228).

³⁰⁷ SICA, Heitor Vítor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.415-416.

próprio CPC/2015, para outras hipóteses em que o réu não opõe resistência, v.g., cumprimento do mandado monitório no prazo, sem a oposição de embargos (artigo 701) e pagamento integral da execução (título extrajudicial) em 03 dias (§1º do artigo 827). Assim, se o réu não oferecer resistência à concessão da tutela antecipada antecedente, gerando a estabilização da tutela e a extinção do processo, a sentença que extingue o processo (§1º do artigo 304) deve condenar o réu em honorários advocatícios correspondentes à metade do mínimo (10%), isto é, em 5% (cinco por cento).³⁰⁸

Assim, decretada a estabilização da tutela antecipada concedida, tal sentença também extinguirá o feito sem resolução do mérito e condenará o réu ao pagamento das verbas sucumbenciais (com verba honorária reduzida), fazendo coisa julgada formal, o que resultará na imutabilidade da decisão no âmbito do processo em que foi proferida.³⁰⁹

Conforme reconhece Arruda Alvim,

há aqui um distanciamento do tratamento dado em geral às medidas de urgência, pois nestas, imediatamente após a sua concessão, o processo segue até receber uma sentença, que poderá ou não confirmar a medida e, aí sim, decidir de forma definitiva a lide. Já estando a tutela *estabilizada*, o processo não continua, mantendo-se os efeitos de uma tutela eminentemente sumária.³¹⁰

Por fim, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, que a efetivação da tutela antecipada estabilizada, ao contrário do ocorrido com as tutelas provisórias em geral, será realizada mediante cumprimento definitivo de sentença:

Mesmo antes de decorrido *in albis* o prazo bienal para a propositura da ação desconstitutiva dos efeitos da tutela, estabilizada a efetivação desta se fará segundo as regras do cumprimento *definitivo* de sentença, justamente porque a estabilização compromete seriamente o caráter provisório dessa tutela.³¹¹

Já para Bruno Garcia Redondo, a efetivação da decisão que concede a tutela antecipada antecedente se dará pelas regras do cumprimento provisório de sentença até o eventual decurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da ação

³⁰⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.) 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.232.

³⁰⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.647. No mesmo sentido: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.206.

³¹⁰ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.731.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.895.

prevista no §2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015; findo o qual, a execução passará a ter natureza definitiva.³¹²

Respeitadas as posições em sentido contrário, entendemos que até o decurso do prazo de dois anos para a propositura da ação de revisão da estabilização (§2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil), não há como se admitir que a efetivação da tutela antecipada estabilizada se dê mediante cumprimento definitivo de sentença.

4.6 Revisão da estabilização – ação prevista no artigo 304, §2º, do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 prevê ação específica para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. É a ação autônoma disposta no §2º, do artigo 304³¹³, que poderá ser proposta por qualquer das partes, em até 2 anos, contados da ciência da decisão que decretou a estabilização e extinguiu o processo sem resolução do mérito.³¹⁴ Trata-se de prazo decadencial.

Sobre o tema, debatem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] se o §5º aduz que o direito de rever, reformar, ou invalidar se extingue em 02 (dois) anos; e, se o objeto da ação é exatamente este direito; então o que se está a fazer é fulminar o próprio mérito e não o exercício do direito de ação. Daí a razão pela qual esse prazo é decadencial.³¹⁵

Por tratar-se de prazo decadencial, não será admitida sua suspensão ou interrupção.³¹⁶ O despacho que ordena a citação obsta a decadência, desde que eventual atraso na citação do réu não se dê por conduta desidiosa do autor (artigo 240, do Código de Processo Civil de 2015). Assim, ainda que extinta sem resolução

³¹² REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, v.244/2015, p.167-192, jun. 2015, São Paulo: RT, 2015.

³¹³ Artigo 304, §2º – “Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*”.

³¹⁴ “Artigo 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.”

³¹⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.647.

³¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.566.

do mérito, se sanado o vício que deu causa à extinção, a ação prevista no §2º, do artigo 304 do mesmo diploma poderá ser novamente proposta³¹⁷.

Observa-se, outrossim, que nos sistemas processuais francês e italiano, diversamente do previsto no Código de Processo Civil de 2015, não há prazo para rever a tutela antecipada estabilizada em ação que persegue cognição exauriente:

por meio dos *référés*, portanto, as partes têm a possibilidade de satisfazer suas necessidades práticas mesmo sem a discussão da questão de fundo. Esse procedimento, porém, não impede que o mérito seja discutido futuramente perante o juízo competente para apreciá-lo, o que, aliás, poderá ser feito a qualquer tempo, já que essa decisão baseada em cognição sumária não se torna imutável. Não há formação de coisa julgada material. Semelhante é a possibilidade prevista no §6º do artigo 699 – *octies* do *Codice di Procedura Civile* italiano. [...] prevê o mencionado §6º do artigo 699 – *octies* que, caso se trate de tutela antecipada de urgência, não haverá a submissão do autor a prazo peremptório para propositura da “ação principal”, sendo claro o dispositivo, ainda, que não cessará a eficácia do provimento sumário (satisfativo) com a não propositura da referida demanda que tende a percutir o mérito.³¹⁸

A ação prevista no §2º, do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015 deverá ser instruída com cópias dos autos em que fora proferida a tutela antecipada estabilizada³¹⁹, permitindo-se, assim, a qualquer das partes desarquivar os autos para consulta e extração das cópias necessárias.

Esta ação deverá, ainda, ser dirigida ao juízo que proferiu a decisão de estabilização, tratando-se, conforme sustenta Eduardo Arruda Alvim, “[...] de competência funcional – absoluta – de tal juízo, cuja inobservância acarreta a nulidade do processo”.³²⁰

O artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 nada dispõe acerca do procedimento a ser adotado para a propositura da ação autônoma para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, o que dependerá da análise, no caso concreto, do direito pleiteado na ação a ensejar a adoção de procedimento especial ou do procedimento comum. É o que assegura Cassio Scarpinella Bueno:

o regime jurídico daquela demanda observará sua especificidade (procedimentos especiais) ou a falta dela (procedimento comum), considerando que não há nenhuma regra específica a seu respeito no artigo 304.³²¹

³¹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.237-238.

³¹⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.201-202.

³¹⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.233.

³²⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.233.

³²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.302.

Delicada questão, outrossim, concentra-se na discussão doutrinária acerca do objeto da ação. Parte da doutrina entende que a ação autônoma prevista no §2º, do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015 somente poderia visar alterar ou invalidar a tutela antecipada e estabilizada. É o que defendem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

[...] além de preencher os requisitos comuns a todas as petições iniciais, o autor ainda deverá observar duas restrições que são próprias dessa ação, também denominadas de requisitos específicos ou condições de procedibilidade, que são a limitação daquilo que pode ser objeto do pedido e o respeito ao prazo decadencial de 02 (dois) anos (§5º). Nos §§2º, 3º, §5º e 6º a lei se utiliza dos verbos “rever”, “reformular” ou “invalidar”, dando um claro sinal de que o objeto da ação limita-se a alterar ou a tornar sem efeito a tutela estabilizada. Por isso, não poderá o autor cumular a esse pedido qualquer outro tipo de pleito, como uma eventual ação de indenização, já a lei determina os limites da cognição no plano horizontal, vedando ao magistrado ampliar o que foi insistentemente delimitado (por quatro vezes nos parágrafos de apenas um artigo). Nesse caso, portanto, deverá a parte valer-se de ação autônoma se pretender formular pedido diverso daqueles estabelecidos.³²²

Segundo Arruda Alvim,

não parece, pois, tratar-se, necessariamente, de uma ação para exaurir a cognição que foi interrompida pela estabilização. O texto indica que a ação autônoma serve para reanalisar a concessão da medida, culminando em uma decisão que a mantém, reforma ou invalida³²³.

Já para Eduardo Arruda Alvim, “[...] não apenas o conteúdo da decisão antecipatória de tutela, que se tornou estável, é que poderá ser objeto de discussão em tal demanda, mas toda a relação jurídica material”³²⁴, possibilitando-se ao autor da ação, a formulação de outros pedidos, além daquele ligado à tutela antecipada

³²² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.l. São Paulo: Verbatim, 2015, p.647. Para Eduardo Arruda Alvim: “Muito embora o referido §2º mencione apenas que a ação autônoma terá por objeto a “revisão” ou “invalidação” da tutela satisfativa estabilizada, certo é que tal demanda poderá versar sobre a confirmação da decisão antecipatória de tutela, tendo em vista que poderá sobrevir ao autor, após o pedido de tutela antecipada antecedente, o interesse pela cognição exauriente sobre o mérito, apta a tornar coisa julgada a decisão proferida”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.231).

³²³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.730-731.

³²⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.232. O autor traz ainda o seguinte exemplo: “[...] imagine-se que um acidente de trânsito dá ensejo ao pedido de antecipação de tutela em caráter antecedente, pleiteando o autor, que usa de seu veículo profissionalmente, o custeio do conserto de seu automóvel, o que é deferido e torna-se estável, na forma do artigo 304, *caput*, do CPC/2015. Após isso, é possível que qualquer das partes demande a outra a fim de buscar o julgamento de mérito, que envolve a atribuição da responsabilidade pela causação do dano a algum dos envolvidos (autor e réu), pleiteando o acerto do direito não apenas com relação ao custeio dos reparos no veículo do autor, mas também a indenização por eventual dano moral sofrido. Com efeito, verifica-se que a ação autônoma, de cognição exauriente, poderá versar não apenas a responsabilidade pela reparação do dano material (reparos no veículo), mas também outros pedidos que decorreram dessa mesma causa de pedir (acidente de trânsito), como é o caso do dano experimentado”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.232).

anteriormente concedida e estabilizada, desde que decorram da mesma causa de pedir.

Não obstante, pelos princípios da celeridade e da economia processual, o ideal seria que na ação prevista no §2º, do artigo 304, do Código de Processo Civil, pudesse a parte autora cumular o pedido de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada concedida com outros pleitos de seu interesse, decorrentes da mesma causa de pedir; fato é que o Código de Processo Civil foi expresso ao dispor que a ação visa apenas “rever”, “reformular” ou “invalidar” a tutela antecipada estabilizada, limitando, infelizmente, o objeto da demanda e impondo à parte interessada formular, em ação própria, os demais pleitos referentes àquela mesma causa de pedir.

Quanto à possibilidade de o autor da ação de “revisão, reforma ou invalidação” requerer a concessão de tutela antecipada, diverge também a doutrina. Existem autores que entendem pela impossibilidade da concessão de tutela antecipada, vez que por força do §3º, do artigo 304, do Código de Processo Civil, apenas por decisão de mérito proferida na ação prevista no §2º, do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada estabilizada deixará de produzir seus efeitos. Nesse sentido defendem Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

ao juiz apenas não será permitida a concessão de antecipação de tutela nesta ação que visa atacar a tutela antecipada, isso devido à expressa proibição contida no artigo 304, §3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual a tutela estabilizada continua a produzir seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por “... decisão de mérito...”, o que somente se dará no momento em que o magistrado prolatar sentença.³²⁵

De outro lado, Cassio Scarpinella Bueno pondera que não obstante o teor do §3º do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição não há como negar ao autor dessa nova demanda a formulação de pedido de tutela provisória em face do réu:

É possível, em tais casos, que o autor da nova demanda formule pedido de tutela provisória em face do réu, pretendendo, se for o caso, comprometer os efeitos da tutela antecipada estabilizada? O §3º do artigo 304 insinua resposta negativa, já que parece vincular a cessação dos efeitos da tutela antecipada anterior ao proferimento de ‘decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º’. A melhor resposta, contudo, diante do inciso XXXV

³²⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.648.

do artigo 5º da CF, só pode ser *positiva*, cabendo ao autor demonstrar, conforme o caso, o preenchimento dos respectivos pressupostos.³²⁶

Quanto à distribuição do ônus da prova na ação de revisão, invalidação ou reforma da tutela antecipada, para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, ainda que o autor da ação originária seja réu na ação prevista no §2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, caberá a ele o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito:

Parece-nos, todavia, que essa nova demanda reabre, por assim dizer, a discussão do processo extinto, aprofundando a cognição até então exercida e, por isso, não altera a distribuição originária do ônus da prova. Assim, caso seja o réu da ação extinta a assumir a condição de autor dessa segunda demanda, não haverá a redistribuição do ônus da prova, de forma que o réu dessa segunda ação (autor da ação extinta) continuará tendo ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.³²⁷

Destarte, com o ajuizamento, processamento e julgamento da ação prevista no §2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil, será, obrigatoriamente, analisada a tutela antecipada concedida, e proferida decisão de mérito, apta a formação de coisa julgada material.³²⁸

4.7 Estabilização e coisa julgada

De todos os aspectos até agora tratados, certamente a análise acerca da formação ou não de coisa julgada material na técnica da estabilização é a mais polêmica.

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.303. No mesmo sentido é a lição de Eduardo Arruda Alvim, destacando, no entanto, a impossibilidade de nova estabilização: “[...] cremos não ser possível que se aplique o artigo 304, *caput*, à ação que visa, dentre outros objetivos, confirmar, rever, reformar ou invalidar a tutela antecipatória estabilizada, justamente pelo fato de que o §3º do artigo 304 exige uma cognição exauriente sobre o mérito. É dizer: ainda que seja possível atingir liminarmente a eficácia da decisão que se tornou estável, a perpetuação de tal interferência deverá advir de decisão de mérito, permitindo-se às partes, por consequência, que se submetam à estabilização em apenas uma oportunidade”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.233-234).

³²⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.) 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.229. No mesmo sentido observa Luiz Guilherme Marinoni: “A ação proposta pelo réu não lhe outorga o ônus de demonstrar que as alegações dos fatos constitutivos do direito suposto como provável não são verdadeiras. A propositura da ação revela o intuito do réu em modificar ou invalidar a tutela antecipada, mas este não assume o ônus de provar que as alegações dos fatos constitutivos do direito do autor – agora réu – não correspondem à realidade. A situação é similar àquela que ocorre quando utilizada a técnica da inversão do ônus da propositura da ação principal – depois de concedida a tutela do direito com base em cognição sumária. Há inversão do ônus de propor a ação, mas o ônus da prova continua sendo de quem afirmou o direito e ainda não se desincumbiu do ônus de demonstrá-lo”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. v.279, p.225-243, maio, São Paulo: RT, 2018).

³²⁸ Nesse sentido: “Trata-se, então, da propositura de uma ação que persegue a cognição exauriente, subordinada ao procedimento comum ou a procedimento especial, a depender da natureza da relação jurídica levada a juízo, vindo a ser julgada, portanto, por decisão de mérito apta a ser acobertada pela coisa julgada material” (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231-232).

A doutrina se divide em diversos posicionamentos, os quais serão detalhados adiante, a fim de possibilitar uma ampla discussão sobre a questão.

Independentemente das discussões doutrinárias sobre o tema, há que se partir de uma premissa estipulada pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015: houve previsão expressa quanto a não formação de coisa julgada na técnica da estabilização.

Dispôs a Lei que após dois anos, as partes não mais terão a possibilidade de discutir a estabilidade dos efeitos decorrentes da antecipação de tutela, ressaltando-se, entretanto, que a decisão que concede a tutela antecipada antecedente não fará coisa julgada.

Conforme suscitado neste trabalho, as tutelas provisórias, dentre elas, a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, são tutelas precedidas de cognição sumária, ou seja, para sua concessão há um menor grau de aprofundamento do magistrado na análise da causa, que se dá, portanto, com mero juízo de probabilidade e não de certeza, privilegiando-se a celeridade ao devido processo legal.

Nesse sentido é o registro de William Santos Ferreira:

[...] o provimento (liminar) que antecipa a tutela não se confunde com a decisão de mérito (provimento final), até porque sua apreciação se dá com base em *cognição sumária*, e não *cognição exauriente*. [...].³²⁹

Por tal razão, as tutelas provisórias, precedidas de cognição sumária, não estão sujeitas à imutabilidade decorrente da coisa julgada material.

Por outro lado, a tutela jurisdicional de cognição exauriente, proferida com grau máximo de aprofundamento do magistrado no exame dos fatos e das provas produzidas no processo e fundada em um juízo de certeza, estará revestida da característica da definitividade, ou da imutabilidade, próprias da coisa julgada material.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini destacam que a coisa julgada é incompatível com as decisões precedidas de cognição sumária:

há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF/1998). A imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função

³²⁹ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000, p.134.

pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional.³³⁰

Cabe, assim, diante destas ponderações, analisar se, não obstante a expressa previsão legal, e tratando-se de decisão precedida de cognição sumária, após dois anos sem o ajuizamento da ação prevista no §2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil estar-se-ia diante da formação de coisa julgada material.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 502, prevê que a coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

A coisa julgada material, portanto, se reveste de dois atributos: a indiscutibilidade e a imutabilidade. A indiscutibilidade impede que a questão seja novamente decidida e a imutabilidade consiste na impossibilidade de alterar a questão de mérito já decidida e não mais sujeita a recurso³³¹.

Conforme acrescentam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, não se confunde a estabilização com a coisa julgada, porquanto apenas os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada são estabilizados, “[...] a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”.³³²

Na visão de Cassio Scarpinella Bueno houve opção política do legislador em afastar a formação da coisa julgada material na técnica da estabilização. Assim, após dois anos, estará vedada apenas a discussão acerca dos efeitos práticos da tutela antecipada, o que não atinge o próprio direito sobre o qual versou a tutela antecipada estabilizada:

pensar diferentemente é compreender que as mais variadas pretensões de direito material que possam confrontar o que restou estabilizado estejam sujeitas ao prazo de dois anos a que se refere o §5º do artigo 304. Não consta que o Código de Processo Civil de 2015 tenha querido (ou pudesse) ir tão longe.³³³

³³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.923.

³³¹ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.527-528.

³³² BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.625-626.

³³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.302.

No mesmo sentido defende Eduardo Arruda Alvim:

não há, em verdade, comando normativo algum, tendente à imutabilidade na decisão que encerra o processo e declara que os efeitos da tutela provisória de urgência satisfativa tornaram-se estáveis (produzindo efeitos para fora daquela relação processual), mas apenas e tão somente a preservação de seus efeitos, que segundo a opção do legislador pode vir a resolver a crise de direito material sem a necessidade da intervenção mais “drástica” do Estado, pela imposição de uma norma concreta, aplicável, pois, ao caso específico, isto é, pela decisão de mérito.³³⁴

Para ele, mesmo após o prazo de dois anos, poderá ser proposta, por exemplo, demanda visando responsabilizar o autor da ação originária (na qual houve a estabilização) por eventual dano causado, desde que respeitado o prazo de direito material; já que os efeitos da estabilização se limitam aos exatos termos em que tenha se estabilizado a tutela antecipada.³³⁵

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini também se posicionam no sentido de que a ação destinada a discutir o mérito da pretensão principal não se submete ao prazo decadencial de dois anos, sujeitando-se apenas aos prazos decadenciais e prescricionais aplicáveis ao direito material.³³⁶

Entre aqueles que entendem não haver formação de coisa julgada, podemos citar também Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Melo. Entretanto, diferem dos demais autores ao defenderem a possibilidade de em uma nova demanda com cognição exauriente envolvendo o mesmo bem da vida discutido na ação extinta, ser eventualmente atingida a decisão que concedeu a tutela antecipada estabilizada:

o prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta. Nessa hipótese, não haverá de se falar, obviamente, em manutenção da mesma regra da ação anteriormente extinta com relação ao ônus da prova, pois se instaurará uma nova lide, sem qualquer vinculação com aquela outra extinta, cuja decisão poderá – mas não necessariamente deverá – influir na decisão que antecipou a tutela. Fechar essa possibilidade seria o mesmo que dar prevalência a uma decisão de cognição sumária em relação

³³⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.243.

