

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-COGAE

ANDRÉ CARVALHO RONDON BADINI

A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO

2016

ANDRÉ CARVALHO RONDON BADINI

A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Monografia apresentada à PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu'-
Especialização em Direito Processual Civil;*

Orientador: Luis Eduardo Simardi Fernandes

SÃO PAULO

2016

ANDRÉ CARVALHO RONDON BADINI

A TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação ‘Lato Sensu’ – Especialização em Direito Processual Civil.

Banca Examinadora

São Paulo, ____ de ____ de ____

A meus pais, Dari e Graciela, e a minha
mulher, Silvia, com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Ensejo meus sinceros agradecimentos à Faninha, que durante minhas viagens para frequentar as aulas do curso me acolheu de uma maneira tão afetuosa como somente as mães sabem fazer. Agradeço a cada palavra dita, a cada gesto e ao carinho.

A todos os professores, pela dedicação e entusiasmo externados ao longo do curso.

E agradeço a você, Silvia, meu amor, pessoa com quem amo partilhar a vida, pelo incentivo que me impulsionou a escrever todas as letras desta monografia.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil, considerando não só a relevância em dar concretude aos princípios constitucionais da tutela jurisdicional efetiva e da celeridade processual (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF/88), no sentido de criar mecanismos para salvaguardar situações urgentes que não podem aguardar a entrega da tutela definitiva ao final do processo, sem colocar em risco a própria tutela do direito material, mas também a necessidade de desestimular a propositura de processos inúteis, sem retirar das partes a possibilidade de obterem, caso queiram, a cognição plena sobre o objeto do litígio, terminou por prever, de forma expressa, o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a técnica da estabilização da tutela antecipada concedida por este procedimento. Nesse sentido, o presente trabalho propõe analisar o procedimento da antecipação da tutela requerida em caráter antecedente no novo Código de Processo Civil, destacando-se as diversas interpretações doutrinárias a respeito de temas controversos que emergem da interpretação dos dispositivos legais no Código de Processo Civil. Para a obtenção dos resultados, foi empregada pesquisa teórico-documental, que utilizou a doutrina e jurisprudência pertinente ao tema. Conclui-se, com o presente estudo, que o procedimento sob análise enseja atender, primordialmente, o jurisdicionado que busca pela tutela de seus direitos através de um processo civil mais justo, célere e efetivo. Reside aí a importância do estudo deste instrumento.

ABSTRACT

The new Civil Procedure Code, considering not only the importance of giving concreteness to the constitutional principles of effective judicial protection and promptness (art. 5, XXXV and LXXVIII, of Federal Constitution of 1988), in order to create mechanisms to ensure urgent situations that can not wait for the delivery of the final protection to the end of the process without putting at risk the very protection of the substantive right, but also the need to discourage the filing of unnecessary procedures without removing the parties the possibility to obtain, if they wish, full cognition on the object of the dispute, it ended up predicting, explicitly, the procedure of advance relief requested in previous character and the stabilization technique of early relief granted by this procedure. In this sense, this paper aims to analyze the procedure of anticipated judicial protection requested in antecente character under the new Civil Procedure Code, highlighting the various doctrinal interpretations regarding controversial issues that emerge from the interpretation of law articles in the Civil Procedure Code. To obtain the results, it used theoretical and documentary research, which used the doctrine and jurisprudence relevant to the topic. It can be concluded, with the present study, that the procedure under consideration gives rise to meet primarily the claimants seeking the protection of their rights through a due process, fast and effective. Therein lies the importance of studying this instrument.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA TUTELA ANTECIPADA	12
1.1. REQUISITOS PARA CONCESSÃO	12
1.2. COMPETÊNCIA.....	16
1.2.1. Justiça Comum	16
1.2.3. Juízo Arbitral.....	22
1.3. PROCESSOS COMPATÍVEIS COM A TUTELA ANTECIPADA.....	23
1.4. LEGITIMAÇÃO	27
2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA ANTECIPADA INCIDENTAL.....	31
3. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	34
3.1. DO CPC/73 AO CPC/2015	34
3.2. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	37
3.3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE.....	41
3.3.1. Estabilização da tutela antecipada e condenação do réu nas custas processuais e honorários advocatícios.....	48
3.3.2. Limites à estabilização.....	49
3.3.2.1. Art. 72 do CPC	49
3.3.2.2. Quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis	50
3.3.2.3. Quando a tutela antecipada de forma antecedente for deduzida em face da Fazenda Pública	50
3.3.2.4. Processo Coletivo	54
3.3.2.5. Ação Rescisória	58
3.3.3. Pedido expresso do autor	60
3.4. A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE EXTINGUE O PROCESSO NOS TERMOS DO ART. 304, §1º, DO CPC.....	62
3.5. A INEXISTÊNCIA DE FORMAÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL	63
3.6. DA AÇÃO PREVISTA NO ART. 304, §2º, DO CPC.....	67
4. CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A inafastabilidade do controle jurisdicional e a razoável duração do processo são princípios expressamente previstos na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV - “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*” - e LXXVIII - “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”).

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 447) explicam que “... a norma do art. 5.º, XXXV, da CF/1988, ao assegurar o direito fundamental à proteção jurisdicional está necessariamente garantindo uma tutela adequada, efetiva e tempestiva”, sendo possível extrair diversas imposições dessas normas fundamentais, como bem anotam os referidos juristas, textualmente:

“ Para que o processo dure apenas o razoável, para que a proteção jurisdicional seja oportuna e adequada, diversas providências são exigidas - tanto do legislador infraconstitucional, quanto da administração da Justiça e ainda do próprio juiz. São necessários: (i) procedimentos racionais e simplificados (que, por exemplo, prestigiem de um lado a efetiva depuração do material controvertido - o que deveria ocorrer sobretudo no saneamento do processo - e, de outro, soluções conciliatórias), (ii) formas processuais e meios executivos compatíveis com os tipos de conflitos a solucionar e (iii) adequada organização e preparo dos órgãos judiciais e de seus agentes - e outras tantas diversas providências. Entre elas, destaca-se a previsão de mecanismos aptos a assegurar o possível resultado prático que normalmente se teria apenas no final do processo, conservando as condições para que tal resultado possa futuramente ocorrer ou desde logo adiantando esse resultado, tendo em vista situações de urgência (o perigo na demora) ou uma redistribuição do ônus da demora do processo à luz das concretas alegações e defesas das partes. Ou seja, não basta (e não é sempre possível) acelerar o processo como um todo. Então, em certas hipóteses - e observados limites -, cabe adiantar o seu possível resultado ou, quando menos, manter as condições para que ele possa futuramente se concretizar.”

A problemática da demora na tramitação dos processos judiciais não é nova e nem exclusiva do Brasil, consoante observa Misael Montenegro Filho (2016, p. 555)¹. Antes

¹ “A reclamação quanto à demora na tramitação do processo é persistente, não apenas no Brasil, mas praticamente em todos os países no mundo. Além disso, essa reclamação não é recente, tendo inspirado a elaboração da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (1950), com destaque para o inciso I do seu art. 6.º (...).No mesmo passo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 678, de 9 de novembro de 1992, consagrou o direito à razoável duração do processo no item 1 do seu art. 8.º (...).” (FILHO, 2016, p. 555)

mesmo da previsão do direito fundamental a razoável duração do processo na Constituição Federal, diversas normas internacionais já consagravam esse direito, a exemplo do art. 6º, I, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma (1950), e do art. 8º, item I, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, incorporada no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 678, de 9 de novembro de 1992.

Não custa lembrar que a demora excessiva no trâmite processual é causa de danos àquele que busca a tutela jurisdicional do Estado, denominado por Ítalo Andolina (*apud* ACIOLI, p.5) de dano marginal, conforme lições de José Adlmy da Silva Alcioli ([s.d.], p. 5):

“A demora processual, por si só, infringe no autor um manancial danoso denominado por ITALO ANDOLINA de dano marginal em sentido estrito ou dano marginal por indução processual. Dessa forma, se o autor for obrigado a esperar a coisa julgada material acerca de um direito, de logo provado (seja pela apresentação de provas irrefutáveis, seja pela incontrovérsia ou pelo reconhecimento do pedido, ainda que parcialmente), para requerer a execução, a ele terá sido imposto um dano marginal, com o processo servindo ao réu que não tem razão.”

Tendo em vista os efeitos nefastos da duração do processo, o legislador infraconstitucional, em atendimento aos princípios constitucionais acima elencados, criou mecanismos para mitigar tais efeitos, especialmente para salvaguardar as situações urgentes, quer dizer, aquelas que não podem aguardar a entrega da tutela definitiva ao final do processo sem colocar em risco a própria tutela do direito material².

Nesse ponto, ressalta a importância da tutela antecipada, como instrumento que visa a antecipação dos efeitos do bem da vida pretendido.

Com o instituto da tutela antecipada, o Código de Processo Civil conforma o direito constitucional à prestação jurisdicional efetiva, que tem sua gênese no acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF), ao outorgar ao jurisdicionado instrumentos eficazes para a

² Como bem explica Misael Montenegro Filho (2016, p. 555): “Se o tempo é inimigo do processo, como já se afirmou, o legislador responsável pela elaboração do CPC/73, e pelas reformas que o modificaram com o passar do tempo, criou as denominadas medidas de urgência, consistentes na ação cautelar e na tutela antecipada, para permitir a obtenção de prestação jurisdicional conservativa ou satisfativa durante o processo, antes da prolação da sentença, entendida como tutela final.”

proteção do direito material (MARINONI, 2011, p. 27, 134 e 135) no tempo e modo devidos. A tutela antecipada tem tanta origem marcadamente constitucional que Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 134-135) afirma categoricamente que o cidadão tem direito constitucional a tutela antecipatória, *in verbis*:

“(...) direito ao devido processo legal não quer dizer apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (princípio do contraditório etc.) para dar corpo a cláusula do devido processo legal; direito ao devido processo legal significa, também, direito a tutela jurisdicional adequada as necessidades do direito material. O art. 5.º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva, o qual obriga o Estado a instituir técnicas processuais idôneas a tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários a realização do seu eventual direito. (...) É necessário observar que o legislador infraconstitucional, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve desenhar procedimentos racionais, ou seja, procedimentos que não permitam que o autor seja prejudicado pela demora do processo. O cidadão, de fato, tem direito constitucional a tutela antecipatória.”

Destarte, com a reforma legislativa de 1994 (Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994), que introduziu novos mecanismos no Código de Processo Civil de 1973 (Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), a técnica da antecipação dos efeitos da tutela ganhou projeção, haja vista que a produção dela passou a ser factível no âmbito do procedimento comum, com a previsão da tutela antecipada no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com a dicção desse dispositivo, o magistrado poderia:

“... a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

A par disto, o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que a tutela antecipada também poderia ser concedida quando “*um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*”

Assim, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela tinha como pressuposto a satisfação dos requisitos cumulativos da verossimilhança e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I), ou a verossimilhança e caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

No novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015), esse instrumento processual foi albergado como espécie de *tutela de provisória*, que criou o Livro V da sua parte geral para regulamentar a tutela provisória, dividindo-a em três espécies: tutelas de urgência cautelar e antecipada, e tutela de evidência (art. 311, CPC).

O título I (“Disposições Gerais”) do Livro V (“Da tutela provisória”) do Código de Processo Civil hodierno, insculpe disposições gerais relativas as tutelas provisórias, ou seja, as tutelas de urgência e a de evidência. As exceções, quanto a aplicação das disposições gerais em relação a qualquer espécie de tutela provisória, são dispostas expressamente no próprio texto legal.

Por sua vez, o Capítulo II do Título I do Livro V do Código de Processo Civil, insculpiu o regulamento “*do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente*”, através dos arts 303 e 304 do CPC. Será este o objeto deste trabalho: estudar e analisar a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos moldes do art. 303 e 304 do CPC, procurando englobar todas as modificações trazidas pelo novo diploma processual.

Com efeito, será abordado o tema na forma atualmente aplicável, passando por um breve histórico deste procedimento na legislação pátria, sua conceituação, hipóteses de cabimento, legitimação, processos e procedimentos compatíveis e os momentos de antecipação.

Será apresentado, além da nova sistemática, um comparativo entre o sistema atual e o sistema pretérito sempre que a discussão for relevante para a compreensão das razões das mudanças trazidas. Será analisado, bem assim, a técnica da estabilização da tutela antecipada, procurando destacar os entendimentos doutrinários a respeito dessa inovação no ordenamento jurídico pátrio.

1. DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA TUTELA ANTECIPADA

1.1. REQUISITOS PARA CONCESSÃO

O Código de Processo Civil de 1973 outorgava requisitos diversos para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada, embora ambos os requisitos residissem no campo da probabilidade: a verossimilhança da alegação era requisito para a concessão da tutela antecipada, enquanto que o “*fumus boni iuris*” era o requisito para a concessão da tutela cautelar, sendo que a diferença, entre ambos, repousava no entendimento de que o grau de certeza (ainda no campo da probabilidade) para a concessão da tutela antecipada era maior do que para a concessão da tutela cautelar.

Nessa senda, colha-se o seguinte excerto da ementa de julgamento do Agravo Regimental na medida cautelar n. 12.968/PR, de relatoria do Ministro Castro Meira, proferido ainda sob a vigência do CPC revogado:

“(…) Diferentemente do provimento de natureza tipicamente cautelar, que se satisfaz com o juízo de aparência (*fumus boni iuris*), a antecipação de tutela exige que o autor demonstra a verossimilhança de suas alegações por meio de prova inequívoca, o que traduz juízo de evidência bem mais complexo do que o exigido para a tutela cautelar.” (STJ, AgRg na MC 12.968/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 05.10.2007, p. 245)³

O art. 300, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, ao contrário do CPC/73, igualou o grau de convencimento para a concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada, conforme observa Misael Montenegro Filho (2016, p. 560), atribuindo o mesmo grau a toda tutela de urgência – gênero, da qual as tutelas antecipada e cautelar são espécie -, ao expressar, textualmente: “*a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que*

³ No mesmo sentido: “(...) 1. Em sede de antecipação de tutela, há de estar devidamente configurados, para o deferimento da medida, os pressupostos exigidos no art. 273 do Código de Processo Civil, em particular, aqueles atinentes à prova inequívoca e à verossimilhança da alegação, que não se confundem com a plausibilidade da ação cautelar. 2. O juízo estabelecido com prova inequívoca há de estar calcado no firme convencimento do julgador quanto à concretude do direito vindicado pela parte, não bastando, portanto, mera aparência ou ‘fumaça’. 3. Viola o art. 273 do CPC a decisão que defere pedido de antecipação de tutela apenas com fundamento na demonstração do ‘*fumus boni iuris*’ e do ‘*periculum in mora*’.” (STJ, Resp 532.570/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 21.10.2004, DJ de 13.12.2004, p. 292).

evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

O Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) reforça esse entendimento, *in verbis*:

“A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.”

O objeto de proteção da tutela antecipada, todavia, é diverso ao da tutela cautelar, consoante a lição de Misael Montenegro Filho (2016, p. 556):

“A tutela provisória cautelar se preocupa com o processo, sendo conservativa, como o próprio nome indica, permitindo que permaneça íntegro, enquanto a tutela provisória antecipada se preocupa com o direito material, sendo satisfativa, concedendo à parte o que só lhe seria atribuído por ocasião da prolação da sentença (tutela definitiva).”

Kazuo Watanabe (1996, p. 92), com uma clareza solar, também explica a diferença do objeto da proteção entre ambas as medidas de urgência:

“A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou a assegurar a frutuosidade do provimento da ‘ação principal’.”

