

1102-2011

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC
Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

6

TUTELA PROVISÓRIA

COORDENADORES

Eduardo José da Fonseca Costa
Mateus Costa Pereira
Roberto P. Campos Gouveia Filho

AUTORES

Auriano Soares da Costa
Alexandre Freire Pimentel
Anna Paola de Souza Bonagura
Antônio Carlos L. de Souza Júnior
Antonio de Moura Cavalcanti Neto
Bruno Garcia Redondo
Bruno Pereira Marques
Camilla Terezinha Arruda de Andrade
Daniel Miaga Simões Guimarães
Eduardo José da Fonseca Costa
Eduardo Scarpato
Eduardo Talamini
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Fredie Didier Jr.
Gabriela Exposito Tenório Miranda
Heitor Vitor Mendonça Sica

José Herval Sampayo Júnior
José Humberto Pereira Muniz Filho
Lorena Guedes
Lucas Buri de Matêdo
Luciana Dubeux Beltrão Alves
Lúcio Grassi de Gouveia
Marco Paulo Denucci Di Spirito
Mateus Costa Pereira
Míriam Cenci
Mônica Pimenta Jülicher
Paula Saino Biaga
Paulo Henrique dos Santos Lucion
Rafael Alexandrina de Oliveira
Ravi Perovani
Roberto P. Campos Gouveia Filho
Rodrigo Mazzer
Werner Braun Rich

EDITORIA
TRIPODIVM
www.editoriajuspodivm.com.br



SCARPARO, Eduardo. A Dicotomia Público-Privado no Direito Processual Civil. In: Carlos Alberto Molinaro; Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gilberto Porto. (Org.). *Constituição, Jurisdição e Processo*. Porto Alegre: Notadez, p. 211-230, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista. *Do Processo Cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005.

Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”

Heitor Vitor Mendonça Sica¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. QUAIS SÃO AS CONDIÇÕES PARA O CABIMENTO DA TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA?; 2.1. PRIMEIRA CONDIÇÃO: QUE TENHA HAVIDO DEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA SATISFATIVA; 2.2. EM CARÁTER ANTECEDENTE; 2.2. SEGUNDA CONDIÇÃO: QUE TENHA HAVIDO PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR; 2.3. TERCEIRA CONDIÇÃO: QUE A DECISÃO TENHA SIDO PROFERIDA LIMINARMENTE; 2.4. QUARTA CONDIÇÃO: QUE O RÉU NÃO TENHA INTERPOSTO RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA; 3. EM QUE CONSISTE A PROTEGIDA “ESTABILIDADE”?; 3.1. EFICÁCIA VERSUS IMUNIDADE E ESTABILIDADE; 3.2. IMUNIDADE VERSUS ESTABILIDADE; 4. OUTROS DEZ PONTOS PROBLEMÁTICOS; 4.1. SE O RÉU APENAS SE DEFENDE (MAS NÃO RECORRE) E APRESENTA ELOQUENTES ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS CONTRÁRIOS À TESE DO AUTOR, O JUIZ ESTÁ OBRIGADO A EXTINGUIR O PROCESSO?; 4.2. A ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE TUTELA É PASSÍVEL DE ESTABILIZAÇÃO?; 4.3. A ESTABILIZAÇÃO PODE OCORRER NO TOCANTE A DIREITOS INDIVISÍVEIS?; 4.4. A ESTABILIZAÇÃO SE APLICA QUANDO SE TRATA DE ANTECIPAÇÃO EM FAVOR DO RÉU?; 4.5. QUANDO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA, HÁ CONDENÇÃO A VERBAS SUCUMBENCIAIS?; 4.6. A DECISÃO ESTABILIZADA SUJEITA-SE À REMESSA NECESSÁRIA?; 4.7. QUAIS SÃO OS IMPACTOS DA SUPERVENIÊNCIA DE AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA; 4.8. APLICA-SE A ESTABILIZAÇÃO AO PROCESSO COLETIVO?; 4.9. APLICA-SE A ESTABILIZAÇÃO À AÇÃO RESCISÓRIA?; 4.10. O QUE É TUTELA CAUTELAR E O QUE É TUTELA SATISFATIVA PARA FINS DE ESTABILIZAÇÃO? UM PROBLEMA SEM SOLUÇÃO; 5. BALANÇO CRÍTICO; 6. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

Os arts. 294 ao 311 do novo CPC denomina de “tutela provisória” a ampla categoria que abrange as chamadas tutelas de urgência (subdivididas entre cautelar e antecipada) e de evidência, ressystematizando e unificando, do ponto de vista procedimental, o que o CPC de 1973 denominaria de tutela antecipada de urgência (art. 273, I), tutela cautelar (arts. 796 ao 888) e tutela antecipada de evidência (art. 273, II e §6º).

Em linhas gerais, esses instrumentos processuais mantêm o postulado, bem vincado pelo CPC de 1973, segundo o qual tutelas fundadas em cognição

¹ Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

sumária são, salvo raras exceções, precárias (podem ser revistas à luz de novos elementos fático-probatórios) e provisórias (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente para produzir efeitos de forma perene).

Essa diretriz resta, contudo, parcialmente atenuada pelo art. 304 do novo CPC, ao prever a chamada “estabilização da tutela antecipada”, sob a seguinte redação:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1.º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

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

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

§ 4.º 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 § 2.º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5.º O direito de reverter, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2.º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6.º 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, sob pena de ser indeferida e de o processo, extinto sem resolução de mérito.

contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1.º.

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

A redação desse dispositivo apresenta substanciais diferenças em relação ao texto final aprovado pelo Senado da República em 15.12.2010³, bem como, principalmente, ao que constava do Anteprojeto originalmente apresentado ao Senado pela Comissão de Juristas nomeada por ato da Presidência daquela Casa em 2009⁴.

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano⁵ – e que vem há

3 Art. 280. O requerido será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. § 1.º Do mandato de citação constará a advertência de que, não impugnada decisão ou medida liminar eventualmente concedida, esta continuará a produzir efeitos independentemente da formulação de um pedido principal pelo autor. (...) Art. 281. (...) § 2.º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua elevação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia.

Art. 282. Impugnada a medida liminar, o pedido principal deverá ser apresentado pelo requerente no prazo de trinta dias ou em outro prazo que o juiz fixar.

§ 1.º O pedido principal será apresentado nos mesmos autos em que tiver sido veiculado o requerimento da medida de urgência, não dependendo do pagamento de novas custas processuais quanto ao objeto da medida requerida em caráter antecedente.