³³⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.244.

³³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.924.

a uma decisão fruto de cognição exauriente e completa, com o que não podemos concordar.³³⁷

Outra parte da doutrina afasta por completo a formação de coisa julgada material, entretanto entende tratar-se de nova espécie de estabilidade processual. É a visão de Arruda Alvim:

[...] a estabilidade do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, em verdade, não tem a mesma natureza jurídica da coisa julgada material. Esta qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando da decisão judicial de mérito para determinadas situações; aquela é uma preclusão sobre a eficácia de um provimento não meritório extraído de cognição sumária.³³⁸

Na mesma linha defendem Roberto P. Campos Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa, ao denominarem a imutabilidade decorrente do decurso do prazo de dois anos como *imutabilidade das eficácias antecipadas*:

[...] o que se percebe é que após os dois anos da estabilização da tutela antecipada antecedente, não há coisa julgada e nem se pode admitir o ajuizamento de ação rescisória. O que se tem é um fenômeno novo, com características próprias – a imutabilidade das eficácias antecipadas. Trata-se de um meio caminho entre a ampla mutabilidade das decisões antecipatórias incidentais e a coisa julgada material. Ele impede que, pela impossibilidade relativa de se discutir o *dictum* da decisão antecipatória, se alterem, de modo forçado a seu beneficiário, as eficácias antecipadas: a derrubada de um muro, a devolução de um determinado bem. No entanto, não existirão óbices para que o ele seja rediscutido em ação própria para quaisquer outros fins.³³⁹

Ressalte-se, por outro lado, a existência de também relevante corrente doutrinária defendendo justamente o oposto, a formação de coisa julgada material.

Esse é o entendimento de Leonardo Greco, para quem decorridos dois anos sem a propositura da demanda prevista no §2º, do artigo 304 do Código de Processo Civil, “[...] sobrevirá efetivamente a coisa julgada.”³⁴⁰. O autor ressalva

³³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.567.

³³⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.727-728.

³³⁹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015. In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.296-297.

³⁴⁰ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.193.

apenas em relação às sentenças que tratam de relações jurídicas continuativas, as quais não estariam sujeitas ao prazo decadencial de dois anos no caso de modificação do estado de fato ou de direito (artigo 505, I, do Código de Processo Civil de 2015).³⁴¹

No mesmo sentido posiciona-se Araken de Assis, para quem após dois anos haverá coisa julgada material referente à decisão concessiva da tutela antecipada, impossibilitando a propositura de nova demanda ainda que não exauridos os prazos de prescrição e decadência eventualmente estipulados na lei material; permite-se, apenas a propositura de ação rescisória nos termos do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015³⁴²:

Vencido o prazo de dois anos do artigo 304, §5º, forçoso admitir a aquisição da coisa julgada pela decisão concessiva da tutela antecipada. Não é estranho ao sistema juízes de verossimilhança revestirem-se de indiscutibilidade no presente e no futuro. É falsa, portanto, a tese de a coisa julgada ser privativa dos procedimentos de cognição exauriente. A sentença cautelar (retro, 176.2), emitida no caso de revelia do réu perante a pretensão à segurança (artigo 307, *caput*), dentre outras hipóteses de tutela sumária bem demonstra essa possibilidade. E, à semelhança de qualquer regra jurídica, a decisão do artigo 304, *caput*, não se revela imune a fatos supervenientes.³⁴³

Na mesma linha defende Bruno Garcia Redondo, ao afirmar que há formação de coisa julgada material após dois anos, inclusive com a possibilidade de propositura de ação rescisória, se presentes seus pressupostos de cabimento³⁴⁴. Difere, entretanto, o autor na interpretação dada ao §6º, do artigo 304, do Código de Processo Civil, ao suscitar que a expressa menção do Código quanto à ausência de coisa julgada material refere-se única e exclusivamente aos dois anos previstos para a ação de modificação:

A nosso ver, não há maiores dificuldades em se sustentar a formação de coisa julgada material após o encerramento do prazo de 2 anos sem a propositura da ação de modificação. A própria regra do §6º do artigo 304 não impede essa conclusão. Dito dispositivo não afirma que jamais existirá,

³⁴¹ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.193.

³⁴² ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v.II. 2.ed. em e-book baseada na 2.ed. impressa. São Paulo: RT, 2016, item 1.444.1.

³⁴³ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v.II. 2.ed. em e-book baseada na 2.ed. impressa. São Paulo: RT, 2016, item 1.444.1.

³⁴⁴ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Doutrinas Essenciais. Revista de Processo**, v.244/2015, p.167-192, jun. 2015, São Paulo: RT, 2015.

a qualquer tempo, coisa julgada material. Há, ali, uma afirmação simples que não há coisa julgada somente durante o período de 2 anos previsto para a ação de modificação. Afinal, poderiam surgir duas dúvidas: (i) se, tendo em vista a não impugnação pelo réu e a extinção do processo (artigo 304, *caput* e §1º), haveria formação de coisa julgada; e (ii) caso houvesse coisa julgada, se seria descabida uma ação de modificação da tutela, restando ao réu, apenas o ajuizamento de ação rescisória. O propósito do §6º é, portanto, o de explicar que, apesar da extinção do processo, não há formação de coisa julgada, razão pela qual ainda cabe, durante 2 anos, a propositura de uma ação de modificação da tutela em primeiro grau, em vez da propositura de ação rescisória.³⁴⁵

Já Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que da forma como disciplinado o instituto da estabilização no Código de Processo Civil de 2015, não há como se afastar a equiparação da estabilidade com a coisa julgada material:

O legislador é igualmente claro – embora não tenha se atrevido a dizê-lo diretamente: se a “estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão” tomada na ação exauriente (artigo 304, §6º, CPC), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se “inafastável”. Em outras palavras: “imutável” e “indiscutível” (artigo 502, CPC, a impossibilidade de revisão do decidido em outro processo dificilmente pode ser caracterizada de modo diverso da coisa julgada).³⁴⁶

Entretanto, os autores questionam a constitucionalidade desta previsão legal:

[...] o direito à adequada cognição da lide constitui corolário do direito ao processo justo e determina a inafastabilidade da ação exauriente para formação da coisa julgada. Fora daí há ofensa ao direito fundamental ao processo justo pelo próprio legislador infraconstitucional incumbido de densificá-lo.³⁴⁷

Por fim, conforme apontam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, “seja lá qual for a denominação que se pretenda dar a tal fenômeno, o fato é que se trata de uma imutabilidade e incontestabilidade da decisão próprios da eficácia operada pela coisa julgada material.”³⁴⁸

³⁴⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Doutrinas Essenciais. Revista de Processo*, v.244/2015, p.167-192, jun. 2015, São Paulo: RT, 2015.

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2018 (livro eletrônico), comentário ao artigo 304, item 5.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2018 (livro eletrônico), comentário ao artigo 304, item 6.

³⁴⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: parte geral**. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.649. No mesmo sentido: GOMES, Frederico Augusto; RUDINI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da

Conforme se observa, diferentes são as posições adotadas pela doutrina quanto à formação ou não da coisa julgada material na técnica da estabilização. Por outro lado, em razão da escassa jurisprudência sobre o tema, apenas com a concreta utilização do instituto da estabilização, talvez se possa chegar a uma posição conclusiva acerca da sua definitividade.

Não há, entretanto, como ignorar a expressa previsão do Código de Processo Civil de 2015, de que a estabilidade dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente somente será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, ainda que parte da doutrina entenda possível a propositura de ação com cognição exauriente, após o decurso do prazo decadencial de dois anos, essa nova demanda estará limitada ao disciplinado pelo §6º do artigo 304 do Código de Processo Civil; e, por mais que exista o contraditório, a ampla instrução probatória e a prolação de sentença com grau máximo de aprofundamento pelo magistrado, ainda assim, tal demanda não terá o condão de reverter os efeitos estabilizados da decisão concessiva da tutela antecipada, proferida no processo originário já extinto.

Abordados os principais aspectos acerca do instituto da estabilização da tutela antecipada antecedente, passaremos a tratar no próximo capítulo da condição especial da Fazenda Pública, elencando importantes princípios e regras aos quais está submetida, discutindo algumas de suas prerrogativas processuais e, finalmente, indagando a aplicação da técnica da estabilização em demandas ajuizadas contra a Fazenda Pública e propondo limites à sua incidência.

5 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE CONCEDIDA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

5.1 A Administração Pública e os seus princípios fundamentais

Administração, na definição de De Plácido e Silva, é

a expressão que se formou do verbo latino *administrare* (administrar, governar, gerir, executar), pela composição do substantivo *administratio* dá a ideia da reunião de atos praticados por uma pessoa a fim de cumprir a direção ou gerência de uma determinada soma de negócios ou afazeres, sejam pertinentes aos interesses privados, próprios ou de outras pessoas, sejam pertinentes aos interesses da coletividade.³⁴⁹

Assim, a administração pode destinar-se tanto a interesses privados quanto a interesses públicos; essa última, portanto, denominada administração pública.

Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão Administração Pública pode ser analisada sob diferentes aspectos. Em sentido estrito, o qual particularmente nos interessa neste estudo, pode ela referir-se, em sentido objetivo, à própria atividade desempenhada pelos entes públicos; ou, em sentido subjetivo, aos entes que exercem a função administrativa.³⁵⁰

A Administração Pública consiste, portanto, em seu sentido objetivo, na “[...] gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”.³⁵¹

Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, a “[...] função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”.³⁵²

O administrador público, portanto, exerce um múnus público, consistente na conservação e gestão dos bens, serviços e interesses da coletividade.³⁵³

³⁴⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (livro eletrônico).

³⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.54-55.

³⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.87.

³⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.29.

³⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.88-89.

Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti registram:

ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.³⁵⁴

Assim, a Administração Pública deve sempre buscar os interesses comuns aspirados pela coletividade, necessitando de autorização legislativa para prática de seus atos. Ou seja, o Poder Público só pode exercer os atos permitidos em lei, o que lhe difere dos particulares, regidos pelo princípio da autonomia da vontade, o qual lhes permite realizar tudo aquilo que não for vedado pela lei.

Justamente em razão do fim comum buscado pela Administração Pública, esta encontra-se sujeita a princípios essenciais que devem sempre ser seguidos pelos agentes públicos e utilizados na aplicação e na interpretação das leis e regras de direito administrativo, dentre eles: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, ampla defesa e contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência estão previstos na Constituição Federal de 1988 (artigo 37); os outros princípios que também informam o direito administrativo decorrem do sistema constitucional como um todo e do próprio Estado de Direito³⁵⁵.

Definiremos em linhas gerais cada um desses princípios, vez que diretamente ligados à condição especial a que se submete o Poder Público.

O princípio da legalidade impõe à Administração Pública a estrita observância das leis para a execução de qualquer ato ou atividade pública. Este princípio surgiu como conquista do Estado de Direito e constitui garantia fundamental de respeito aos direitos individuais, já que impõe restrições à atuação administrativa.³⁵⁶

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade:

³⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.89.

³⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.98.

³⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.64-65.

[...] é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através de norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.³⁵⁷

Assim, pelo princípio da legalidade, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei expressamente autorizar.

Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti alertam:

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõem. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.³⁵⁸

Dessa forma, toda atividade administrativa deve estar pautada em lei.

Além da legalidade, a Administração Pública deve igualmente submeter-se aos princípios da moralidade e da impessoalidade (também conhecido como princípio da finalidade). O administrador e os agentes públicos devem sempre agir com probidade, respeitando os interesses e o bem comum, e de acordo com padrões éticos e morais, nunca desviando-se da finalidade maior da Administração Pública que é o bem e o interesse da coletividade.

Sobre o princípio da moralidade assegura Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade com princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição.³⁵⁹

³⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.103.

³⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.92.

³⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.123.

O princípio da impessoalidade (ou da finalidade), por sua vez, impõe à Administração Pública o dever de sempre visar o interesse público, estipulado em lei. A busca pelo interesse público se dará de forma impessoal, sem vislumbrar interesses próprios ou de terceiros. Assim, a impessoalidade garante a observância do princípio da igualdade nas atividades e atos públicos.

Lúcia Valle Figueiredo destaca: “a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político”³⁶⁰.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de implícitos na Constituição Federal, estão expressos na Constituição do Estado de São Paulo e visam garantir a adequação entre os meios e os fins visados pela Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, pondera: “[...] a proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”³⁶¹.

Já o princípio da publicidade visa assegurar a ciência e o conhecimento dos administrados acerca dos atos administrativos praticados, além de indicar o início da eficácia dos referidos atos. Para Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti:

em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei 8.159, de 8.1.91, e da Lei 12.527/2011 e pelo Dec. 2.134, de 24.1.97.³⁶²

Assim, deve ser garantida aos administrados a publicidade dos atos administrativos, salvo as situações de sigilo previstas em lei. Os atos administrativos que não observarem tal requisito, além de ineficazes, poderão ser invalidados.

Por fim, importante registrar que apenas com a divulgação oficial do ato administrativo têm início os prazos para impugnação na esfera administrativa ou anulação judicial (sujeita a prazos decadenciais e prescricionais).

³⁶⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.63.

³⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.81.

³⁶² MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.99.

O princípio da eficiência impõe à Administração Pública que as atividades administrativas e os serviços públicos sejam desempenhados com presteza e razoabilidade, garantindo-se a eficiência no desempenho da função pública. Este princípio está intimamente ligado à celeridade processual garantida pela Constituição Federal no artigo 5º, LXXVIII; tanto para os processos judiciais quanto para aqueles que tramitam na esfera administrativa. Constata, entretanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”³⁶³.

O princípio da segurança jurídica “[...] é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica [...]”³⁶⁴, isto porque, conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello: “o Direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social.”³⁶⁵

Justamente em razão da segurança jurídica é que a Lei Federal n. 9.784/1999, artigo 2º, XIII, prevê que a interpretação da norma administrativa ocorra da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, e veda a aplicação retroativa de nova interpretação.

São constitucionalmente assegurados, ainda, a motivação das decisões e dos atos administrativos e o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos, sob pena de invalidação.

A motivação dos atos administrativos revela-se imprescindível não apenas como elemento viabilizador da ampla defesa e do contraditório pelos administrados, mas também como forma de controlar os atos e decisões administrativas.

Quanto à necessidade de motivação dos atos administrativos, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta:

Não haveria necessidade alguma de leis, nem de garantias individuais, nem de contraste jurisdicional de atos administrativos, se se considerasse que a condução da vida social pode ser entregue exclusivamente ao juízo sensato de homens bons. As leis reguladoras da ação de Poder Público existem precisamente para conformar a ação de quaisquer sujeitos encarregados da

³⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.85.

³⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.105.

³⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.128.

coisa pública – inclusive os *virii boni* – a pautas e controles que pretendem assegurar, em termos objetivos, obediência a esquemas de conduta controláveis pelo cidadão e pelos órgãos fiscalizadores.³⁶⁶

Por fim, merece especial destaque o princípio da supremacia do interesse público, importante alicerce do direito administrativo, previsto na Lei Federal n. 9.784/1999, que impõe em seu artigo 2º, sua observância pela Administração Pública.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da supremacia do interesse público “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”³⁶⁷.

Como bem avalia Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substitui-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais³⁶⁸.

Este princípio está intrinsecamente relacionado ao princípio da impessoalidade (finalidade), já que obriga a Administração Pública, nas suas atividades e na prática dos atos administrativos, a buscar sempre o interesse público.

O interesse público (conceito indeterminado e de difícil delimitação) pode ser entendido como aquele que se destina ao bem da coletividade; são aqueles bens e interesses elencados pelo Estado como prioritários, destinados aos próprios administrados e fundamentais à existência e ao convívio em sociedade.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.³⁶⁹

³⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.101-102.

³⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.70.

³⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.66.

³⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.62.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, a expressão interesse público

[...] evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediadamente, aqueles interesses que o Estado “escolheu” como os mais relevantes, expressados em normas jurídicas, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade. Há uma aproximação terminológica entre interesse público e interesse geral [...].³⁷⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica o interesse público em interesse público primário (interesse público propriamente dito) e interesse público secundário, que corresponde aos interesses individuais e particulares do Estado.³⁷¹ Importa-nos neste estudo o interesse público primário.

Quem dita primeiramente o interesse público a ser perseguido pela Administração Pública é a Constituição Federal. Em seguida, a tarefa cabe às leis editadas pelo Poder Legislativo, desde que em conformidade com as normas e os princípios constitucionais. Rodolfo de Camargo Mancuso complementa: “quanto à Administração, ela é competente para definir o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador”³⁷².

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção [...]”³⁷³. Daí decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual não é dado aos agentes e administradores públicos dispor do interesse público, salvo quando expressamente autorizado por lei.

Marçal Justen Filho colabora: “o interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado”.³⁷⁴ Nesse sentido também afirmam Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti:

³⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.31.

³⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.66-67. Para o autor: “[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.66).

³⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p.37.

³⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.222.

³⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: RT, 2013, p.153.

[...] a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é o titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.³⁷⁵

Além de indisponíveis, são também inalienáveis os direitos concernentes a interesses públicos. Conforme defende Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] sendo a administração atividade serviente, desenvolvida em nível sublegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público”.³⁷⁶

Assim, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público visam resguardar os interesses da coletividade elencados pela Constituição Federal (e pelas leis) como prioritários, e principalmente, ver assegurada sua concretização.

Não obstante todos os princípios elencados constituam importantes e imprescindíveis diretrizes ao desempenho da atividade administrativa pela Administração Pública, merecem especial destaque os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público que atuam como verdadeiros pilares do regime jurídico administrativo. É o que observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

[...] o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.³⁷⁷

Dessa forma, não resta dúvida de que o regime jurídico a que a Administração Pública se submete se diferencia daquele aplicado aos particulares,

³⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.112.

³⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.88.

³⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.62.

justamente por estabelecer-lhe restrições que visam resguardar a liberdade dos indivíduos e delimitar a atuação administrativa de forma que seja sempre atendido o interesse público, e ao mesmo tempo, por outorgar-lhe prerrogativas, que lhe garantem autoridade para a consecução dos fins públicos.

Essa dicotomia imposta à Administração Pública (restrições e prerrogativas) é o ponto essencial à própria existência e convívio em sociedade já que é o que garante (e obriga) a Administração Pública a seguir os fins e parâmetros estabelecidos em lei e que permite sejam concretizados os interesses da coletividade elencados como prioritários para consecução do bem comum.

É justamente sobre algumas dessas prerrogativas concedidas à Administração Pública para atingir os fins e interesses públicos que passaremos a tratar de forma mais específica no próximo tópico.

5.2 A Fazenda Pública e suas prerrogativas processuais

Para Leonardo Carneiro da Cunha: “a expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas”³⁷⁸.

Nelson Nery Junior, sobre o tema, continua:

embora tecnicamente a locução Fazenda Pública devesse indicar apenas e tão- somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a administração pública por qualquer de suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida.³⁷⁹

Ainda conforme lição de Cândido Rangel Dinamarco, “Fazenda Pública é a personificação do Estado, especialmente consideradas as implicações patrimoniais das relações jurídicas em que se envolve”³⁸⁰.

Já Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti observam:

³⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.5.

³⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002, p.56.

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. t.I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.179-180.

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.³⁸¹

Destarte, utiliza-se o termo Fazenda Pública para designar as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas) quando em juízo, seja no polo ativo ou passivo.