Assim é que, para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipada), basta a demonstração da probabilidade do direito do requerente e a demonstração de que a demora para a concessão da tutela poderá resultar em grave prejuízo ao direito a ser tutelado ou ainda, no caso da cautelar, tornar o resultado final do processo inútil.⁴

O Novo Código de Processo Civil traz, ainda, um requisito negativo⁵ para a concessão da tutela antecipada, em seu art. 300, §3º, a saber: “A *tutela de urgência de*

⁴ “A probabilidade do direito é apurada pelo magistrado por meio das provas produzidas pela parte que pretende obter a tutela provisória e da análise do direito aplicável ao caso concreto. O legislador infraconstitucional nem usou a expressão *fumus boni juris*, própria das ações cautelares, nem a expressão *prova inequívoca da verossimilhança das alegações*, própria da tutela antecipada, no regime do CPC/73. A probabilidade (da existência) do direito deve ser apurada por meio de cálculo a ser realizado pelo magistrado em cada caso, verificando se possivelmente a tutela definitiva será favorável ao requerente da tutela provisória ou se é mais provável o julgamento da ação pela improcedência dos pedidos.” (FILHO, 2016, p. 561).

⁵ O termo “requisito negativo” é empregado por Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 443).

natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

É imperioso ressaltar que a irreversibilidade tratada no texto é fática e não jurídica (NEVES, 2016, p. 443-444), na medida em que o que se deve analisar não é a irreversibilidade do provimento ou da decisão que concede a tutela, mas sim aos efeitos práticos gerados pela concessão da tutela, isto é, se será possível o retorno da situação fática criada pela efetivação da tutela ao seu estado anterior: se a resposta for positiva, não se aplica o impedimento descrito no art. 300, §3º. Se for negativa, o juiz estará impedido, em regra⁶, de concedê-la.

Esse é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 662), *ipsis litteris*:

“Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, § 3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o *status quo* se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. (...) O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu. O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*).”

É necessário consignar, ainda, a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 932), que distinguem a irreversibilidade de fato e de direito e afasta o impedimento insculpido no art. 300, §3º, do CPC, quando se tratar de irreversibilidade de direito, pois nesta o prejuízo irreversível poderia ser convertido em perdas e danos.

Outro é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 662), para quem a reversibilidade tratada no art. 300, §3º, do CPC, se refere as condições de restabelecimento pleno do *staus quo* dentro do próprio processo, de modo que, se a parte precisar recorrer a

⁶ Humberto Theodoro Júnior (JÚNIOR, 2015, p. 663) explica que a irreversibilidade deve ser a regra a se observar e que somente em casos extremos e excepcionais se justifica a sua inobservância: “O que, a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a irreversibilidade como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionalíssimos, justificam sua inobservância.”

uma “*problemática e complexa*” ação de perdas e danos, não será cabível a tutela de urgência⁷.

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 444) aduz que entendimento diverso faria “*do dispositivo legal [art. 300, §3º, CPC] letra morta, porque todos os prejuízos se convertem em perdas e danos; ainda que em algumas situações não seja o ideal a compensação pecuniária, ela é sempre possível*”.

De qualquer sorte, o requisito negativo acima retratado não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, que se conceda a tutela antecipada ainda que a situação fática gerada pela efetivação da tutela seja irreversível, nos casos em que, aplicando-se o princípio da razoabilidade e realizando um juízo de ponderação entre os valores sob exame (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 455)⁸, o direito daquele que requer a tutela antecipada se mostre mais provável diante de uma “irreversibilidade de mão dupla” (NEVES, 2016, p. 445), ou seja, na situação em que, embora a situação fática criada seja irreversível, a lesão que sofrerá caso não concedida a tutela também será, e que o peso da sua lesão será mais maior em relação à irreversibilidade da parte adversa, contra quem será deferida a tutela.

Existem vários exemplos na jurisprudência de concessão de medidas satisfativas sumárias e irreversíveis, mormente em casos relacionados ao atendimento médico, fornecimento de medicamento, internação hospitalar, entre outros, em que a não concessão da medida irreversível poderia causar danos irreparáveis de maior monta se comparado com o

⁷ Anota Humberto Theodoro Júnior: “(...) a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problemáticamente ressarcível, e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes.” (2015, p. 662).

⁸ “Ainda assim, em certos casos, cabe aplicar a proporcionalidade (v. vol. 1, n. 3.24), pela qual devem ser ponderados os bens jurídicos postos em risco de cada lado, caso se conceda ou não a medida. Isso poderá conduzir à conclusão de que, ainda que esteja em questão um interesse rigorosamente não indenizável, deve conceder-se a antecipação. Assim, ainda que se trate de imóvel de valor histórico, se, ao que tudo indica, está ameaçando ruir e representa perigo a pessoas, deve-se sacrificar um direito provável em detrimento de um direito improvável, e conceder a medida, apesar de inexistir reversibilidade no plano empírico.” (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 455).

dano a que se submeteria a parte adversa. A propósito, veja-se o seguinte aresto do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. SEQUELAS DE INFECÇÃO HOSPITALAR. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. POSSIBILIDADE. DOCUMENTO NOVO. JUNTADA POSTERIOR. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. I.- É possível a antecipação da tutela, ainda que haja perigo de irreversibilidade do provimento, quando o mal irreversível for maior, como ocorre no caso de não pagamento de pensão mensal destinada a custear tratamento médico da vítima de infecção hospitalar, visto que a falta de imediato atendimento médico causar-lhe-ia danos irreparáveis de maior monta do que o patrimonial. II.- Não compromete a validade da decisão, a falta de oitiva da parte a respeito da juntada de documento novo que não teve influência no julgado. Recurso Especial improvido.” (STJ, REsp 801.600/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.12.2009, DJe 18.12.2009).

Nesse sentido, porta-se o enunciado 25 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “*A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, §3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)*”.

1.2. COMPETÊNCIA

1.2.1. Justiça Comum

O art. 299 do CPC dispõe que “*a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.*”

Desse modo, se a parte interessada pretende fazer o pedido da tutela antecipada em processo que já se encontra em trâmite (pedido incidental), o próprio juízo da causa será competente para conhecer do pedido.

Se o pedido de tutela antecipada antecede a propositura da ação principal (art. 294, parágrafo único, CPC), a determinação da competência, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 686), seguirá as regras comuns insculpidas nos artigos 42 a 53 do CPC, devendo-se examinar, portanto, qual será o juízo competente para o conhecimento do pedido principal.

Por sua vez, o art. 299, parágrafo único do CPC, estabelece que, *“ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”*

Isto é, o Tribunal será competente para antecipar os efeitos práticos do futuro acórdão quando atuar com competência originária. Exemplo disso, o art. 969 do CPC admite a concessão de tutela antecipada em ação rescisória.

Em idêntica simetria, o Tribunal será competente para conhecer do pedido de tutela antecipada durante a fase recursal, e não o juízo de piso. O art. 932, II, do CPC, estabelece ainda que incumbe ao relator *“apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”*. Dessa decisão, caberá agravo interno (art. 1.021, CPC) e, *“não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado”* (art. 1.021, § 2º, CPC).

Além disso, o art. 1.019, I, do CPC, estabelece que o relator do agravo de instrumento poderá *“deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”*.

Cabe ressaltar que existem vários aspectos da legislação processual que justificam a possibilidade da concessão da tutela antecipada no âmbito recursal, tais como: a) o amplo acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), que permite o amplo cabimento não só de instrumentos típicos, mas também atípicos destinados a resguardar a utilidade dos provimentos jurisdicionais; b) o art. 300 do CPC, que permite que os efeitos da tutela sejam antecipados; c) os poderes do relator (art. 932, IV e V do CPC⁹),

⁹ “Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos

pois, se o relator pode negar ou dar provimento a recurso, não há dúvidas de que pode, também, conceder a antecipação dos efeitos pretendidos no recurso (*quem pode o mais, pode o menos*); d) expressa previsão legal (arts. 932, II, e 1.019, ambos do CPC).

Dessas considerações, emerge a possibilidade de a parte interessada requerer a antecipação de tutela no próprio bojo das razões recursais.

Todavia, embora o código atribua expressamente ao relator a incumbência de apreciar pedido de tutela provisória nos recursos, não regula o mecanismo para se requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando o recurso é interposto no próprio juízo *a quo*, como é o caso da apelação (art. 1.010, CPC), e a situação de urgência se verificar no período de tempo que medeia entre a interposição do recurso de apelação e a chegada dos autos ao relator, isto é, na hipótese de os autos ainda não terem sido remetidos ao juízo *ad quem*, sem perder de vista que o juízo de origem não tem competência para apreciar pedido de tutela antecipada em fase recursal, *ex vi* do art. 299, parágrafo único, do CPC¹⁰.

Sobre essa problemática, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 453) entendem que, “... *diante da extrema urgência da situação, enquanto o processo principal ainda não tiver subido ao segundo grau, deve-se excepcionalmente admitir que se peça a medida cautelar ainda ao juiz de primeira instância.*”

De outro lado, não se pode deixar de registrar opiniões doutrinárias manifestadas ainda na vigência e sobre o CPC/73, mas ainda invocáveis, que defendiam a possibilidade de requerer a tutela antecipada através de mera petição ao tribunal competente para o julgamento do recurso (ZAVASCKI, 2009, p. 148-149 e 163)¹¹, processada como incidente processual e

repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

¹⁰ “Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.”

¹¹ “A medida de urgência requerida por simples petição e processada como mero incidente do processo, distribuído ao relator (que fica, em consequência dele, prevento também para o recurso de apelação),

“... que, uma vez distribuída, criará prevenção do órgão colegiado para receber a apelação quando os autos do processo finalmente chegarem ao tribunal” (NEVES, 2016, p. 463).

Teori Albino Zavascki (2009, p. 149-155) defende o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial como meio para, excepcionalmente, se obter a antecipação da tutela recursal na instância ordinária, ressalvando-se que, nas instâncias extraordinárias, a medida cautelar possui amparo nos regimentos internos do STJ¹² e do STF¹³.

Para Cássio Scarpinela Bueno (2012, p. 86 e 91), que também escreveu sobre o assunto na vigência do CPC/73, a parte interessada poderia se valer da ação cautelar inominada – que não encontra mais previsão legal no novo Código de Processo Civil¹⁴ –, dirigida ao tribunal competente para julgamento do recurso, com pedido para obtenção da tutela antecipada.¹⁵

Ainda quanto a antecipação da tutela recursal, anote-se que esta somente pode ser deferida para antecipar os efeitos da matéria devolvida nas razões recursais (e o efeito suspensivo se limita ao capítulo impugnado, pois aquele que não foi transitado em julgado – art. 502, CPC), conforme doutrina de William Santos Ferreira (2000, p. 202):

“A admissibilidade da concessão da tutela antecipada em sede recursal tem, evidentemente, total relação com o efeito devolutivo. Isso ocorre a partir da definição do que será objeto de apreciação pelo órgão ad quem, isto é, o mérito do

certamente atende aos predicados da instrumentalidade das formas e da efetividade dos meios para alcançar imediatamente os resultados visados nas circunstâncias. Nenhum prejuízo haverá para o recorrido que, se for o caso, poderá pleitear a reconsideração da decisão do relator ou provocar a manifestação do órgão colegiado sobre a matéria.” (ZAVASCKI, 2009, p. 127)

¹² Artigos 34, V e VI, e 288, do RISTJ.

¹³ Artigos 8º, I, 21, IV e V, e 304, do RISTF.

¹⁴ Não obstante a falta da previsão da chamada ação cautelar inominada no CPC/2015, há a previsão, nesse diploma legal, do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, conforme art. 305 e seguintes do CPC.

¹⁵ “Desde logo, convém destacar que o fato de o parágrafo único do art. 800 referir-se somente a “medida cautelar” não afasta sua aplicação também para a tutela antecipada, mormente depois do advento do § 7º do art. 273 (v. n. 3 do Capítulo 8). O argumento levantado acima é correto, não obstante as Súmulas 634 e 635 do STF não se contentarem com a mera interposição do recurso para a definição de sua competência para os fins do referido dispositivo, mas com sua admissão, pelo menos no que diz respeito ao processamento do recurso extraordinário e, por identidade de motivos, com relação ao recurso especial (v. n. 8.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5). (...)há jurisprudência dos Tribunais Superiores (dentre eles, v. STF, 2ª Turma, AC-QO 1.810/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 16.10.2007, DJ 31.10.2007, Revista de Processo, vol. 158, p. 295-299) flexibilizando o rigor das precitadas Súmulas 634 e 635 do STF em casos excepcionais quando há dano apto a comprometer a atuação daquelas Cortes na fase recursal.” (BUENO, 2012, p. 91-92)

recurso, que se anteverá, em regra, o que poderá ser antecipado. Assim, também, se avaliará o provável sucesso do recurso interposto”

Quando o processo se encontra em fase de julgamento de recurso extraordinário e/ou especial, existe corrente doutrinária que afirma não ser possível aos tribunais superiores a análise da matéria fática (Súmula n. 7), que seria condição *sine qua non* para aferir a prova inequívoca da verossimilhança da alegação (CPC/73) – a “probabilidade do direito” no CPC em vigor, que unificou os requisitos das espécies de tutela de urgência, conforme já analisado alhures-, e, por isso, não haveria como os tribunais superiores apreciarem o pedido de tutela antecipada recursal (LOPES, 2001, p. 108-109, *apud* NEVES, 2016, p. 464).

Todavia, para Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 464) o entendimento referido no parágrafo acima não prevalece, “(...) *porque a vedação à revisão da matéria fática diz respeito ao julgamento dos recursos extraordinário e especial, e a antecipação da tutela naturalmente significa que tais recursos ainda estejam sendo julgados.*”

Neves (2016, p. 464) anota, ainda, que “... *o efeito devolutivo dos recursos limita a atuação do tribunal em seu julgamento, e não na adoção de medidas que façam tal julgamento ter a efetividade que dele se espera.*” Em arremate, citando escólio de Teori Albino Zavascki, aduz que impedir a concessão de tutela antecipada em sede de recurso extraordinário e especial, significaria sacrificar a efetividade da jurisdição (NEVES, 2016, p. 464).

O Superior Tribunal de Justiça já concedeu medida satisfativa em ação cautelar aviada naquele sodalício, conforme emente a seguir transcrita:

“MEDIDA CAUTELAR – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO MOLÉSTIA GRAVE – DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – URGÊNCIA QUE SUPERA A ESPERA DA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM TORNO DA COMPETÊNCIA PARA FORNECER O MEDICAMENTO. 1. Cautela que se faz pertinente para afastar o perigo maior que paira sobre a vida. 2. Recurso especial cuja sede central da controvérsia está pacificada, aguardando-se uniformizar a questão da competência para o fornecimento dos medicamentos aos portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o tratamento. 3. Preservação do direito maior, já assegurado por liminar, até o julgamento do recurso especial. 4.

Medida cautelar julgada procedente.” (STJ - MC 14.015/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.02.2009, DJe 24.03.2009).

Para Luiz Rodriguez Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 453-454), depois de julgado o recurso ou a ação originária pelo Tribunal, caso caiba recurso especial ou extraordinário, o pedido de tutela provisória deve observar a competência definida pelo art. 1.029, §5º, I a III, do CPC, devendo, pois, ser dirigido:

"I - ao Tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;
II - ao relator, se já distribuído o recurso;
III - ao Presidente ou ao Vice Presidente do Tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037".

Os sobreditos autores ressaltam que *“essa previsão normativa coincide com as diretrizes que o Supremo Tribunal Federal havia anteriormente estabelecido nos enunciados de Súmulas 634 e 635”* (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 454).