§ 4.º Na hipótese prevista no § 3.º, qualquer das partes poderá propor ação com o intuito de discutir o direito que tenha sido acautelado ou cujos efeitos tenham sido antecipados.

Art. 283 (...) § 2.º Nas hipóteses previstas no art. 282, §§ 2.º e 3.º, as medidas de urgência conservarão seus efeitos enquanto não revogadas por decisão de mérito proferida em ação ajuizada por qualquer das partes.

Art. 284 (...) § 2.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revoque, proferida em ação ajuizada por uma das partes. Art. 293. A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revoque, proferida em ação ajuizada por uma das partes. Parágrafo único. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação referida no caput. (...)”.

4 Apertadamente o projeto se inspirou em alguns aspectos do regime geral das ordonnances de référé (arts. 884 a 497) e em outros das ordonnances sur requête (arts. 493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, para rece-me que alguns elementos foram colhidos dos arts. 186-ter e 491-ter, com redação dada pelas Leis n. 353/90 e 263/2005, e do art. 669-orties, com redação dada pelas Leis n. 80/2005 e 69/2009 (destacando semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos, que aqui não vêm ao caso, confira-se Giovanni Bonomi I référé nell’ordinamento francese, La tutela somaria in Europa – Studi, ANTONIO CASARTA (Org.), p. 35-76). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”.

tempos sendo debatida pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei que não vingaram⁶.

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juíz, desde que tenha havido antecipação de tutela (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumariza-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento⁷.

O objetivo do presente ensaio é analisar criticamente essa novidade, identificar problemas que sua aplicação poderá trazer e propor, desde logo, solução para a maioria deles. Não caberá, contudo, nos exíguos limites deste estudo, um exame aprofundado da legislação estrangeira que inspirou o sistema brasileiro.

2. QUAIS SÃO AS CONDIÇÕES PARA O CABIMENTO DA TÉCNICA DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA?

A leitura dos arts. 303 e 304 permite identificar quatro condições cumulativas a serem observadas para aplicação da técnica da estabilização: (a) que o juiz haja deferido o pedido de tutela antecipada (*recluius*, tutela provisória de urgência satisfativa), requerida em caráter antecedente e autônomo; (b) o autor tenha pedido expressamente a aplicação de tal técnica; (c) que a decisão concessiva tenha sido proferida liminarmente, *inaudita altera parte*; e (d) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível. Adiante serão analisadas cada uma dessas condições.

2.1. Primeira condição: que tenha havido deferimento de tutela provisória de urgência satisfativa pedida em caráter antecedente

Para adequada compreensão da técnica processual aqui em análise, é preciso, de início, reconhecer que a terminologia adotada pelo novo CPC para

6. Ao que me consta, a primeira proposta nesse sentido foi feita, entre nós, por ALEX PRILEGIN GAIKOVITZ (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa (Revista de processo, n. 86, p.193-195). A técnica voltou a ser estudada pela mesma jurista em outro ensaio, marcado por ampla pesquisa de ordenamentos estrangeiros e que culminou na elaboração de um novo anteprojecto, desta vez com a participação de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BRAGAQUE, RAJZO WYMANNE e LUIZ GUILHERME MARINONI (Tudo Jurisforum diferenciará a antecipação e sua estabilização, Revista de processo, n.121, v.30, mar./2005, p.11-37). Esse segundo anteprojecto foi encaminhado ao Senado, que o discutiu a partir de 2005 (PIS nº 186/2005) e o arquivou em 2007. A proposição voltou à tona na parte final do Anteprojecto de Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja elaboração foi coordenada, também, por ALEX PRILEGIN GAIKOVITZ. Trata-se, pois, de técnica processual que há muito vem sendo objeto de preocupações da eminente professora do Largo de São Francisco.

7. A sumarização da cognição sempre implica sumarização procedimental, mas o inverso não é verdadeiro. É corrente a ideia de que o procedimento sumário e o procedimento dos Juizados Especiais preservam o exercício de cognição exauriente.

tratar de tutelas sumárias é diversa daquela atualmente utilizada pelo Código em vigor e pela doutrina majoritária. O novo CPC cria a categoria geral da "tutela provisória", e a classifica de acordo com três critérios: (a) primeiramente, em razão da necessidade ou não de demonstração de "perigo de demora da prestação da tutela jurisdicional"; a tutela provisória pode ser "de urgência" ou "de evidência" (art. 294, parágrafo único); (b) em segundo lugar, em função do momento em que é postulada, a tutela provisória pode ser "antecedente" ou "incidental" (art. 294, caput); e, por fim, (c) levando-se em conta a aptidão da tutela provisória em permitir ao beneficiário fruir o bem da vida objeto do litígio ou não, ela pode ser "antecipada" (*recluius*, satisfativa) ou "cautelar" (art. 294, caput).

Face a tais constatações, extrai-se da literalidade do dispositivo acima transcrito que a estabilização não se aplicaria: (a) à "tutela provisória de evidência" (arts. 294, parágrafo único e 311); (b) à "tutela provisória de urgência cautelar" (art. 294, caput, 301, 305 a 310), e, finalmente, (c) à tutela provisória requerida em caráter "incidental" (art. 294, caput, e 295). Resta apenas a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) pedida em caráter antecedente.

2.2. Segunda condição: que tenha havido pedido expresso do autor

Outra interpretação que, penso, deva ser forçosamente extraída dos arts. 301 e 302 é a de que a técnica de estabilização só poderia se aplicar se o autor assim o pleitear expressamente.

Isso porque as técnicas previstas nos arts. 303 e 304 constituem "benefícios" ao autor (como deixa claro o §5º do art. 303) e jamais poderiam ser a ele aplicados contra a sua vontade⁸. 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 formatar coisa julgada material. Não se pode obrigar o autor a se contentar com

8. De fato, o art. 304, embora não se refira expressamente à tutela de urgência, repoma-se ao art. 306 que, aí sim, por sua vez, trata exclusivamente dessa hipótese ("Art. 303. Nos casos em que a urgência for temporária à propositura da ação (...).").

9. O caput do art. 304 dispõe expressamente sobre a "tutela antecipada", apenas (isto é, a tutela satisfativa). E, de fato, não faria sentido cogitar da estabilização de "tutela provisória cautelar", como, e.g., o art. 303, que trata exclusivamente da hipótese de tutela antecipada pedida em caráter antecedente.

10. Igualmente o caput não exclui de maneira textual a estabilização de tutela requerida em caráter antecedente. Contudo, essa exclusão resulta evidente da interpretação (necessariamente) conjunta do art. 304 com o art. 303, que trata exclusivamente da hipótese de tutela antecipada pedida em caráter antecedente.