Sobre o importante papel da Fazenda Pública na consecução do bem comum postula Leonardo Carneiro da Cunha:

A Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.³⁸²

Conforme exposto, a fim de possibilitar a concretização e a proteção do interesse público, o regime jurídico administrativo estabelece à Fazenda Pública condição diferenciada dos particulares, impondo-lhe restrições e concedendo-lhe prerrogativas sobre as quais Celso Antônio Bandeira de Mello debate:

Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que o representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhe são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.³⁸³

Essas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública podem ser de diferentes espécies: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, a existência de prazos prescricionais diferenciados para o Poder Público, dentre outras. Importa-nos neste trabalho tratar das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública no âmbito processual que visam possibilitar que na defesa e na

³⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.903-904.

³⁸² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.32.

³⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.71.

guarda do erário e do interesse público, a Fazenda possa atuar em juízo da melhor e mais ampla maneira possível.

Nesse sentido destaca Leonardo Carneiro da Cunha:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.³⁸⁴

Não se ignora, entretanto, a existência na doutrina de diversos questionamentos acerca da constitucionalidade das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, por suposta violação ao princípio da isonomia.

Cassio Scarpinella Bueno assim se posiciona ao tratar da efetividade da tutela de urgência proferida contra a Fazenda Pública, na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

Não se trata, destarte, da discussão quanto à existência de prerrogativas ou privilégios da Fazenda Pública em juízo. O que os dispositivos aqui analisados reservam para o Poder Público é sua total e completa imunização do Poder Judiciário. É, também, agredir de morte o princípio da separação dos poderes. Cada vez mais parece-me imperioso um estudo próprio, devidamente valorado e aquilatado do Poder Público em juízo para desvendar e expor para debate essas e tantas outras desproporções que se verificam quando o Estado, de alguma forma, é acionado.³⁸⁵

Com respeito aos autores que defendem tal posição, discordamos dela com fundamento na própria interpretação do princípio da igualdade³⁸⁶.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esta disposição, por certo, não pode ser interpretada literalmente, sob pena, inclusive, de não ser garantida a isonomia real. Conforme Aristóteles, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

³⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.33.

³⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.224.

³⁸⁶ Nesse sentido pondera Eduardo Arruda Alvim: "Diversos dispositivos legais conferem um tratamento diferenciado no plano do processo à Fazenda Pública. [...] Não há razão para ser posta em dúvida a constitucionalidade dos referidos dispositivos. Com efeito, o artigo 183 do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, nada mais faz do que restabelecer o equilíbrio que deve existir entre as partes no plano do processo. Deveras, a igualdade entre as partes no processo é objeto de preocupação do legislador infraconstitucional em diversos dispositivos, como, por exemplo, o inciso I do artigo 139 do CPC/2015". (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.411-412).

Nelson Nery Junior, por sua vez, destaca: “[...] o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia meramente formal”.³⁸⁷

As leis asseguram certos direitos e obrigações a algumas pessoas ou grupos de pessoas ou em determinadas situações, visando justamente garantir o tratamento isonômico, conforme revela Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.³⁸⁸

Assim, o que não se admite é que o legislador estabeleça direitos e obrigações à determinadas pessoas sem que haja “[...] correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento”³⁸⁹. Não se tolera, dessa forma, a criação de diferentes direitos ou obrigações para pessoas em situação de igualdade.

Não é o caso da Fazenda Pública, que defende o erário e os interesses públicos e, portanto, não se encontra em situação de igualdade com as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, que defendem seus próprios interesses.

O regime jurídico a que a Administração Pública se submete se diferencia daquele aplicado aos particulares, justamente por estabelecer-lhe restrições que visam resguardar a liberdade dos indivíduos e delimitar a atuação administrativa de forma que seja sempre atendido o interesse público, e ao mesmo tempo, por outorgar-lhe prerrogativas, que lhe garantem justamente a autoridade para a consecução dos fins públicos.

Danilo Barth Pires ressalta que as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública não se confundem com privilégios:

³⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002, p.46.

³⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.12.

³⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.42.

O que justifica a existência das prerrogativas processuais é o interesse público que permeia a atuação das pessoas jurídicas de direito público. Não há como imaginar um particular com tais benesses, pois aí, sim, estaríamos diante de um privilégio. Nada justificaria a existência de um prazo processual diferente para o particular, ou mesmo a intimação de outra forma que não fosse pela imprensa oficial. Na maioria das vezes, os leigos equiparam as prerrogativas processuais aos privilégios, sem se ater à razão de existência do instituto jurídico em tela. Os privilégios são benefícios destituídos de fundamento e devem ser repelidos. As prerrogativas, ao contrário, devem ser sempre prestigiadas no ordenamento jurídico.³⁹⁰

Por outro lado, são também bastante conhecidas as diversas causas que impedem à Fazenda Pública atuar em juízo em plena condição de igualdade com os particulares. O volume excessivo de trabalho, as dificuldades estruturais dos órgãos públicos, o desencontro de informações entre diferentes órgãos e seus departamentos e a burocracia no acesso a fatos e elementos relativos à causa, por certo dificultam a atuação em juízo da Fazenda e justificam a existência destas prerrogativas.

Nesse sentido postula Eduardo Arruda Alvim:

na exata proporção em que os procuradores das pessoas políticas e suas autarquias não dispõem, usualmente, da mesma infraestrutura que os advogados privados, sendo que, ademais, não podem escolher as causas que patrocinam, a lei procura compensar esse desequilíbrio, garantindo um tratamento diferenciado à Fazenda Pública, em prol da igualdade efetiva entre as partes.³⁹¹

Conforme salienta José Roberto de Moraes: “[...] há, quanto à previsão legal dessas prerrogativas, respeito e, principalmente, cumprimento ao princípio da isonomia constitucionalmente assegurado”.³⁹²

Dessa forma, esse poder-dever da Fazenda Pública de proteger o interesse público e de defender os interesses da coletividade, por si só, já coloca a Fazenda em condição diferenciada, justificando-se a criação, por lei, de prerrogativas que possibilitem garantir o equilíbrio entre as partes no plano processual.

Passaremos então, sem o objetivo de esgotar o tema, a abordar algumas dessas prerrogativas processuais e seus principais aspectos.

³⁹⁰ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.164.

³⁹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.412.

³⁹² MORAES, José Roberto. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: (Coords.) SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público**. A Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000., p.78.

5.2.1 A Fazenda Pública e a revelia

O artigo 344 do Código de Processo Civil de 2015 impõe àquele que não apresentar contestação o ônus de suportar os efeitos da revelia. Assim, a revelia nada mais é do que a ausência de apresentação de contestação pelo réu.

O fato de a parte requerida não contestar acarretará a presunção de veracidade das alegações afirmadas pelo autor. Esta presunção é apontada pela doutrina como o efeito material da revelia.

Além deste efeito, a revelia também enseja a produção de um efeito processual, previsto no artigo 346, do Código de Processo Civil de 2015, pelo qual os prazos processuais, quanto ao revel que não tiver advogado constituído nos autos, fluirão da data da publicação do ato no órgão oficial.

Prevê ainda o artigo 345 do Código de Processo Civil de 2015 que a revelia não produzirá o efeito material em quatro situações: (i) quando houver pluralidade de réus e um deles apresentar contestação, (ii) quando o litígio versar sobre direito indisponível, (iii) quando a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato, e (iv) quando as alegações de fato apontadas pela parte autora forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Interessa-nos neste estudo a segunda hipótese, segundo a qual a revelia não produzirá efeito material quando o litígio versar sobre direito indisponível.

Direitos indisponíveis, na definição de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, “[...] são os direitos que, por sua relevância, a lei impede o seu titular deles dispor [...]”.³⁹³ A doutrina e a jurisprudência elencam como direitos indisponíveis as ações envolvendo estado e capacidade das pessoas e as ações ajuizadas em face da Fazenda Pública (por atuar em defesa do interesse público).

Nesse sentido lembra Cândido Rangel Dinamarco:

[...] Consideram-se fora das presunções *ex arts. 341 a 344* do Código de Processo Civil, em razão da *natureza não patrimonial* dos direitos em causa, os fatos relativos a litígios envolvendo estado e capacidade das pessoas, como a ação de anulação de casamento, a de separação judicial ou divórcio etc. Em razão da natureza pública da relação jurídica litigiosa, prevalece na jurisprudência a tese de que a Fazenda Pública não está sujeita ao efeito da revelia nem à sanção estabelecida no artigo 341 do

³⁹³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.145.

Código de Processo Civil. Esse Código não faz ressalva alguma com referência à Fazenda, tanto quanto o anterior, que também nada dizia a respeito. Mas o Código vigente estabelece que “o ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial” (artigo 341, par.).³⁹⁴

A norma processual que afasta o efeito material da revelia em demandas promovidas contra a Fazenda Pública, o faz em observância aos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, visando proteger o patrimônio público e os interesses da coletividade. Esta prerrogativa justifica-se em razão da natureza dos direitos e bens tutelados pela Fazenda Pública. Não se trata de direito privado do qual seu titular tem total liberdade para dispor, mas de direitos e interesses que, em última análise, são de todos os cidadãos.

Sobre a indisponibilidade do direito defendido pela Fazenda Pública, sustenta Leonardo Carneiro da Cunha:

O direito da Fazenda Pública é indisponível, devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu *onus probandi* [...].³⁹⁵

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.622. Já para Arruda Alvim: “[...] como regra geral, incidirá o inciso II do artigo 345 do Código de Processo Civil de 2015 quando se tratar de ação movida contra pessoa jurídica de direito público, por entender-se que estas atuam em defesa do interesse público; não, porém, quando o interesse versado for disponível, meramente patrimonial. Não se confunde o interesse econômico da administração com o interesse público” (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.793). Ainda sobre a possibilidade de aplicação do efeito material da revelia às causas propostas em face da Fazenda Pública, José Miguel Garcia Medina ressalta: “[...] Admitiu-se a incidência dos efeitos da revelia contra o Estado, contudo, em relação a litígio que versava sobre contratos de direito privado: “Incidem os efeitos materiais da revelia contra o Poder Público na hipótese em que, devidamente citado, deixa de contestar o pedido do autor, sempre que estiver em litígio uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública, e não um contrato genuinamente administrativo. Segundo os artigos 319 e 320, II, ambos do CPC [de 1973, correspondentes aos arts. 344 e 345, II, do CPC/2015] se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, não induzindo a revelia esse efeito se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. A Administração Pública celebra não só contratos regidos pelo direito público (contratos administrativos), mas também contratos de direito privado em que não se faz presente a superioridade do Poder Público frente ao particular (contratos da administração), embora em ambos o móvel da contratação seja o interesse público. A supremacia do interesse público ou sua indisponibilidade não justifica que a Administração não cumpra suas obrigações contratuais, e, quando judicializadas, não conteste a ação sem que lhe sejam atribuídos os ônus ordinários de sua inércia, não sendo possível afastar os efeitos materiais da revelia sempre que estiver em debate contrato regido predominantemente pelo direito privado, situação na qual a Administração ocupa o mesmo degrau do outro contratante, sob pena de se permitir que a superioridade no âmbito processual acabe por desnaturar a própria relação jurídica contratual firmada. A inadimplência contratual do Estado atende apenas a uma ilegítima e deformada feição do interesse público secundário de conferir benefícios à Administração em detrimento dos interesses não menos legítimos dos particulares, circunstância não tutelada pela limitação dos efeitos da revelia prevista no artigo 320, II, do CPC [de 1973, correspondente ao artigo 345, II, do CPC/2015]” (STJ, REsp 1.084745/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06-11-2012).” (MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.616-617). Ainda nesse sentido: “Não é correta a afirmação de que sejam indisponíveis todos os direitos e interesses do Estado. Quando se trata de litígios em torno de bens dominicais, sobre os quais este exerce direito de propriedade (e tal é o dinheiro), não há indisponibilidade alguma e o correto é aplicar as sanções que o Código de Processo Civil destina aos réus inativos; isso não acontece com os litígios envolvendo bens de uso comum, que são indisponíveis. Mas a jurisprudência privilegia sistematicamente essa superparte que é o Estado, deixando-o sempre fora do alcance do efeito da revelia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.622).

³⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.96

Ademais, por força do princípio da supremacia do interesse público, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, o que impõe ao autor de eventual demanda promovida em face da Fazenda Pública o ônus de elidir a citada presunção. É o que sublinha Leonardo Carneiro da Cunha:

a revelia, por si só, não tem o condão de afastar a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Daí a necessidade de haver prova a ser produzida pelo autor, mesmo que a Fazenda Pública ostente a condição de revel.³⁹⁶

Destarte, a exceção prevista pelo Código de Processo Civil de 2015, de que mesmo sendo revel, à Fazenda Pública (por defender direitos indisponíveis) não se aplica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, constitui uma relevante prerrogativa processual concedida ao Poder Público.

5.2.2 Da remessa necessária

Outra importante prerrogativa processual prevista para a Fazenda Pública é a remessa necessária, conforme indica Eduardo Arruda Alvim:

[...] justifica-se perfeitamente a preocupação do legislador no sentido de que a decisão de mérito proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das respectivas autarquias e fundações de direito público, a qual tende a ter a parte dispositiva recoberta pela autoridade da coisa julgada material (já que a incidência do inciso I do artigo 496 pressupõe que se trate de decisão de mérito), submeta-se à remessa necessária.³⁹⁷

Não se trata de inovação do Código de Processo Civil de 2015, que apenas alterou a nomenclatura do instituto.

A remessa necessária, já denominada de reexame necessário e de recurso de ofício, já estava prevista no Código de Processo Civil de 1939, o qual trazia a possibilidade de interposição de recurso de apelação “voluntária” ou “necessária ou *ex officio*” em face das sentenças definitivas. No Código de Processo Civil de 1939 havia previsão para a apelação *ex officio* das sentenças de nulidade do casamento, das sentenças homologatórias de desquite amigável e das sentenças proferidas contra a União, os Estados e os Municípios.³⁹⁸

³⁹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.97.

³⁹⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.415-416.

³⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.179.

No Código de Processo Civil de 1973, originalmente, o artigo 475 previa a necessidade de reexame pelo tribunal da sentença que anulasse o casamento, da sentença proferida contra União, Estados e Municípios e da sentença que julgasse improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Após a reforma trazida pela Lei n. 10.352/2001 foi revogada a possibilidade de reexame necessário da sentença que anulasse o casamento. Com a alteração legislativa o reexame necessário também passou a ser admitido em face das sentenças proferidas contra o Distrito Federal, e contra as autarquias e fundações de direito público.

No Código de Processo Civil de 2015, o instituto passou a ser denominado de remessa necessária e ficou restrito a duas hipóteses (artigo 496): as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e as sentenças que julgarem procedentes, no todo ou em parte os embargos à execução fiscal.

Como outras prerrogativas processuais conferidas ao Poder Público, a remessa necessária também visa preservar o interesse e o patrimônio públicos, e não viola o princípio constitucional da isonomia, já que garante, ante a condição diferenciada da Fazenda, o equilíbrio entre as partes no plano processual. Nesse sentido assevera Jorge Tosta:

Há perfeita correlação lógica entre o reexame necessário e a finalidade protetiva do interesse público. No caso específico do Estado, a diferença de tratamento no âmbito processual justifica-se porque exercita uma atividade que o torna diferente dos outros sujeitos, qual seja, a defesa de interesses reputados pelo ordenamento constitucional como dignos de maior proteção.³⁹⁹

Parte da doutrina, entretanto, questiona a constitucionalidade da remessa necessária e critica sua manutenção pelo Código de Processo Civil de 2015⁴⁰⁰. Não

³⁹⁹ TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário no direito processual civil**. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p.140.

⁴⁰⁰ Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira: “Embora a situação ideal, em nosso entender, fosse a eliminação do reexame necessário do sistema, pois a sua existência nos parece ser mais um privilégio do que uma prerrogativa da Fazenda Pública, o certo é que a sua retirada do CPC de 2015 dificultaria em muito a aprovação desse diploma, razão pela qual ele foi mantido apenas com relação a duas hipóteses que envolvem diretamente o fisco: a) no caso de sentença contrária a Fazenda Pública em processo de accertamento; e, b) na sentença de procedência proferida em embargos à execução fiscal.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: tutela de conhecimento. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.405). No entendimento de Cassio Scarpinella Bueno: “trata-se de instituto de discutível constitucionalidade – que nem sequer constou no Anteprojeto do CPC de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid, que, em obra tão primorosa como corajosa, publicada pela Editora Saraiva em 1951, já criticava (e veementemente) a manutenção daquele instituto no direito processual civil brasileiro – que impede que sentenças proferidas em desfavor das

obstante tal posicionamento, fato é que o legislador optou por manter tal instituto no Código de Processo Civil de 2015.

Divergência há também na doutrina quanto à natureza jurídica da remessa necessária. Conforme indica Jorge Tosta, são “[...] diversas as teorias construídas para definir a natureza jurídica do reexame necessário [...]”: (i) teoria do reexame necessário como recurso; (ii) teoria do reexame necessário como impulso processual; (iii) teoria do reexame necessário como ato complexo; (iv) teoria do reexame necessário como condição de eficácia; e (vi) a posição adotada pelo próprio autor, de que o reexame necessário tem natureza jurídica de condição suspensiva *ex lege*.⁴⁰¹

Para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira trata-se de condição de eficácia da sentença⁴⁰², posição com a qual concordamos. Segundo os autores,

[...] o título executivo é exigível quando não está sujeito a um termo, a uma condição ou a qualquer outra limitação que impeça a produção da eficácia executiva, o que se coaduna com a posição supra, na medida em que o não atendimento a regra do reexame implicará o impedimento de que o título executivo (sentença) produza efeitos, caracterizando-se outra limitação que impede o livre exercício da atividade executiva.⁴⁰³

Em razão da natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, a falta de remessa dos autos ao tribunal pelo juiz da causa possibilita, inclusive, ao presidente do próprio tribunal avocá-la a qualquer momento (artigo 496, §1º, do Código de Processo Civil de 2015).

Isto se dá, pois, conforme justifica Araken de Assis,

pessoas de direito público surtam seus regulares efeitos antes de serem reanalisadas pelo Tribunal competente. E justamente porque se trata de instituto que trata somente de uma das partes do processo é que, na perspectiva da isonomia constitucional, sua constitucionalidade merece, sempre, e ainda mais, detida reflexão.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.461). Por fim, conforme ressaltam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “[...] no entanto – destaque-se – o STF jamais reputou tal instituto inconstitucional.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.464).

⁴⁰¹ TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário no direito processual civil**. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p.145-170.

⁴⁰² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.404. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.889.

⁴⁰³ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.404.

Enquanto o tribunal não empreende o reexame da sentença, haja ou não a ordem de remessa cogitada no artigo 496, §1º, primeira parte, o ato do juiz não produzirá os efeitos que lhe são próprios e, principalmente, não adquirirá a eficácia de coisa julgada (artigo 502).⁴⁰⁴

Com a remessa necessária toda a matéria, decidida ou não, será devolvida para reexame pelo tribunal; vedada, entretanto, a *reformatio in pejus*, no teor do enunciado da Súmula n. 45, do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰⁵

A remessa necessária, pela literalidade do artigo 496, do Código de Processo Civil, tem aplicação quando proferida sentença: (i) contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ou (ii) que julgar procedente, no todo ou em parte os embargos à execução fiscal.

Vê-se que o Código de Processo Civil de 2015 prevê o cabimento da remessa necessária apenas quando proferida sentença, sem qualquer menção à aplicação do instituto quando proferida decisão interlocutória. Não obstante a ausência de previsão expressa, não há como se afastar o cabimento de remessa necessária nos casos de decisão interlocutória de mérito.