Avulta gizar que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não cabe recurso especial para impugnar decisões de instâncias inferiores que tenham por objeto a concessão ou denegação da tutela antecipada pelo provimento recorrido, por implicar no revolvimento de conteúdo fático-probatório, cuja análise é inviável ante o teor da Súmula n. 7 daquele sodalício (NEVES, 2016, p. 464). Esse entendimento, contudo, não tem qualquer relação com a concessão de tutela antecipada em grau recursal pela própria instância superior. Nessa senda, colaciona-se o seguinte aresto:

“PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITO DA VEROSSIMILHANÇA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Rejeitada a tutela antecipada sob a invocação de ausência de prova inequívoca da verossimilhança, a reversão do julgado implicaria análise do conjunto fático-probatório, providência inviável em sede de recurso especial, ante o teor da Súmula 7/STJ. 2. É que conclui o aresto recorrido que: ‘Configura-se inadmissível a concessão de tutela antecipada quando o autor frustra o preenchimento de um dos requisitos contidos no art. 273, do CPC, a saber, a existência de prova inequívoca que demonstre veemente a probabilidade de ser o alegado direito, a final, reconhecido em favor do autor da demanda, diante de questões que estão a exigir melhor interpretação de textos legais, a critério do nobre julgador.(...)’. 3. Outrossim, é cediço que, no caso de recurso especial interposto contra o indeferimento da antecipação de tutela, não deve haver julgamento

provisório da lide, senão a verificação da violação do artigo 273, do CPC (Precedentes da Primeira Turma: REsp 780567/PR, desta relatoria, publicado no DJ de 04.06.2007; e REsp 908844/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 23.04.2007). 4. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 764.200/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 181).¹⁶

1.2.3. Juízo Arbitral

Consoante doutrina de Pedro Batista Martins (MARTINS, 1999, p. 363), quando as partes firmam o compromisso arbitral, “*conferem ao árbitro a competência e o poder para resolver todas as questões atinentes à espécie, assumindo este o dever de zelar para que as partes não sejam prejudicadas nos seus direitos, o que inclui, obviamente, a competência para determinar medidas cautelares.*”

Todavia, a competência do juízo arbitral se limita ao deferimento da medida de urgência (cautelar ou satisfativa), não tendo poderes para forçar o cumprimento das medidas de natureza coercitiva, no caso de a parte resistir ao cumprimento da providência.

Nessa hipótese, a medida deferida pelo juiz arbitral deve ser executada pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*. A propósito:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de *imperium*. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.06.2012, DJe 19.06.2012).

¹⁶ Na mesma estrada: STJ, RESP 505729-RS; RESP 190686-PR; MC 2615-PE; AGRG NO AG 396736-MG; RESP 373775-RS (RSTJ 170/576); RESP 165339-MS; e AGRG NO AG 199217-SP.

Vale anotar que, conforme lições de Carreira Alvim (2004, p. 335), a parte pode se socorrer do judiciário *“quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque para a instituição do juízo arbitral são necessários vários passos, caminhos, assinaturas de documentos, não podendo a parte interessada esperar.”*

No mesmo sentido, o STJ, em julgamento de Agravo Regimental da Medida Cautelar n. 19.226/MS¹⁷, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, decidiu que *“na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.”* E mais: que após superados os motivos que fundamentaram a intervenção temporária e circunstancial do Poder Judiciário, tendo em vista que o compromisso arbitral celebrado tem como consequência, em regra, a derrogação da jurisdição estatal, *“os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.”*

1.3. PROCESSOS COMPATÍVEIS COM A TUTELA ANTECIPADA

Quanto aos processos e procedimentos compatíveis, a tutela antecipada se aplica ao procedimento comum e aos procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil e em leis extravagantes¹⁸, inclusive na tutela monitoria¹⁹ (MARINONI, 2011, p. 152-153).

¹⁷ STJ, AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.06.2012, DJe 29.06.2012.

¹⁸ À propósito, ver: STJ, REsp 702.205/SP; STJ, REsp 754.619/SC.

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 152-153) defende o cabimento da tutela antecipada no processo monitorio, nos seguintes termos: *“À primeira vista muitos poderão não compreender a razão para a tutela antecipatória (baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação) no procedimento monitorio, imaginando que a tutela cautelar de arresto é suficiente para proteger o credor. Note-se, porém, que muitas vezes o direito de crédito é imprescindível para a tutela de um outro direito que lhe é conexo, como, por exemplo, o direito à saúde. A tutela antecipatória, em casos como esse, não se destina a assegurar o juízo ou a viabilidade da realização do direito de crédito, mas sim a realizar antecipadamente o direito de crédito para permitir a efetiva tutela de um direito que lhe é conexo.”*

Mesmo quando houver expressa previsão de liminar no procedimento especial, o autor poderá requerer a tutela antecipada quando verificar que não preenche os requisitos específicos da liminar legalmente prevista, mas que, não obstante isso, satisfaça os requisitos para a concessão de tutela antecipada, sendo aplicável, em qualquer caso, princípio da fungibilidade, de modo que, confundindo-se o autor e requerendo a tutela antecipada quando deveria ter pedido a liminar, o juiz deverá admiti-lo como tal (NEVES, 2016, p. 442).

Também é cabível a tutela antecipada no procedimento sumaríssimo, malgrado a omissão das Leis Federais n. 9.099/1995 e 10.259/2001. A propósito, colha-se o Enunciado 26 do Fórum Estadual de Juízes Estaduais (Fonaje): “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis.”

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 700-701) é taxativo quanto ao cabimento da tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em todos os processos:

“Todos os processos, e não apenas os de tutela condenatória ou executiva, dão oportunidade para aplicação emergencial da tutela provisória satisfativa. A tutela jurisdicional, no processo de conhecimento, se cumpre basicamente por meio de provimentos condenatórios, declaratórios e constitutivos, que se atingem após a sentença de mérito transitar em julgado, e todos eles podem ter sua eficácia e utilidade asseguradas por meio de medidas sumárias e provisórias. (...) A tutela satisfativa, à semelhança da antecipação prevista no art. 273 do CPC de 1973, tem como função garantir à parte a imediata usufruição das vantagens de direito material para as quais busca a tutela definitiva. Assim, ela também se aplicará a todos os processos, desde que preenchidos os requisitos legais.”

Frise-se que, embora o termo “tutela antecipada” possa induzir a interpretação de que o que se antecipa é a tutela jurisdicional pretendida (condenatória, executiva, mandamental, e até mesmo constitutiva e declaratória), o que se antecipa, em verdade, conforme Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 703), “são propriamente os efeitos práticos (...), mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano”.

Nesse sentido, colha-se a lição de Kazuo Watanabe (1996, p. 89-90), de onde se extrai exemplos que ilustram o entendimento:

“Qualquer tipo de provimento poderá ser antecipado, inclusive o condenatório, inclusive para pagamento de quantia certa. (...) Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos *constitutivos* e *declaratórios*, deverá o juiz, em

linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, ao invés de antecipar desde logo o provimento constitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc. O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenha alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos”.

É o efeito executivo da futura sentença de procedência, pois, o objeto de antecipação, isto é, os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano dos fatos (ZAVASCKI, 2009, p. 87).

Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2009, p. 88) anota que toda sentença tem uma carga declaração que, por sua vez, tem eficácia de preceito. E preceito, afirma o notável jurista, é norma, é prescrição, que tem eficácia (positiva) de estabelecer a certeza jurídica acerca do conteúdo da relação jurídica sob litígio, da qual decorrem consequências práticas marcadamente inibitórias, no sentido de impedir ou vedar futuros comportamentos contrários ao preceito estabelecido. Com efeito, estes provimentos (notadamente declaratórios e constitutivos) geram a nominada eficácia negativa (ZAVASCKI, 2009, p. 88)²⁰ que, por sua vez, se satisfaz por meio da execução, sendo esse o efeito executivo objeto de antecipação.

Nesse esboço:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA EM CUMULAÇÃO COM ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA - MATÉRIA FÁTICA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - SÚMULA 211/STJ. I - Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória, cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória. Doutrina. II - Matéria de fato. III - Súmula 211/STJ. IV - Conheço em

²⁰ “Conforme observou Pontes de Miranda, ‘o réu, na ação declarativa, está ‘preceitado’, de modo que ‘o autor pode ir contra o réu com o preceito, se o réu tem algo a fazer em contrário ao declarado, ou se algo fez em contrário. Não se precisa da propositura de nova ação.’ Ora, também essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos.” (ZAVASCKI, 2009, p. 88).

parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.” (STJ, REsp 195.224/PR, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.12.2000, DJ 05.03.2001, p. 154).

Não obstante isso, torna-se oportuno mencionar a existência de opinião doutrinária no sentido de que não seria cabível a antecipação de tutela em relação às cognições declaratórias e constitutivas, mas tão somente em relação às sentenças condenatórias, na medida em que essas seriam as únicas que ensejariam a execução forçada da obrigação:

“Como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero accertamento do direito litigioso, claro que, quando o pedido tiver sido de tal espécie, não tem cabimento pretensão antecipatória. (...) Mais comum será a antecipação de tutela quando o demandante tiver formulado pedido condenatório. (...) Com efeito, salvo no caso de decisão constitutiva, entre sua prolação e sua decisão medeia algum tempo, dentro do qual amplo direito de defesa poderá ser exercido. (...) Porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem.” (FRIAS, 1996, p. 72, 73 e 77)

Por outro lado, a tutela antecipada não é cabível no processo ou fase de execução, na medida em que, tendo por objeto a antecipação dos efeitos executivos da tutela pretendida, como visto anteriormente, “*não é possível antecipar efeitos que a parte já tem*” (NEVES, 2016, p. 443).

No processo de execução a parte dispõe de outras espécies de tutela provisória, como a cautelar, para garantir a futura satisfação da tutela jurisdicional quando houver perigo de lesão grave ou de difícil reparação, ou mesmo tutela de evidência (art. 311, I, CPC), quando o executado, por exemplo, adotar condutas meramente protelatórias (NEVES, 2016, p. 443).

Imperioso ressaltar que a tutela antecipada é compatível com os embargos à execução²¹, por se tratar de “ação incidental de conhecimento”, sendo admissível o pedido feito tanto pelo embargante como também pelo embargado (NEVES, 2016, p. 443).

²¹“Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Embargos do devedor à execução. Antecipação de tutela. É cabível o pedido da antecipação de tutela em sede de embargos do devedor para pleitear a exclusão do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes (SPC, SERASA), porque integra o pedido mediato, de natureza consequencial.” (STJ, AgRg no Ag 226.176/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.12.2000, DJ 02.04.2001, p. 288).

1.4. LEGITIMAÇÃO

Sendo o pedido de tutela antecipada feito de maneira antecedente ou como tópico da petição inicial, por corolário lógico será o autor o único legitimado a requere-la, não havendo como se imaginar hipótese diversa.

Quanto a tutela antecipada requerida de forma incidental, o réu também será legitimado a pedir a tutela antecipada nas ações dúplices, pois nestes casos o réu também deduz pretensão ou está autorizado a ampliar o objeto litigioso do processo.²²

Frise-se que mesmo a simples apresentação de defesa contra o pedido do autor não impede a dedução de tutela antecipada pelo réu no bojo da mesma peça processual. A propósito, colha-se o entendimento do preclaro Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 445-446):

“O réu faz um pedido de natureza declaratória negativa quando se defende, qual seja a declaração de que o direito material do autor não existe. Na hipótese de o réu pretender obter a antecipação dos efeitos da tutela dessa futura declaração, nenhum óbice haverá ao pedido de antecipação de tutela na contestação.”

Do mesmo modo, os terceiros intervenientes (denunciado à lide, chamado ao processo ou assistentes) possuem legitimidade para pedir tutela antecipada (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 573).

²² Sobre as ações dúplices, torna-se oportuna a transcrição da doutrina de Fredie Didier Júnior (2015, p. 301-302): “Ação dúplice pode ser compreendida em duas acepções: processual e material. Em sentido processual, ação dúplice é sinônimo de pedido contraposto: demanda proposta pelo réu em face do autor, no bojo da contestação, nas hipóteses admitidas em lei (...). Fala-se, assim, em ação dúplice pelo simples fato de o procedimento permitir que o réu formule demanda contra o autor dentro da sua contestação. Não é, porém, a acepção mais correta, embora seja bastante utilizada. Lei processual alguma pode transformar alguma ação em dúplice: trata-se de fenômeno de direito material. Quando a lei autoriza a ampliação do objeto litigioso do processo pelo réu, ou estamos diante de reconvenção ou de pedido contraposto, técnicas legislativas consagradas. As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Esta situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a uma das partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois a sua pretensão já se encontra inserida no objeto do processo com a formulação do autor. É como uma luta em cabo de guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) as ações declaratórias; b) as ações divisórias; c) as ações de accertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos”.

O pedido de tutela antecipada feito pelo assistente simples, todavia, fica condicionada à vontade do assistido (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 573), de modo que, sendo a vontade deste em sentido contrário, faltará interesse jurídico ao assistente.

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 447) anota que corrente majoritária da doutrina entende que o Ministério Público é legítimo para deduzir pedido de tutela antecipada mesmo quando atue na demanda na condição de *custus legis*, à exemplo do entendimento firmado por Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 2012, p. 55)²³.

Existe, contudo, abalizada doutrina em sentido contrário, segundo o qual o Ministério Público não pode deduzir pedido autônomo de tutela provisória nos processos em que atua como fiscal da ordem jurídica (art. 178, *caput*, I e III, CPC), mas apenas apoiar, repelir ou sugerir pedido de tutela provisória pela parte (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 575).

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 575), entendem que o Ministério Público pode requerer tutela provisória não apenas nos processos em que for parte, em conformidade com o art. 177 do CPC, como também nos processos em que for assistente diferenciado de incapazes, nos termos do art. 178, II, CPC²⁴.

²³ “Dadas as finalidades institucionais do Ministério Público, mais que hipertrofiadas e desejadas pela Constituição Federal, deve prevalecer o entendimento de que, também nesses casos, o Ministério Público detém legitimidade para o pedido de antecipação da tutela para a melhor tutela dos interesses e direitos que motivam sua participação no processo naquela qualidade. (...) Ser ‘fiscal da lei’, não é demais sublinhar, é forma de atenuar os regores do ‘princípio dispositivo’, garantindo-se a necessária imparcialidade do magistrado. Nesse sentido, não há como recusar ao Ministério Público legitimidade para formular o pedido de tutela antecipada mesmo quando sua intervenção no processo justifica-se para atuar naquela qualidade.” (BUENO, 2012, p. 55)

²⁴ No que concerne a legitimação do Ministério Público quando atua como assistente diferenciado de incapazes, os referidos autores justificam o entendimento e citam posicionamento doutrinário contrário, nos seguintes termos: “Posicionamo-nos, assim, com Antônio Cláudio da Costa Machado, que não vê no caso intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 216-229). O mesmo autor, entretanto, nega, nesses casos, legitimidade do Ministério Público para requerer antecipação provisória dos efeitos da tutela, ‘porque o Ministério Público pelos incapazes não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litisconsorcial’, não detendo legitimidade para requerer tutela provisória, só podendo sugeri-la. (Intervenção do Ministério Público no Processo Civil. 2.ed., p. 514). Defendendo a legitimidade do Ministério Público para requerer tutela provisória, quando intervém no processo em razão da qualidade da parte (art 178, II e III, CPC), Marcelo Zenkner. O mesmo autor reconhece legitimidade ao Ministério Público para requerer tutela provisória nos casos de intervenção em razão do objeto litigioso (art. 178, III, CPC), como forma de reafirmação da função

Por derradeiro, avulta registrar o pensamento de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 674), quanto a possibilidade excepcional de concessão da tutela de urgência de ofício pelo órgão judicante, esgueirando-se do princípio dispositivo (art. 2º, CPC), “(...) *quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional (...)*”²⁵.