11. A primeira proposta de ALEX PRILEGIN GAIKOVITZ usava-se justamente a palavra "de partes" (e não apenas do réu) como determinante para se dispensar o prosseguimento do processo rumo à decisão fundada em cognição exauriente (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa (Revista de processo, n. 86, p.193)).

uma tutela provisória "estabilizada" apta a ser desafiada por demanda contrária movida pelo réu do processo original nos termos do art. 304, §5º¹². Interpretação diversa representaria violação frontal à garantia da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

Finalmente, esse entendimento pode ser extraído da própria interpretação sistemática dos arts. 303 e 304. O primeiro dispositivo prevê a faculdade do autor em provocar o Poder Judiciário apenas para apreciar o pedido de tutela provisória de urgência satisfativa em caráter antecedente, ao passo que o segundo dispõe que a técnica de estabilização se aplica apenas na hipótese de a medida ter sido deferida "nos termos do art. 301"¹³. Não bastasse, o "benefício" do art. 303 precisa ser pleiteado expressamente na petição inicial (§5º)¹⁴.

Em outras palavras: claramente o art. 303 dá duas alternativas ao autor: (a) pleitear, exclusivamente, a tutela provisória urgente satisfativa (e apenas "indicar" o pedido de tutela final); ou (b) desde logo, pedir, concomitantemente, a tutela provisória urgente satisfativa e a tutela final. Apenas na primeira hipótese é que se cogitaria da possibilidade de aplicação da tese de estabilização. Isso porque o autor que formula desde logo o pedido de tutela final, a meu ver, manifesta inequivocamente a vontade no sentido de que não se contentará apenas com a tutela provisória estabilizada¹⁴.

12. Como adiante se demonstrará, a sentença de mérito passada em julgado é muito mais firme que a decisão concessiva de tutela antecipada estabilizada. No primeiro caso, caberia ação rescisória em hipóteses taxativamente previstas (art. 966). No segundo caso, a demanda movida em 1º grau de jurisdição nos termos do art. 304, §5º, pode versar qualquer matéria.

13. O nosso sistema vigente apresenta situação similar. O autor munido de "prova escrita sem eficácia de título executivo" tem a opção de manejar ação monitoria ou de valer-se do procedimento comum. Embora o primeiro procedimento tenha a aptidão de se revelar mais célere, eventualmente não resultará em sentença de mérito fundada em cognição exauriente, não feita a o autor interesse processual (modalidade de adequação) para preferir o segundo.

14. De fato, não faria sentido exigir do autor que pediu logo na peça inicial para que fosse observado o regime dos arts. 303 e 304 que desde logo formulasse o pedido de tutela final. Tal pedido restaria prejudicado caso o réu não interponha recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada e ela se estabilize. Aliás, sob essa mesma ótica, não há muito sentido em se exigir do autor que, antes mesmo da confirmação ou não da estabilização da tutela antecipada, adie a peça inicial para "complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final" no prazo de 15 dias ou outro assinalado pelo juiz. O certo seria que a complementação houvesse apenas se o réu interpor recurso contra a decisão concessiva de tutela e, portanto, evitar sua estabilização, afastando, a partir de então, o disposto no art. 304. A redação do dispositivo ainda se ressenete de outros problemas. Em primeiro lugar, se o autor optou por formular apenas o pedido de tutela antecipada, não haverá pedido de tutela final a ser confirmado. Houve, apenas uma mera "indicação do pedido de tutela final" (há alguma semelhança com o art. 803, III, do CPC em vigor, o qual exige que a peça inicial da ação cautelar traga consigo a indicação "da lide e seu fundamento" a serem decididos no "processo principal"). Nessa hipótese, há que se interpretar o dispositivo no sentido de que o autor tem a faculdade de formular o pedido meramente indicado anteriormente. Em segundo lugar, se o autor não tiver argumentado para complementar, tampouco documentos adicionais a juntar, é evidente que o descumprimento desse comando legal não lhe poderá trazer qualquer consequência. Apesar de o dispositivo empregar

2.3. Terceira condição: que a decisão tenha sido proferida liminarmente, inaudita altera parte

Outra consequência da interpretação do art. 303 concerne ao fato de que a tutela provisória apta à estabilização é aquela concedida liminarmente, *inaudita altera parte*.

Se o juiz indeferiu a providência, e o autor emendou a petição inicial com a formulação do pedido de tutela final (art. 303, §1º, I), restou descaracterizada a possibilidade de aplicação do art. 304, pelas razões expostas no item anterior.

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

2.4. Quarta condição: que o réu não tenha interposto recurso contra a decisão que deferiu a tutela provisória

A quarta e última condição é a de que o réu, citado e intimado da decisão¹⁵, não tenha interposto o recurso cabível. Em se tratando de decisão proferida em 1º grau de jurisdição, o recurso interponível é o agravo de instrumento (art. 1.015, I). Em se tratando de decisão proferida em 2º grau de jurisdição, haveria que se pensar no agravo interno contra a decisão monocrática (art. 1.021) ou no recurso especial e/ou recurso extraordinário, em se tratando de decisão colegiada.

Chama a atenção o fato de o sistema projetado – que tanto esforço empregou para reduzir a recorribilidade direta das decisões interlocutórias (art. 1.015)¹⁶ – passe a compelir o réu a recorrer para evitar a estabilização. Sob o

o verbo "deverá", a interpretação sistemática torna torçoso o entendimento de que o autor tem uma mera faculdade de complementar argumentos e documentos. O órgão julgador deve se contentar com a manifestação de vontade de que o demandante nada tem a acrescentar.

15. O réu pode já ter sido citado anteriormente ou ingressado voluntariamente nos autos, hipótese em que a decisão concessiva de tutela poderia lhe ser comunicada apenas mediante mera intimação.

16. A Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC apresentada ao Senado Federal em 2009 defleceu expressamente que o "volume imoderado de (...) recursos" era um dos problemas a ser enfrentado por meio da "diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais". Justamente no campo do agravo de instrumento é que essa diretriz se manifestou de maneira mais intensa.

império do Código vigente o réu pode optar em não recorrer da decisão liminar antecipatória de tutela e limitar-se a apresentar defesa acompanhada de novos fatos e provas, confiando que o juiz, à luz do aprofundamento da cognição, haja por bem revogar a medida¹⁷.

Outro aspecto a ser enfrentado concerne à hipótese em que o recurso manejado pelo réu contra a decisão concessiva de tutela provisória "estabilizável" não for conhecido, ante a falta de algum dos requisitos de admissibilidade. Para solucionar esse problema, parto do entendimento já assentado de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível em razão de algum outro vício, é apto a evitar a preclusão da questão recorrida¹⁸. Logo, se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido.