Isto porque no caso de julgamento antecipado parcial de mérito (artigo 356, do Código de Processo Civil de 2015) será proferida decisão interlocutória em face da Fazenda Pública. Esta decisão, apesar de não ser considerada sentença pelo sistema processual, já que não põe fim à fase cognitiva do procedimento e nem extingue a execução (artigo 203, §1º), poderá ser executada de pronto, independentemente de caução, nos termos do §2º, do artigo 356; fazendo, inclusive, coisa julgada material (artigo 502).⁴⁰⁶

Assim, considerando que a decisão interlocutória parcial de mérito proferida em face da Fazenda Pública está apta a formação de coisa julgada material; e possuindo a remessa necessária natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, impedindo, assim, que a referida decisão transite em julgado e possa ser executada antes da revisão pelo Tribunal, esta decisão também deve estar sujeita à remessa necessária. É o que destaca Leonardo Carneiro da Cunha:

⁴⁰⁴ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p.1035. Nesse sentido é o enunciado da Súmula n. 423, do Supremo Tribunal Federal: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”

⁴⁰⁵ Pela possibilidade de *reformatio in pejus*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.892.

⁴⁰⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.186.

Mesmo não sendo sentença, estará sujeita à remessa necessária. Isso porque a ela se relaciona com as decisões de mérito proferidas contra a Fazenda Pública; a coisa julgada material somente pode ser produzida se houver remessa necessária. Se houve decisão de mérito contra o Poder Público, é preciso que haja seu reexame pelo tribunal respectivo; é preciso, enfim, que haja remessa necessária. Significa, então, que há remessa necessária de sentença, bem como da decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito.⁴⁰⁷

Não há dúvida, pelos motivos acima, quanto ao cabimento da remessa necessária em face de sentença que resolve o mérito e de decisões interlocutórias de mérito proferidas em face do Poder Público; relevante agora analisar se há possibilidade de remessa necessária diante de sentença que extingue o feito sem a resolução do mérito.

O artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015 não é expresso quanto a ser essencial para o reexame necessário a prolação de sentença de mérito em face da Fazenda Pública; entretanto, há entendimento jurisprudencial e doutrinário pela ausência de cabimento da remessa necessária às sentenças de extinção do processo sem resolução de mérito⁴⁰⁸, inclusive, nas hipóteses de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de verba honorária.

Araken de Assis faz uma importante crítica quanto à ausência de remessa necessária nas hipóteses de condenação do Poder Público ao pagamento de verba honorária, arbitrada em sentença em que não houve o julgamento do mérito:

é duvidoso que se deva impedir reexame do capítulo acessório da sucumbência no direito atual. O artigo 85, §§3º e 4º, adotou fixação percentualmente escalonada dos honorários advocatícios nas causas contra a Fazenda Pública, atendendo à reivindicação dos advogados, ao contrário da fixação por equidade do direito anterior, e a condenação, a esse título, pode alcançar valores expressivos.⁴⁰⁹

Dessa forma, acompanhando o posicionamento, entendemos que quando se tratar de sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, se houver condenação da Fazenda Pública ao pagamento das verbas sucumbenciais, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015, deverá ser admitida a remessa necessária.

⁴⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.186.

⁴⁰⁸ BRASIL. STJ, 2ª Turma, REsp 688931/PB, Rel. Min. Fanciuilli Neto, j.14-12-2004, DJ 25-04-2005; STJ, 6ª Turma, AgEg no Ag 481205/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11-04-2006, DJ 26-06-2006. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2016, p.890.

⁴⁰⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p.1032.

No que tange ao cabimento da remessa necessária quando proferida sentença de procedência, ainda que parcial, dos embargos à execução fiscal, restringe a doutrina a aplicação do dispositivo, apenas aos embargos opostos em execução fiscal, e não para os demais casos de embargos à execução. Entretanto, tem-se entendido que no caso de acolhimento da exceção de pré-executividade, seria aplicável a remessa necessária.⁴¹⁰

O Código de Processo Civil de 2015, nos §§3º e 4º, do artigo 496, prevê hipóteses que configuram exceções à aplicação da remessa necessária. Estas hipóteses tratam de limitações quantitativas e qualitativas ao reexame necessário.

Assim, nos termos dos dispositivos não haverá remessa necessária quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a mil salários-mínimos para a União (e para as suas respectivas autarquias e fundações de direito público); quinhentos salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal (e as suas respectivas autarquias e fundações de direito público) e os Municípios que constituam capitais dos Estados; e cem salários-mínimos para todos os demais Municípios (e suas respectivas autarquias e fundações de direito público). Nos termos da Súmula n. 490, do Superior Tribunal de Justiça, os limites de valor acima elencados somente se aplicam para as sentenças líquidas; as sentenças ilíquidas continuam submetidas ao reexame necessário.⁴¹¹

Igualmente não estará sujeita à remessa necessária, a sentença fundada em súmula de tribunal superior; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Respectivamente sobre os critérios quantitativos e qualitativos que limitam a incidência da remessa necessária, destacam Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

aqui se leva em conta que os montantes inferiores a esses valores não atendem ao princípio da utilidade [...] pois as despesas necessárias para efetivar uma cobrança de valor ínfimo são maiores do que esse valor que se

⁴¹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.190.

⁴¹¹ Nesse sentido: STJ, ARE 805533/MG. Rel. Min. Roberto Barroso, j.10-06-2014. DJE 25-06-2014; STJ. ARE 786888/RS. Rel. Min. Dias Toffoli, j.18-02-2014, DJE 21-02-2014.

obterá ao final, sendo inútil a prática da atividade jurisdicional. Da mesma forma, não por conta do valor, já que este pode ser superior aos limites acima apresentados, mas sim em razão da evidência do direito que deu ensejo ao julgamento (critério qualitativo), também não haverá reexame necessário [...].⁴¹²

A remessa necessária também está prevista em legislação esparsa, como por exemplo, na Lei do Mandado de Segurança (Lei n.12.016/2009) e na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965). Os critérios quantitativos e qualitativos elencados no Código de Processo Civil de 2015 não poderão ser aplicados à remessa necessária prevista na legislação extravagante, por força do princípio da especialidade.⁴¹³

Por fim, importante alteração foi trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, ao sujeitar a decisão proferida no procedimento monitório (quando a Fazenda Pública não apresenta embargos) à remessa necessária (ressalvadas as hipóteses previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015), para a formação de título executivo judicial em face da Fazenda Pública.

Leonardo Carneiro da Cunha, sobre o procedimento monitório, esclarece:

na ação monitória, o juiz, à vista da prova escrita apresentada pelo autor, expede mandado de pagamento ou de cumprimento da obrigação. Não sendo opostos os embargos pelo réu, aquela ordem de pagamento ou cumprimento da obrigação estabiliza-se.⁴¹⁴

Assim, se houver prova escrita da obrigação sem eficácia de título executivo, a parte poderá ingressar com ação monitória. Recebida a inicial e constatando o magistrado, em cognição sumária, a evidência do direito do autor, será deferida a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo-se ao réu prazo de 15 dias para cumprimento e pagamento de honorários advocatícios de 5% do valor atribuído à causa (artigos 700 e 701, do Código de Processo Civil de 2015). No mesmo prazo poderá o réu opor embargos (artigo 702). Não opostos embargos e não realizado o pagamento, estará constituído o título executivo judicial.

Na definição de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, a ação monitória é:

⁴¹² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.405-406.

⁴¹³ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p.1035.

⁴¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.489.

[...] a ação de procedimento especial de jurisdição contenciosa, composta de duas fases distintas, que tem por finalidade propiciar a execução direta de documento escrito sem eficácia executiva, caso não haja resistência por parte do sujeito passivo.⁴¹⁵

Há divergência na doutrina quanto à natureza jurídica da decisão que, na ausência de resistência do réu, constitui o título executivo judicial.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, trata-se de decisão interlocutória⁴¹⁶. Já para Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira trata-se de decisão interlocutória que, após a inércia do réu, passa a ter eficácia de sentença.⁴¹⁷

Muito se discutiu, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, acerca do cabimento da técnica monitória em face da Fazenda Pública. Doutrina e jurisprudência passaram a aceitar a possibilidade de ajuizar ação monitória contra o Poder Público. O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado da Súmula n. 339⁴¹⁸ para pacificar a questão.

Divergências, entretanto, persistiram acerca da necessidade ou não de se submeter o feito (caso não apresentados embargos pelo Poder Público) a reexame necessário. Sobre a necessidade de remessa necessária, já defendia Eduardo Talamini:

[...] se não houver cumprimento do mandado nem oposição de embargos pela Fazenda Pública, não será possível a automática e direta formação do título executivo judicial, como previsto literalmente na disciplina da monitória. Afinal, se no processo comum de conhecimento não se dá o efeito principal da revelia contra a Fazenda Pública; se a Fazenda Pública não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial, para que estes não se presumam verdadeiros; se não se concebe a confissão da Fazenda Pública – e assim por diante; enfim, se não se admitem essas decorrências no processo comum de conhecimento (n. 5, acima), não seria coerente, dentro do sistema, que se tolerasse contra a Fazenda

⁴¹⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.608.

⁴¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.467.

⁴¹⁷ Conforme ressaltam os autores: [...] a parte inicial do artigo 701, §2º, do CPC, ao se utilizar da expressão “constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade”, indica que a decisão interlocutória que recebeu a petição inicial e que determinou a expedição do mandado monitório passa automaticamente a ter eficácia de sentença, na medida em que acaba por se tornar pronunciamento emitido com fundamento no artigo 487, I (acolhimento do pedido), que põe fim à fase cognitiva do procedimento monitório. Daí a razão pela qual essa decisão transita em julgado e pode ser até mesmo impugnada mediante a interposição de ação rescisória, como consta do artigo 701, §3º, do CPC.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016, p.617).

⁴¹⁸ Súmula 339 do STJ – “É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública.”

consequência ainda mais grave da inércia do réu no procedimento monitorio: que é a automática formação de "título executivo".⁴¹⁹

Assim, visando encerrar qualquer discussão sobre o tema, o Código de Processo Civil de 2015 previu a possibilidade de ajuizamento de ação monitoria em face do Poder Público, ressaltando, também, a obrigatoriedade da remessa necessária para a formação do título executivo judicial, quando a Fazenda Pública não apresentar embargos à ação monitoria (artigo 701, §4º, do Código de Processo Civil de 2015).

Vê-se que o legislador optou por ampliar as hipóteses de remessa necessária também para o caso de ação monitoria proposta em face do Poder Público (ressalvadas, por certo, as situações previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015).

5.2.3 Da execução por quantia certa promovida contra o Poder Público e a submissão da Fazenda Pública ao regime de precatórios

A execução de pagar quantia certa promovida contra o Poder Público pode decorrer de título executivo judicial como de título executivo extrajudicial.

O Código de Processo Civil de 2015, encerrando discussão doutrinária e jurisprudencial existente na vigência do Código de Processo Civil de 1973, prevê a possibilidade de propositura de execução de título extrajudicial em face da Fazenda Pública.

Entretanto, a Lei estabelece procedimentos diferenciados para o cumprimento de sentença (fundado em título executivo judicial – artigos 534 e 535, do Código de Processo Civil de 2015) e para a execução de título extrajudicial (artigo 910 do Código de Processo Civil de 2015) promovidos em face do Poder Público.

Isto porque a Fazenda Pública está sujeita a um regime especial de pagamento previsto pela Constituição Federal de 1988. É necessário expedir precatório ou ofício requisitório de pequeno valor (RPV) para qualquer pagamento decorrente de condenação judicial.

Para Leonardo Carneiro da Cunha:

⁴¹⁹ TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). **Revista de Processo**, v.128, p.59-78, out. 2005. São Paulo: RT, 2005.

[...] sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito. Diante da peculiaridade e da situação da Fazenda Pública, a execução por quantia certa contra ela intentada contém regras próprias. Põe-se em relevo, no particular, a instrumentalidade do processo, a impor a adequação procedimental, na exata medida em que as exigências do direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam as regras processuais. Isso porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo Erário, merecendo tratamento específico a execução intentada contra as pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à sistemática do precatório.⁴²⁰

Este regramento próprio decorre diretamente da especial condição outorgada aos bens públicos, que lhes garante inalienabilidade e impenhorabilidade, impedindo a penhora e a expropriação desses bens para posterior alienação judicial visando satisfazer o crédito pleiteado em execução ou em cumprimento de sentença.

Conforme verificam Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti:

Na execução do julgado, por quantia certa, contra a Fazenda Pública, seus bens não se sujeitam a penhora nem a arresto, mas pode haver sequestro da importância devida se não for atendida a requisição do Poder Judiciário competente na ordem dos precatórios expedidos (CF, art. 100 e seus §§ e arts. 86 e 87, 97 e seus §§ do ADCT, na redação dada pelas ECs30/2000, 37/2002, 62/2009, 94/2016 e 99/2017 e CPC/2015, arts. 534 e 535 e seus §§).⁴²¹

Na fase de cumprimento de sentença, o Poder Público não é intimado para pagar o débito, como ocorre com os particulares, mas há intimação para apresentar impugnação (artigo 534, do Código de Processo Civil de 2015). Se não apresentada impugnação ou transitada em julgado a decisão de rejeição ou de inadmissão da impugnação apresentada, haverá expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (artigo 100 da Constituição Federal de 1988).

O mesmo ocorre na execução de título extrajudicial proposta em face da Fazenda Pública, com a diferença de que, nesse caso, o Poder Público será citado para opor embargos à execução (artigo 910 do Código de Processo Civil de 2015). A ausência de oposição de embargos ou o trânsito em julgado da decisão que os

⁴²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.331.

⁴²¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.908-909.

inadmitir ou os rejeitar também acarretará a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme rege o artigo 100 da Constituição Federal:

os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Assim, transitada em julgado a decisão que rejeita ou inadmite a impugnação ou os embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública, será expedido, por intermédio do presidente do tribunal, o precatório em favor do exequente.

Nesse caso, observa Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente. Determinada a expedição do precatório pelo juiz, deverá o cartório judicial providenciar sua autuação com cópia das principais peças dos autos originários, entre elas a certidão de trânsito em julgado (requisito relevante diante do §5º do artigo 100 da CF) e a referência à natureza do crédito, se alimentício ou não. Estando instruído e assinado pelo juiz, o precatório deverá ser encaminhado ao Presidente do respectivo tribunal, sendo ali registrado, autuado e distribuído. O Presidente do tribunal deverá inscrever o precatório e comunicar ao órgão competente para efetuar a ordem de despesa, a fim de que a Administração Pública passe a adotar as medidas necessárias e suficientes à abertura do crédito que irá liquidar a dívida mediante depósito bancário feito à disposição da presidência do tribunal.⁴²²

Os créditos alimentares (artigo 100, §1º, da Constituição Federal de 1988) também se submetem a expedição de precatório, mas serão enquadrados em rol próprio, conforme assevera Hélio do Valle Pereira:

a diferença é que, no particular, será formado rol específico de credores, que terão necessária prioridade de pagamento, ainda que haja outros precatórios mais antigos. De tal sorte, deverão existir duas relações de precatórios, por ordem cronológica – uma alimentar, outra comum.⁴²³

O §2, do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 prevê, ainda, que os créditos de natureza alimentícia cujos titulares sejam idosos, portadores de doença grave ou com deficiência serão pagos com preferência sobre os demais, até o valor

⁴²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.335.

⁴²³ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.428.

equivalente ao triplo da quantia fixada para as requisições de pequeno valor. O restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Com isso, conclui Leonardo Carneiro da Cunha:

Há, então, em primeiro lugar, os créditos alimentares de idosos e portadores de doenças graves, até o limite equivalente ao triplo do valor fixado para as requisições de pequeno valor [...]. Em segundo lugar, devem ser pagos os demais créditos alimentares, restando, por fim, os créditos não alimentares.⁴²⁴

Tratando-se de crédito de pequeno valor (até 40 salários mínimos para as condenações impostas aos Estados e ao Distrito Federal e até 30 salários mínimos aos Municípios, quando não houver lei específica do ente fixando o limite considerado de pequeno valor, não podendo tal limite ser inferior ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social – conforme artigo 87 do ADCT e artigo 100, §4º, da Constituição Federal), diversamente do que ocorre com o processamento dos precatórios (artigo 100, §3º, da Constituição Federal), após o trânsito em julgado da decisão de rejeição ou de inadmissão da impugnação ou dos embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública, por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, será determinado o pagamento da obrigação de pequeno valor no prazo de dois meses contados da entrega da requisição, mediante a realização pelo ente público de depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente (§3º, II, do artigo 535, do Código de Processo Civil de 2015).

Importante ressaltar que, por força de disposição constitucional (§§3º e 5º, do artigo 100 da Constituição Federal de 1988), tanto a expedição de precatório, como de requisição de pequeno valor dependem de sentença judicial transitada em julgado.

Observa-se, outrossim, que conforme previsto no artigo 2-B, da Lei n. 9.494/1997:

A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

⁴²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.358-359.

Não obstante tal dispositivo tem-se admitido o cumprimento provisório de sentença em face da Fazenda Pública, desde que o precatório ou o RPV sejam expedidos apenas após o trânsito em julgado da sentença, conforme explica Leonardo Carneiro da Cunha:

É possível o cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública. O artigo 100 da Constituição Federal exige, para a expedição de precatório (§5º) ou de RPV (§3º), o prévio trânsito em julgado. Isso, porém, não impede o cumprimento provisório da sentença contra a Fazenda Pública. O que não se permite é a expedição do precatório ou da RPV antes do trânsito em julgado, mas nada impede que já se ajuíze o cumprimento da sentença e se adiante o procedimento, aguardando-se, para a expedição do precatório ou da RPV, o trânsito em julgado.⁴²⁵

Destarte, não há como se afastar a necessidade de trânsito em julgado da sentença judicial para expedição de precatório ou de RPV.

Destacados relevantes aspectos da execução por quantia certa promovida contra o Poder Público e o regime de precatórios, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, passaremos a analisar o tratamento diferenciado previsto para a Fazenda Pública envolvendo a polêmica questão da tutela provisória requerida contra o Poder Público.

5.2.4 A tutela provisória e a Fazenda Pública

A possibilidade ou não de concessão de tutela provisória em face do Poder Público e a existência de eventuais restrições à sua aplicação sempre ensejaram muita polêmica na doutrina e na jurisprudência.

Não há como se afastar a existência de dispositivos na legislação brasileira que vedam e restringem a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública.

Destaque-se que ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 1º da Lei n. 9.494/1997 já estendia à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil de 1973, o quanto previsto em dispositivos das Leis n. 4.348/1964, n. 5.021/1966 e n. 8.437/1992⁴²⁶.

⁴²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.381.

⁴²⁶ A Lei n. 5.021/1966 dispunha sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil e a Lei n. 4.348/1964 estabelecia normas processuais relativas a mandado de segurança. Estas normas foram revogadas pela Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009). Já a Lei n. 8.437/1992 continua em vigor e trata da concessão de provimentos cautelares em face do Poder Público.

Não obstante já houvesse legislação extravagante sobre o tema, o Código de Processo Civil de 2015, reacendendo a questão polêmica, consignou expressamente em seu artigo 1.059, a aplicação à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública, do disposto nos artigos 1º a 4º, da Lei Federal n. 8.437/1992 e no artigo 7º, §2º, da Lei Federal n. 12.016/2009.

Primeiramente há que se delimitar a extensão do artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015. A aplicação dos dispositivos contidos no artigo refere-se não apenas às tutelas provisórias de urgência, como também à tutela provisória de evidência concedida em face do Poder Público.

Isto porque o artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 não faz qualquer ressalva à tutela de evidência, prevendo a aplicação das restrições impostas pelos dispositivos lá elencados de forma indiscriminada às tutelas provisórias.⁴²⁷

Passaremos agora a tratar dos dispositivos estendidos pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 às tutelas provisórias.