Neves (2016, p. 437), após lembrar que o CPC vigente não prevê expressamente a possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória de urgência, como ocorria do Código de 1973 com o art. 797, fala que o poder geral de cautela provavelmente tenha se transformado em “*poder geral de tutela de urgência*”, admitindo-se, excepcionalmente, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício.

Ressalva, todavia, que o poder sugerido implica no afastamento, em caráter excepcional, do princípio dispositivo, e não do princípio da inércia da jurisdição, não sendo permitido ao juiz, pois, “(...) *dar início de ofício a qualquer processo, de qualquer natureza, ainda que para conceder uma tutela de urgência*” (NEVES, 2016, p. 437).

Contra, inadmitindo a concessão de ofício, tem-se o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 307), os quais sustentam que as tutelas de urgência (cautelar e satisfativa) destinam a tutela do próprio direito da parte, e não do processo, motivo pelo qual incide ao caso o princípio da demanda

ministerial de resguardar o interesse público (Ministério Público e efetividade no processo civil. São Paulo: RT, 2006, p. 162, 163 e 165).” (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 575)

²⁵ “O sistema do Código novo, todavia, não é muito diverso do anterior. O art. 299, caput, do NCPC, pressupõe a iniciativa da parte ao dispor que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. Dessa maneira, pode-se entender que, em linhas gerais, se manteve a orientação doutrinária exposta: em regra, a tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, deverá ser requerida pela parte, mesmo porque, a respectiva execução corre por sua conta e risco, configurando hipótese legal de responsabilidade civil processual objetiva (art. 302).⁴⁹ A contrário senso, somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio.⁵⁰ É bom lembrar, porém, que no NCPC não há regra expressa que sequer reproduza a faculdade excepcional prevista no art. 797 do CPC/1973.” (JÚNIOR, H. 2015, p. 674)

insculpido nos arts. 2º e 141 do CPC, condicionando-se a sua obtenção à existência de pedido da parte.

Por conseguinte, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 307) provocam uma reflexão sobre o regime de responsabilidade objetiva atinente à fruição da tutela cautelar ou satisfativa (art. 302, CPC), que a parte pode não ter disposição em sujeitar-se. Logo, não pode o juiz antecipar a tutela de ofício, nada impedindo, contudo, que à vista da estrutura cooperativa do novo processo civil, o juiz consulte a parte a respeito do interesse na obtenção da tutela sumária (art. 6º, CPC) quando identificar que é possível concedê-la.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 593-594) partilham da mesma concepção relativamente a impossibilidade de concessão de ofício da tutela provisória, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, evocando, além do mais, que o CPC dispõe expressamente que a tutela provisória será “requerida” (art. 295, CPC).

2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA ANTECIPADA INCIDENTAL

A tutela antecipada incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede a tutela definitiva, com o objetivo de antecipar os efeitos práticos que serão obtidos com o julgamento definitivo do mérito.

A tutela antecipada incidental pode ser requerida em qualquer momento do processo, como bem esclarece Fredie Didier Júnior (2015, p. 571), ao se referir à tutela provisória (gênero da qual a tutela antecipada é espécie) requerida em caráter incidental, textualmente:

“Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; d) ou no bojo da petição recursal.”

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 313) reforçam, ainda, que “...*nada obsta que a tutela de urgência seja concedida em qualquer momento do procedimento, inclusive na sentença (a fim de neutralizar o efeito suspensivo da apelação) ou mesmo nos recursos (arts. 932, II, 1.012, § 3.º, 1.019, I, e 1.029, § 5.º, CPC).*”

Frise-se que o pedido incidental independe do pagamento de custas, conforme art. 295 do CPC.

Para obter a tutela antecipada, o requerente deverá comprovar a satisfação dos requisitos legais do art. 300 do CPC (*fumus boni juris e periculum in mora*).

O art. 300, §2º, do CPC, estabelece que o juiz pode conceder a tutela de urgência liminarmente ou após justificação prévia. Não obstante isso, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 688) observa quanto a necessidade de proceder à audiência da outra parte, “...*para cumprir-se o mandamento constitucional do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV)*”, respeitando-se o prazo de resposta de cinco dias, se o juiz não estipular prazo diverso, nos termos do art. 218, §3º, do CPC, tendo em vista a ausência de previsão de prazo especial no regulamento do procedimento de tutela provisória de urgência.

Além disso, Huberto Theodoro Júnior (2015, p. 688) afirma que a ouvida prévia da parte contrária deve ser considerada a regra geral, e que *“a liminar inaudita altera parte se justifica quando o risco de dano é imediato e sua coibição não permite aguardar o contraditório.”*

Ressalta-se, porém, que uma vez concedida a medida *in limine* e *inaudita altera parte*, *“... o contraditório tem de ser postergado para o momento posterior à concessão da tutela”* (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 313).

Caso o requerente não disponha de prova pré-constituída necessária para a comprovação dos requisitos do art. 300 do CPC, será possível a realização de justificação prévia para suprir a sua falta.

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 689) aduz que audiência de justificação preliminar *“(...) refere-se a depoimentos testemunhais, aos quais se recorre quando não se dispõe de elementos documentais suficientes”*, e que, *“...conforme a urgência, poderá ser realizada antes mesmo da intimação do requerido.”*

Misael Montenegro Filho (2016, p. 556) entende que a designação e a realização da audiência de justificação pode ser realizada sob o manto do segredo de justiça, apesar do silêncio da lei processual, quando o conhecimento da parte contrária sobre o ato possa acarretar em perecimento do direito que a tutela provisória enseja proteger, ressalvando-se que o pronunciamento que decidir pelo segredo de justiça deverá ser motivado e fundamentado, *ex vi* do inciso IX do art. 93 da CF e do art. 11 do CPC²⁶.

²⁶ “Embora a lei processual seja omissa, entendemos que a audiência de justificação pode ser realizada com as portas fechadas, em segredo de justiça e sem o conhecimento da prática do ato pela parte contrária, evitando que a sua ciência acarrete o perecimento do direito que a tutela provisória pretende tutelar, como na situação de mãe que desaparece com o filho do casal, após tomar conhecimento de que o genitor da criança solicitou a sua busca e apreensão. Quando for o caso, o magistrado deve fundamentar o pronunciamento pelo qual designa a audiência de justificação e a preserva pelo segredo de justiça, respeitando o inciso IX do art. 93 da CF e o art. 11 da nova lei processual, que abrigam o princípio da motivação ou da fundamentação das decisões judiciais.” (FILHO, 2016, p. 556).

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Curz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 313), ao comentar sobre a justificação prévia referida pelo §2º do art. 300 do CPC, registram que se trata de “...oitiva específica da parte contrária sobre o pedido de tutela de urgência”, podendo o juiz conceder a tutela depois da oitiva do demandado em justificação prévia “... na audiência de conciliação ou de mediação, depois da sua realização ou ainda depois da contestação”.

3. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

3.1. DO CPC/73 AO CPC/2015

A necessidade de se realizar uma leitura constitucional do processo constitui regra obrigatória nesse período vivenciado pelo constitucionalismo²⁷, em especial à vista promessa contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, afirmam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 87):

“Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais.”

Como bem anotam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 486), “... é utópico admitir que o legislador pode construir tantos procedimentos quantos forem às situações de direito substancial carentes de tutela”, ou seja, é impossível ao legislador infraconstitucional predizer, em rol taxativo, todas as tutelas processuais possíveis para a tutela do direito material.

Ciente desta limitação e da necessidade de dar efetividade à jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), o legislador deliberadamente acabou por prescrever, no CPC/73 – e também no CPC/2015 -, normas processuais abertas e termos jurídicos indeterminados, conferindo ao magistrado uma latitude maior de poder à fim de que pudesse adotar as medidas adequadas ao caso concreto²⁸, à exemplo do que dispunham os artigos 461 e 798 do Código de Processo Civil de 1973²⁹.

²⁷ A propósito, colha-se o escólio de Humberto Theodoro júnior (2015, p. 98): “(...) da Constituição emergem os requisitos do processo justo, o qual supera, em profundidade, o feitiço preponderantemente procedimental da antiga visão do devido processo legal. Deixa esse moderno processo tipificado pelo novo constitucionalismo, construído pelo Estado Democrático de Direito, de ser tratado como simples instrumento técnico de aplicação da lei para tornar-se um sistema constitucional de tutela dos direitos, sempre que lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV).”

²⁸ É percuente o escólio de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 122-123), quanto aos poderes do juiz diante da ausência de regra processual capaz de viabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional: “O juiz pode e deve, ao deparar-se com ausência de previsão de

Tais normas fugiam a regra da tipicidade das formas processuais, e, esta “válvula de escape” era advinda da constatação de que “... a *prévia definição das formas é uma garantia menos relevante do que a garantia de tutela cautelar adequada*” (MARINONI e ARENHART, 2012, p. 99-100).

Com efeito, normas como as dos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil de 1973 ofereciam ao talante do magistrado a possibilidade de adoção de inumeráveis instrumentos processuais idôneos e adequados às variadas situações concretas (*medidas inominadas ou atípicas*), conferindo ao jurisdicionado a utilização do processo de acordo com as novas situações de direito material e realidades concretas e ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las.

Assim é que, sobretudo em razão desta leitura constitucional das tutelas de urgência, bem como da análise sistemática do Código de Processo Civil de 1973, mormente quanto a fungibilidade prevista no seu § 7º do art. 273, restava conferido o interesse processual e adequação para se pleitear tutela de natureza cautelar à título de antecipação dos efeitos da tutela³⁰. Nesse sentido:

modalidade executiva idônea, suprir a omissão considerando as circunstâncias aso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional.”

²⁹ “Como o legislador não pode antever as necessidades do direito material e, por razão mais evidente, as circunstâncias que apenas podem ser reveladas no caso concreto, apressou-se ele em editar normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas ao caso.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 560).

³⁰ Sobre a instrumentalidade das formas, confira-se a lição do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque (2010, p. 88-89), segundo o qual: “É preciso enfrentar e superar as dificuldades impostas pela técnica processual, ou, melhor, pela visão excessivamente formalista desse fenômeno, em decorrência da qual chega-se a atribuir às exigências concernentes ao método de solução de controvérsias importância incompatível com sua natureza instrumental. (...) A tutela jurisdicional precisa ser efetiva. Para tanto, muitas vezes é necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela. Por isso, o processualista está buscando mecanismos destinados a conferir realidade às tutelas cognitivas, especialmente aquelas voltadas para as crises de adimplemento. Também é essa a razão do grande desenvolvimento, especialmente entre nós, das tutelas de urgência.”

“Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 653381/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 268).

Também perfilhava deste entendimento o Professor Araken de Assis (2000, p. 52):

“A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.”

Nessa toada, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 34-35) também admitia a “via de mão dupla” entre as medidas de urgência:

“O novo texto não deve ser lido somente como portador de uma autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida antecipação de tutela. Também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que *tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.*”

Portanto, com bem disse a Min. Nancy Andrighi em voto proferido por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 653381/RJ, na impedia que o juiz concedesse “*medida antecipatória em processo preparatório, dito cautelar, para a obtenção de sentença provisória, com reserva da propositura da ação principal no prazo de trinta dias*” (STJ, REsp 653.281/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ de 20/03/2006, p. 268).

À evidência do exposto, e sem maiores delongas, verifica-se que, independentemente se *cautelar* ou *satisfativa*, estava o magistrado autorizado a conceder tutela de urgência antecedente (preparatória) mesmo durante a vigência do CPC de 1973, quando presentes os requisitos para a concessão daquela espécie de tutela, por meio da ação cautelar inominada preparatória prevista naquele diploma processual.

Não se deve deixar de registrar, todavia, que autorizada doutrina não admitia a concessão de medida antecipatória em processo cautelar preparatório durante a vigência do CPC/73. Por todos, colha-se o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 143-144):

“Não é mais admissível – após a reforma do Código – que alguém pretenda propor ação (de cognição) sumária ‘satisfativa’ com base no art. 798. O art. 273 do Código de Processo Civil estabeleceu de forma clara que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (...). Agora é possível, portanto, que a tutela sumária satisfativa seja requerida no curso do processo de conhecimento. Alguém poderia ser tentado a admitir a ação sumária inominada, desde que antecedente ao processo de conhecimento. Tal possibilidade, contudo, novamente abriria caminho para a duplicação de procedimentos para apreciação de uma única lide. Se alguma situação específica de direito material justificar um procedimento de cognição sumária ‘satisfativo’, caberá ao legislador defini-lo como tutela jurisdicional diferenciada.”

De qualquer sorte, como visto, o novo CPC, de forma expressa, terminou por poupar o autor de ingressar com a ação principal para fazer nela o pedido de tutela antecipada, ao regulamentar expressamente o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente nos seus artigos 303 e 304, concretizando, dessa forma, a promessa da efetividade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV).

3.2. DO PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

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

No caso referido no *caput* do art. 303, o autor deverá, ainda, indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido da tutela final (art. 303, §4º), bem como que pretende valer-se do benefício previsto no caput do art. 303 do CPC (art. 303, §5º, CPC). Deverá, ainda, adiantar o pagamento das custas e despesas processuais, nos termos do art. 82 do CPC.

Quanto ao valor da causa, não se ignora que o valor atribuível ao pleito da tutela antecipada requerida possa ser menor do que o do pedido principal, mormente nos casos em que se requer apenas antecipação dos efeitos parciais do julgamento final do mérito. Sendo assim, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 709) entende que o valor da causa atribuído ao pedido de tutela satisfativa antecedente poderá ser igual ao pedido principal, mas nunca maior, e, eventualmente, poderá ser menor.

Caso entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, cujo prazo poderá ser prorrogado, *ex vi* do art. 169, VI, do CPC, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito. Sendo extinto o processo, não haverá condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, considerando que não há citação do réu neste momento processual (NEVES, 2016, p. 447).

Se, mesmo após a emenda saneadora das deficiências da petição inicial, o órgão jurisdicional entender que não restaram preenchidos os requisitos para a concessão da providência satisfativa, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 709) entende que o juiz deve denegar o pedido e extinguir o processo, sem que o réu tenha sido citado. O autor supracitado lembra que “(...) o objeto da pretensão formulada na petição inicial, *in casu*, é a medida liminar inaudita altera parte, razão pela qual não há como se prosseguir depois que essa pretensão for denegada.” (2015, p. 709).

Neves (2016, p. 447), ao contrário, entende que, sendo indeferida a tutela satisfativa pretendida, o prazo de cinco dias insculpido no art. 303, §6º, do CPC, que pode ser prorrogado, como visto anteriormente, servirá para um aditamento que converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal e, como o pedido de tutela antecipada já foi indeferido, bastará ao autor deixar transcorrer *in albis* o prazo para emenda da inicial, caso não queira seguir para o processo principal. Com efeito, para Neves (2016, p. 447), caberá ao

autor obter a concessão do efeito suspensivo da decisão que indefere o pedido de tutela antecipada antecedente, por meio do recurso próprio, para evitar a extinção do processo.

Concedida a tutela antecipada antecedente, o §1º do art. 303 do CPC determina que o autor deverá aditar a petição inicial, nos mesmos autos e sem incidência de novas custas processuais (art. 303, §3º), com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar. Caso o autor não adite a petição inicial, o art. 302, §2º, do CPC, estabelece o processo será extinto sem resolução de mérito.

Nesse ponto, existe uma dificuldade de interpretação da lei que pode gerar um imbróglio procedimental, na medida em que há concomitância de prazo para aditamento da inicial (art. 303, §1º, I, CPC) e interposição de recurso (art. 304, *caput*, CPC).