Uma última observação se faz necessária. Há que se considerar ainda a necessidade de interpretação sistemática e extensiva do art. 304, de modo a considerar que não apenas o manejo de recurso propriamente dito (cujas modalidades são arroladas pelo art. 994) impediria a estabilização, mas igualmente de outros meios de impugnação às decisões judiciais (em especial a suspensão de decisão contrária ao Poder Público e entes congêneres¹⁹ e a reclamação²⁰).

3. EM QUE CONSISTE A PROJETADA "ESTABILIDADE"?

3.1. Eficácia versus imunidade e estabilidade

Primeiramente, baseio-me na ideia de LIEBMAN²¹ segundo a qual eficácia não se confunde com imutabilidade. Uma decisão pode perfeitamente produzir efeitos independentemente de ainda não ter se tornado imune a modificações ou revogações posteriores. Da mesma maneira eficácia não se confunde com

estabilidade. Sob esse ponto de vista, não há dúvidas de que a decisão que concede a tutela provisória urgente satisfativa antecedente é plenamente eficaz mesmo antes de se estabilizar. A diferença é a de que a tutela ainda não estabilizada enseja execução provisória (art. 297, parágrafo único), ao passo que a tutela estabilizada enseja execução definitiva, tão logo extinto o processo nos termos do art. 304, §1º. Afinal, não faria nenhum sentido criar a estabilização e ao mesmo tempo impedir o autor de efetivar medidas irreversíveis face as amarras do regime do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes), agravadas pela restrição (de duvidosa constitucionalidade) ao uso da penhora eletrônica de aplicações bancárias para efetivação da tutela provisória (art. 297, parágrafo único).

3.2. Imunidade versus estabilidade

A segunda dúvida a ser dirimida concerne à diferença entre imutabilidade e estabilidade.

De fato, há que se reconhecer que se trata de fenômenos distintos, sendo o primeiro deles típico, apenas, da coisa julgada material. Aliás, é sintomático que o novo CPC atualmente empregue o termo *estável*, sem jamais falar em imutabilidade ou, muito menos, de coisa julgada (como fazia o anteprojeto da lavra de ADA PELLEGRINI GRINOVER em 1997²² e aquele elaborado pelo IBDP e examinado pelo Senado Federal entre 2005 e 2007²³).

O Anteprojeto de novo CPC já havia recusado a formação de coisa julgada material ao dispor expressamente em seu art. 293 que "[a] decisão que concede a tutela não fará coisa julgada²⁴, mas a estabilidade dos respectivos efeitos

27 O anteprojeto elaborado por ADA PELLEGRINI GRINOVER em 1997 propunha acrescentar ao art. 273 do CPC em vigor um §8º, com a seguinte redação: "havendo impugnação, o processo prosseguirá até final julgamento. Não havendo impugnação, ou sendo julgada inadmissível pelo juiz, o provimento antecipatório converter-se-á em sentença de mérito, sujeita a apelação se, efeito suspensivo, ficando o réu isento de custas e honorários advocatícios se não a interpuiser" (Proposta de alteração do Código de Processo Civil - Justificativa (Revista de Processo, n. 86, p. 391).

23 O MS nº 186/2009 previa a inserção do art. 273-B cujos §§3º e 2º eram assim redigidos: "§ 1º Preclusa a decisão que conceder a tutela antecipada, é facultado, no prazo de 60 (sessenta) dias: a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão. § 2º Não iniciada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida". Já o art. 273-C projetado dispunha o seguinte: "Art. 273-C Preclusa a decisão que conceder a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada requerer seu prosseguimento, no prazo de 30 (trinta) dias, objetivando o julgamento de mérito. Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, o julgamento é facultado à parte interessada que vise à sentença de mérito; b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão. § 2º Não iniciada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida" (Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo, n. 122, p. 35-37).

24 Aqui é evidente a inspiração do art. 488.º do CPC francês: "L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée".

17 Não se cogia de preclusão, conforme assinei em outro trabalho (Preclusão processual civil, p. 256-262).

18 Esse entendimento é particularmente reiterado quando se trata de embargos de declaração (impedidos, mas não conhecidos, para efeito de interromperem o prazo para outros recursos em face da decisão embargada (v.g., AgrR nos EDcl no AgrR no RF nos EDcl no REsp nº 760.216/PA, Corte Especial, Relator Ministro Ari Pargendler e AgrR no REsp 119737/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido). O mesmo raciocínio se aplica às demais modalidades recursais e ao efeito impeditivo da preclusão que lhes é inerente.

19 Art.15 da Lei n. 12.016/2009.

20 Observe-se que o art. 988 do projeto amplia exponencialmente o cabimento da reclamação em relação ao sistema atualmente vigente.

21 Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

só será afastada por decisão que a revogar, proferida em ação ajuizada por uma das partes". A redação permaneceu intacta no texto aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010 (art. 284, §2º).

Via-se claramente que, tal qual redigido pelo Senado, o dispositivo aqui em foco criava mais uma hipótese de "tutela sumária definitiva"²⁵, assim entendida como aquela que, em contraposição à "tutela sumária provisória", tem eficácia plena independentemente de ulterior confirmação por sentença proferida com base em cognição exauriente²⁶ (cujo exercício, aliás, passa a ser meramente facultativo e eventual, atrelado à provocação do réu, por meio de um processo autônomo). Contudo, não se via na hipótese vertente uma verdadeira hipótese de imutabilidade, pela ausência de coisa julgada material, ainda reservada para as "sentenças de mérito" (art. 502 do novo CPC).

Sob tal conformação, a técnica da estabilização apresentava indistinctíveis semelhanças com aquela empregada no processo monitorio²⁷. Nele, o juiz exerce cognição sumária acerca da prova escrita sem força de título executivo exibida com a peça inicial e, com base nela, determina a expedição de mandado para pagamento. Se o réu não opõe embargos, o mandado inicial se converte em título executivo judicial, de modo que o autor poderá iniciar a execução forçada independentemente de ulterior decisão fundada em cognição exauriente que confirme a decisão inicial fundada em cognição sumária. Se, por outro lado, o réu opõe embargos, passa-se a se observar o procedimento comum, que resultará numa sentença final proferida mediante exercício de cognição exauriente. Segundo a maioria da doutrina pátria, não se forma coisa julgada no processo monitorio²⁸, permitindo-se que o réu possa eventualmente discutir em ulterior processo a mesma relação jurídica²⁹.