O artigo 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança) veda a concessão de medida liminar que tenha por objeto compensar créditos tributários, entregar mercadorias e bens provenientes do exterior, reclassificar ou equiparar servidores públicos e conceder aumento, extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Conforme verifica Leonardo Carneiro da Cunha:

Todas essas vedações são antigas no ordenamento jurídico brasileiro. A vedação à concessão de liminar que vise à liberação de bens e mercadorias de procedência estrangeira já constava da Lei 2.770/1956. Por sua vez, a restrição à concessão de liminares objetivando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens estava prevista nas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966.⁴²⁸

⁴²⁷ Em sentido contrário, destaca Casio Scarpinella Bueno: “Dadas as especificidades das remissões legislativas feitas por aquele dispositivo codificado, não há como querer alcançar as hipóteses em que a tutela provisória é concedida com fundamento na evidência. É que todos os casos vedados ou limitados pela Lei n. 8.437/1992 e pela Lei n. 12.016/2009 pressupõem urgência, que era, à época de sua edição, o único critério autorizador de tutelas cautelares e liminares em mandado de segurança. De outra parte, a evidência autorizadora das medidas previstas nos incisos do artigo 311 é reveladora, por si só, da pouca probabilidade de reversão da medida e, consequentemente, o afastamento dos costumes receios quanto a eventual irreversibilidade da medida”. (BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.67). Entretanto, conforme observa Eduardo Arruda Alvim: “Muito embora perspicaz tal interpretação, cremos que ela não deflui claramente do artigo 1.059 do CPC/2015, que é expresso ao fazer aplicar tais restrições à tutela provisória como gênero”. (ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.426).

⁴²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.299.

Destaca, outrossim, Rogerio Mollica:

[...] a vedação à concessão de liminares e antecipações de tutela nos casos de pagamento de vencimentos e vantagens aos servidores públicos se mostra explicável, pois tais verbas possuem natureza alimentar e no caso de reversão da decisão do Tribunal ou mesmo na sentença, os entes públicos não poderiam recuperar os valores já pagos.⁴²⁹

A Lei n. 8.437/1992, por sua vez, dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, repetindo em alguns de seus dispositivos restrições e vedações também previstas na Lei n. 12.016/2009 para a concessão de liminares contra o Poder Público em mandado de segurança.

O artigo 1º da Lei n. 8.437/1992 proíbe a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar e em outras ações de natureza cautelar ou preventiva, quando providências semelhantes forem legalmente vedadas na hipótese de liminar em mandado de segurança.

Ainda conforme o §1º do dispositivo, não cabe no juízo de primeiro grau a concessão de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal; ressalvando-se, entretanto, que esta restrição não se aplica na ação popular e na ação civil pública (§2º).

Veda, também, o artigo a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (§3º), ou que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários (§5º).

Exige-se, ademais, nos termos da Lei (artigo 1º, §4º) que nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, deva ser o respectivo representante judicial imediatamente intimado.

O artigo 2º da Lei n. 8.437/1992 prevê a necessidade de que, para a concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, seja previamente ouvido o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de 72 horas. Já o artigo 3º da Lei dispõe que o recurso voluntário ou a remessa necessária, interpostos contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

⁴²⁹ MOLLICA, Rogerio. A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.328.

As restrições e vedações à concessão de provimentos cautelares ou antecipatórios contra o Poder Público não se esgotam nas leis acima, não obstante somente tais normas tenham sido contempladas pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015.

A Lei n. 8.036/1990, por exemplo, em seu artigo 29-B (não indicado no artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015) estabelece o não cabimento de tutela antecipada e de medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar e em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Em síntese, conforme destaca Leonardo Carneiro da Cunha, não há possibilidade de concessão de provimento de urgência contra a Fazenda Pública nas seguintes hipóteses:

- a) quando tiver por finalidade a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou de extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, artigo 7º, §2º). Nesse caso, além de ser vedada a antecipação da tutela, a sentença final somente poderá ser executada após o trânsito em julgado (Lei 12.016/2009, artigo 14, §3º), exatamente porque o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei 8.437/1992, artigo 3º);
- b) quando objetivar a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 12.016/2009, artigo 7º, §2º);
- c) toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei 8.437/1992, artigo 1º; Lei 12.016/2009, artigo 7º, §5º);
- d) quando impugnado, na primeira instância, ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei 8.437/1992, artigo 1º, §1º);
- e) quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/1992, artigo 1º, §3º);
- f) para compensação de créditos tributários ou previdenciários (Lei 8.437/1992, artigo 1º, §5º; Lei 12.016/2009, artigo 7º, §2º);
- g) para entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (Lei 12.016/2009, artigo 7º, §2º);
- h) para saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (Lei 8.036/1990, artigo 29-B).⁴³⁰

A constitucionalidade dos dispositivos é severamente questionada por parte da doutrina, que entende que qualquer restrição ou vedação à concessão de tutela provisória em face da Fazenda Pública violaria a garantia constitucional do acesso à justiça.

⁴³⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.300-301.

Abaixo, a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Restringir, como faz o artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, a “tutela provisória” é agredir frontalmente, o acesso à justiça garantido (expressamente) pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Não há espaço para o legislador desdizer ou limitar o que lá está garantido sem qualquer ressalva. É o próprio §1º do artigo 5º da Constituição Federal que dá estofamento suficiente a esta resposta. Mesmo nos casos em que as regras buscam menos que vedar, apenas limitar ou restringir sua concessão, há inconstitucionalidade pelas mesmas razões que acabei de expor.⁴³¹

No mesmo sentido posiciona-se Daniel Mitidiero:

o direito à tutela antecipada decorre expressamente do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e tem foro constitucional entre nós. Pensar de modo diverso importa grave ofensa à adequação da tutela jurisdicional e à paridade de armas no processo civil (arts. 5º, I, CF, e 7º, CPC), sobre admitir-se que, quando ré a Fazenda Pública em processo judicial, pouco interessa à ordem jurídica a lesão ou ameaça de lesão dos direitos dos particulares, lógica essa que é evidentemente contrária ao Estado Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) e preocupado com a efetiva tutela dos direitos (artigo 5º, XXXV, CF).⁴³²

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini ressaltam, ainda, que não se justifica qualquer limitação à tutela de urgência ou da evidência contra o Poder Público, sob pena de ofensa à isonomia:

Atualmente, não há mais dúvidas quanto ao cabimento da tutela provisória contra o Poder Público. As peculiaridades do regime da Fazenda Pública em juízo (prazos dobrados, reexame necessário, execução monetária por precatórios, etc.) não justificam nenhuma limitação à tutela da urgência ou da evidência. Considerando-se os fundamentos constitucionais indicados no início deste capítulo, seria ofensivo aos princípios da isonomia e do acesso à justiça, entre outros, negar o cabimento da tutela provisória.⁴³³

Não obstante estes respeitáveis posicionamentos, relevante observar que na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.4, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do artigo 1º, da Lei n. 9.494/1997, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.⁴³⁴

⁴³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.68.

⁴³² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p.192-193.

⁴³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.927.

⁴³⁴ “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO

Conforme observa Danilo Barth Pires:

Devemos então refutar a tese da inconstitucionalidade das restrições das tutelas provisórias concedidas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido entendemos suficiente repisar que o antes referido “microsistema legal” sobre as tutelas de urgência contra o Poder Público já teve a constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado. No julgamento da ADC 4, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.494/1997, que por sua vez faz referência à Lei 8.437/1992 de que trata o artigo 1.059 do Código de Processo Civil. Essa decisão em controle concentrado de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.⁴³⁵

Sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.4, destacam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira “[...] que esse reconhecimento de constitucionalidade se estende a toda a legislação atual sobre o tema acima exposto, cujo conteúdo continua o mesmo”.⁴³⁶

Entretanto, em que pese ter havido a citada declaração de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem restringindo sua aplicação, conforme relata Leonardo Carneiro da Cunha: “[...] diminuindo seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro”.⁴³⁷

CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI N. 9.494/97 (ARTIGO 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”. (Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 01-10-2008, DJe 30-10-2014).

⁴³⁵ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.161-162.

⁴³⁶ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.648.

⁴³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.301. Ainda conforme entendimento do STF: “Se a tutela antecipada não é concedida para impor pagamento de vantagem, mas tal pagamento será realizado como consequência da medida antecipatória, a hipótese não se encaixa na proibição do artigo 1º da Lei 9.494/1997, não havendo ofensa à decisão proferida na SDC 4. [...] A decisão concessiva de tutela antecipada que se apoie em entendimento consolidado no STF também não ofende o julgamento da ADC 4. Nesse caso, cumpre privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a

Sobre a questão, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira assim se posicionam:

O STF, frequentemente, tem salientado que essas vedações devem ser interpretadas restritivamente – colocando fora da vedação verbas previdenciárias (vide Rcl n. 902-4 SE e Rcl. n.1.603-SE e Súmula n.729, STF) e verbas ilegitimamente tomadas dos jurisdicionados, mas restituídas por medida provisória (cf. Rcl n. 2.726).⁴³⁸

Não se pode deixar de mencionar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI n.223-6/DF, no qual não fora reconhecida a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que restringiam a concessão de tutela de urgência contra a Fazenda Pública então previstos na Medida Provisória n.173; mas ressalvada a possibilidade de análise da constitucionalidade destes dispositivos diante do caso concreto, pela via difusa⁴³⁹.

É o que comentam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional. Se a Corte Suprema já firmou determinada orientação, deve a Administração Pública segui-la. E, se não o fizer, caberá tutela antecipada, mesmo nas hipóteses previstas no artigo 1º, da Lei 9.494, de 1997, não havendo afronta ao julgado proferido na ADC 4”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.302).

⁴³⁸ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.649. Leonardo Feres da Silva Ribeiro aponta os entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: “a) a decisão tomada em sede da ADC 4/DF – MC apresenta um limite objetivo, qual seja, está restrita às hipóteses taxativas do artigo 1º da Lei 9.494/1997; b) não há ofensa à ADC 4/DF – MC quando existe julgamento de mérito da controvérsia, seja contrário ou não à Fazenda Pública; c) a decisão proferida na ADC 4/DF – MC não alcança a tutela antecipada deferida em causas de natureza previdenciária, conforme Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal.” (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016, p.217).

⁴³⁹ “Ação direta de inconstitucionalidade contra a medida provisória 173, de 18-3-90, que veda a concessão de “medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 165, 167 e 168”: indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores. Sentido da inovadora alusão constitucional à plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase à função preventiva da jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário. Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisão de liminares do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada”. (ADI n. 223 MC, Rel. Min Paulo Brossard, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j.05-04-1990, DJ 29-06-1990).

Firmou-se o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos legais que ainda hoje limitam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público – de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implantá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que, no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.⁴⁴⁰

Visando contribuir com a discussão, Leonardo Carneiro da Cunha avalia:

Se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano, deverá, afastando-se a vedação legal, ser concedida a medida, em prol da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Não demonstrada a situação de excepcionalidade, impõe-se rejeitar o pedido de concessão de provimento de urgência, mercê das prescrições legais que impedem seu deferimento.⁴⁴¹

Analisando-se os dispositivos citados, não há dúvida de que o legislador pretendeu restringir a concessão de tutela provisória em face do Poder Público, o que, inclusive, fora reiterado nas Disposições Finais e Transitórias do Código de Processo Civil de 2015.

Ressaltamos que conforme exposto nos primeiros capítulos deste estudo, a tutela provisória (aqui contempladas as tutelas de urgência cautelar e antecipada e a tutela de evidência) impõe-se como medida apta, inserida no ordenamento jurídico, para propiciar a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional, evitando que o tempo do processo inviabilize a eficácia prática e o exercício do direito material pleiteado em juízo.

Destarte, negar indiscriminadamente a concessão de toda e qualquer tutela provisória em face da Fazenda Pública seria o mesmo que impedir o efetivo acesso à justiça (que também representa um fundamental interesse da coletividade consagrado por norma constitucional). Assim, plenamente aceitável a concessão de tutela provisória de urgência e de evidência em face do Poder Público⁴⁴².

Entretanto, a existência de dispositivos legais que restringem a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública não pode ser simplesmente ignorada, ainda mais ante a declaração de constitucionalidade reconhecida pelo Supremo

⁴⁴⁰ BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.650.

⁴⁴¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.305.

⁴⁴² Sobre a possibilidade de concessão de tutela de evidência contra a Fazenda Pública: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.320-321.

Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.04, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Não se olvide que a Fazenda Pública representa o interesse público, razão pela qual dispõe de certas prerrogativas justamente para poder proteger e concretizar os interesses e os bens da coletividade.

Logo, se estas restrições existem, elas devem ser respeitadas, a despeito de posicionamentos contrários; cabe, porém, ao magistrado analisar com cautela o caso concreto e, se entender que existe risco real de perecimento do direito do autor ou de providência que se não deferida poderá impedir de fato o acesso à justiça, a tutela provisória poderá ser concedida, afastando-se a norma restritiva de forma excepcional e fundamentada.

Por fim, há que se observar que as restrições impostas por lei à concessão de tutela provisória em face do Poder Público devem sempre ser interpretadas de forma restritiva.⁴⁴³

5.2.5 Pedido de suspensão de tutela provisória

A suspensão da liminar e a suspensão de segurança, previstas inicialmente apenas para os casos de mandado de segurança⁴⁴⁴, foram estendidas por força do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992 e do artigo 1º, da Lei n. 9.494/1997, respectivamente, às medidas cautelares e às providências antecipatórias concedidas em face da Fazenda Pública. Não bastasse a legislação extravagante listada e ainda em vigor, atualmente o pedido de suspensão também está contemplado pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, cuja aplicação fora dirigida às tutelas provisórias concedidas em face do Poder Público.⁴⁴⁵

Leonardo Carneiro da Cunha corrobora:

⁴⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.306.

⁴⁴⁴ Conforme explica Araken de Assis: "De acordo com o artigo 13 da Lei n. 191, de 06-01-1936 – primeiro diploma a regular o mandado de segurança – incumbiria ao presidente da Corte Suprema – então a designação do STF – tratando-se de ato da Justiça Federal, ou ao presidente da Corte de Apelação, cuidando-se de pronunciamento da Justiça Ordinária, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, "manter" a execução da liminar ou da sentença concessiva do *writ*, "para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública". Disposição similar, no conteúdo e na forma, constou do artigo 328 do CPC de 1939, e daí chegou ao artigo 13 da Lei 1.533/1951, e, hoje, consta do artigo 15 da Lei 12.016/2009". (ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p.1046).

⁴⁴⁵ Em razão do objeto do presente trabalho, nos ateremos aos principais aspectos do pedido de suspensão previsto no artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992, e aplicável às tutelas provisórias concedidas em face da Fazenda Pública também por força do artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015.

[...] o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático. Daí se pode dizer que, hoje em dia, há a suspensão de liminar, a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelar, a suspensão de tutela antecipada e assim por diante.⁴⁴⁶

Para Araken de Assis, trata-se de sucedâneo recursal⁴⁴⁷. Já para Marcelo Abelha Rodrigues, o pedido de suspensão tem natureza jurídica de incidente processual⁴⁴⁸. Leonardo Carneiro da Cunha entende tratar-se de ação cautelar específica.⁴⁴⁹

Entendemos que o pedido de suspensão não tem natureza recursal. Isto porque, o pedido de suspensão não visa anular, cassar ou reformar a decisão proferida, mas apenas suspender sua execução em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e quando tal ato possa acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.⁴⁵⁰

É com base nesse pensamento a ponderação de Marcelo Abelha Rodrigues:

[...] no recurso há um inconformismo contra uma decisão, supostamente eivada de erro de atividade ou erro de julgamento. No pedido de suspensão não se verifica erro ou acerto do juiz, mas apenas se suspende a eficácia da decisão porque a mesma é potencialmente causadora de dano ao interesse público, nas hipóteses arroladas pelo legislador.⁴⁵¹

Nesse sentido prevê o artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992, ao dispor que em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada pleitear ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento dos recursos cabíveis, suspender a execução da liminar nas ações movidas em face da Fazenda Pública.

⁴⁴⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.603.

⁴⁴⁷ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p.1047-1048.

⁴⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p.92-98.

⁴⁴⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.606.

⁴⁵⁰ Para Teori Albino Zavascki: “[...] é indispensável a demonstração de que a execução da medida antecipatória (a) seja manifestamente contrária a interesse público ou seja de flagrante ilegitimidade e, mais, (b) que cause grave lesão à ordem, ou à saúde, ou à segurança ou à economia públicas. São dois, portanto, os requisitos a serem atendidos cumulativamente: primeiro, o manifesto interesse público ou a flagrante ilegitimidade; segundo, a iminência de grave lesão.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.211)

⁴⁵¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. A suspensão de segurança. In: (Coords.) SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003, p.152-153.

Assim esclarece Leonardo Carneiro da Cunha em sua doutrina:

Objetiva-se, com o pedido de suspensão, sobrestar o cumprimento da liminar ou da ordem concedida, subtraindo seus efeitos, com o que se desobriga a Fazenda Pública do cumprimento da medida.⁴⁵²

Eduardo Arruda Alvim ainda aponta que no pedido de suspensão, na visão dos tribunais, não se revela necessário discutir a legalidade da decisão proferida, bastando demonstrar um dos motivos políticos elencados em lei:

[...] segundo se tem decidido, não seria preciso – mais do que isso, seria verdadeiramente impróprio – discutir a legalidade da decisão cuja suspensão se almeja. Bastaria a invocação dos motivos políticos elencados no artigo 4º da Lei n. 8.437/1992 para suspensão da eficácia da decisão (da mesma forma tem sido interpretado o artigo 15 da Lei n.12.016/2009, relativamente à suspensão da liminar ou da sentença no mandado de segurança).⁴⁵³

No mesmo sentido reconhece Cassio Scarpinella Bueno, entretanto, criticando a interpretação adotada pela jurisprudência:

Prevalece o entendimento, largamente difundido na jurisprudência, e não raro aplaudido pela doutrina, que o julgamento da suspensão leva em consideração aspectos mais políticos e/ou administrativos que jurídicos. Nela não se examina se o magistrado, ao conceder a tutela provisória em desfavor do Poder Público, errou ou acertou, se ele avaliou adequada ou inadequadamente os pressupostos autorizadores de sua concessão. Avalia-se, em primeiro plano, de que maneira aquela decisão (mais precisamente seus efeitos concretos) são inconvenientes à ordem administrativa. Em um Estado Constitucional, a sugerida distinção entre o campo da legalidade e da atuação administrativa não faz nenhum sentido. Não consta haver nada a ser protegido pelo Poder Judiciário à margem do ordenamento jurídico.⁴⁵⁴

O pedido de suspensão também é cabível na ação popular e na ação civil pública, enquanto não houver trânsito em julgado (§1º, do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992). Conforme §6º do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida em face do Poder Público não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão apresentado pela Fazenda Pública.

Por outro lado, conforme assinala Leonardo Carneiro da Cunha, a concessão do pedido de suspensão prejudica a análise do pedido de efeito

⁴⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.601.

⁴⁵³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.428-429.

⁴⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.65-66.

suspensivo formulado em eventual agravo de instrumento também interposto pelo Poder Público, mas não impede seu julgamento pelo tribunal. Assim, provido ou improvido o recurso, a decisão não interferirá no caso de acolhimento do pedido de suspensão. Entretanto, se rejeitado o pedido de suspensão, a decisão não se sobrepõe a eventual provimento do agravo de instrumento interposto.⁴⁵⁵

Prevê, ainda, o §2º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992 que o presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em 72 horas. Apesar de o dispositivo facultar ao presidente do tribunal a oitiva do autor e do Ministério Público, entendemos que pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, garantido constitucionalmente, deverá ser dada oportunidade ao autor para se manifestar no pedido de suspensão. A oitiva do Ministério Público é necessária como fiscal da lei, principalmente já que o pedido de suspensão se fundamenta justamente em razão do interesse público envolvido.