Assim, considerando que o aditamento da inicial estabelecido no art. 303, §1º, I, do CPC, tem o objetivo de dar sequência para o processo principal para a busca da solução final da pretensão de mérito, e que o autor será intimado a respeito da concessão da tutela antecipada antes do réu, no momento em que o réu tiver a oportunidade de deixar de se irresignar contra a decisão concessiva, o pedido de tutela antecipada já terá se convertido em processo principal, considerando que o autor, para cumprir o prazo §1º do art. 303 do CPC, já terá aditado a inicial.

Diante dessa problemática, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 710) propõe que os prazos para o autor aditar a inicial e para o réu recorrer devem ser sucessivos, e não simultâneos, ou seja, o prazo do inciso I, do §1º do art. 303, deve começar a correr apenas após o prazo estabelecido para o réu recorrer, considerando, ainda, que o texto legal não estabeleceu um termo inicial para a contagem do prazo para aditamento da inicial. Desse modo, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 710) afirma que se o réu deixar de interpor

recurso, o autor não terá que aditar a inicial, pois o processo será extinto *ex lege* (art. 304, §1º, CPC).

Outra é a recomendação de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 448), para quem o autor deve, por cautela, cumprir prazo previsto no inciso I, do §1º, do art. 303 do CPC, “...para não correr o risco mesmo de decorrido o prazo de reação do réu ter seu processo extinto sem resolução do mérito pela falta de emenda da petição inicial.”

Neves (2016, p. 448) afirma que, nesse caso, a emenda da petição inicial não implica no abandono, pelo autor, da estabilização da tutela antecipada deferida, ou seja, não significa a conversão da tutela antecipada em processo principal, uma vez que, na hipótese de o réu não agravar da decisão, o juiz deve intimar o autor para que manifeste sobre a intenção de prosseguir com o processo principal para a busca da tutela definitiva ou de extinguir o processo com a estabilização da tutela satisfativa concedida.

Tomando-se por base os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 607), é possível afirmar que a possibilidade aventada por Neves, acima descrita, tem o condão de prejudicar o réu que confiou na estabilização e por isso deixou de recorrer da decisão concessiva da tutela antecipada³¹.

Da leitura dos arts. 303 e 304 do CPC, Humberto Theodor Júnior (2015, p. 710) deduz que a citação do réu deve ocorrer após o aditamento da petição inicial, ou seja, quando o procedimento já se converteu em processo principal. Com efeito, a designação da audiência de conciliação referida no art. 303, §1º, II, também seguirá o mesmo caminho, “(...) por se tratar de diligência própria do processo principal”, lembrando que o prazo para o

³¹ “(...) é possível vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, (...) permitindo a sua estabilização: a diminuição do custo do processo (art. 701, caput e §1º, do CPC, aplicáveis aqui por analogia). Essa interpretação da regra funciona como estímulo para o réu não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada. (...) Permite-se que uma tutela estável acabe sendo oferecida de modo mais rápido e econômico. Sendo assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará a vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304.” (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 607).

réu apresentar a contestação começa a correr depois da realização da audiência, conforme art. 335 do CPC.

Neves (2016, p. 448-449), por outro lado, seguindo a literalidade do art. 303, §1º, II, do CPC, defende que o réu deve ser citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação independentemente do prazo para o autor aditar a inicial, cuja audiência poderá não se realizar caso o autor não emende a petição inicial e o processo seja extinto, ou o réu não interponha recurso contra a decisão que concedeu a tutela antecipada e o processo seja extinto com a sua estabilização.

3.3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A estabilização da tutela antecipada constitui uma inovação do Código de Processo Civil brasileiro, embora se assemelhe com institutos diversos da França e da Itália³² (NEVES, 2016, p. 449).

A estabilização da tutela antecipada significa a manutenção dos efeitos produzidos pela decisão que a concede, independentemente da sua confirmação por eventual decisão posterior de mérito, considerando que o processo principal somente existirá se as partes tiverem interesse na obtenção da tutela definitiva com cognição exauriente (BAUERMANN, 2010, p. 33), sendo que, até lá, os efeitos da tutela provisória concedida permanecem operando plenos efeitos, conforme artigo 304, § 3º, do CPC (GAJARDONI, DELLORE, *et al.*, 2015, p. 848).

Com efeito, a técnica da estabilização da tutela, de um lado, desestimula a propositura de processos inúteis, atendendo ao princípio elencado no art. 5º, LXXVIII, da CF,

³² Oportuno consignar a referência de Desirê Bauermann (2010, p. 36) aos direitos italiano e francês: “A opção de conceder estabilidade às medidas antecipatórias foi adotada pelo sistema processual italiano, inspirada no sistema dos *référé* franceses, com o intuito de afastar os males decorrentes da excessiva demora para se obter decisão definitiva da lide naquele país, bem como evitar a propositura de processos principais quando as partes estivessem satisfeitas com o provimento obtido em sede de antecipação de tutela.”

e, de outro, não retira das partes, caso queiram, a possibilidade de obterem a cognição plena sobre o objeto do litígio (GAJARDONI, DELLORE, *et al.*, 2015, p. 848)³³.

Nos termos do art. 304 do CPC, a tutela antecipada proferida por meio do procedimento do art. 303 do mesmo Código, ou seja, de forma antecedente, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Como se vê, ao fazer remissão à tutela antecipada concedida nos moldes do art. 303 do CPC, o art. 304, *caput*, terminou por excluir a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida incidentalmente. Assim, mesmo que a parte não interponha recurso contra a decisão que concede a tutela antecipada de forma incidental, a tutela antecipada não se estabilizará por força do art. 304 do CPC (GAJARDONI, DELLORE, *et al.*, 2015, p. 849)³⁴.

Se se tratar de processo na primeira instância, o recurso cabível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I)³⁵.

Se, em razão da competência originária, a tutela antecipada antecedente for deduzida perante um Tribunal, e a decisão for monocrática, contra ela caberá agravo interno (art.

³³ Em idêntica simetria, confira-se a lição de Bauermann (2010, p. 36): “Ademais, a estabilização é medida proporcional e razoável, pois desestimula a propositura de processos inúteis, bem como resulta em atendimento ao princípio do processo sem dilações indevidas positivado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, sem que com isso afaste a possibilidade de as partes obterem cognição plena sobre o objeto do processo, em assim querendo.”

³⁴ Gajardoni (2015, p. 849) critica a opção política do legislador em não prever a técnica da estabilização à tutela antecipada requerida incidentalmente, *ipsis litteris*: “Às próprias partes deveria o sistema deixar definir sobre a conveniência da instauração ou do prosseguimento da demanda, bem como sua definição em termos tradicionais, com atividades instrutórias das partes e cognição plena e exauriente do juiz, com a correspondente sentença de mérito (GRINOVER, 2005, p. 36). Afastar-se-ia a necessidade de prosseguimento de um processo no qual as partes não têm mais interesse. Incentivar-se-ia o consenso entre as partes na busca de solução mais rápida do processo.”

³⁵ No processo do trabalho, que é compatível com a técnica da estabilização *ex vi* do art. 769, da CLT, e art. 15 do CPC, os provimentos interlocutórios não são recorríveis de imediato, mas somente por ocasião da interposição do recurso da decisão definitiva (art. 893, §1º, CLT). Em face da inexistência do recurso próprio contra as decisões interlocutórias, na seara trabalhista, é cabível a impetração do mandado de segurança, se presentes os requisitos deste, caso o deferimento ou não da tutela cause dano irreparável à parte, ou ainda na hipótese de ser concedida ou negada de forma abusiva (SCHIAVI, M. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1359-1360). Nessa senda, o inciso II da Súmula n. 414 do Tribunal Superior do Trabalho: “No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs nºs 50 e 58 da SBDI-2 - inseridas em 20.09.2000).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 414. In: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414. Acesso em: 10 set 2016).

1.021). Na hipótese de a tutela antecipada antecedente ser concedida através de acórdão, contra ele caberá recurso especial e/ou extraordinário, conforme o caso (BUENO, 2016, p. 261).

Fernando Gajardoni (GAJARDONI, DELLORE, *et al.*, 2015, p. 852) cita, ainda o recurso de embargos de declaração com efeitos infringentes contra a decisão concessiva da tutela antecipada (artigo 1.022 do CPC/2015), e a reclamação contra a decisão antecipatória de tutela (artigos 988 e 992 do CPC/2015), ressaltando a natureza de sucedâneo recursal desse último instrumento.

Quanto ao pedido de reconsideração, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 712) registra que o STJ sacramentou o posicionamento de que esse pedido não pode ser usado como meio alternativo ou substitutivo ao agravo, cuja sistemática recursal já regula o juízo de retratação nesse recurso através do art. 1.018 do CPC.

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 711-712) cita, ainda, que mesmo que se admita o cabimento do pedido de reconsideração, em hipóteses excepcionais³⁶ e quando ainda não efetivada a liminar e a parte tenha formulado o pedido diretamente ao juiz dentro do prazo recursal, o pedido de reconsideração que não for excepcionalmente acatado não imanará qualquer efeito sobre o prazo peremptório do agravo.

Ainda da leitura do caput do art. 304 do CPC, se extrai que o legislador relacionou a estabilização da tutela antecipada à inexistência de recurso da parte contrária. Com efeito,

³⁶Veja-se, a propósito, a seguinte ementa de julgamento proferido pelo STJ: “*CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR CONCEDIDA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO DE IMEDIATO. POSSIBILIDADE. REPARAÇÃO DE ERRO DE DIREITO. DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO NÃO CONFIGURADA. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. PERDA DE OBJETO. I. Inobstante se exija, para a revogação de liminar em ação possessória, que ela ocorra ou em juízo de retratação, mediante a interposição de agravo pela parte, ou na sentença que julga a causa, admite-se, em hipóteses excepcionais, tal ato, quando a parte, tendo formulado o pedido de reconsideração dentro do prazo recursal, aponta erro de direito, que vem a ser reconhecido pelo juízo, ainda antes de concretamente realizada a desocupação do imóvel, portanto sem que a liminar houvesse operado qualquer efeito prático. II. Recurso especial conhecido e provido, para manter o despacho que revogou a liminar, até ulterior decisão das instâncias ordinárias, prejudicada a Medida Cautelar n. 4.833/MT.*” (STJ, REsp 443.386/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 14.04.2003, p. 228).

deferida a antecipação de tutela requerida em caráter antecedente e não interposto recurso, a decisão se estabilizará (CÂMARA, 2016, p. 182).

Urge registrar que o dispositivo não relaciona a estabilização ao resultado do recurso, mas apenas a sua interposição. Nesse espeque, o enunciado n. 28 da ENFAM, textualmente: *“Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso.”*

Segundo GAJARDONI *et al* (2015, p. 853), apenas na hipótese de o recurso não ser conhecido por intempestividade é que não será afastada a estabilização.

Existe divergência na doutrina quanto obrigatoriedade, ou não, de o juiz extinguir o processo nos termos do art. 304, §1º, do CPC, na hipótese em que o réu, malgrado não tenha interposto o recurso próprio contra a decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, tenha apresentado defesa munida de elementos de convicção suficientes para elidir os fundamentos da decisão que concedeu a medida.

Alexandre de Freitas Câmara (2016, p. 184) aduz que o texto do art. 304 faz uso do verbo *interpor* (*“se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”*), que é, *“no jargão do direito processual, empregado apenas quando se trata de recursos stricto sensu”*, o que, somado ao fato de o dispositivo legal fazer alusão a recurso contra uma decisão, a norma se valeria do conceito estrito de recursos. À vista disso, considera que só a interposição, pelo prejudicado, do recurso cabível, é apto a afastar a estabilização.

Para Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 712), a técnica da estabilização da tutela antecedente criada pelo legislador segue a *“técnica monitoria”*³⁷.

³⁷ Conforme Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 464), a técnica monitoria *“consiste na rápida viabilização de resultados práticos, sem a produção de coisa julgada material, nos casos em que, cumulativamente, (i) há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (aferida mediante cognição sumária); e (ii) há inércia do réu. Então, transfere-se ao réu o ônus da instauração do processo de cognição exauriente.”* Assim, Segundo os autores, *“É o que ocorre na ação monitoria. É também precisamente o que se dá na estabilização da tutela antecipada.”*

No processo monitorio a ausência de embargos por parte do réu implica na conversão do mandado monitorio em título executivo judicial, de forma automática, isto é, de pleno direito, sem qualquer exercício de cognição (art. 701, §2º, CPC). Assim, no processo monitorio, a parte somente consegue impedir a constituição do título executivo quando apresenta a medida específica prevista em lei, no caso, os embargos à ação monitoria (art. 702, CPC).

Destarte, segundo Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 712), a mesma situação se verificaria no procedimento da tutela antecipada antecedente: se a parte ré pretende se desvencilhar da estabilização da tutela concedida, deverá manejar o recurso próprio previsto em lei para esse intento. A propósito, traz-se à colação o entendimento do referido jurista:

“O procedimento da tutela satisfativa provisória antecedente segue, sem dúvida, a técnica monitoria, voltada para efeitos práticos imediatos, os quais só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista na lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer, sem forma nem figura de juízo. Admitir que o réu fuja da técnica monitoria legalmente traçada implicaria frustrar o empenho do legislador de abreviar a solução do conflito, mediante desestímulo à litigiosidade desnecessária e incentivo à estabilização da medida liminar.”

Segundo Alexandre de Freitas Câmara (2016, p. 184), a mesma situação ocorreria se, por exemplo, o réu, Poder Público, postulasse a suspensão da medida liminar: não seria suficiente para impedir a estabilização.

Diverso é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015), para quem a defesa do réu - contestação ou mesmo manifestação pela realização de audiência de conciliação ou mediação - que não interpõe recurso, também presta para afastar a estabilização, na medida em que a vontade do réu em dar prosseguimento ao processo sobejaria inequívoca³⁸, textualmente:

“Se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a

³⁸ No mesmo sentido, é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 451).

interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.”

Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 95) comunga do mesmo entendimento, ressaltando que o juiz, no momento em que lhe é concedida a oportunidade de extinguir o processo por força do art. 304, §1º, do CPC, tem a oportunidade de proferir um novo provimento, “... *podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu*”, de modo que o juiz não estaria “‘*de mãos atadas*’ *diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória...*”.

Cássio Scarpinela Bueno (2016, p. 262), por sua vez, diz que qualquer forma de impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, recursal ou não, tem o condão de afastar a estabilização descrita no art. 304, caput, do CPC.

Perfilhando de idêntico raciocínio, Neves (2016, p. 451) assevera que se a intenção do sistema processual é a redução da quantidade de recursos, a interpretação literal do art. 304, *caput*, do CPC, no sentido de que o réu é obrigado a interpor o recurso contra a decisão que concede a tutela antecipada antecedente para que não se verifique a sua estabilização, milita em desfavor desse ensejo.

Havendo litisconsórcio passivo, parte da doutrina entende que a interposição de recurso tão somente por um dos litisconsortes não afasta a estabilização da tutela antecipada quanto aos demais litisconsortes que não recorreram, caso a defesa não se lhes aproveitem (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 609). Outra corrente doutrinária, contudo, entende que basta a interposição de recurso por um dos réus para que reste afastada a aplicação do art. 304, do CPC, para todos os litisconsortes passivos, independentemente do teor da decisão ou da impugnação (NEVES, 2016, p. 454).

Quanto a interposição de recurso pelo assistente simples, aplica-se ao caso o art. 121, parágrafo único, do CPC, o qual dispõe que sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissa o

assistido, o assistente será considerado seu substituto processual. Desse modo, poderá o assistente interpor recurso de modo a afastar a aplicação do art. 304 do CPC, salvo em caso de manifestação expressa do assistido de que é favorável à estabilização, caso em que será aplicado a regra do art. 304 do CPC. Esse é o entendimento firmado por meio do Enunciado n. 501 do FPPC:

“(art. 304; art. 121, parágrafo único) A tutela antecipada concedida em caráter antecedente não se estabilizará quando for interposto recurso pelo assistente simples, salvo se houver manifestação expressa do réu em sentido contrário. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência).”