25 Cf., v.g., JOSÉ RUBENS DOS SANTOS BONDQUE (Estabilização de relações de urgência. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, FLÁVIO LUIZ VASCONCELOS e MAURÍCIO ZAMBELO DE MORAES (ORG.), p.669).

26 A essa altura, é ocioso descrever os conceitos de "cognição exauriente" e de "cognição sumária", bastando referir a obra clássica de HAZIO WAMME (Da cognição no processo civil, p.120-131).

27 Atualmente regulada pelos arts. 1.102-A a 1.102-C do CPC vigente, com redação dada pela Lei nº 9.079/95 e que a redação do novo CPC, em linhas gerais, com poucas diferenças, preserva em seus arts. 700 a 702.

28 A aproximação entre as hipóteses é há tempos exaltada. Basta destacar que ADA PELLEGRINI GRINOVER a invocou ao elaborar seu primeiro Anteprojeto, em 1997 (Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. Revista de processo, n. 86, p.191-195) e, reconhecendo, foi ressaltado por EDUARDO TALAMINI (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. Revista de processo, n. 209, p.13-34).

29 Cf., v.g., EDUARDO TALAMINI (Tutela monitoria, p.92-104). O principal argumento extraído de tal ilação doutrinária é o de que a cognição exercida pelo juiz para conversão do mandado monitorio em título executivo foi meramente superficial. Acrescente-se ainda que, se o réu move embargos e eles são julgados improcedentes, há decisão de mérito, fundada em cognição exauriente, passível de coberta pela coisa julgada material e atacável por ação rescisória. Logo, seria inaceitável que, sem nenhuma decisão fundada em cognição exauriente, houvesse imutabilidade "total" (isto é, inapta ao ataque via ação rescisória).

30 Apesar das semelhanças, há três claras diferenças entre a técnica monitoria e a técnica da estabilização: (a) a desnecessidade de demonstração de urgência para manejo do processo monitorio; (b) no processo

Contudo, durante a tramitação do projeto na Câmara inseriu-se um novo elemento que precisa ser cuidadosamente analisado. Refiro-me à limitação temporal para o ajuizamento de ação pleiteando a revisão da decisão concessiva de tutela provisória estabilizada (2 anos, ex vi do art. 304, §5º).

Essa alteração traz uma evidente dificuldade teórica, pois não explica se, após o transcurso do biênio, forma-se ou não coisa julgada material.

Ainda assim, entendo que não há coisa julgada.

Para se chegar a essa conclusão, constato, primeiramente, que 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).

Em segundo lugar, 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 partes³¹). A decisão estabilizada não parece ter essa feição positiva³². Passados os dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se uma estabilização de qualificação pois, embora não possa ser alterada, não se confundiria com a imunidade pela inexistência de uma feição positiva³³.

No mais, parece mais acertado reconhecer que a explicação para esse fenômeno repousa no instituto da "decadência" (tal como ocorre quando se trata

monitorio, a efetivação da decisão sumária ocorre apenas após a estabilização, ao passo que na tutela antecipada sua eficácia é liberada mesmo antes da estabilização; e (c) a desnecessidade de prova escrita de obrigação líquida e certa para pleitear a tutela antecipada urgente satisfativa em caráter antecedente (embora seja difícil imaginar que o autor convença o juiz da probabilidade de seu direito sem qualquer prova escrita).

31 Conforme ensina, por todos, BARBOSA MOREIRA (Questões prejudiciais e coisa julgada, p.64, ss.).

32 Para explicar essa afirmação, pode-se recorrer a uma das fontes de inspiração do projeto, isto é, a comma 9 do art. 669-ocis do CPC italiano que estabelece que "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

33 A situação em muito se equipararia à chamada preclusão "pro iudicato", instituto cunhado por ROSEN JUS-TAMINE para explicar alguns fenômenos de imunitização semelhantes à coisa julgada, mas inenunciáveis que ela. ConfiraM-SE, a propósito, Profili prouti di diritto processuale civile, p. 135; Diritto processuale civile, v. 1, p. 71-72; v. 3, p. 25-26 e 41-45 etc.

da ação rescisória, ex vi do art. 495 do CPC vigente e art. 975 do novo CPC³⁴), de modo que a extemporaneidade da demanda promovida com base no art. 304, §2º, levaria à extinção do feito com fundamento no art. 487, II.

4. OUTROS DEZ PONTOS PROBLEMÁTICOS

4.1. Se o réu apenas se defende (mas não recorre) e apresenta eloquentes elementos fático-probatórios contrários à tese do autor, o juiz está obrigado a extinguir o processo?

É possível cogitar da situação em que o réu, embora tenha transcorrido in albis o prazo para recorrer da decisão concessiva de tutela provisória "estabilizável", apresentou defesa munida de elementos de convicção relevantes e convincentes, que desmentem a tese do autor tida liminarmente como provável. A questão que se coloca, nesse caso, é se o juiz está obrigado a extinguir o feito e estabilizar a tutela sumária ou se poderia eventualmente revogá-la à luz do aprofundamento da cognição oportunizado pela defesa do réu.

Um dos possíveis parâmetros para solução dessa questão seria o processo monitorio, em que a ausência de embargos por parte do réu implica de maneira "automática" (isto é, sem novo exercício de cognição) a abreviação do procedimento. Esse entendimento funda-se no disposto no art. 1.102-C, caput, do CPC, segundo o qual a constituição do mandado monitorio em título executivo judicial se dá "de pleno direito"³⁵.

Contudo, não nos parece haver base legal para aplicar à técnica da estabilização a mesma solução. Ao contrário, o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo ex vi do art. 304, §3º. Entendo que esse dispositivo não deixa o juiz "de mãos atadas" diante da inércia do réu em recorrer da decisão antecipatória, podendo nesse momento revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu.

34 Esse entendimento explica-se à luz da constatação de que a demanda movida com esteio no art. 302, §2º, terá eficácia desconstitua da decisão antecipatória aproximando-se, por isso, da hipótese de ação rescisória, cujo prazo para proposição é decenal (v.g. STJ, REsp 116733/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão), ainda que com se prorrogue até o primeiro dia útil subsequente caso o termo ad quem caia em dia sem expediente forense (e.g., AgRg no Resp 747-308/DI/Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

35 Esse nos parece ser o entendimento prevalecente na doutrina. Confira-se, por todos, TALAMINI (tutela monitoria, passim).