Nesse ponto esclarece Marcelo Abelha Rodrigues:

Nenhuma lei poderá usurpar o direito do contraditório, e muito menos as que cuidam do incidente de suspensão de execução, requerido ao presidente do tribunal. Assim, não existe a faculdade de se dar ou não o contraditório, uma vez que tal princípio é cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV, da CF/88), ínsita aos direitos e garantias individuais e coletivas deles indissociável. [...] A participação do Ministério Público nesse incidente decorre de imperativo constitucional, estando *in re ipsa* o interesse público, que justifica a atuação do membro do *Parquet*.⁴⁵⁶

Nada impede, entretanto, que nos casos em que houver plausibilidade do direito invocado e urgência na concessão da medida, em juízo prévio, o presidente do tribunal conceda efeito suspensivo liminar ao pedido de suspensão (§7º, do artigo 4º, da Lei 8.437/1992), postergando o contraditório e a oitiva do Ministério Público. Nessa hipótese, entendemos que após a concessão de efeito suspensivo liminar, devam ser imediatamente ouvidos o autor e o Ministério Público.

Com o julgamento do pedido de suspensão, se ele for acolhido, terá apenas eficácia *ex nunc*, não atingindo os efeitos já consolidados da decisão que concedeu a tutela provisória contra a Fazenda Pública.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.618-619.

⁴⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p.239.

⁴⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.626-627.

Acolhido ou negado o pedido de suspensão pelo Presidente do Tribunal, as partes poderão interpor agravo interno (§3º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992).

Nesse sentido esclarece Cassio Scarpinella Bueno:

Contra o ato presidencial, do que concede ou do que nega o pedido, cabe agravo interno (artigo 4º, §3º, da Lei n. 8.437/1992), o que, na perspectiva do sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015, não traz novidade alguma diante do seu artigo 1.021. O prazo de interposição daquele recurso – o referido §3º reserva, para a iniciativa, o prazo de cinco dias – passa, de qualquer sorte, a ser de quinze dias úteis diante do disposto no artigo 1.070 do CPC de 2015.⁴⁵⁸

Preveem, ainda, os §§4º e 5º da Lei n. 8.437/1992, o cabimento do pedido de suspensão, só que dirigido ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (caso se trate de violação à legislação federal ou à Constituição Federal), se do julgamento do agravo interno resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender.

Também poderá ser apresentado pedido de suspensão aos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal se o agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública for improvido pelo tribunal de origem.

Por força do §8º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992 o Presidente do Tribunal pode estender os efeitos da suspensão a outras liminares com objeto idêntico e a liminares supervenientes, mediante aditamento do pedido original.

É o que postula Leonardo Carneiro da Cunha:

A regra atende à economia processual, permitindo que, numa única decisão, o presidente do tribunal suspenda, a um só tempo, várias liminares que tenham idêntico objeto, podendo-se, ainda, estender a suspensão já deferida a novas liminares que venham a ser concedidas posteriormente. É regra, na verdade, que se relaciona com as demandas repetitivas.⁴⁵⁹

Não há prazo previsto em lei para formular pedido de suspensão. Por outro lado, o §9º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992 prevê que a suspensão deferida pelo presidente do tribunal terá vigência até o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida na ação principal.

Leonardo Carneiro da Cunha ainda destaca:

⁴⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.65.

⁴⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.632.

O que se verifica é que a legislação atual optou por conferir ultratividade ao provimento do presidente do tribunal que suspende os efeitos de provimento de urgência. Realmente, deferido o pedido de suspensão, sua vigência estende-se até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser proferida na ação principal, não sendo atingido pela superveniência de sentença ou de outra decisão que confirme a liminar ou o provimento de urgência anteriormente concedido.⁴⁶⁰

Eduardo Arruda Alvim, por sua vez, critica o dispositivo, ao observar que a sentença proferida na ação principal acabaria por absorver a decisão que concedeu a tutela provisória, o que impediria que o pedido de suspensão deferido pelo presidente do tribunal perdurasse até o trânsito em julgado:

De fato, partindo-se do pressuposto – que nos parece altamente criticável, seja permitido que enfatizemos – de que a suspensão pode ser alcançada por motivos políticos (“apenas”, sem discutir a legalidade da decisão cuja eficácia se pretende seja suspensa), é compreensível a conclusão de que a suspensão deva perdurar até o trânsito em julgado, pois não é a circunstância de sobrevir decisão definitiva que afasta os motivos políticos que terão conduzido à suspensão da decisão. De qualquer forma, esta última conclusão, como dissemos, também peca pela circunstância de que a tutela provisória, quando confirmada pela decisão de mérito, é “absorvida” por uma decisão proferida após cognição exauriente, razão pela qual, dentro das regras de processo, parece-nos também inaceitável a conclusão de que a suspensão da liminar deva vigorar até o trânsito em julgado da sentença.⁴⁶¹

Cabe salientar, ainda, que caso a sentença proferida seja substituída por acórdão, não será mantido o pedido de suspensão concedido pelo presidente do tribunal. Nesse caso, caberá à Fazenda Pública formular novo pedido de suspensão ao presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; e uma vez concedida a suspensão, aí sim tal decisão terá vigência até o trânsito em julgado.⁴⁶²

Por fim, há que se analisar a constitucionalidade do instituto.

Cassio Scarpinella Bueno considera inconstitucional o pedido de suspensão de tutela provisória, tanto sob o aspecto formal⁴⁶³, quanto sob o aspecto

⁴⁶⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.623.

⁴⁶¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed São Paulo: Saraiva, 2017, p.435-436.

⁴⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.626.

⁴⁶³ “A inconstitucionalidade do “pedido de suspensão da tutela provisória”, a exemplo de seus antecessores, está não só no seu desenvolvimento formalmente inconstitucional (sete dos nove parágrafos do artigo 4º da Lei n. 8.437/1992 são fruto de medida provisória editada sem a necessária urgência e relevância constitucionalmente exigida pelo *caput* do artigo 62 da Constituição Federal), mas também porque não cabe à lei federal (ou medida provisória) estabelecer competência originária para os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais e nem para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça. Só a Constituição Federal – ou, já que não se trata de cláusula pétrea, eventual Emenda à Constituição – poderia fazê-lo nestes três últimos casos e só as Constituições dos Estados (ou eventuais Emendas Constitucionais) poderiam fazê-lo no primeiro.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In:

material por violação ao princípio da isonomia⁴⁶⁴, entretanto reconhece: “[...] a prática do foro demonstra o largo uso da medida, sendo raros – raríssimo, é esta a verdade – quaisquer casos em que sua constitucionalidade é colocada seriamente em xeque.”⁴⁶⁵

Com respeito à posição contrária, entendemos não se tratar de medida inconstitucional, vez que derivada diretamente do princípio da supremacia do interesse público, já abordado no presente estudo.

Nesse sentido pondera Marcelo Abelha Rodrigues:

Assim, retomando a questão da supremacia da Administração, e aplicando-a ao incidente de suspensão de execução de decisão judicial, vemos que ela deverá continuar a existir, pois é dever do Estado por via de seus entes de direito público e do próprio Ministério Público como um dos responsáveis na tutela desses direitos, a busca da obediência às normas relativas aos interesses mencionados nos dispositivos legais que cuidam do incidente de suspensão de execução de decisão judicial, já que são de interesse social e de ordem pública.⁴⁶⁶

Não se pode deixar de considerar que a Fazenda Pública busca defender e proteger os interesses e os bens da coletividade. Ora, se determinada decisão poderá acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é dever do Poder Público impedir que tal ameaça se concretize.

Ainda conforme destaca Marcelo Abelha Rodrigues:

[...] é o próprio texto constitucional que assegura a constitucionalidade do incidente de suspensão de execução de decisão, seja quando assegura a proteção aos direitos individuais e coletivos, seja quando se protegem os direitos sociais do artigo 6º, quando se prevê a ampla defesa, e,

(Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.69).

⁴⁶⁴ “Há também outro argumento extremamente relevante para robustecer este entendimento: a medida, por dizer respeito a apenas uma parte do processo, viola o princípio da isonomia ao criar um verdadeiro sucedâneo recursal destinado à imunização do que é mais caro ao direito processual civil, ao menos na perspectiva neoconcretista, os efeitos das decisões jurisdicionais. Se, no histórico do direito brasileiro, medida como esta poderia se justificar à míngua de recursos aptos para evitar prejuízos aos interesses públicos, este dado não é verdadeiro desde o advento da Lei n. 9.139/1995, que generalizou a possibilidade de efeito suspensivo *ope judicis* nos recursos, a começar pelo agravo de instrumento. O recurso interponível das decisões relativas às tutelas provisórias, o agravo de instrumento – e o inciso I do artigo 1.015 do CPC de 2015 evidencia seu cabimento –, processa-se de imediato perante o Tribunal competente e, consoante seja o caso, tem aptidão de sustar, também de pronto, os efeitos da decisão agravada (artigo 1.019, I). Não há, também nessa perspectiva, da viabilidade de escorreito e tempestivo controle jurídico da decisão proferida contra o Poder Público, espaço para o pedido de suspensão no CPC de 2015.” (BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.69-70).

⁴⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art.273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.70.

⁴⁶⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p.105.

principalmente, quando se protege o “direito” contra a ameaça de lesão, que, no caso, é o que ocorre.⁴⁶⁷

Assim, não há como negar tal prerrogativa ao Poder Público, vez que prevista em lei extravagante e reiterada pelo Código de Processo Civil de 2015, como também em razão de seu fim maior que é proteger o interesse público, nos casos de flagrante ilegitimidade e de grave ameaça à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

5.3 A estabilização da tutela antecipada antecedente e as implicações de sua incidência em face da Fazenda Pública

Analisada nos primeiros capítulos desse trabalho, com certo grau de aprofundamento, a técnica da estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e destacados, nos tópicos anteriores deste capítulo, a condição especial da Fazenda Pública, além de algumas de suas importantes prerrogativas processuais, analisaremos agora o tema central do presente estudo: a possibilidade (ou não) da aplicação da estabilização em demandas ajuizadas contra a Fazenda Pública e a existência de eventuais limites à sua incidência.

Não se ignora a boa intenção do legislador ao inserir no Código de Processo Civil de 2015 a técnica da estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, já que visou proporcionar maior celeridade na resolução dos conflitos postos em juízo (resultado concretamente obtido em institutos semelhantes previstos nos sistemas processuais francês, italiano e português), de forma a ver garantida maior efetividade de acesso à justiça.

O procedimento da estabilização, inédito até então no sistema processual brasileiro, busca minimizar o tempo do processo, priorizando a celeridade e a efetividade em face da segurança jurídica, dispensando a análise aprofundada do mérito e deixando que as partes decidam sobre a conveniência ou não de se obter uma decisão de mérito, precedida de cognição exauriente.⁴⁶⁸

Esta técnica de abreviação do curso do processo de conhecimento, na qual se dispensa a análise aprofundada do mérito e faculta-se às partes a decisão

⁴⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000, p.108.

⁴⁶⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil**: parte geral. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015, p.639-640.

sobre a conveniência ou não de se obter uma decisão de mérito, aplica-se com satisfação às demandas judiciais instauradas entre particulares. Entretanto, o que se pretende com o estudo é, justamente, questionar se a técnica da estabilização, conforme disciplinada pelo Código de Processo Civil de 2015, é coerente e compatível com a condição especial do Poder Público e com as prerrogativas e regras processuais instituídas pela Constituição Federal, pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 e pela legislação esparsa à Fazenda Pública e indicadas nos tópicos precedentes.

Conforme já tratado no presente estudo, o Poder Público representa a coletividade, devendo sempre buscar o interesse público que as leis e a Constituição Federal elencaram como tal.

Ainda conforme destacado, a Fazenda Pública não está em posição de igualdade material com os particulares. Entre os particulares vigora o princípio da autonomia da vontade, sendo-lhes permitido fazer tudo o que a lei não proibir; o mesmo não ocorre com o Poder Público, que está constitucionalmente vinculado a fazer apenas o que a lei permite e nos estritos limites por ela impostos.

A Fazenda Pública, não se olvide, representa e protege interesses indisponíveis, em prol de toda a sociedade, o que lhe impõe restrições (decorrentes principalmente do princípio da legalidade) e lhe outorga prerrogativas (decorrentes do princípio da supremacia do interesse público).

Destarte, conforme avalia Danilo Barth Pires em obra que trata sobre a tutela provisória no direito processual tributário, o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 que trata da técnica da estabilização não pode ser interpretado de forma isolada quando em foco demanda promovida em face da Fazenda Pública, “[...] mas sim em consonância com os demais dispositivos do ordenamento jurídico, especialmente com os outros dispositivos do mesmo código e também da própria Constituição Federal [...]”.⁴⁶⁹

Ainda são escassos os julgados que analisam a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente concedida em face do Poder Público; também na doutrina são poucos os autores que se posicionam especificamente sobre a questão.

Entre os defensores da aplicação da técnica da estabilização para a Fazenda Pública, podemos citar Eduardo Arruda Alvim para quem:

⁴⁶⁹ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.166.

[...] é possível a estabilização da tutela provisória concedida contra a Fazenda Pública. [...] todos os dispositivos pertinentes à tutela provisória (Código de Processo Civil /2015, arts. 297 a 311) são plenamente aplicáveis à Fazenda Pública, compreendida ali a hipótese de autonomização da tutela provisória. Restringir os mecanismos de tutela provisória apenas a algumas pessoas, resguardando-se os entes públicos e suas entidades, significaria flagrante violação ao acesso efetivo à Justiça e ao devido processo legal. Aliás, como vimos, é perfeitamente cabível a estabilização da tutela que tenha por objetivo direitos indisponíveis. Assim, se a Fazenda Pública, devidamente intimada, não recorrer da decisão – devendo ser observado o prazo em dobro para tanto (CPC/2015, artigo 182) – é perfeitamente possível haja a estabilização dos efeitos.⁴⁷⁰

O Enunciado n. 582 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis também dispõe que cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, entende possível a estabilização em demanda proposta contra a Fazenda Pública, mas ressalva hipótese em que não haverá imutabilidade da estabilização para o Poder Público, mesmo após o decurso do prazo de dois anos estabelecido para a propositura da ação de revisão prevista no §2º, do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015:

⁴⁷⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.209-210. No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do artigo 304 do CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu (*secundum eventos defensionis*). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. PRAZO PARA CUMPRIMENTO E MULTA FIXADA. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prazo majorado para 30 dias e multa diária reduzida para R\$ 200,00, limitada a R\$ 60.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSP. AI n. 2129259-58.2016.8.26.0000. Rel. Des. José Maria Câmara Junior. j.28-09-2016, DJe 30-09-2016). Em julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, firmou-se o entendimento de que a expressão “recurso” deve ser interpretada de maneira extensiva para abranger toda forma de impugnação, especialmente nas causas que envolvam a Fazenda Pública, cujo interesse público é ínsito: “EMENTA: PROCESSO CIVIL – TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE – ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA – RECURSO PROVIDO. A ocorrência da estabilização da tutela faz com que a decisão que a concedeu passe a existir de forma autônoma e independente do processo, que será extinto sem sentença de cognição exauriente. O fato de a parte autora ter apresentado uma fundamentação mais completa na petição inicial, não restrita somente ao pedido antecipatório, não é apto a fazer com que a tutela requerida passe a ser incidente e o feito tenha que ser processado diretamente pelo rito comum. Os requisitos apontados no artigo 303, *caput* do CPC/15 são o mínimo necessário para que a ação seja processada pelo rito da tutela de urgência em caráter antecedente, não havendo vedação legal ao seu aditamento na própria petição inicial. Para a aplicação do artigo 304 do CPC/2015, a expressão ‘recurso’ deve ser interpretada de maneira extensiva, de sorte a abranger toda e qualquer forma de impugnação, mormente nas causas que envolvam a Fazenda Pública, cujo interesse público é ínsito. Interpretação diversa implicaria o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 304 do NCPC, pois a figura da coisa julgada está vinculada constitucionalmente à cognição exauriente, o que inócorre na apreciação da tutela antecipatória. Recurso ao qual se dá provimento” (TJMG. Apelação cível n.1.0372.16.002397-7/001. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Lílian Maciel Santos, j. 09-03-2017).

Tudo isso quer dizer que o regime que subordina a modificação ou invalidação dos efeitos concretos e processuais da tutela antecipada a uma ação de revisão proponível no prazo de dois anos deve ser aplicado de forma diferenciada em relação à Fazenda Pública. Só a tutela antecipada que supõe probabilidade de direito a partir da análise de questão de direito que não requer investigação de alegação de fato está integralmente subordinada ao regime da estabilização da tutela. Nesse caso, a não propositura de ação de revisão pela Fazenda Pública torna a tutela estabilizada insuscetível de rediscussão e mutação. Contudo, na hipótese em que a probabilidade do direito resulta da suposição de que as alegações de fato são prováveis, o regime da estabilização da tutela não é integralmente aplicável. A não interposição de agravo pela Fazenda Pública, qualquer que seja o caso, conduz à extinção do processo e a perdurabilidade dos efeitos da tutela antecipada até que seja proposta ação de revisão, mas a tutela antecipada baseada em fatos que não foram plenamente investigados – embora se torne estável diante da não interposição do agravo de instrumento – nunca se torna imutável em face da Fazenda Pública.⁴⁷¹

Existem, ainda, alguns autores, que entendem pelo cabimento da técnica da estabilização em face do Poder Público, mas afastam a possibilidade de estabilização em demandas promovidas contra a Fazenda Pública quando a posição jurídico-material atingida pela tutela antecipada tiver caráter indisponível. Assim defendem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

se a posição jurídico-material atingida pela tutela antecipada tem caráter indisponível, não parece possível que ela possa ser neutralizada, por tempo indeterminado (e talvez definitivamente) pelo fenômeno da estabilização. Imagine-se o caso em que se obtém tutela antecipada antecedente para sustar os efeitos do ato de exoneração de um servidor, por falta grave. Não seria razoável estabilizar-se a suspensão da eficácia de tal ato sem a cognição exauriente dos seus fundamentos de legitimidade. Então, esse é o único limite que talvez se possa estabelecer à incidência da estabilização: não de caráter subjetivo, pela simples presença da Administração Pública no polo passivo; mas objetivo, imposto pela especialidade do bem jurídico envolvido.⁴⁷²

Sobre a impossibilidade de estabilização no tocante a direitos indisponíveis, Heitor Vitor Mendonça Sica destaca:

[...] a técnica do julgamento antecipado é afastada quando, malgrado ausente a defesa do réu, o legislador ressalvou a aplicação dos efeitos da revelia (artigo 320 c/c artigo 324 do CPC de 1973 e artigos 345 e 348 do novo CPC). Penso que a mesma lógica deva pautar a aplicação da técnica da estabilização: se inaplicável o efeito da revelia – com todas as dificuldades inerentes à aplicação do artigo 320 do CPC de 1973, e que

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. v.279, p.225-243, maio, São Paulo: RT, 2018.

⁴⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.920-921. No mesmo sentido: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17.ed. São Paulo: RT, 2017, p.730.

persistirão à luz do artigo 345 do novo CPC – a estabilização não pode ocorrer.⁴⁷³

Leonardo Carneiro da Cunha, por outro lado, estende a impossibilidade de estabilização em face da Fazenda Pública para os casos em que a lei veda a tutela de urgência, como também quando for antecipada condenação judicial que acarrete a necessidade de imediata expedição de precatório ou RPV, em razão da necessidade de prévia coisa julgada.⁴⁷⁴

Não obstante concordemos com as limitações apontadas, entendemos que outras prerrogativas processuais previstas para a Fazenda Pública e já abordadas neste trabalho, impedem a estabilização.