Há controvérsia doutrinária quanto a estabilização ou não da tutela antecipada antecedente concedida parcialmente, isto é, quando o deferimento parcial decorrer do próprio pedido do autor ou quando o juiz acolher parcialmente o pedido total.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 608) entendem que a tutela antecipada antecedente parcialmente deferida é, após a inércia do réu, alcançada pela estabilização insculpida no art. 304 do CPC na parte em que o pedido foi atendido, prosseguindo-se a demanda quanto ao restante.

Existe, todavia, abalizada doutrina em sentido contrário, segundo o qual a concessão parcial da tutela antecipada requerida de forma antecedente não será estabilizada. Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 451) elenca dois motivos que sustentam esta vertente, *in verbis*:

“(a) seria gerada indesejável confusão procedimental com parcela do pedido estabilizado em razão da concessão parcial de tutela antecipada e outra parcela a ser decidida mediante cognição exauriente, e (b) por uma questão de economia processual, tendo seguimento o processo em razão da parcela de mérito não concedida em sede de tutela antecipada, não tem sentido deixar de decidir ao final, com cognição exauriente e juízo de certeza, a parcela do mérito que já foi objeto da tutela antecipada.”

Por derradeiro, importa consignar que é prescindível que a decisão tenha sido proferida liminarmente, porquanto mesmo a decisão proferida após a justificação prévia referida no art. 300, §2º, do CPC, terá o condão de estabilizar-se no caso da inércia do réu (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 608).

3.3.1. Estabilização da tutela antecipada e condenação do réu nas custas processuais e honorários advocatícios

Como visto, concedida de forma antecedente a tutela antecipada e quedando-se o réu inerte, não interpondo recurso contra a decisão, ocorrerá a estabilização da tutela antecipada com a extinção do processo nos termos do art. 304, §1º, do CPC.

Não obstante isso, o capítulo do CPC que trata do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente foi omissa quanto as custas processuais e honorários advocatícios.

Segundo Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 605), deve ser aplicado ao caso, por analogia, o art. 701, *caput* e §1º, do CPC, que elenca regras para o processo monitorio³⁹, de forma que o réu que não opor resistência ficará isento do pagamento das custas processuais e será condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no importe de cinco por cento do valor atribuído à causa. Colha-se, a seguir, o art. 701 do CPC:

“art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. §1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.”

Em idêntica simetria, porta-se o Enunciado n. 18 da ENFAM: “*Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser*

³⁹ Os referidos autores sustentam, inclusive, ser possível se pensar em um microsistema de técnica monitoria, ao argumentarem quanto a aplicação analógica do art. 701, *caput* e §1º do CPC, na hipóteses de o réu não se opor à tutela antecipada concedida em caráter antecedente: “*Sucedee que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.*” (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 605)

fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, caput, c/c o art. 701, caput, do CPC/2015)."

Ao contrário, Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 96), malgrado entenda que o réu deve ser condenado ao pagamento das verbas de sucumbência, sob o argumento de que o CPC não faz qualquer ressalva em sentido outro quanto a sentença terminativa, recusa a analogia ao processo monitorio, *in verbis*:

“Aqui, hei de recusar o paralelo com a ação monitoria regulada pelo CPC em vigor. Como é curial, o cumprimento espontâneo do mandado injuntivo pelo réu o isenta da responsabilidade pelo custo do processo (art. 1.102-C, §1º39). Trata-se de um incentivo para o réu satisfazer de plano a pretensão do autor (e que, aliás, não é incólume a críticas). Quando se trata da técnica da estabilização, a ausência de recurso não implica satisfação do autor, mas apenas a formação de título para execução definitiva, de modo que não se poderia premiar o réu que deu causa à instauração do processo com a isenção das verbas de sucumbência.”

3.3.2. Limites à estabilização

A técnica da estabilização da tutela antecipada antecedente não ocorrerá em determinadas hipóteses, conforme a seguir elencadas.

3.3.2.1. Art. 72 do CPC

De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 464), na hipótese de o réu ter sido citado por edital ou por hora certa no procedimento da tutela antecipada antecedente, e este não ter comparecido ao processo, será designado curador especial, “...*que não apenas estará autorizado, mas terá o dever funcional de adotar as medidas cabíveis em defesa do réu – inclusive impugnar a medida urgente.*” Por esta razão, não haverá como incidir a consequência da estabilização.

Situação idêntica se verificará nos casos em que o réu for incapaz sem representante legal ou com interesses colidentes com o do representante, ou se o réu revel estiver preso (art. 72 do CPC/2015);

3.3.2.2. Quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis

Como visto, a técnica da estabilização da tutela antecipada concedida de forma antecedente objetiva estabilizar a produção de efeitos concretos em favor do autor, nos casos em que o réu não se desincumbe do ônus de recorrer da decisão que concede a medida.

Todavia, a disponibilidade de direitos não ocorre quando o litígio tem por objeto direitos indisponíveis, razão pela qual Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 464) entendem que a técnica da estabilização não se aplica nesses casos.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil ressalva a aplicação dos efeitos revelia (art. 344, CPC) “*quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis*” (art. 345, II, CPC). Por esta razão, Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 96) pensa que a mesma lógica aplicável ao afastamento dos efeitos da revelia deve pautar a técnica da estabilização, isto é, “... *se inaplicável o efeito da revelia (...) a estabilização não pode ocorrer*”.

3.3.2.3. Quando a tutela antecipada de forma antecedente for deduzida em face da Fazenda Pública

A discussão a respeito da tutela antecipada contra a Fazenda Pública não constitui o objeto principal deste trabalho, razão pela qual se falará apenas *en passant* a respeito das restrições à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública para, após, anotar as discussões doutrinárias sobre a estabilização da tutela antecipada proferida contra ela.

Não existe uma vedação generalizada de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública (NEVES, 2016, p. 464), sendo possível o deferimento de tutela antecipada antecedente em desfavor dela, ressalvadas situações específicas sobre as quais são vedadas a concessão, sobretudo quando acarreta a concessão de aumento ou a extensão de vantagens em

favor de servidor público, conforme previsto na Lei na Lei n. 9.494/1997 (FILHO, 2016, p. 585).

De mais a mais, o art. 1.059 do CPC, dispõe que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

O art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009, traz uma série de vedações à concessão de liminar no mandado de segurança, aplicáveis às todas as medidas de antecipação de tutela (art. 1.059, CPC, e art. 7º, §5º, da Lei n. 12.016/2009).

Desse modo, é vedado o deferimento de tutela antecipada que tenha por objeto: a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

Já a Lei 8.437/1992, referindo-se aos procedimentos cautelares ou quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva contra atos do Poder Público, determina, entre outras disposições, as seguintes restrições: não será cabível medida liminar em ação de natureza cautelar ou preventiva contra o Poder Público toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança; em virtude de vedação legal (art. 1º, *caput*); não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal (art. 1º, § 1º); não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º).

Da análise do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, se deduz, bem assim, que da decisão que concede tutela antecipada contra a fazenda pública em desrespeitos às restrições legais, caberá pedido de suspensão dos efeitos da medida ao presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, 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 (NEVES, 2016, p. 467)⁴⁰.

Não obstante as restrições sobreditas, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a tutela antecipada em face da Fazenda Pública mesmo nas hipóteses de obrigação de pagar quantia certa ou quando a liminar esgota, no todo ou em parte, o objeto da ação, em casos excepcionalíssimos, conforme já analisado alhures nesta monografia, tendo em vista o juízo de ponderação dos valores sob litígio⁴¹, como, por exemplo, em casos de fornecimento de medicamentos⁴² e custeio de despesas médicas⁴³.

Feitas essas considerações, remanesce analisar sobre a possibilidade ou não de estabilização da tutela antecipada concedida de forma antecedente em face da Fazenda Pública.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 464) entendem que, a partir da interpretação sistemática do Código de Processo Civil, fica difícil reconhecer a aplicação do “efeito monitorio”, isto é, da extinção automática do processo nos termos do art. 304, §1º, do CPC, com a aplicação da técnica da estabilização, quando a decisão que concede a tutela antecipada antecedente for proferida contra a Fazenda Pública.

Para os referidos autores (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 464), aplica-se ao caso a mesma sistemática da ação monitoria, que por sua vez dizimou o “efeito principal monitorio” contra a Fazenda Pública, conforme art. 701, §4º do CPC⁴⁴, isto é, se a Fazenda

⁴⁰ Neves (2016, p. 467) lembra que, nesse caso, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já admitiu o ingresso de reclamação constitucional (STF, Tribunal Pleno, Rcl 1.789/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.12.2002, DJ 7.2.2003, p. 26).

⁴¹ STJ, AgRg no Ag 706.485/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ de 06.02.2006, p. 263.

⁴² STJ, AgRg no Ag 645.746/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 02.08.2005, DJ de 05.09.2005, p. 362..

⁴³ STJ, REsp 834.678/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26.06.2007, DJ de 23.08.2007, p. 216.

⁴⁴ Estabelece o art. 701, §4º, CPC: “§ 4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.”

Pública não apresenta embargos ao mandado de pagamento no processo monitorio, haverá reexame necessário (art. 496, CPC), não se constituindo de pleno direito o título executivo.

Com efeito, concluem os referidos autores que, *“se é assim na ação monitoria, torna-se sistematicamente muito difícil, se não inviável, reconhecer a incidência do efeito monitorio no caso de falta de recurso da Fazenda contra a tutela antecipada antecedente.”* (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 464).

Ainda segundo os juristas sobreditos, *“se a posição jurídico-material atingida pela tutela antecipada tem caráter indisponível⁴⁵, não parece possível que ela possa ser neutralizada, por tempo indeterminado (e talvez definitivamente) pelo fenômeno da estabilização”* (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 464).

De outro lado, Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 97) entende que a decisão que concede a tutela antecipada de forma antecedente em face da Fazenda Pública pode ser estabilizada, não estando sujeita à remessa necessária. Consoante Sica, o art. 496 do CPC delimita o cabimento da remessa necessária para a “sentença” concedida nos termos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Desse modo, considerando que a decisão que antecipa a tutela não é sentença (art. 203, §1º, CPC), e sim decisão interlocutória (art. 203, §2º, CPC), e que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, §1º, do CPC, *“...não pode ser considerada propriamente proferida ‘contra’ a Fazenda Pública-rê”* (SICA, 2015, p. 97), a decisão estabilizada não se sujeita à remessa necessária⁴⁶.

⁴⁵ Os direitos tutelados pela Fazenda Pública são, em regra, indisponíveis, não estando submetidos, pois, aos efeitos da confissão e da revelia (art. 341 e 345, II, CPC). A propósito: STJ – 2ª AgRg no REsp 1.187.684/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 22.05.2012, DJe 29.05.2012.

⁴⁶ Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 97) cita precedente do STJ segundo o qual *“... o reexame necessário não é exigência constitucional e nem constitui prerrogativa de caráter absoluto em favor da Fazenda, nada impedindo que a lei o dispense, como aliás o faz em várias situações.”* (STJ - EREsp 345.752/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005, p. 207).

3.3.2.4. Processo Coletivo

Existe opinião doutrinária na esteira de que a técnica da estabilização não se aplica ao processo coletivo, pois não seria possível deduzir a ação exauriente (art. 304, §2º, CPC) em face dos legitimados enunciados pelos arts. 5º da Lei n. 7.437/85 e 82 do CDC, por ausência de respaldo no microssistema de tutela coletiva, uma vez que o microssistema não admite a ação coletiva passiva (SICA, 2015, p. 97).

Todavia, abalizada doutrina defende o cabimento da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico pátrio, de modo que o argumento referido no parágrafo retro não se sustentaria diante desse argumento.

A ação coletiva passiva ocorre quando uma dada coletividade é colocada como um sujeito passivo de uma demanda judicial. A situação jurídica titularizada pela coletividade encontra-se no polo passivo do processo - situação jurídica passiva - (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 378), que pode ser um dever ou um estado de sujeição⁴⁷. Como nas palavras de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 378), “*da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas)*”⁴⁸.

⁴⁷ “Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada (...). E mais, é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica que conhecemos como direitos individuais homogêneos é a particular circunstância da presença do interesse público na tutela destes, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual).” (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 382-383).

⁴⁸ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 380-383) citam diversos exemplos de ação coletiva passiva: os litígios trabalhistas coletivos conduzidos pelos sindicatos das categorias profissionais (empregador e empregado), que seriam duplamente coletivos; uma ação coletiva proposta contra um sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu a adequação de preços a limites de lucros, com o objetivo de tutelar os consumidores e a concorrência; uma ação coletiva proposta por uma Universidade contra a coletividade de alunos que invadiu o prédio da reitoria, afirmando-se que a Universidade possuía direitos individuais contra cada um dos invasores os quais teriam, desse modo, deveres individuais homogêneos, sendo a ação proposta contra o órgão de representação estudantil, considerado, no caso, o representante adequado do grupo; a hipótese de ação coletiva contra uma comunidade indígena acusada de impedir o acesso a um determinado espaço público (dever coletivo difuso de não impedir o acesso ao espaço público), em que o grupamento humano dos indígenas (e não uma pessoa jurídica) é legitimado a estar em juízo para se defender dessa acusação, tratando-se de um caso de legitimação coletiva ordinária (art. 237 da Constituição Federal e art. 37 da Lei Federal n. 6.001/1973).

Para a admissibilidade da ação coletiva passiva, segue-se o regime jurídico de toda ação coletiva, devendo, pois, que a ação seja proposta contra um legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva (“representante adequado”), e que a situação jurídica coletiva passiva se revista de “interesse social” (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 377-378).

Nesse aspecto, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 389) sustentam que a admissibilidade da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), de tal monta que a sua não permissão significaria “... *negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar.*” (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 389).

Dentre os vários exemplos de ações coletivas passivas possíveis, citados por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, transcreva-se o seguinte:

“Há ainda a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva para efetivar a chamada responsabilidade anônima ou coletiva, ‘em que se permite a responsabilização do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano’. No exemplo da invasão do prédio da Universidade⁴⁹, além da ação de reintegração de posse, seria possível manejar ação de indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos contra o grupo, acaso não fosse possível a identificação dos causadores do dano. Na demanda, o autor afirmaria a existência de um dever de indenizar, cujo sujeito passivo é o grupo.” (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 383)

Em reforço, o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) dispõe que, para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*⁵⁰, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

⁴⁹ No exemplo, a Universidade havia ingressado com ação coletiva contra a entidade de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), com o objetivo de reintegrar-se na posse do prédio da reitoria ocupada por estudantes.

⁵⁰ Os direitos coletivos *lato sensu* são entendidos como gênero de direitos coletivos, dos quais são espécies (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 67): os direitos difusos (assim entendidos os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, conforme art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor), os direitos coletivos *stricto sensu* (assim entendidos os os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, conforme art. 81, parágrafo único, II, do Código de

O fato de não existir expressamente no texto legal a atribuição de legitimação extraordinária coletiva passiva é, na quadra dos ensinamentos de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 389), irrelevante, porquanto essa legitimação não precisa constar de texto expresso, podendo ser retirado do sistema jurídico, a exemplo da ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial deduzidas pelo réu de ação coletiva ativa, os quais não são vedados pelo sistema, de sorte que um sujeito responderá pela coletividade, admitindo-se, assim, a ação coletiva passiva (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 389).

Para essa corrente doutrinária, a palavra “defesa” constante no texto do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, não significa somente “defesa no polo ativo”, excluindo-se a “defesa do polo passivo” (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 389)⁵¹.