4.2. A antecipação parcial de tutela é passível de estabilização?

O art. 304 foi redigido tendo-se claramente em conta a hipótese em que a antecipação de tutela estabilizável for total: ante a inércia do réu em interpor recurso, o juiz extingue o processo como um todo e a decisão se estabiliza.

Ocorre que as situações podem se mostrar bem mais complexas, face à possibilidade de concessão de tutela antecipada parcial como na hipótese de o juiz deferir apenas uma parcela do pedido do autor (p.ex.: o autor pede alimentos provisórios de \$10 e o juiz concede \$8) ou no caso de o autor formular dois pedidos, em cumulação simples, e o juiz antecipar apenas um (p.ex.: a vítima de ilícito extracotratual pede liminarmente o custeio de tratamentos médicos urgentes e uma pensão mensal, mas o juiz defere liminarmente apenas a segunda providência). Considerando-se que o sistema projetado amplia as hipóteses de desmembramento do objeto litigioso – em especial acolhendo textualmente o julgamento parcial de mérito (art. 356) – não há razões para recusar a estabilização parcial, com a redução do objeto litigioso que será submetido ao julgamento fundado em cognição exauriente. Há, decerto, o risco de a decisão final ser desfavorável ao autor, e se produzir certa contradição com a decisão antecipatória estabilizada. Mas trata-se de mera contradição lógica (não jurídica) que é assumida como natural pelo sistema. Todas as vezes em que não há o *simultaneus processus*. Também haveria de se cogitar – como faz TALAMINI³⁶ – na hipótese análoga em que o recurso for parcial, o que provocará a estabilização nos limites da matéria não atacada pelo recurso.

O problema se agrava em se tratando de acolhimento do pedido subsidiário de tutela antecipada. Pense-se no exemplo do autor que, alegando-se proprietário de um imóvel, pede, em caráter principal, a imissão provisória na posse e, em caráter subsidiário, que o réu seja obrigado a reconstruir parte do imóvel que foi demolida. Se o juiz deferir a segunda providência e o réu não recorrer, persiste o interesse do autor no prosseguimento do processo para análise do pedido principal em sede de cognição exauriente, cuja impropriedade – ao reconhecer que o autor não tem direito sobre o bem – prejudicará a antecipação do pedido subsidiário de tutela. Nesse caso, entendo que a estabilização não poderia ser aplicada.

4.3. A estabilização pode ocorrer no tocante a direitos indisponíveis?

Não há como negar certas semelhanças entre a estabilização da tutela antecipada e o julgamento antecipado da lide fundado no art. 330, II, do CPC (art.

36 Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p.29-30.

355, II, do novo CPC). Em ambos os casos abrevia-se o procedimento em função da inércia do réu (no primeiro caso, em recorrer da decisão antecipatória; no segundo, em se defender) e se cominam consequências negativas em face do descumprimento de um ônus processual imposto ao réu. Ocorre que a técnica do julgamento antecipado é afastada quando, malgrado ausente a defesa do réu, o legislador ressalvou a aplicação dos efeitos da revelia (art. 320 c.c. art. 324 do CPC vigente e arts. 345 e 348 do novo CPC). Penso que a mesma lógica deva pautar a aplicação da técnica da estabilização: se inaplicável o efeito da revelia – com todas as dificuldades inerentes à aplicação do art. 320 do CPC em vigor, e que persistirão à luz do art. 345 do novo CPC³⁷ – a estabilização não pode ocorrer³⁸.

4.4. A estabilização se aplica quando se trata de antecipação em favor do réu?

Pelas premissas assentadas no item 2, a técnica da estabilização se aplica exclusivamente ao autor, que pode romper originariamente a inércia da jurisdição para pedir em caráter antecedente apenas a tutela provisória urgente satisfativa.

Chego a essa conclusão mesmo sem considerar que os arts. 303 e 304 referem-se apenas ao "autor", pois considero tal dado irrelevante. À luz da isonomia processual e do contraditório, não de ser equiparados, tanto quanto possível, os poderes exercitáveis por ambos os sujeitos processuais³⁹. Não é porque o texto legal atribui apenas ao autor um determinado poder que, automaticamente, se excluiuira seu exercício pelo réu.

Contudo, ainda assim, a lume das conclusões alcançadas no item 2, *supra* a técnica da estabilização se mostra inaplicável ao réu pois em todas as hipóteses em que pedir antecipação de tutela em face do autor, o fará necessariamente em caráter incidental (e não antecedente).

4.5. Quando da estabilização da tutela antecipada, há condenação a verbas sucumbenciais?

Ante o silêncio do novo CPC a esse respeito, a solução exige algum esforço de interpretação, que há de recair sobre dois elementos. O primeiro é o de que

a decisão antecipatória, obviamente, nada disporá acerca de responsabilidade pelas verbas sucumbenciais. O segundo é o de que a constatação do juiz de que o réu não interpôs e recurso contra a decisão antecipatória gerará uma sentença terminativa, a partir da qual a decisão antecipatória restará estável. Ora, não há qualquer ressalva no novo CPC no sentido de que essa particular hipótese de sentença terminativa não conteria a fixação da responsabilidade pelas verbas da sucumbência, sendo de rigor reconhecer que o réu será condenado a pagá-las.

Aquí, 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, §1º⁴⁰). 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.

4.6. A decisão estabilizada sujeita-se à remessa necessária?

De todos os problemas postos, talvez seja este o de mais fácil solução. A resposta é evidentemente negativa, a começar pelo fato de que o art. 496 do novo CPC delimita o cabimento da remessa necessária para a "sentença (...) proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (inc. I) e "que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal" (inc. II). Ora, a decisão que antecipa tutela não é sentença, à luz do conceito acolhido pelo art. 203, §1º, ao passo que a decisão que extingue o processo nos termos do art. 304, §1º, embora se amolde ao conceito positivado de sentença não pode ser considerada propriamente proferida "contra" a Fazenda Pública-ré.

De resto, não custa lembrar que essa exata mesma questão permeou a discussão em torno do cabimento da ação monitoria em face do Poder Público, tendo a Corte Especial do STJ decidido que "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"⁴¹.

40 Equivalente ao art. 701, §1º, do novo CPC.

41 ERESP 345-752/MC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 207.

37 Desponha particularmente evidente o descabimento da estabilização de tutela antecipada deferida em face de incapaz. O sistema não tolera que a inércia do representante legal (pai, mãe, tutor ou curador) traga prejuízos à esfera jurídica do representado.