Para Danilo Barth Pires, há impossibilidade de estabilização da tutela provisória no direito processual tributário, sob os seguintes fundamentos: (i) a decisão que suspende a exigibilidade do crédito tributário tem natureza cautelar, não sujeita, portanto, à estabilização; (ii) o STF já se posicionou pela constitucionalidade do “microssistema legal” sobre as tutelas de urgência contra o Poder Público, sendo evidente a existência de interesse público na manutenção da exigibilidade do crédito tributário, que não pode ser desconstituído por tutela provisória estabilizada; (iii) o regramento específico para as tutelas provisórias requeridas em face da Fazenda Pública impede a estabilização da tutela provisória no direito processual tributário; (iv) se a Lei n. 8.437/1992 prevê no §3º, do artigo 4º, que não poderá ser concedida tutela provisória que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, por certo também mostra-se incompatível a possibilidade de estabilização nessa hipótese; (v) a estabilização permitiria a disposição de direitos indisponíveis, em desacordo com o sistema processual vigente; (vi) a manutenção pelo Código de Processo Civil de 2015 da remessa necessária; e (vii) a necessidade de sentença transitada em julgado para expedição de precatório ou requisição de pequeno valor impede a estabilização.⁴⁷⁵

Partindo das premissas elencadas pelo autor, as quais se compatibilizam com o tema tratado neste estudo e com as quais concordamos, e considerando as prerrogativas processuais abordadas em tópicos anteriores, entendemos, com respeito aos posicionamentos contrários, que aceitar a estabilização da tutela

⁴⁷³ SICA, Heitor Vítor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.414-415.

⁴⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.315.

⁴⁷⁵ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.154-170.

antecipada antecedente concedida contra o Poder Público acarretaria verdadeira incoerência com as demais regras e prerrogativas processuais estabelecidas para a Fazenda Pública pela Constituição Federal de 1988, pela legislação esparsa e pelo próprio Código de Processo Civil de 2015.

Não bastasse o regime jurídico administrativo a que está sujeito o Poder Público, o qual prevê a indisponibilidade e a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, o Código de Processo Civil de 2015 (mantendo disposição do Código de Processo Civil de 1973), prevê expressa exceção quanto à aplicação do efeito material da revelia à Fazenda Pública. Isto porque, mesmo sendo revel, ao Poder Público (por defender direitos indisponíveis) não se aplica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Destarte, se não aplicável o efeito material da revelia à Fazenda Pública, por certo também vedada estará a estabilização⁴⁷⁶.

Na linha é o entendimento de Marco Antonio Rodrigues:

Diante desse mecanismo de obtenção de tutela antecipada e de sua possível estabilização, surge a dúvida se é possível manejá-lo em face das pessoas jurídicas de direito público. A resposta a tanto parece ser negativa. Recorde-se que a ausência de contestação a uma demanda leva, via de regra, à revelia, com seu consequente efeito de presunção de veracidade das afirmações autorais, na forma do artigo 344 do CPC. Ocorre que a Fazenda Pública não fica sujeita a tal efeito material, considerando que este não incide quando estiverem em jogo direitos indisponíveis, consoante prevê o artigo 345, II, do CPC. Por isso, admitir que, uma vez deferida a tutela antecipada antecedente em face do Poder Público, a falta de impugnação – por recurso ou outro meio – possa levar à estabilização e consequente extinção do processo é admitir indiretamente a produção de efeitos de veracidade às afirmativas do autor da demanda, em ofensa ao artigo 345, II, do CPC, bem como representando uma indireta disposição de direitos indisponíveis.⁴⁷⁷

Assim, sob esse primeiro aspecto, já se mostra incoerente permitir-se a estabilização em demandas propostas contra a Fazenda Pública.

Passaremos agora a analisar a remessa necessária e sua eventual influência na estabilização de tutela antecipada antecedente concedida em face do Poder Público.

A remessa necessária pela literalidade do artigo 496 do Código de Processo Civil tem aplicação quando proferida sentença: (i) contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as suas respectivas autarquias e

⁴⁷⁶ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.166-167.

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.109-110.

fundações de direito público, (ii) que julgar procedente, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê o cabimento da remessa necessária apenas quando proferida sentença⁴⁷⁸. Não obstante a ausência de previsão expressa, não há como se afastar o cabimento de remessa necessária também nos casos de decisão interlocutória de mérito.

Não há, realmente, no Código de Processo Civil de 2015 qualquer menção à aplicação do instituto quando proferida decisão interlocutória (que não analise o mérito); logo, a decisão que concede a tutela provisória não estaria sujeita à remessa necessária; até porque, em regra, tal decisão estaria sujeita a confirmação por uma decisão de mérito (precedida de cognição exauriente), essa sim sujeita ao reexame necessário.

Ocorre que, apesar de o Código de Processo Civil de 2015 prever que a decisão estabilizada que concedeu a tutela antecipada não faz coisa julgada material, estabelece que os efeitos estabilizados dessa decisão concessiva da tutela antecipada se tornarão imutáveis após dois anos sem a propositura da ação de revisão (§6º, do artigo 304). Esta imutabilidade decorrerá, portanto, de uma decisão interlocutória precedida de cognição sumária. Nesse caso, portanto, não haverá decisão de mérito, nem sujeição à remessa necessária.

Assim, no nosso entender, patente a incongruência criada pelo artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 quando tratar-se de demanda promovida em face da Fazenda Pública. Isto porque, se o próprio Código de Processo Civil de 2015 determina no artigo 496 que a sentença proferida contra o Poder Público (portanto, precedida de cognição exauriente e proferida em processo onde fora respeitado o contraditório e no qual houve a possibilidade de ampla instrução probatória) deverá ser submetida à remessa necessária para produzir seus regulares efeitos (ressalvadas as hipóteses previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de

⁴⁷⁸ Para Heitor Vitor Mendonça Sica, a decisão estabilizada não está sujeita à remessa necessária sob o argumento de que “[...] a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo artigo 203, §1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do artigo 304, §1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença, não pode ser considerada propriamente proferida “contra” a Fazenda Pública”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p.416). Para Leonardo Carneiro da Cunha: “Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.316).

Processo Civil de 2015), ao admitir-se a possibilidade de estabilização e, posteriormente, de eventual imutabilidade dos efeitos decorrentes de decisão concessiva de tutela antecipada antecedente (após o decurso do prazo de dois anos previsto no §5º, do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015), estar-se-ia permitindo regras mais flexíveis para uma decisão contra a Fazenda Pública precedida de cognição sumária do que para aquela proferida com cognição exauriente e apta, portanto, à formação de coisa julgada.

Não se ignora o posicionamento da doutrina de que a expressa previsão quanto à necessidade de remessa necessária no procedimento monitorio e a ausência dela nos dispositivos dedicados à técnica da estabilização indicariam a possibilidade de estabilização em face do Poder Público.

Nesse sentido defendem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

O CPC/2015 disciplinou o tema expressamente, no âmbito da ação monitoria. Adotou a segunda orientação – que dizima o efeito principal monitorio: se não houver embargos ao mandado, haverá reexame necessário (artigo 701, §4º, do CPC/2015). Logo, não se constituirá de pleno direito o título executivo. O Tribunal que seria competente para o recurso, de ofício, revisará a decisão concessiva da tutela monitoria. De todo modo, no âmbito da estabilização da tutela antecipada, nenhuma regra similar foi estabelecida – do que se pode extrair o reconhecimento de sua admissibilidade contra o Poder Público.⁴⁷⁹

Com respeito ao entendimento, não merece prosperar, primeiramente porque, conforme já destacado nesse estudo, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a ação monitoria, mesmo sem previsão expressa quanto à obrigatoriedade da remessa necessária, em razão de entendimento jurisprudencial, era submetida à revisão pelo tribunal (salvo as hipóteses em que a lei afastava a necessidade de reexame necessário). Este entendimento, inclusive, fora expressamente incorporado no Código de Processo Civil de 2015.

Dessa forma, se na monitoria que se exige documento escrito capaz de evidenciar a obrigação⁴⁸⁰, há previsão de remessa necessária, incoerente seria aceitar que decisão concessiva de tutela antecipada, fundada em escassa prova, e

⁴⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.920.

⁴⁸⁰ Conforme esclarecem Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Esta é, inclusive, uma diferença para o regime da ação monitoria. Lá, a inércia do réu transforma, por ficção legislativa, a decisão provisória em definitiva, automaticamente. Por isso, a decisão passa a ter aptidão para a coisa julgada e, conseqüentemente, ser objeto de ação rescisória (artigo 701, §3º, CPC). O regime da ação monitoria é muito mais rigoroso – o que se justifica, pois ela pressupõe prova escrita da obrigação”. (BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.626).

proferida sob cognição sumária se tornasse estável e eventualmente imutável, sem sujeição a qualquer revisão pelo tribunal, quando há expressa determinação para que as sentenças de mérito proferidas sob cognição exauriente, em feitos nos quais houve ampla instrução probatória e completo respeito ao contraditório e à ampla defesa, sejam submetidas à remessa necessária (ressalvadas, por certo, as hipóteses previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015).

Grande parte das decisões que concedem tutela antecipada em face da Fazenda Pública refere-se à obrigação de fazer, como por exemplo, concessão de vaga em creche, fornecimento de cirurgias, tratamentos e medicamentos, concessão de transporte, concessão de moradia, dentre outras. Sentenças sobre as matérias acima são consideradas decisões ilíquidas⁴⁸¹, não se sujeitando, portanto, às limitações previstas no §3º, do artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, por tal razão, aceitar pura e simplesmente a ocorrência da estabilização (e, inclusive, a possibilidade de imutabilidade de seus efeitos) em demandas promovidas contra a Fazenda Pública configuraria verdadeira burla à remessa necessária.

Bem pondera Danilo Barth Pires ao observar:

Repisamos que a interpretação isolada dos dispositivos deve ser afastada. Seguramente, as decisões interlocutórias não estão sujeitas à remessa necessária. Mas a estabilização será – ou deverá ser – reconhecida em sentença posterior à concessão da tutela provisória. Nos termos do Código de Processo Civil, é importante ressaltar que, com a estabilização da tutela

⁴⁸¹ Nesse sentido: “APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, CONSIDERADA INTERPOSTA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Direito da Criança e do Adolescente. Matrícula e permanência em escola de educação infantil. Direito fundamental assegurado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Pedido de majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. Acolhimento parcial do pleito Inobservância ao disposto no artigo 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil, vigente ao tempo da prolação da sentença. Recursos *ex officio* e de apelação do autor parcialmente providos, apenas para reformar a sentença no que tange ao valor fixado para a verba honorária. [...] Considero interposto o reexame necessário, à luz do inciso I e §§3º e 4º do artigo 496 do atual Código de Processo Civil (correspondente ao inciso I e §§2º e 3º do artigo 475 do revogado *Codex Processual Civil* de 1973) porque, independentemente do valor dado à causa, o pedido é ilíquido. [...]” (TJSP. Apelação n. 1021941-82.2015.8.26.0577. Des. Rel. Issa Ahmed. J. 04.12.2017); “Prestação sanitária – Reexame necessário – Tratamento cirúrgico à pessoa hipossuficiente – Transplante de enxerto ósseo e substituição de prótese – Requisitos objetivos e subjetivos à assistência terapêutica preenchidos – Garantia constitucional do pleno acesso à saúde – Direito de todos e dever do Estado, semântica que se exaure na própria literalidade do enunciado – Inteligência do artigo 196 e seguintes da Sexta Carta Republicana – Recurso interposto pela Municipalidade após o decurso do prazo legal. Aplicação do artigo 1.003, §5º do CPC/15. Inconformismo fazendário quanto ao arbitramento de honorários. Redução equitativa da verba honorária, consoante preceptivo do artigo 85, §8º, do CPC de 2015. Recurso da Municipalidade não conhecido, reexame necessário parcialmente provido e apelo fazendário provido”. (TJSP. Apelação n. 1005898-56.2016.8.26.0344. Des. Rel. Souza Meirelles, j.25-10-2017). No mesmo sentido são os enunciados da Súmula 490 do STJ: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas” e da Súmula 108 do TJSP: “A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01.”

provisória, o processo será extinto. Se a decisão que concede a tutela provisória é contrária à Fazenda Pública, assim também será a subsequente sentença que extingue o processo por ausência de recurso ou qualquer outro meio de impugnação. E definitivamente não há previsão de remessa necessária para tal caso. Tudo nos leva a crer que a estabilização da tutela provisória no Direito Processual Tributário não encontra compatibilidade com o instituto da remessa necessária e, também, por essa razão, não pode ser admitida.⁴⁸²

Destarte, patente a incongruência criada pelo Código de Processo Civil de 2015 ao prever a técnica da estabilização sem que tal instituto tenha sido compatibilizado com as prerrogativas já previamente estabelecidas ao Poder Público (por leis, que, ressalte-se, continuam em vigor), entre elas a remessa necessária (mantida pelo Código de Processo Civil de 2015 e, expressamente, estendida para o procedimento monitorio).

O Poder Público também está sujeito a um regime especial de pagamento previsto pela Constituição Federal: é necessária a expedição de precatório ou de ofício requisitório de pequeno valor (RPV) para qualquer pagamento decorrente de condenação judicial.

Por força de disposição constitucional (§§3º e 5º, do artigo 100), tanto a expedição de precatório, como de requisição de pequeno valor dependem de sentença judicial transitada em julgado.

Sobre a questão, Danilo Barth Pires salienta:

obviamente não se espera a interpretação de que o CPC possa excepcionar o artigo 100 e parágrafos da CF ou ainda o artigo 156, X, do CTN. Ou seja, admitir que lei federal tenha o condão de revogar norma constitucional ou lei complementar. É sem dúvida mais uma incompatibilidade da estabilização da tutela provisória contra a Fazenda Pública com outras disposições do nosso ordenamento jurídico.⁴⁸³

⁴⁸² PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.168. Há posição na doutrina que entende pela sujeição da decisão concessiva da tutela provisória à remessa necessária para que haja a estabilização. Nesse sentido: “Quando o réu for a Fazenda Pública, a exigência do reexame necessário (artigo 496) se restringe às sentenças de procedência em seu desfavor. Pois bem, a decisão que estabiliza os efeitos da tutela é uma sentença, ainda que terminativa (artigo 304, §1º), e, na essência, se dá contra o ente fazendário. Assim, embora parcela da doutrina conclua justamente no sentido oposto, uma interpretação teleológica do instituto do duplo grau obrigatório leva a estender sua aplicabilidade à decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Tutela antecipada antecedente e sua estabilização: um panorama das principais questões controvertidas. **Revista de Processo**. v.278, p.215-233, abr. 2018. São Paulo: RT, 2018).

⁴⁸³ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.170. No mesmo sentido: “Embora a Lei 8.437/1992 não represente empecilho à antecipação da tutela, a execução provisória da medida antecipada não poderá fugir à sistemática dos precatórios, tratando-se de pagamentos de soma em dinheiro. Em razão dos precatórios, entendemos que a tutela não se estabilize.” (BUIKA, Heloisa Leonor. A ambiguidade da estabilização dos efeitos da tutela antecipada e a coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, v.267, p.289-315, maio, São Paulo: RT, 2017).

Dessa forma, entendemos que a estabilização em face da Fazenda Pública revela-se incompatível com o regime especial de pagamento estabelecido pela Constituição Federal de 1988 para o Poder Público.

No que tange às restrições e vedações previstas para a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, constantes de leis esparsas, e reiteradas nas Disposições Finais e Transitórias do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 1.059), estes dispositivos também se colocam como impedimento para a estabilização.

Primeiramente, porque, a existência de regramento que restringe a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública não pode ser simplesmente ignorada, especialmente ante a declaração de constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 04, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Ademais, deve-se considerar que a Fazenda Pública representa o interesse público, razão pela qual dispõe de certas prerrogativas justamente para poder concretizar e proteger os interesses e os bens da coletividade.

Não obstante já tenhamos nos manifestado no sentido de que negar indiscriminadamente a concessão de toda e qualquer tutela provisória em face da Fazenda Pública seria o mesmo que impedir o efetivo acesso à justiça; de forma que se permita ao magistrado analisar com cautela o caso concreto para que, se entender pela existência de risco real de o direito do autor perecer ou de providência que se indeferida poderá acarretar impedimento de acesso à justiça, a tutela provisória possa ser concedida, afastando-se a norma restritiva de forma excepcional e fundamentada. A mesma posição não pode ser aplicada à técnica da estabilização.

Isto porque, não há como permitir que as restrições e vedações impostas pela legislação para a concessão de tutela provisória em face da Fazenda Pública possam ter seus efeitos estabilizados, e até mesmo, eventualmente imutabilizados, quando não poderiam sequer ter sido concedidos por decisão precedida de cognição sumária⁴⁸⁴.

O artigo 1º, §3º, da Lei n. 8.437/1992, expressamente contemplado pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que não será concedida tutela provisória contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em

⁴⁸⁴ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.164.

parte, o objeto da ação. Conforme aponta Danilo Barth Pires: “se, como acima referido, não é possível conceder a tutela provisória que esgote o objeto da ação, também não será possível estabilizar a tutela provisória contra a Fazenda Pública”.⁴⁸⁵

Merecem, ainda, ser analisadas a possibilidade de formulação de pedido de suspensão de tutela provisória e as implicações de sua apresentação ao presidente do tribunal no caso de decisão concessiva da tutela antecipada antecedente em face do Poder Público.

Conforme exposto, o pedido de suspensão está previsto no artigo 4º da Lei n. 8.437/1992, dispositivo cuja aplicação fora estendida pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil de 2015 às tutelas provisórias concedidas em face do Poder Público.

O pedido de suspensão não tem natureza recursal e visa suspender a execução da decisão concessiva da tutela provisória em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e quando tal ato possa acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Tal pedido pode ser formulado pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público, e não depende de prévia interposição de agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela provisória (§6º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992).

Ressalte-se, ademais, que não há prazo previsto em lei para se formular pedido de suspensão, assim como o §9º, do artigo 4º, da Lei n. 8.437/1992 prevê que a suspensão deferida pelo presidente do tribunal terá vigência até o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida na ação principal.

O pedido de suspensão não visa anular, cassar ou reformar a decisão proferida, mas apenas suspender a sua execução em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e quando tal ato possa acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Trata-se, portanto, de medida prevista em lei esparsa e contemplada pelo Código de Processo Civil de 2015, que deve ser aplicada à Fazenda Pública em razão do princípio da especialidade⁴⁸⁶ (não há como admitir que norma geral – artigo

⁴⁸⁵ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.166.

⁴⁸⁶ Conforme explica Maria Helena Diniz, o critério: “[...] de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), que visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma

304 do Código de Processo Civil de 2015 – se sobreponha à norma especial – artigo 4º da Lei n. 8.437/1992 c/c artigo 1.059, do Código de Processo Civil de 2015).

Assim, ainda que a Fazenda Pública não tenha interposto recurso em face da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, não há como se afastar, nos casos de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a apresentação de pedido de suspensão pelo Poder Público ou pelo Ministério Público, que caso seja acolhido, impedirá a estabilização, perdurando até o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida na ação principal.