Destarte, admitindo-se o cabimento da ação coletiva passiva, conforme opinião doutrinária sobredita, o mesmo entendimento seria aplicável, ao que parece, à ação exauriente prevista no art. 304, §2º, do CPC.

No caso da ação exauriente (art. 304, §2º, do CPC) ajuizada pelo réu de processo coletivo “ativo” anterior, sequer haveria problema para identificar o “representante adequado” contra quem seria proposta a demanda, pois se trataria de uma “ação coletiva passiva

Defesa do Consumidor) e os direitos individuais homogêneos (assim entendidos os decorrentes de origem comum, conforme art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor). Cabe aqui ressaltar o escólio de Nelson Nery Júnior (2013, p. 211), no sentido de que não é a matéria genérica que classifica o direito como coletivo, difuso, individual puro ou individual homogêneo, e sim o tipo de pretensão de direito material que se deduz em juízo, pois um mesmo fato, relacionado a uma matéria, como, por exemplo, meio ambiente ou consumidor, pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva ou individual.

⁵¹ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 389) citam exemplo no âmbito da Justiça do Trabalho, que admite a discussão de convenção coletiva de trabalho, em que sindicatos situam-se em polos opostos defendendo os interesses das suas respectivas categorias, conforme art. 1º da Lei Federal n. 8.984/1995. Os referidos autores também ressaltam o item II do enunciado n. 406 da súmula do TST, que expressamente admite hipótese de ação coletiva passiva: “II – O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário”

derivada”⁵², ou seja, que se origina de um processo coletivo “ativo” anterior, não sendo preciso esforço para identificar que o “representante adequado” para responder a ação exauriente será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela derivou, ou seja, aquele que pediu a tutela antecipada antecedente que se estabilizou.

Mas a técnica da estabilização da tutela antecipada antecedente no processo coletivo ainda pode esbarrar, ao menos aparentemente, no *princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo* (MARINS, 2016).

Conforme Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 107), a valorização do conhecimento do mérito nos processos coletivos é decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, sendo possível afirmar a existência do princípio do *interesse jurisdicional* no conhecimento do mérito do processo coletivo (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 109).

Embora o princípio supracitado tenha aplicação mais premente no campo dos pressupostos processuais, a área de abrangência é ampla, permeando diversos dispositivos, como o art. 5º, §3º, e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), e arts. 9º e 18 da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965).

A coisa julgada *secundum eventum probationis*, segundo o qual não haverá coisa julgada e, portanto, a demanda poderá ser reproposta, quando o julgamento for de improcedência por insuficiência de provas (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor; artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e art. 18 da Lei da Ação Popular), é outra disposição que se refere a esse princípio (JÚNIOR e JÚNIOR, 2014, p. 109). Nesse caso, consoante lições de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 109), “o que o legislador quis

⁵² Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 379) classificam a ação coletiva passiva em “original” e “derivada”. Ação coletiva passiva original é aquela que faz nascer um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. Por sua vez, a ação coletiva passiva derivada é aquela que deriva de um processo coletivo ativo anterior e é proposta pelo réu desse processo, a exemplo da ação de rescisão de sentença coletiva.

foi garantir que o julgamento pela procedência ou improcedência fosse de mérito, não uma mera ficção decorrente da aplicação do ônus da prova como regra de julgamento (...).”

Raciocínio análogo poderia ser aplicado ao caso da estabilização: o princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo conduz à imprescindibilidade pela busca da tutela definitiva do mérito, com cognição exauriente, não sendo suficiente, para tanto, a mera estabilização de uma tutela garantida por uma decisão sumária.

O desenrolar dessas perplexidades, contudo, ainda deverá ser facejado pelos Tribunais.

3.3.2.5. Ação Rescisória

Consoante art. 502 do CPC, denomina-se coisa julgada a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

A coisa julgada é um instituto que tem natureza constitucional, criada para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas (JÚNIOR, 2013, p. 78).

Consoante Nelson Nery Júnior (2013, p. 78), a proteção da coisa julgada não está apenas no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, mas sobretudo na norma que descreve os fundamentos da República (art. 1º, CF). E mais, o estado democrático de direito (art. 1º, *caput*, CF) e a coisa julgada, que é um de seus elementos de existência, são cláusulas pétreas, não podendo ser abolidas sequer por emenda constitucional (art. 60, §4º, I e IV). Por consequência, não podem ser subjugadas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior (JÚNIOR, 2013, p. 78-79).

Apesar disso, tendo em vista a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade⁵³, em face da gravidade dos vícios apontados pelo Código de Processo

⁵³ Nelson Nery Júnior (2013, p. 80-81) adverte que o princípio constitucional da proporcionalidade autoriza a mitigação da coisa julgada nos casos em que haja prévia e expressa disposição legal autorizando-a, não sendo

Civil⁵⁴, o sistema jurídico brasileiro prevê situações excepcionais, em casos expressos taxativamente na lei, que permitem o abrandamento da coisa julgada (JUNIOR, 2013, p. 79-80), à exemplo da ação rescisória (art. 966, CPC)⁵⁵. As lições de Nelson Nery Júnior são bastante elucidativas:

“As hipóteses de abrandamento do rigor da coisa julgada são as previstas expressa e taxativamente na lei (ação rescisória, impugnação ao cumprimento da sentença do CPC 475-I, embargos do devedor do CPC 741 e 745, revisão criminal, coisa julgada *secundum eventum litis* – ação civil pública, ação popular). O sistema jurídico brasileiro não admite a relativização (*rectius*: desconconsideração) da coisa julgada fora dos casos autorizados em *numerus clausus*, pois, na hipótese de isso ocorrer, terá havido negação do fundamento da República do *estado democrático de direito* (CF 1.º *caput*), que é formado, entre outros elementos, pela autoridade da coisa julgada.” (JUNIOR, 2013, p. 89)

Feitas essas considerações, registre-se que é cabível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória, o que, aliás, encontra previsão expressa na lei (art. 969, CPC).

Todavia, uma decisão proferida com cognição sumária, que é o provimento concessivo de antecipação dos efeitos da tutela, não pode, *de lege lata*, ter o condão de tanger, em caráter definitivo, uma sentença de mérito transitada em julgado e albergada pela coisa julgada material, como ocorreria se a tutela antecipada concedida na ação rescisória se estabilizasse e não se ajuizasse a ação exauriente no prazo de dois anos do art. 304, §5º, do CPC, hipótese em que a tutela sumária se tornaria imutável e indiscutível, desconconsiderando-se a coisa julgada material formada anteriormente.

permitido que o magistrado, no caso futuro, profira decisão sobre o que fez e o que não fez coisa julgada, a pretexto de que estaria observando o princípio supracitado, sob pena de admitir-se a incidência do “totalitarismo nazista” no processo civil brasileiro.

⁵⁴ “Construídas as premissas relacionadas à coisa julgada, poderíamos concluir, como consequência, que seria uma espécie de dogma jurídico, intransponível, impedindo que a sentença fosse passível de desconstituição por meio de recursos ou de ações judiciais. Esse entendimento vem sofrendo mitigações, fundadas na reflexão de que a coisa julgada pode acobertar injustiças processuais e/ou ilegalidades. Devemos investigar o que é mais importante juridicamente: a segurança própria de uma sentença judicial intocada ou a eliminação de uma mácula também gerada por essa mesma decisão. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, com a sua inteligência privilegiada, ensina que ‘os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual’”. (FILHO, 2016, p. 527-528)

⁵⁵ A partir dos ensinamentos de Nelson Nery Júnior (2013, p. 80), conclui-se que a ação rescisória é constitucional, para efeitos do abrandamento da coisa julgada, desde que exercida nos limites taxativos das hipóteses descritas no art. 966 do CPC, e dentro do prazo de dois anos descrito no art. 975 do mesmo Código.

Primeiro, porque não há previsão expressa na lei autorizando o abrandamento da coisa julgada pela técnica da estabilização. Segundo, porque sequer poderia haver, tendo em vista que, possuindo fundamento constitucional, a coisa julgada não poderia se sucumbir diante de uma decisão proferida com cognição sumária.

A ponderação dos valores envolvidos não deixa margem para outra aceção: prevalece a segurança jurídica que ressaí de uma decisão definitiva proferida com cognição exauriente e guarnecida da coisa julgada material, em detrimento de um provimento concedido com muito menos carga de cognição e desprovido da mesma autoridade constitucional.

Nesse sentido se encontra o entendimento de Sica (2015, p. 98): “(...) *a coisa julgada material – que, em última análise, tem assento constitucional (art. 5.º, XXXVI) – não poderia ceder em face de uma decisão fundada em cognição sumária.*”

O Enunciado nº 421 do FPPC caminha na mesma direção: “*não cabe estabilização de tutela antecipada em ação rescisória.*”

3.3.3. Pedido expresso do autor

A técnica de estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente não será concretizada se o autor pleitear expressamente tutela jurisdicional fundada em cognição exauriente.

Ora, conforme expressa o próprio §5º do art. 303 do CPC, a técnica prevista no caput do art. 303 e, por conseguinte, no art. 304 do CPC, são “benefícios” conferidos ao autor da demanda (SICA, 2015, p. 88), de modo que não seria admissível a sua aplicação contra a vontade do autor.

O escólio de Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 88-89) é percuciente no sentido de que outra interpretação significaria violação direta à garantia da inafastabilidade da jurisdição insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, senão vejamos:

“O jurisdicionado tem o direito de se sujeitar aos riscos e custos inerentes ao prosseguimento do processo para exercício de cognição exauriente, face ao legítimo interesse em obter uma tutela final apta a formar coisa julgada material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com uma tutela provisória “estabilizada” apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art. 304, §5º. Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.”

Parcela da doutrina entende que é possível ao autor se manifestar no sentido de afastar a estabilização mesmo após o réu já ter deixado transcorrer in *albis* o prazo para recorrer. Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 454):

“Como a extinção do processo depende da prolação de uma sentença que o extinga, acredito que mesmo não tendo sido a decisão concessiva da tutela antecipada de qualquer modo objeto de insurgência do réu, não é possível se falar ainda em estabilização da tutela antecipada, que só ocorrerá com o processo extinto por sentença. Por essa razão, e desde que respeitado o criticável prazo previsto no art. 303, §1º, I, do Novo CPC, entendo possível que o autor, no aditamento de sua petição inicial, expresse sua vontade de continuar com o processo mesmo presentes os requisitos para a estabilização da tutela antecipada.”

Em acepção antagônica, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 607) entendem que não é possível afastar a estabilização na hipótese sobredita sob pena de prejudicar o réu que considerou a concretização da estabilização ao deixar de recorrer da decisão que concedeu a tutela antecipada, confiando, inclusive, na diminuição do custo do processo, considerando a aplicação analógica, ao caso, do art. 701, *caput* e §1º do CPC. Senão vejamos:

“Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, § 1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento - de 15 dias, no mínimo⁵⁶ - pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, §2º c/c art. 231, CPC). Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo para aditamento, isso poderia prejudicar o réu que, confiando na possibilidade de estabilização, deixara de recorrer.” (JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 607)

⁵⁶ O juiz pode fixar prazo maior, conforme art. 303, §1º, I, CPC.

Consequentemente, para Fredie Didie, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 607)⁵⁷, a vontade do autor em não se valer da técnica da estabilização, e sim que prosseguirá com o processo principal, deve ser expressa desde a petição inicial:

“Assim, se o autor tiver intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva de tutela antecedente, ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial. (...) O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), 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 art. 304.”

Por fim, vale anotar o Enunciado 32 do FPPC, que firmou entendimento no sentido de que a estabilização da tutela antecipada pode ser objeto de acordo entre as partes, nos termos do art. 190 do CPC. Diz o enunciado: *“Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente”*.

De fato, se tanto o autor quanto o réu podem afastar a aplicação do art. 304 do CPC - como visto, para tanto basta a manifestação de vontade do autor ou a interposição de recurso pelo réu -, não há razão para afastar a aplicação do art. 190 do CPC ao caso.

3.4. A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE EXTINGUE O PROCESSO NOS TERMOS DO ART. 304, §1º, DO CPC

Como visto, uma vez concedida a tutela antecipada de forma antecedente e não havendo interposição de recurso pelo réu, o processo será extinto e a tutela antecipada será estabilizada, conforme dispõe o art. 304, §1º, do CPC.

O art. 203, §1º, do CPC, estabelece que a sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento

⁵⁷ Sica (2015, p. 89) compartilha do mesmo ponto de vista.

comum, não havendo dúvidas, pois, de que a decisão que extingue o processo com fulcro no art. 304, §1º, do CPC, é uma sentença.

A questão que gera debate reside na discussão quanto a natureza dessa sentença, isto é, se ela é uma sentença definitiva (de mérito – art. 487, CPC) ou terminativa (art. 485, CPC).

Para tanto, é preciso realizar a análise sobre o momento processual em que a tutela antecipada é concedida e o momento em que o processo é extinto nos termos do art. 304, §1º, do CPC.

Já foi dito que ao conceder a tutela antecipada, o juiz realiza uma cognição sumária, analisando o mérito do pedido provisoriamente. No momento em que o réu, citado, deixa de interpor recurso, o juiz deverá proferir sentença para extinguir o processo e apenas isso, sem adentrar ao mérito do pedido, o que já foi objeto da decisão que concedeu a tutela antecipada anteriormente.

Destarte, a sentença que extingue o processo por força do §1º do art. 304 do CPC é uma decisão terminativa, com fundamento no art. 485, X, do CPC, o qual dispõe que o juiz não resolverá o mérito nos demais casos prescritos no Código que não estejam arrolados nas hipóteses dos incisos do art. 485, considerando, ainda, que o art. 487 do CPC não inclui a hipótese sob exame no rol dos pronunciamentos que resolvem o mérito.

Esse é magistério de Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 93-94):

“... o §1º do art. 304 preceitua que a estabilização da tutela provisória produz após a “extinção do processo”, sem informar se *com* ou *sem* resolução de mérito. O art. 487 (que basicamente reproduz as hipóteses do art. 269 do CPC vigente) não inclui essa hipótese, ao passo que o art. 485 (equivalente ao atual art. 267) poderia abarcar a situação em seu inciso X (que torna o dispositivo meramente exemplificativo ao nele incluir os “demais casos prescritos neste Código”). Assim, é mais fácil encaixar essa situação nas hipóteses de sentenças terminativas, o que afastaria o art. 502 (que reserva a formação da coisa julgada material à sentença de mérito).”

3.5. A INEXISTÊNCIA DE FORMAÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL

O art. 304, §6º, do CPC, é expresso no sentido de que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada.

A razão é óbvia: a decisão que concede a tutela antecipada é proferida com cognição sumária - juízo de probabilidade-, não sendo suficiente, portanto, para torna-la imutável e indiscutível, qualidades especiais que somente são conferidas às decisões proferidas com cognição exauriente. Como nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 456), “a certeza se torna imutável e indiscutível, a probabilidade não.”

Mesmo após o decurso do prazo do §5º do art. 304 do CPC, segundo o qual o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º do mesmo artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §1º, CPC), não há que se falar em formação da coisa julgada material. Isto porque, embora o dispositivo impeça a propositura de ação visando rediscutir a tutela antecipada estabilizada após o decurso do prazo sobredito, essa decisão não será albergada pelo efeito positivo da coisa julgada.

Conforme Enrico Túlio Liebman (1984, p. 55), o efeito positivo da coisa julgada vincula o juiz de outra demanda ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada material foi produzida, isto é, o juiz de outra demanda não pode decidir de modo diverso à decisão albergada pela coisa julgada material, textualmente:

“Desde a célebre monografia de Keller, é corrente a afirmação de que a autoridade da coisa julgada já não tem só uma função negativa (consumação da ação), mas também e sobretudo, uma função positiva, enquanto obriga ao juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demandas que pressuponham o julgado;” (LIEBMAN, 1984, p. 55)

No mesmo sentido, colha-se a preclara lição do sempre festejado Ovídio Batista da Silva (2000, p. 500):

“O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo

demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.”

Heitor Vitor Mendonça Sica (2015, p. 93-94) conclui que não há coisa julgada no pronunciamento que concede a tutela antecipada que se estabiliza, ressaltando que essa decisão não possui a função positiva da coisa julgada, literalmente:

“... há que se reconhecer que a coisa julgada material não tem apenas uma função negativa (que impede que o mesmo litígio seja novamente judicializado, como dispõe o art. 304, §5º), mas igualmente uma função positiva (isto é, a decisão há de ser observada em processos futuros entre as mesmas partes). A decisão estabilizada não parece ter essa feição positiva. Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma *estabilidade qualificada* pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a *imunidade* pela inexistência de uma feição positiva.” (SICA, 2015, p. 93-94)

Daniel Mitidiero (2015, p. 18), por sua vez, apesar de dizer que o CPC deixou claro que a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada material, sustenta que o legislador terminou por equipar os efeitos de um procedimento comum com cognição plena e exauriente com os efeitos de um procedimento com acentuada sumariedade formal e material que é o procedimento do art. 304 do CPC, arrematando que, após o transcurso de dois anos para o ajuizamento da ação de que trata o art. 304, §2º, do CPC, a decisão se torna “imutável” e “indiscutível”, textualmente:

“... como qualificar a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente? 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 302, § 6º), então é evidente que, inexistindo ação posterior ajuizada no prazo legal, a estabilidade torna-se ‘inafastável’. Em outras palavras: ‘imutável’ e ‘indiscutível’” (MITIDIERO, 2015, p. 18)

De outro turno, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 939) entendem que a tutela antecipada estabilizada, enquanto não transcorrido o prazo prescricional da ação a que se refere o art. 304, §2º, do CPC, não faz coisa julgada, “(...) *tendo em vista que as partes podem propor uma outra ação que eventualmente pode desconstituir esse efeito, e não a ação rescisória (...)*”. Mas, para os referidos autores, transcorrido o prazo prescricional para a dedução da ação exauriente, a coisa julgada se impõe (JUNIOR e NERY, 2016, p. 939).

De qualquer modo, a parte poderá propor, no prazo de dois anos, a ação prevista no art. 304, §2º, do CPC, que será melhor trabalhado mais adiante, quando pretender alegar qualquer pretensão de direito material apto a revisar, reformar ou invalidar a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente estabilizada, dentre os quais os vícios previstos no art. 966 do CPC.

O ponto polêmico surge quanto a possibilidade de dedução da ação rescisória (art. 966 do CPC) quando transcorrido o prazo de dois anos (art. 304, §5º, do CPC) para o ajuizamento da ação a que se refere o §2º do art. 304 do CPC.

Para Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 717), a estabilização “definitiva” operada com o transcurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da ação do art. 304, §2º, do CPC, “...*gera efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada*”, de modo que seria cabível a ação rescisória para impugnar a decisão estabilizada definitivamente. Arremata o referido jurista:

“Admitida a equivalência com a coisa julgada, o prazo de dois anos para a modificação da decisão estabilizada não abrangeria nem anularia o prazo correspondente à ação rescisória, uma vez que este somente começa a correr após o trânsito em julgado das decisões. Assim, apenas após a estabilização definitiva da decisão sumária é que se iniciaria eventual prazo para o manejo da rescisória.” (JÚNIOR, H. 2015, p. 717)

Em sentido contrário, Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 263) aduz que o transcurso do prazo de dois anos não implica no trânsito em julgado material, razão pela qual não seria possível o manejo da ação rescisória para combater a decisão estabilizada definitivamente, *in verbis*:

“A circunstância de, passados os dois anos do § 5º do art. 304, não haver mais meios de rever, reformar ou invalidar aquela decisão não faz com que ela transite materialmente em julgado. Há, aqui, mera coincidência (não identidade) de regimes jurídicos, em prol da própria segurança jurídica. Não há como, por isso mesmo, querer infirmar aquela decisão com fundamento no art. 966, que trata da ‘ação rescisória’, técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses.” (BUENO, 2016, p. 263)

No mesmo sentido se encontram os entendimentos firmados no Enunciado n. 33 do FPPC (“*Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de*

urgência”) e Enunciado n. 27 da ENFAM (“*Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015*”).

Por fim, vale registrar a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 458), que aponta como “uma saída possível” para o cabimento da ação rescisória a interpretação ampliativa do §2º, do art. 966 do CPC.

Segundo Neves (2016, p. 458), o referido dispositivo legal permite o cabimento de ação rescisória contra decisão terminativa transitada em julgado que, embora não resolva o mérito, impeça nova propositura de demanda (art. 966, §2º, I, CPC) ou admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §2º, II, CPC), de modo que a coisa julgada “*teria deixado de ser condição sine qua non para a admissão de ação rescisória*”. Assim, sendo cabível ação rescisória contra decisão terminativa - desde que respeitados os requisitos legais -, que não faz coisa julgada, estaria aberta a possibilidade para o “*cabimento de tal ação contra a decisão que concede tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado*” (NEVES, 2016, p. 458).

3.6. DA AÇÃO PREVISTA NO ART. 304, §2º, DO CPC

Nos termos o art. 304, § 2º do CPC, qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, ou seja, concedida de forma antecipada e sobre a qual a parte ré não apresentou recurso (304, caput, e 303 do CPC).

O processo para revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada observará o procedimento comum (NEVES, 2016, p. 457).

Nessa ação (art. 304, §2º, CPC), será possível a concessão de tutela provisória com o objetivo de antecipar os efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, nos termos do art. 296, parágrafo único, do CPC, desde que preenchidos os respectivos requisitos legais

(NEVES, 2016, p. 457), cabendo ao autor a demonstração de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão que concedeu a tutela antecipada estabilizada anteriormente. Nesse sentido, veja-se o Enunciado n. 26 do ENFAM, textualmente:

“Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.”

A decisão proferida nessa ação será definitiva (de mérito), com cognição plena e exauriente, e não provisória como a decisão anterior, *ex vi* do §3º do art. 304 do CPC⁵⁸, tendo o condão, pois, de constituir a coisa julgada material. Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 716) esclarece que:

“A pretensão em tela será deduzida em juízo como *nova ação*, diretamente voltada para a composição definitiva do litígio, mediante cognição plena e exauriente, capaz de revestir-se da autoridade da *coisa julgada material*. Esse novo julgamento poderá *rever, reformar* ou *invalidar* a tutela primitiva, ou seja, poderá confirmá-la, modificá-la ou cassá-la.”

O art. 304, §4º, do CPC, elenca uma regra de competência absoluta, de caráter funcional (NEVES, 2016, p. 457), a saber, o juízo que concedeu a tutela antecipada estabilizada será prevento para conhecer da ação de que trata o §2º do mesmo artigo.

Ainda conforme o art. 304, §4º, do CPC, “*qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º*”, cujo desarquivamento será desnecessário “...*caso a parte tenha consigo cópia capa a capa dos autos*” (NEVES, 2016, p. 457), ou ainda no caso de processo eletrônico.

Para o exercício da ação sob análise, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 457) adverte que “... *mesmo que o mais comum seja a mera inversão dos polos se comparado com o processo em que foi proferida tutela antecipada, não está vedada a formação de litisconsórcio com terceiro que não participou do processo originário.*”

⁵⁸ Art. 304, §3º, do CPC: “A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revisada, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º.”

Consoante comentários de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 317) ao art. 304 do CPC, a “ação exauriente”⁵⁹ (art. 304, §2º, CPC), por se constituir como um “*prosseguimento da ação antecedente*”, não implicaria na redistribuição do ônus probatório:

“a prova do fato constitutivo do direito permanece sendo do autor da ação antecedente- agora réu na ação exauriente. Ao réu da ação antecedente- agora autor da ação exauriente - tocará, em sendo o caso, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 317)

Por derradeiro, importante assinalar o escólio doutrinário no sentido de que a fixação de um prazo fatal – de dois anos – para o exercício da ação de revisão, reforma ou invalidação da medida antecipada estabilizada seria inconstitucional, pois inviabilizaria uma ação com cognição plena e exauriente a respeito de uma decisão que se compôs por um litúgio de cognição sumária, de tal modo a ofender o “processo justo”, um direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso LIV, Constituição Federal (MITIDIERO, 2015, p. 18-19).

Assim, segundo Daniel Mitidiero (2015, p. 18-19), seria possível o ajuizamento da ação mesmo após o prazo de dois anos, observando-se os prazos de direito material de prescrição e decadência, conforme o caso. Veja-se, a propósito, o entendimento do sempre festejado autor:

“O que é de duvidosa legitimidade constitucional é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extremamente acentuada. (...) A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada – que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão)” (MITIDIERO, 2015, p. 18-19).

⁵⁹ O termo “ação exauriente” é utilizada pelos autores para se referir a ação disposta no art. 304, §2º do CPC, na medida em que essa ação teria o objetivo de “*exaurir a cognição visando a exaurir a cognição - isto é, com o objetivo de aprofundar o debate iniciado com a ação antecipada antecedente*” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 317).

Por outro lado, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 717) agasalha a interpretação de que o prazo de dois anos incluído pelo art. 304, §5º, do CPC, tem natureza decadencial, como o prazo para a ação rescisória (art. 975, caput, CPC), de modo que o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação de que trata o art. 304, §2º, deve ser respeitado. Diz o referido jurista:

“A crítica, a nosso sentir, não procede. Ao estabelecer o Código um prazo para o exercício do direito de propor a questionada ação de revisão ou de invalidação, nada mais fez do que criar um prazo decadencial, que tanto pode ser estabelecido em lei material, como em lei processual. Exemplo típico de prazo decadencial instituído pelo Código de Processo Civil é aquele referente à propositura da ação de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado (art. 975, *caput*).” (JÚNIOR, H. 2015, p. 717)

Assim, ao adotar o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, a extemporaneidade da demanda promovida com base no art. 304, §2º, do CPC, conduziria à extinção do processo com resolução do mérito em razão da decadência, nos termos do art. 487, II, do CPC⁶⁰.

⁶⁰ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;”

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho ensejou, por meio de uma breve análise das principais características da tutela antecipada antecedente, evidenciar as lições e divergências doutrinárias que permeiam o tema.

A previsão do procedimento da tutela antecipada antecedente no novo Código de Processo Civil constituiu um mecanismo de grande importância para a prestação da tutela jurisdicional célere e eficaz.

Constatou-se, ao longo deste trabalho, que técnica da antecipação da tutela possui assento constitucional (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF/88).

Verificou-se que o Código de Processo Civil superou a distinção, antes havida no diploma processual civil revogado, entre os requisitos para concessão da tutela satisfativa e para a tutela assecuratória, quais sejam, a probabilidade do direito invocado e o perigo na demora, unificando o grau de cognição necessário para a concessão de ambos. Todavia, ao contrário da medida cautelar (que procura salvaguardar o resultado útil do processo), a tutela antecipada objetiva tutelar o próprio direito material do interessado, através do adiantamento dos efeitos práticos do provimento final perseguido.

Ademais, qualquer processo é compatível com a tutela antecipada e, nos casos em que a urgência for contemporânea a propositura da ação, a parte poderá limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, de modo que, se o réu não recorrer da decisão que concede a medida satisfativa de urgência, a tutela se estabilizará. Sobre o ponto, consignou-se as opiniões doutrinárias que entendem que qualquer meio de impugnação, e não apenas o recurso *strictu sensu*, teriam o condão de afastar a estabilização da tutela antecipada.

Uma vez estabilizada, a decisão que concede a tutela antecipada se torna imutável e indiscutível se qualquer das partes não deduzirem a denominada “ação exauriente”, conforme expressão empregada por MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 317), prevista

no §2º do art. 304 do CPC, no prazo de dois anos. Não se pode dizer, contudo, que a tutela antecipada estabilizada faz coisa julgada material, na medida em que essa decisão não é guarnecida do efeito positivo da coisa julgada. De qualquer modo, há divergência na doutrina quanto ao cabimento ou não da ação rescisória depois de transcorrido o prazo de dois anos da ação exauriente.

A partir da leitura deste trabalho, constata-se que o legislador buscou, com a criação do procedimento disposto no art. 303 e 304 do CPC, colocar a disposição do Estado um instrumento capaz de entregar ao jurisdicionado a tutela do direito material no tempo e modo suficientes para se evitar o próprio perecimento desse direito, concretizando, desse modo, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional célere e efetiva e, com a técnica da estabilização, sem dilações indevidas e inúteis (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF/88).

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, J. A. D. S. **A crise do processo civil: uma visão crítica**, [s.d.]. Disponível em: <http://www.amatra19.org.br/artigos/_jose_aldemir/A_Crise_Processo_Civil_Uma_visao_critica.pdf>. Acesso em: 13 agosto 2016.
- ALVIM, J. E. C. **Direito arbitral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ASSIS, A. D. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 100, p. 33-60, 2000.
- BAUERMAN, D. Estabilização da tutela antecipada. **Revista Eletrônica de Direito Processual: Periódico da Pós Graduação stricto sensu em direito processual da UERJ**, Rio de Janeiro, v. VI, p. 32-48, julho a dezembro 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>>. Acesso em: 14 agosto 2016.
- BEDAQUE, J. R. D. S. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Seminário - O poder judiciário e o novo código de processo civil: enunciados aprovados**, 26 a 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf>. Acesso em: 5 set. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/2936>>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas do STF**, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 5 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até julho de 2016] - consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.
- BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 06 setembro 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 6 setembro 2016.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 setembro 2016.

BRASIL. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. **Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2016.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012.

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

CÂMARA, A. D. F. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CIVIS, FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS. VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**, São Paulo, 18, 19 e 20 março 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016.

DINAMARCO, C. R. **A reforma da reforma**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, W. S. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, M. M. **Curso de Direito Processual Civil**: de acordo com o novo CPC [livro digital]. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciados aprovados até o XXXIX Fonaje**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 5 ago. 2016.

FRANZÉ, L. H. B. **Tutela antecipada recursal**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FRIAS, J. E. S. Tutela antecipada em face da fazenda pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, p. 60-79, junho 1996.

GAJARDONI, F. D. F. et al. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral [livro digital]. São Paulo: Forense, 2015.

JÚNIOR, F. D. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2015.

JÚNIOR, F. D.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. D. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2015.

JÚNIOR, F. D.; JÚNIOR, H. Z. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 4, 2014.

JÚNIOR, H. T. **Curso de direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum [livro digital]. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2015.

JUNIOR, N. N. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. A. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LIEBMAN, E. T. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001. apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 464.

MARINONI, L. G. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2012.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil [livro digital]**. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed impressa. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2016.

MARINS, M. M. Jus navigandi. **O processo coletivo à luz do Novo Código de Processo Civil**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49822/o-processo-coletivo-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MARTINS, P. A. B. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, P. A. B.; LEMES, S. M. F.; CARMONA, C. A. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 357-382.

MITIDIERO, D. Automização e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 15-19, abril 2015. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/91449/2015_mitidiero_daniel_autonomizacao_estabilizacao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 ago. 2016.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2016.

SICA, H. V. M. Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://publicacao.mprj.mp.br/rmpj/rmpj_55/>. Acesso em: 7 julho 2016.

SILVA, O. B. D. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2000.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória [livro digital]**. 5. ed. em ebook baseada na 16. ed. impressa. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2016.

WATANABE, K. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 401, CPC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 77-101, julho/setembro 1996.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da Tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.