38 Assim também entendeu EDUARDO TEJAMAR (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, p.26).

39 Essa é a premissa do meu trabalho *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*.

4.7. Quais são os impactos da superveniência de ação autônoma de impugnação da tutela antecipada estabilizada?

No item 3.1, acima, reconhecerei que a execução da decisão antecipatória estabilizada se fará em caráter definitivo. Restaria saber se esse regime se aplicaria se o réu viesse a manejar a demanda impugnativa a que se refere o art. 304, §5º. Penso que o simples ajuizamento da ação não poderia, por si só, produzir impacto na execução (pois, do contrário, se esvaziaria por completo a já escassa utilidade do instituto aqui em foco). O réu do primeiro processo teria o ônus de convencer o juiz, em sede de cognição sumária, a antecipar tutela para o fim de suspender a execução da decisão estabilizada⁴². O curioso é que essa segunda decisão antecipatória (proferida na demanda impugnativa) também poderia, desde que preenchidos os requisitos acima delineados, se estabelecer. Nesse passo, não posso me furtar de suscitar o argumento *ad terrorem* de que a aplicação da técnica da estabilização na demanda movida com base no art. 304, §5º, poderia se repetir *ad infinitum*... Após uma estabilização a parte afetada poderia vir a juízo e obter tutela antecipada que, por sua vez, se estabilizaria, repetindo-se indefinidamente o ciclo.

4.8. Aplica-se a estabilização ao processo coletivo?

Não tenho qualquer dúvida em responder negativamente a essa indagação.

Isso porque a técnica da estabilização pressupõe a possibilidade de que o réu do processo primitivo, contra o qual foi proferida e estabilizada a decisão antecipatória, possa aforar uma nova demanda contra o autor uma demanda pedindo a revisão da decisão. Ou seja, há uma inversão dos polos nos dois processos. Para que tal fenômeno ocorresse no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, seria necessário admitir a ação coletiva passiva – em que os legitimados enunciados pelos arts. 5º da Lei n. 7.437/85 e 82 do CDC – se tornassem réus, o que não parece encontrar respaldo no microsistema de tutela coletiva⁴³.

4.9. Aplica-se a estabilização à ação rescisória?

Igualmente não vejo outra resposta possível que não a negativa.

Para se justificar essa assertiva, é quase ocioso lembrar, de início, que a ação rescisória admite tutela provisória, a fim de estancar a eficácia da decisão rescindenda, seja no sistema atual (art. 489⁴⁴), seja no sistema projetado (art. 969).

Contudo, a ação rescisória não admirará que o autor opte pela aplicação do regime previsto nos arts. 303 e 304, pois a coisa julgada material – que, em última análise, tem assento constitucional (art. 5º, XXXVI) – não poderia ceder em face de uma decisão fundada em cognição sumária. Simples assim.

4.10. O que é tutela cautelar e o que é tutela satisfativa para fins de estabilização? Um problema sem solução

Não muito tempo depois de a Lei n. 8.952/94 ter reformado o CPC de 1973, multiplicaram-se as dúvidas em torno da classificação de determinados procedimentos de urgência no campo da "tutela antecipada" (art. 273) ou da "tutela cautelar" (Livre III). Em que pese a doutrina haver proposto critérios para essa diferenciação (que de fato existe), diversas hipóteses ainda ensejavam dúvidas e discussões as quais, levadas ao Poder Judiciário, poderiam redundar em indevida negativa de tutela jurisdicional (decorrente do indeferimento do pedido de tutela urgente, face ao entendimento de que a via processual eleita foi inadequada). Ocorrem-me em particular os exemplos da separação de corpos e da sustação de protesto. Havia quem afirmasse que a separação de corpos apenas acautelava uma situação jurídica, afastando um dos cônjuges do lar conjugal para preservar a integridade física de ambos, sem qualquer ânimo de antecipar (nem mesmo parcialmente) o resultado final da ação de separação judicial. Outros defendiam com "unhas e dentes" que a providência era satisfativa, pois um dos efeitos da separação judicial era justamente a extinção do dever de coabitação. No caso da sustação de protesto, muitos acreditavam que a medida apenas garantia o resultado útil da pretensão principal, notadamente a declaratória de inexistência de relação jurídica cambiária (que, a rigor, por sua natureza só produziria efeitos de certeza mediante formação de coisa julgada material e, portanto, não admitiria antecipação). No entanto, havia quem sustentasse que a providência antecipava um dos efeitos da procedência do pedido declaratório negativo, que seria a supressão do registro público acerca da pendência da dívida. Muitos litigantes tiveram trabalho dobrado para adaptar seus atos postulatorios ao entendimento acolhido por um particular magistrado. Muitos bacharéis em Direito foram reprovados no Exame da Ordem

42 Penso que o juiz poderia deferir integralmente tutela antecipada de modo a estancar como um todo a execução da decisão estabilizada, ou proferir um provimento parcial para o fim de convencer essa execução em provisória.

43 O tema ainda é pouco estudado, sendo escassas as manifestações doutrinárias a respeito. Contudo, registro a respeitável opinião contrária de FERRI DIANE J. e HIRSHI ZANEN J. (Curso de direito processual civil - processo coletivo, p.421-436), no sentido de admitir a ação coletiva passiva.

44 O dispositivo é Inrcu da Lei nº 11.280/2006, a qual positivou entendimento jurisprudencial largamente dominante anteriormente.

dos Advogados do Brasil porque a banca examinadora entendia que uma alteração era certa e outra errada.

Tão grande foi a celeuma, que a Lei n. 10.444/2002 reformou o CPC com o claro propósito de resolvê-la. Refiro-me, como é evidente, ao §7º no art. 273 do CPC, que estatui textualmente a fungibilidade entre os pedidos de tutela cautelar e antecipada⁴⁵.

Desde que tal novidade veio a lume, a existência de regimes procedimentais distintos para as duas modalidades de tutela de urgência, apesar de anacrônica e injustificável, tornou-se irrelevante na prática.

Uma das opções acertadas feitas desde o anteprojeto foi a unificação do procedimento para pedir tutela urgente, o que sepultaria de vez qualquer problema prático em torno da dicotomia tutela satisfativa-tutela cautelar (ainda que do ponto de vista teórico continue possível fazer distinções e o próprio novo CPC a consagre, conforme se viu do item 2.1, *supra*).

Pois não é que a técnica da estabilização cria novo problema prático em torno dessa dicotomia e reaviva as discussões em torno dela? Ao limitarmos o cabimento dessa técnica à tutela provisória satisfativa⁴⁶ (vide item 2.1, *supra*), os arts. 303 e 304 trarão à tona discussões teóricas que há mais de dez anos se tornaram despididas. Afinal, haverá autores que pedirão tutelas provisórias de urgência em caráter antecedente e autônomo, invocando os arts. 303 e 304 sob o entendimento de que a providência é satisfativa e haverá juízes que entenderão o contrário e se negarão a estabilizar a decisão concessiva sob o fundamento de que a providência é meramente cautelar. E o recurso que o réu deixou de interpor será substituído por outro a ser manejado pelo autor para insistir na natureza satisfativa do provimento e na necessidade de sua estabilização. Preparem-se os juízes, advogados, membros do MP e defensores para resgatar a vasta (e um tanto empoeirada) literatura produzida entre 1994 e 2002 para diferenciar as duas modalidades de tutelas sumárias... Esse é, a meu

ver, o único problema aqui cogitado que não tem solução adequada. A distinção entre as duas figuras existe e, mais, é útil. Contudo, diante da constatação evidente de que gera fundadas dúvidas, não deveria se insinuar novamente uma dicotomia procedimental que o novo Código pretendia eliminar.

5. BALANÇO CRÍTICO

Analisar apenas um texto recém-aprovado de uma lei oferece enormes riscos e dificuldades, a começar pela ausência de produção doutrinária sobre os dispositivos comentados e, principalmente, a inexistência de aplicação prática no foro.

Os problemas práticos aqui ventilados decorrem de um certo exercício de futurologia. É possível que alguns dos problemas suscitados se revelem irrelevantes, e que surjam outros aqui não cogitados. É, de resto, provável que o diálogo acadêmico em torno das novidades legislativas indique soluções diferentes daquelas aqui propostas.

Mas é difícil deixar de vaticinar que a aplicação concreta da proposição legislativa aqui examinada trará mais dificuldades e dúvidas do que benefícios. Trata-se de técnica importada de sistemas em que a abreviação do procedimento em face da inércia do réu se revela excepcional, de tal modo que se torna necessário criar meios de antecipar o início da execução⁴⁷. O nosso sistema já tem meios adequados para tanto, em especial o julgamento antecipado da lide fundado no art. 330, II, do CPC de 1973 (repetido no art. 355, II, do novo CPC)⁴⁸.

De outro lado, a proposta baseia-se numa suposição de que as partes se contentariam com a tutela sumária estabilizada. Mesmo que houvesse algum levantamento estatístico acerca da frequência de recursos contra decisões anticipatórias de tutela – e não me consta haver – tal dado não serviria para

47 De fato, naqueles sistemas, a ausência de defesa do réu não implica (como nos Códigos brasileiros vigentes e projetados - arts. 319 e 344, respectivamente) a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e, consequentemente, não dispensa o juiz de abrir instrução probatória (aqueles sistemas não conhecem o julgamento antecipado previsto no art. 330, II, do CPC vigente e art. 355, II, do projeto). Daí porque italianos e franceses se esmeram em criar meios mais céleres de formação de título executivo judicial (o que ajuda a explicar o propalado "sucesso" da tutela monitoria naqueles países). No nosso sistema, não faria muito sentido acolher a mesma solução. A gravidade dos efeitos da revelia e a possibilidade de julgamento antecipado da lide – previstos no CPC de 1973 e mantidos no CPC projetado – tornam menos úteis e necessárias técnicas processuais baseadas na inércia do réu e destinadas a abreviar o iter procedimental a ser percorrido para que seja possível dar início à execução. Penso não ser outra a razão de a ação monitoria não desempenhar entre nós papel relevante. A técnica da estabilização vive sob esse mesmo risco de se tornar um instrumento sem maior utilidade.

48 Penso ter o legislador caído em um dos "mitos" a que alude BENEDETTA MOREIRA em ensaio publicado há dez anos (O futuro da justiça: alguns mitos, temas de direito processual – oitavo série, São Paulo, Saraiva, 2004 p.7-10), qual seja, a "supervalorização de modelos estrangeiros".

45 Como é curial, os estudiosos e os tribunais reconheceram, desde logo, que fungibilidade seria "de mão dupla".

46 ENRIQUE TAJANINI, no já referido ensaio publicado em 2012 (intitulado "Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 209, p.15), antecipou esse problema. Naquela oportunidade, o eminente processualista analisou a técnica da estabilização à luz da versão do projeto aprovada pelo Senado, o qual incluiu as duas categorias de tutelas urgentes (satisfativa e cautelar). Por isso mesmo registrou que "o regime único proposto pelo Projeto de novo Código de Processo Civil se não elimina, torna irrelevantes essas disputas" (em torno da classificação de determinadas providências entre as categorias "tutela cautelar" e "tutela satisfativa"). Contudo, ao final, o autor reconheceu que a limitação da incidência da técnica a uma das modalidades acarretaria "multiplicação das disputas acerca da classificação das medidas urgentes" (*idem*, p.33). Pois é exatamente o que vai ocorrer.

justificar a inclusão dessa técnica em nosso ordenamento. Primeiro, porque é possível que aliviar que a inserção da técnica incentivaria muitos réus a interpor recurso, para evitar as graves consequências hoje não existentes. Segundo, porque não sabemos se as partes se contentarão com uma tutela sumária “estável”, mas não “imutável”⁴⁹.

O presente ensaio, conscientemente, propôs uma interpretação restritiva das hipóteses de cabimento da técnica de estabilização, por entender que é preferível mitigá-la a fim de evitar maiores problemas de ordem sistemática. Se os tribunais vierem a adotar diretriz similar, é possível que os problemas acima noticiados passem despercebidos, e a técnica permanecerá no Código como algo inofensivo, mas desnecessário.

6. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual – oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p.1-14.
- . *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese (livre-docência em Direito Judiciário Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1967.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DJI, 2005, p.660-683.
- BONATO, Giovanni. *I référéés nell’ordinamento francese, La tutela somaria in Europa – Studi*, Antonio Carratta (org.), Napoli: Jovene, 2012, p.35-76.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7.ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1992, v.3.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*, 3 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.
- DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – Processo coletivo*, 7 ed., atual. Salvador: JusPodivm, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de alteração do Código de Processo Civil – Justificativa. *Revista de processo*, n. 86, v.22, abr.-jun./1997, p. 191-195.
- . Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização, *Revista de processo*, n. 121, v.30, mar./2005, p.11-37.

⁴⁹ Para outras incisivas críticas à técnica, confira-se o já indicado texto de EDUARDO TALAMINI (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, *Revista de processo*, n. 209, p.31-34.).

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvidio Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

REUDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1.

———. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3.

———. *Profilii pratici del diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1938.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

———. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, v.37, p.13-34, jul. / 2012.

———. *Tutela monitoria – a ação monitoria* (Lei 9.079/95. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.