Sobre este aspecto, Eduardo Arruda Alvim se manifesta:

[...] é de se verificar que, havendo a suspensão das decisões que concedem tutela provisória de urgência satisfativa contra a Fazenda Pública, não sobrevirá a estabilização de seus efeitos, justamente porque eles terão sido invariavelmente atingidos pela decisão do presidente do tribunal respectivo.⁴⁸⁷

Dessa forma, o artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015 não impede a formulação de pedido de suspensão pelo Poder Público ou pelo Ministério Público; e uma vez acolhida a suspensão pelo presidente do tribunal respectivo, esta impedirá que se concretize o fenômeno da estabilização.

Há que se questionar, por fim, se na prática, nas demandas propostas em face do Poder Público, seria obtida a efetiva celeridade visada com a técnica da estabilização. Isso porque, ainda que se entenda que a estabilização deveria se aplicar irrestritamente à Fazenda Pública (tese com a qual não concordamos), impondo ao Poder Público a interposição de recurso em face de qualquer decisão concessiva da tutela antecipada antecedente para obstar a estabilização, tal interpretação acabaria por gerar maior demora no julgamento dos feitos, vez que obrigaria a Fazenda Pública a interpor agravo de instrumento em todas as demandas em que houvesse possibilidade de estabilização (em razão da

geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também previsto na geral (RJTJSP, 29:303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica". (DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.52).

⁴⁸⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.225. Em sentido contrário: "A mera formulação de pedidos de reconsideração e medidas impugnativas não recursais (como a reclamação, a suspensão de liminar etc.) não serve para obstar a estabilização". (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018, p.918).

indisponibilidade do interesse público), abarrotando os Tribunais com recursos cujo objetivo maior seria apenas o de evitar a estabilização.

Nesse contexto, Danilo Barth Pires pondera:

Com tal interpretação literal do artigo 304 do Código de Processo Civil, a própria razão de ser da estabilização da tutela provisória, que é abreviar a duração do processo por consciente opção do demandado, acabará por surtir exatamente o efeito contrário, pois obrigará o réu a interpor recurso sempre que a decisão lhe for favorável.⁴⁸⁸

Assim, em razão da especial condição da Fazenda Pública, não se pode simplesmente interpretar a literalidade do artigo 304, do Código de Processo Civil de 2015, sem observar os demais dispositivos do ordenamento jurídico que disciplinam a atuação da Fazenda Pública em juízo⁴⁸⁹, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da isonomia e, de risco de lesão aos interesses e direitos que o Poder Público representa em prol de toda a sociedade.

Traçadas estas considerações e analisando com cautela certas prerrogativas processuais outorgadas ao Poder Público e o regramento processual especial a que se submete a Fazenda Pública, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil de 2015 e na legislação extravagante, não há como ignorar a atual incompatibilidade da aplicação da técnica da estabilização à tutela antecipada antecedente concedida contra a Fazenda Pública.

Importante lembrar que este estudo não pretende esgotar o tema ou posicionar-se definitivamente sobre a questão em discussão, vez que ante a contemporaneidade do instituto da estabilização no sistema processual brasileiro e em razão da escassa jurisprudência sobre a matéria, apenas com a concreta utilização do instituto da estabilização talvez seja possível chegar a uma posição definitiva acerca da sua aplicabilidade ou não em face da Fazenda Pública.

Destarte, a fim de dar oportunidade a maior reflexão sobre o tema, buscamos apontar a atual incongruência entre a técnica da estabilização, conforme prevista no Código de Processo Civil de 2015, com a normativa aplicável à Fazenda Pública, já vigente no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal, seja na legislação esparsa e no próprio Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁸⁸ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.67.

⁴⁸⁹ PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018, p.166.

6 CONCLUSÃO

Ao Estado foi atribuído o papel de prestar a tutela jurisdicional, devendo, portanto, não apenas garantir a observância aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da segurança jurídica e da duração razoável do processo, como também assegurar a efetividade da prestação jurisdicional e do direito material posto em juízo, de modo que seja entregue à parte vencedora a tutela pleiteada em tempo e em condições adequadas para a fruição do bem da vida pretendido.

Entretanto, ao longo dos anos, em decorrência das novas exigências sociais e da rapidez com que se difunde o ritmo das atividades humanas e da própria informação, passou-se a reconhecer que, muitas vezes, o procedimento ordinário não é o mais apto a possibilitar uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Diante deste cenário, foi necessário adotar no sistema processual medidas e técnicas capazes de garantir a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional, visando concretizar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A adoção de uma tutela jurisdicional diferenciada, seja porque submetida à cognição sumária, seja porque utilizada técnica de sumarização do procedimento mostrou-se como medida adequada a evitar o perecimento do direito material posto em juízo em razão dos efeitos do tempo no processo.

As tutelas provisórias, como espécie de tutela jurisdicional diferenciada sob o aspecto da sumarização da cognição, foram inseridas pelo legislador no ordenamento jurídico, justamente, para propiciar a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional, evitando, assim, que o tempo do processo inviabilize a eficácia prática e o exercício do direito material pleiteado em juízo.

A tutela provisória é tutela jurisdicional precedida de cognição sumária, na qual o magistrado se utiliza de um menor grau de aprofundamento no exame da causa. Ela está fundada em um juízo de probabilidade, e não está, portanto, apta a formação de coisa julgada material.

As tutelas provisórias não são novidade no sistema processual brasileiro. O Código de Processo Civil de 1939 já previa as medidas preventivas (de natureza unicamente cautelar) e inaugurou o poder geral de cautela. O Código de Processo Civil de 1973 garantiu autonomia ao processo cautelar, inserindo-o em livro próprio

distinto daqueles destinados ao processo de conhecimento e ao processo de execução. O diploma também manteve o poder geral de cautela, e após reformas legislativas, possibilitou antecipar os efeitos do provimento final pretendido (artigo 273) e a fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.

O Código de Processo Civil de 2015, em muitos de seus dispositivos, buscou minimizar o tempo do processo, promovendo alterações significativas no tema das tutelas provisórias, dentre elas a introdução da técnica da estabilização da tutela de urgência de natureza satisfativa requerida de forma antecedente.

Com a vigência do Código de 2015, as tutelas de urgência cautelar e antecipada e a tutela de evidência foram reunidas sob um mesmo gênero, denominado Tutela Provisória (artigos 294 a 311). As hipóteses de tutelas fundadas na evidência do direito alegado pela parte foram consolidadas em um único artigo (artigo 311), diverso das disposições legais atinentes às tutelas de urgência. As tutelas cautelar e antecipada, por sua vez, foram reunidas sob o gênero das tutelas de urgência e receberam regramentos comuns, inclusive com a unificação dos requisitos para sua concessão (demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo); possibilitando-se, ainda seu requerimento em caráter incidental ou antecedente e admitindo sua fungibilidade. Não obstante tenha o Código de Processo Civil de 2015 previsto disposições e requisitos comuns para as tutelas de urgência cautelar e antecipada, estabeleceu diferentes procedimentos para a concessão da tutela cautelar antecedente (artigos 305 a 310) e para a tutela antecipada antecedente (artigo 303), além de tratar do fenômeno da estabilização apenas nos casos de tutela antecipada pleiteada em caráter antecedente (artigo 304).

O inédito procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (artigo 303), inserido pelo legislador no Código de 2015, permite à parte autora apresentar uma petição inicial simplificada visando a concessão de tutela satisfativa, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação. Somente tal procedimento poderá ensejar a estabilização da tutela antecipada.

A intenção de incorporar a estabilização da tutela antecipada no sistema processual civil brasileiro, influenciada pelo *référé* francês, pela *instrumentalidade atenuada* italiana e pelo instituto português da *inversão do contencioso*, já vinha sendo cogitada por processualistas e pelo Legislativo ao longo dos anos, mas apenas se concretizou com a vigência do Código de 2015.

A estabilização consiste em técnica de abreviação do procedimento que permite às partes a opção por uma solução mais célere, ainda que sem a prolação de decisão precedida de cognição plena.

Tal técnica busca minimizar o tempo do processo, priorizando a celeridade e a efetividade em face da segurança jurídica, dispensando a análise aprofundada da causa e deixando que as partes decidam sobre a conveniência ou não de se obter uma decisão de mérito, precedida de cognição exauriente.

Assim, tal técnica foi introduzida no Código de Processo Civil de 2015 justamente com o intuito de possibilitar uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

Ante a literalidade do artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, conforme destacado, a única espécie de tutela provisória passível de estabilização no sistema processual brasileiro é a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, cujo procedimento específico fora disciplinado no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015.

Para que a estabilização possa ocorrer são necessários os seguintes pressupostos: (i) a indicação expressa pelo autor na petição inicial simplificada de que optou pelo procedimento especialmente previsto para as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, mostrando-se também expressamente concordante com a possibilidade de estabilização da tutela antecipada pleiteada; (ii) o deferimento de tutela antecipada em caráter antecedente sem a prévia oitiva da parte contrária; (iii) a inércia do réu em impugnar, mediante a interposição do recurso cabível, a decisão concessiva da medida de urgência; (iv) o aditamento da petição inicial simplificada pela parte autora, a fim de se evitar a extinção do feito sem resolução do mérito e consequentemente a perda da eficácia da tutela antecipada concedida; e (v) que não reste configurada nenhuma hipótese que obste a estabilização.

O procedimento da estabilização está disciplinado no artigo 304 do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê que concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e não interposto recurso pelo réu (desde que cumpridos os demais pressupostos), a decisão concedida se estabiliza e o feito é extinto sem resolução do mérito.

O diploma ainda estabelece que qualquer das partes poderá propor em até dois anos ação específica para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada

estabilizada (mantida a distribuição originária do ônus da prova). Com o ajuizamento, processamento e julgamento desta ação será, obrigatoriamente, analisada a tutela antecipada concedida, e proferida decisão de mérito, apta a formação de coisa julgada material. Há, entretanto, grande discussão doutrinária acerca do objeto desta ação. Pelos princípios da celeridade e da economia processual, o ideal seria que nesta ação pudesse a parte autora cumular o pedido de revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada concedida com outros pleitos de seu interesse, decorrentes da mesma causa de pedir. Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 foi expresso ao dispor que a ação visa apenas “rever”, “reformular” ou “invalidar” a tutela antecipada estabilizada, limitando o objeto da demanda e impondo à parte interessada formular, em ação própria, os demais pleitos referentes àquela mesma causa de pedir.

A doutrina também se divide acerca da formação ou não de coisa julgada material na técnica da estabilização. O Código de Processo Civil de 2015 foi expresso quanto a não formação da coisa julgada material. Não há, entretanto, como ignorar que o diploma prevê que a estabilidade dos efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente somente será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar proferida em ação ajuizada por uma das partes (artigo 304, §2º do Código de Processo Civil de 2015). Assim, ainda que parte da doutrina afaste veementemente a existência de coisa julgada material e entenda possível propor ação com cognição exauriente, após o decurso do prazo decadencial de dois anos, essa nova demanda estará limitada ao disciplinado pelo artigo 304, §6º do Código de Processo Civil de 2015; e, por mais que exista o contraditório, a ampla instrução probatória e a prolação de sentença com grau máximo de aprofundamento pelo magistrado, tal demanda não terá o condão de reverter os efeitos estabilizados da decisão concessiva da tutela antecipada, proferida no processo originário já extinto.

Houve boa intenção do legislador ao inserir no Código de Processo Civil de 2015 a técnica da estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, já que visou proporcionar maior celeridade na resolução dos conflitos postos em juízo, de forma a ver garantida maior efetividade de acesso à justiça (resultado concretamente obtido em institutos semelhantes previstos nos sistemas processuais francês, italiano e português).

Esta técnica de abreviação do curso do processo de conhecimento, na qual se dispensa a análise aprofundada do mérito e faculta-se às partes a decisão sobre a conveniência ou não de se obter uma decisão de mérito, aplica-se com satisfação às demandas judiciais instauradas entre particulares. Entretanto, importante questionar se a estabilização, conforme disciplinada pelo Código de Processo Civil de 2015, é coerente e compatível com a condição especial do Poder Público e com as prerrogativas e regras processuais instituídas pela Constituição Federal, pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 e pela legislação esparsa à Fazenda Pública.

Em razão do fim comum buscado pela Administração Pública, esta encontra-se sujeita a princípios essenciais que devem sempre ser seguidos pelos agentes públicos e utilizados na aplicação e na interpretação das leis e regras de direito administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, ampla defesa e contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Não obstante todos os princípios elencados constituam importantes e imprescindíveis diretrizes ao desempenho da atividade administrativa, merecem especial destaque os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público que atuam como verdadeiros pilares do regime jurídico administrativo, estabelecendo restrições que visam resguardar a liberdade dos indivíduos e delimitar a atuação administrativa de forma que seja sempre atendido o interesse público, e ao mesmo tempo, outorgando prerrogativas, que garantem autoridade ao Poder Público para a consecução dos fins públicos.

O Poder Público representa a coletividade. Ele deve sempre buscar o interesse público que as leis e a Constituição Federal elencaram como tal. Assim, a Fazenda Pública não está em posição de igualdade material com os particulares. Entre os particulares vigora o princípio da autonomia da vontade, sendo-lhes permitido fazer tudo o que a lei não proibir; o mesmo não ocorre com o Poder Público, que está constitucionalmente vinculado a fazer apenas o que a lei permite e nos estritos limites por ela impostos.

Dessa forma, esse poder-dever da Fazenda Pública de proteger o interesse público e de defender os interesses da coletividade, por si só, já coloca a Fazenda em condição diferenciada, justificando a criação, por lei, de prerrogativas que lhe possibilitem a consecução do bem comum.

As prerrogativas concedidas à Fazenda Pública podem ser de diferentes espécies. Importou, neste trabalho, abordar algumas das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública no âmbito processual, que visam possibilitar que na defesa e na guarda do erário e do interesse público, a Fazenda possa atuar em juízo da melhor e mais ampla maneira possível, sendo elas: a indisponibilidade do interesse público que impede a aplicação do efeito material da revelia à Fazenda Pública (artigo 345, II, do Código de Processo Civil de 2015); a remessa necessária (artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015), condição de eficácia das decisões de mérito proferidas em face do Poder Público, cuja aplicação fora estendida inclusive para as ações monitórias propostas em face da Fazenda, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§3º e 4º, do artigo 496, do Código de 2015; os procedimentos específicos para a execução de quantia certa promovida contra a Fazenda Pública e a sua sujeição ao regime constitucional de precatórios; as limitações e restrições para a concessão de tutela provisória em face do Poder Público; e o pedido de suspensão de tutela provisória.

Analisadas com cautela tais prerrogativas outorgadas ao Poder Público e o regramento processual especial a que se submete a Fazenda Pública, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil de 2015 e na legislação extravagante, não há como ignorar a atual incompatibilidade da aplicação da técnica da estabilização à tutela antecipada antecedente concedida contra a Fazenda Pública.

Isto porque, em razão da especial condição da Fazenda Pública, o instituto da estabilização não pode ser interpretado sem a observância dos demais dispositivos do ordenamento jurídico que disciplinam a atuação do Poder Público em juízo.

Dessa forma, ante a contemporaneidade do instituto da estabilização no sistema processual brasileiro e a fim de dar oportunidade a maior reflexão sobre o tema, buscamos apontar neste estudo a atual incongruência entre a técnica da estabilização, introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, com a normativa aplicável à Fazenda Pública, já vigente no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal, seja na legislação esparsa e no próprio Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17.ed. São Paulo: RT, 2017.

_____; ALVIM, Eduardo Arruda. Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015: visão geral sobre o tema e a jurisprudência que se forma. In: (Coords.) ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio. **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: RT, 2017.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v.II. 2.ed. em e-book baseada na 2.ed. impressa. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016.

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada, tutela cautelar, tutela da evidência e tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2015.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, n.273, nov. 2017, São Paulo: RT, 2017.

BRAGA, Paula S.; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v.2. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. Novas perspectivas. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **O poder público em juízo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUIKA, Heloisa Leonor. A ambiguidade da estabilização dos efeitos da tutela antecipada e a coisa julgada no novo Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais. **Revista de Processo**, v.267, p.289-315, maio, São Paulo: RT, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutelas diferenciadas. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. v.I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo ao recurso especial. Inocorrência do juízo de admissibilidade do recurso especial. Busca e apreensão. Matéria de defesa. **Revista de Processo**, v.147, p.331-340, maio 2007, São Paulo: RT, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O estado em juízo no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016.

CHIOVENDA, Guisepe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. v.I. São Paulo: Saraiva, 1942.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação**. 2.ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O "direito vivo" das liminares**: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10.ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **A Fazenda Pública em juízo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. t.I. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v.I. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v.III. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: RT, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5.ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A moderna ótica do poder geral de cautela do juiz. In: (Coord.) ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a "alienação da coisa litigiosa". In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4**: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015. In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: (Coord.) DIDIER JUNIOR, Fredie; (Orgs.) MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada v.4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. **Revista de Processo**, v.121, p.11-37, mar.2005, São Paulo: RT, 2005.

_____. Tutela antecipatória em processo sumário. In: (Coord.) ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: RT, 2013.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973)** v.VIII. t.I: arts.796 a 812. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. São Paulo: RT, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7.ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. Estabilização de tutela. **Revista de Processo**. v.279, maio 2018, São Paulo: RT, 2018.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2018 (livro eletrônico).

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4.ed. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado; GHIDETI, Luís Gustavo Casillo. **Direito administrativo brasileiro**. 43.ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3.ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. Comentários aos artigos 294 a 311. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**: de acordo com as alterações de Lei 13.256/2016. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

MOLLICA, Rogerio. A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, José Roberto. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: (Coords.) SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público**. A Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v.81, jan.-mar.1996, São Paulo: RT, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v.21. 7.ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16.ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015: inovações, alterações e supressões comentadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de direito processual civil: parte geral**. v.I. São Paulo: Verbatim, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento**. v.II. São Paulo: Verbatim, 2016.

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

PAIM, Gustavo Bohrer. O *référé* francês. **Revista de Processo**, n.203, jan. 2012, São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Tutela antecipada antecedente e sua estabilização: um panorama das principais questões controvertidas. **Revista de Processo**. v.278, p.215-233, abr. 2018, São Paulo: RT, 2018.

PIRES, Danilo Barth. **Tutela provisória no direito processual tributário**. Curitiba: Juruá, 2018.

PISANI, Andrea Proto. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. **Rivista di Diritto Processuale** n.4, v. XXXIV (II Serie), Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Doutrinas Essenciais*. **Revista de Processo**, v.244/2015, p.167-192, jun. 2015, São Paulo: RT, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.) São Paulo: RT, 2016.

_____. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. Coleção Liebman. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini (Coords.). 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Tutela jurisdicional de urgência: regime jurídico único das tutelas cautelar e antecipada**. Tese de Doutorado. Orientadora: Teresa Arruda Alvim Wambier, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

RICCI, Edoardo F. A evolução da tutela urgente na Itália. In: (Coord.) ARMELIN, Donald. **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela antecipada no futuro direito processual civil italiano. In: (Coord.) MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. São Paulo: RT, 2000.

_____. A suspensão de segurança. In: (Coords.) SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SHIMURA, Sergio Seiji. **Arresto cautelar**. 2.ed. São Paulo: RT, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: (Coords.) BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (livro eletrônico).

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **As providências cautelares e a inversão do contencioso**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coords.). **Direito processual público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, v.128, p.59-78, out. 2005, São Paulo: RT, 2005.

_____. 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**, v.209, p.13-34, jul. 2012, São Paulo: RT, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994.

_____; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de Processo**, v.206, p.13-59, abr. 2012, São Paulo: RT, 2012.

TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário no direito processual civil**. Dissertação de Mestrado. Orientadora: Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coords.). **Código de processo civil anotado**. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. 21.ed. Paris: Dalloz, 1987.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. v.2. 17.ed. São Paulo: RT, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil: de acordo com as alterações de Lei 13.256/2016**. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6022: 2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração